



INTERSECÇÕES, MODERNIZAÇÕES, TRADICIONALISMOS (E DERIVAS AUTORITÁRIAS) NO DIREITO ADMINISTRATIVO DO PERÍODO ENTREGUERRAS

Bernardo Sordi

PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL, IDENTIDADE NACIONAL E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. O PAPEL DA CONVENÇÃO DA UNESCO DE 2003 EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Pier Luigi Petrillo

METODOLOGIA COMPARATIVA-CULTURALISTA EM DIREITO CONSTITUCIONAL: MODELOS DE ABORDAGENS COM MÉXICO E COLÔMBIA

Beatriz Tavares dos Santos

Jairo Lima

Leonardo Paschoalini Paiva

PIRATARIA DIGITAL E FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS NA HIPERCONECTIVIDADE

Alexandre Saldanha

O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD E A CLÁUSULA GERAL DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA: O DIÁLOGO DE FONTES COMO PADRÃO INTERPRETATIVO

Jessica Hind Ribeiro Costa

Luis Henrique de Menezes Acioly

MEDICAMENTOS OFF LABEL E A RESPONSABILIDADE MÉDICA

Versalhes Enos Nunes Ferreira

Pastora do Socorro Teixeira Leal

José Brasil Freire Junior

HOW MUCH FOR HUMAN DIGNITY? A KANT-MASLOW COMPARED APPROACH TO THE BASIC CONDITIONS OF LIFE

Felipe de Oliveira Cintra Farias

Hugo Luís Pena Ferreira

DIREITOS HUMANOS, MIGRAÇÃO E SITUAÇÃO DE RUA: OS WARAO EM NATAL/RN

Maria Teresa Nobre

Pedro Levi Lima Oliveira

Mariana Maia de Medeiros

ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO: PROJETOS PEDAGÓGICOS DAS FACULDADES EM FRANCA/SP

Ana Paula Bagaíolo Moraes Barbosa

Luciana Lopes Canavez

Fabio Garcia Leal Ferraz

A INTERFERÊNCIA DO ORÇAMENTO SECRETO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL (2020-2022)

Brena Christina Fernandes dos Santos

Ulisses Levy Silvério dos Reis

REDES SOCIAIS NO DEBATE POLÍTICO: O PROJETO DE LEI N° 2.630/2020 COMO COMBATE ÀS FAKE NEWS

Guilherme Marinho de Araújo Mendes

Claudyvan José dos Santos Nascimento Silva

Ana Paula Basso

A VULNERABILIDADE DO DIREITO À MORADIA E O PODER JUDICIÁRIO: O CASO DE GOIÂNIA

Maiume Suzuê Coelho

Ycarim Melgaço Barbosa

FEMINISMO CRÍTICO: INTERSECCIONALIDADE COMO FERRAMENTA PARA "LUGAR DE FALA" OU "ESFERA PÚBLICA"?

Gabriela de Sousa Moura

Alexandre Gustavo Melo de Franco Moraes Bahia

Luiz Carlos Garcia

REVISTA JURÍDICA



## REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

### Editor-Chefe

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite  
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

### Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil  
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | UFF | Niterói, RJ, Brasil  
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil  
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Dr. Marcelo Lauar Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil  
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal  
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

---

### Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semi-Árido  
v. 8, n. 15, (jan./jun. 2024) – Mossoró, 2024 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semi-Árido.

CDD: 340

CDU: 34

---

Biblioteca Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



## REVISTA JURÍDICA DA UFRS

### Pareceristas desta Edição

- Dr. Alexandre Saldanha | UNICAP | Recife, PE, Brasil  
Dra. Aline Ramos Barbosa | IFRO | Vilhena, RO, Brasil  
Dr. Alisson José Maia Melo | UNI7 | Fortaleza, CE, Brasil  
Dra. Amanda Caroline Generoso Meneguetti | UFPR | Curitiba, PR, Brasil  
Dra. Angélica Denise Klein | FEEVALE | Novo Hamburgo, RS, Brasil  
Dra. Camilla Montanha de Lima | UFPE | Recife, PE, Brasil  
Dra. Cleia Simone Frreira | UNIFIMES | Mineiros, GO, Brasil  
Dra. Eymmy Gabrielly Rodrigues da Silva | UFPA | Belém, PA, Brasil  
Dr. Felipe Araújo Castro | UFRS | Mossoró, RN, Brasil  
Dra. Fernanda Peres Soratto | UniRV | Rio Verde, GO, Brasil  
Dr. Francesco Romizi | UFMS | Campo Grande, MS, Brasil  
Dra. Gilmar Joane Macedo de Medeiros | UFRS | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Hilbert Reis Silva | UFF | Niterói, RJ, Brasil  
Dr. Hugo Luís Pena Ferreira | UFJ | Jataí, GO, Brasil  
Dr. Jairo Lima | UENP | Jacarezinho, PR, Brasil  
Dra. Juliana Rigatto | Cardozo School of Law | New York, Estados Unidos  
Dra. Julianne Holder da Câmara Silva | UFRS | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Marcio Camargo Cunha Filho | IDP | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Marcus Tullius Fernandes dos Santos | UFRS | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFRS | Mossoró, RN, Brasil  
Dra. Priscilla Cardoso Rodrigues | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil  
Dr. Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira | UFRS | Mossoró, RN, Brasil  
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques | IDP | Brasília, DF, Brasil  
Dr. Rodrigo Vieira Costa | UFRS | Mossoró, RN, Brasil  
Dra. Rosângela Viana Zuza de Medeiros | UFRS | Mossoró, RN, Brasil  
Dra. Sílvia Leiko Nomizo | UEMS | Paranaíba, MS, Brasil  
Dr. Thiago Batista da Costa | UNIFITEC | Caxias do Sul, RS, Brasil  
Dr. Vinicius Calado | UNICAP | Recife, PE, Brasil

### Assessoria Técnica

Felipe Medeiros Mariz | UFRS | Mossoró, RN, Brasil



## NOTA EDITORIAL

Caros(as) leitores(as),

É com satisfação que a equipe editorial da Revista Jurídica da Ufersa apresenta aos leitores seu novo número, inaugurando o Volume 8, n. 15 (jan./jun.), 2024. Desde 2017, quando a Rejur Ufersa foi lançada, conseguimos alcançar uma trajetória que nos orgulha. O saldo não é só positivo por ter publicado mais de uma centena de pesquisas, que são citadas pelos pares em diversos periódicos nacionais e internacionais; é motivo de destaque também por contribuir ser um marco significativo no processo de consolidação do ensino jurídico no interior do semiárido brasileiro.

Parte deste sucesso envolve a confiança depositada pelos autores e pelas autoras, pelo hercúleo trabalho realizado por pareceristas em quase 80% de todo artigo publicado no periódico, que desenvolvem um trabalho voluntário que nos inspira. Esse trabalho coletivo atingiu novos parâmetros dentro da Avaliação Qualis Periódicos da CAPES (2017-2020), com o indicador Qualis A4 para o periódico. Qualitativamente, nosso periódico teve uma circulação mais ampla com novas indexações em bases de dados nacionais e internacionais. Em 2024, a Rejur Ufersa também foi incorporada na base do Portal de Periódicos da CAPES, ampliando nossa presença nacional ao alcance de um clique.

Neste número, a Rejur apresenta para os leitores duas contribuições internacionais (Itália), traduzidas para a língua portuguesa: a primeira, de autoria do Prof. Dr. Bernardo Sordi, da Universidade de Firenze, com o texto “Interseções, modernizações, tradicionalismos (e derivas autoritárias) no Direito Administrativo no período entreguerras”. O texto foi traduzido pelo Prof. Dr. Raphael de Paula Peixoto Marques, do PPGD-Ufersa. O segundo texto é de autoria do Prof. Dr. Pier Luigi Petrillo, da Universidade de Roma Unitelma Sapienza, com “Patrimônio cultural imaterial, identidade nacional e direitos humanos fundamentais. O papel da Convenção da UNESCO de 2003 em uma perspectiva comparada”. Este texto foi traduzido pelos Professores Francisco Humberto Cunha Filho (UNIFOR), Rodrigo Vieira Costa (PPGD-Ufersa) e Thiago Burckhart (Universidade de Roma Unitelma Sapienza).

Da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP, os autores Beatriz Tavares dos Santos, Jairo Lima e Leonardo Paschoalini Paiva, apresentam os resultados da pesquisa “Metodologia comparativa-culturalista em direito constitucional: modelos de abordagem com México e Colômbia”. Na sequência, Alexandre Saldanha, da Universidade de Pernambuco, discute “Piratária digital e função social dos Direitos Autorais na hiperconectividade”.

Da Universidade Católica de Salvador (Bahia), Jessica Hinda Ribeiro Costa e Luís Henrique de Menezes Acioly, expõem a pesquisa “O regime de responsabilidade civil na LGPD e a cláusula geral de imputação objetiva: o diálogo de fontes como padrão interpretativo”. A pesquisa “Medicamentos Off Label e a responsabilidade médica”, é compartilhada por Versalhes Enos Nu-

nes Ferreira, Pastora do Socorro Teixeira Leal e José Brasil Freire Júnior, respectivamente, da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia (UNAMA).

Da Universidade Federal de Jataí (UFJ, Goiás), Felipe de Oliveira Cintra Farias e Hugo Luís Pena Ferreira discutem “How much for human dignity? A Kant-Maslow compared approach to the basic conditions of life”. Do Rio Grande do Norte, os pesquisadores da UFRN e UERN, Maria Teresa Nobre, Pedro Levi Lima Oliveira e Mariana Maia de Medeiros, contribuem com esse número ao apresentar o texto “Direitos Humanos, migração e situação de rua: os Warao em Natal/RN”, sobre a questão dos indígenas venezuelanos no território potiguar.

Da Universidade Estadual Paulista – UNESP, os pesquisadores Ana Paula Bagaiole Moraes Barbosa, Luciana Lopes Canavez e Fábio Garcia Leal Ferraz discutem no artigo a “Análise de políticas públicas em Direito: projetos pedagógicos das Faculdades em Franca/SP”. A próxima contribuição é de pesquisadores do PPGD-UFERSA, Brena Christina Fernandes dos Santos e Ulisses Levy Silvério dos Reis, com “A interferência do Orçamento Secreto na execução de políticas públicas do Ministério do Desenvolvimento Regional (2020-2022)”.

Da Universidade Federal da Paraíba, os pesquisadores Guilherme Marinho de Araújo Mendes, Claudyvan José dos Santos Nascimento Silva e Ana Paula Basso, dialogam com “Redes Sociais no Debate Político: o Projeto de Lei n. 2.630/2020 como combate às Fake News”. De Goiás, Maiume Suzuê Coelho e Ycarim Melgaço Barbosa, da PUC-GO, problematizam “A vulnerabilidade do direito à moradia e o Poder Judiciário: o caso de Goiânia”.

A penúltima contribuição vem do Estado do Ceará, com a pesquisadora da UFC Clara de Oliveira Adão, com o tema “Decolonialidade ambiental para a conservação da sociobiodiversidade”. Encerrando o número, a professora Gabriela de Souza Moura (UFMG) e os professores Alexandre Gustavo Melo de Franco Moraes Bahia (UFOP) e Luiz Carlos Garcia (UFT), discutem “Feminismo crítico: interseccionalidade como ferramenta para “lugar de fala” ou “esfera pública”?”.

Como se pode observar, essa edição articula uma multiplicidade de autores e autoras dos mais variados Estados e Instituições brasileiras. Espera-se que as pesquisas publicadas possam impactar no debate jurídico nacional.

Por fim, registramos os agradecimentos a Marcelo Lauar, Felipe Mariz, autores, autoras e pareceristas que confiaram no nosso trabalho editorial. A Rejur UFRSA é um projeto coletivo que cresceu no cenário nacional. Vida longa à Rejur UFRSA.

Sem mais, desejamos uma excelente leitura!

**PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**  
EDITOR-CHEFE | MARÇO 2024



## SUMÁRIO

| Fluxo contínuo |

\* \* \* \* \*

INTERSECÇÕES, MODERNIZAÇÕES, TRADICIONALISMOS (E DERIVAS  
AUTORITÁRIAS) NO DIREITO ADMINISTRATIVO DO PERÍODO  
ENTREGUERRAS | **1-23**

**DR. BERNARDO SORDI**

PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL, IDENTIDADE NACIONAL E DIREITOS  
HUMANOS FUNDAMENTAIS. O PAPEL DA CONVENÇÃO DA UNESCO DE  
2003 EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA | **24-40**

**DR. PIER LUIGI PETRILLO**

METODOLOGIA COMPARATIVA-CULTURALISTA EM DIREITO  
CONSTITUCIONAL:  
MODELOS DE ABORDAGENS COM MÉXICO E COLÔMBIA | **41-66**

**ME. BEATRIZ TAVARES DOS SANTOS**

**DR. JAIRO LIMA**

**ME. LEONARDO PASCHOALINI PAIVA**

PIRATARIA DIGITAL E FUNÇÃO SOCIAL  
DOS DIREITOS AUTORAIS NA HIPERCONECTIVIDADE | **67-88**

**DR. ALEXANDRE SALDANHA**

O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD E A CLÁUSULA GERAL DE  
IMPUTAÇÃO OBJETIVA: O DIÁ-LOGO DE FONTES COMO PADRÃO  
INTERPRETATIVO | **89-116**

**DRA. JESSICA HIND RIBEIRO COSTA**

**LUIS HENRIQUE DE MENEZES ACIOLY**

MEDICAMENTOS OFF LABEL E A RESPONSABILIDADE MÉDICA | **117-135**

**DR. VERSALHES ENOS NUNES FERREIRA**

**DRA. PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL**

**JOSÉ BRASIL FREIRE JUNIOR**

HOW MUCH FOR HUMAN DIGNITY? A KANT-MASLOW COMPARED  
APPROACH TO THE BASIC CONDITIONS OF LIFE | **136-154**

**FELIPE DE OLIVEIRA CINTRA FARIAS**

**DR. HUGO LUÍS PENA FERREIRA**

DIREITOS HUMANOS, MIGRAÇÃO E SITUAÇÃO DE RUA:  
OS WARAO EM NATAL/RN | **155-174**

**DRA. MARIA TERESA NOBRE**  
**PEDRO LEVI LIMA OLIVEIRA**  
**MARIANA MAIA DE MEDEIROS**

ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO:  
PROJETOS PEDAGÓGICOS DAS FACULDADES EM FRANCA/SP | **175-188**

**DRA. ANA PAULA BAGAILO MORAES BARBOSA**  
**DRA. LUCIANA LOPES CANAVEZ**  
**DR. FABIO GARCIA LEAL FERRAZ**

A INTERFERÊNCIA DO ORÇAMENTO SECRETO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL  
(2020-2022) | **189-209**

**ME. BRENA CHRISTINA FERNANDES DOS SANTOS**  
**DR. ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS**

REDES SOCIAIS NO DEBATE POLÍTICO: O PROJETO DE LEI Nº 2.630/2020  
COMO COMBATE ÀS FAKE NEWS | **210-227**

**ME. GUILHERME MARINHO DE ARAÚJO MENDES**  
**CLAUDYVAN JOSÉ DOS SANTOS NASCIMENTO SILVA**  
**DRA. ANA PAULA BASSO**

A VULNERABILIDADE DO DIREITO À MORADIA E O PODER JUDICIÁRIO:  
O CASO DE GOIÂNIA | **228-244**

**MAIUME SUZUÊ COELHO**  
**DR. YCARIM MELGAÇO BARBOSA**

DECOLONIALIDADE AMBIENTAL PARA A CONSERVAÇÃO DA  
SOCIOBIODIVERSIDADE | **245-258**

**ME. CLARA DE OLIVEIRA ADÃO**

FEMINISMO CRÍTICO: INTERSECCIONALIDADE COMO FERRAMENTA PARA  
“LUGAR DE FALA” OU “ESFERA PÚBLICA”? | **259-285**

**DRA. GABRIELA DE SOUSA MOURA**  
**DR. ALEXANDRE GUSTAVO MELO DE FRANCO MORAES BAHIA**  
**DR. LUIZ CARLOS GARCIA**



# INTERSECÇÕES, MODERNIZAÇÕES, TRADICIONALISMOS (E DERIVAS AUTORITÁRIAS) NO DIREITO ADMINISTRATIVO DO PERÍODO ENTREGUERRAS

INTERSECTIONS, MODERNIZATION, TRADITIONALISM (AND AUTHORITARIAN DRIFTS) IN INTERWAR ADMINISTRATIVE LAW

BERNARDO SORDI\*

Tradução: RAPHAEL PEIXOTO P. MARQUES

## RESUMO

O texto analisa a evolução do direito administrativo no período entre as duas Guerras Mundiais, destacando a transição de um estado liberal para um intervencionista, com foco nas reformas administrativas e no pensamento jurídico. Essa mudança é marcada pela diluição das fronteiras entre o público e o privado, onde o estado não apenas exerce comando, mas também adota formas elásticas do direito privado para a gestão da administração pública. Observa-se uma expansão das atividades dos entes públicos que, apesar de aumentarem seus poderes, frequentemente o fazem utilizando as formas organizacionais e os regimes jurídicos do direito privado. O texto aborda como essa hibridização entre o público e o privado reflete a complexidade e os desafios enfrentados pelo direito administrativo no contexto de modernização e autoritarismo do período entreguerras, levando à redefinição das funções e da estrutura da administração pública

**Palavras-chave:** História do direito administrativo; Período entreguerras; Estado Interventor; Dicotomia público-privado.

## ABSTRACT

The text analyzes the evolution of administrative law in the period between the two World Wars, highlighting the transition from a liberal to an interventionist state, with a focus on administrative reforms and legal thinking. This change is marked by the blurring of the boundaries between public and private, where the state not only exercises command, but also adopts elastic forms of private law for the management of public administration. There has been an expansion in the activities of public entities which, despite increasing their powers, often do so using the organizational forms and legal regimes of private law. The text discusses how this hybridization between public and private reflects the complexity and challenges faced by administrative law in the context of modernization and authoritarianism in the inter-war period, leading to a redefinition of the functions and structure of public administration.

**Keywords:** History of administrative law; Inter-war period; Interventionist state; Public-private dichotomy.

\* Professor de História do Direito Medieval e Moderno da Università degli studi di Firenze, Itália.  
[bernardo.sordi@unifi.it](mailto:bernardo.sordi@unifi.it)

Recebido em 16-02-2024 | Aprovado em 16-02-2024<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado. **Nota do tradutor:** O texto é a contribuição do professor Bernardo Sordi para o *I Encontro de História do Direito comparada*, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla. Não podendo



## SUMÁRIO

**1 “O ESTADO QUE ENTRA EM AÇÃO”; 2 A DISSOLUÇÃO DO REGIME ADMINISTRATIVO; 3 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS COM OS PERCURSOS DO COMMON LAW; 4 FRAGMENTAÇÕES DISCIPLINARES: O “DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA”; 5 FRAGMENTAÇÕES ORGANIZATIVAS: A DESAGREGAÇÃO DA UNIDADE ADMINISTRATIVA; 6 TOTALITARISMO E MODERNIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS; REFERÊNCIAS.**

### ■ “O ESTADO QUE ENTRA EM AÇÃO”

No Estado intervencionista e de direitos sociais do primeiro pós-guerra, a administração já não é apenas comando; nem pode ser reduzida a mera especialidade publicística. O estudo da administração e do direito administrativo, na década de 1920, é todo marcado pela diluição progressiva das fronteiras entre o público e o privado, pela confusão entre o estatal e o comercial, em novas e desconhecidas hibridizações. A reflexão dos juristas está toda permeada pela consciência de que se está perdendo um fundamento unitário do poder administrativo; que esse poder, visto como o próprio emblema da soberania estatal, já não se coloca apenas no polo público da grande dicotomia, mas que se alarga também, de forma contraditória, por meio das “formas elásticas do direito privado”.<sup>2</sup>

A “progressiva expansão da atividade dos entes públicos”, o “agigantamento de sua organização” não implica mais, necessariamente, uma expansão do regime administrativo. Isso também foi percebido na Itália: “exceto durante o período de guerra, a Administração pública foi gradualmente atenuando, nos seus modos de agir, o elemento de autoridade e coercitivo, e buscando a colaboração dos particulares interessados na determinação do justo equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado: a regulamentação das relações de trabalho também foi afetada por essa aproximação progressiva da administração aos métodos das empresas privadas”.<sup>3</sup>, p. 13

Em relação aos sistemas do final do século XIX, os juristas reconheceram com surpresa que uma síntese publicística da administração se tornou problemática, que uma representação unitária não era mais possível, pois também o direito privado contribuía, na virada da Primeira Guerra Mundial, para a expansão dos poderes da administração pública.<sup>4</sup>, p. 126 A imagem monolítica, unilateral e de direito público, atribuída pelos juristas continentais à parte geral do direito administrativo no final do século XIX, tornou-se desfocada. A administração aumentava seus poderes, mas frequentemente o fazia utilizando as formas organizacionais e

---

participar do evento, Sordi reelaborou e incluiu, para os anais do evento, alguns parágrafos que escreveu para a última parte do livro MANNORI, L; SORDI, B. *Storia del diritto amministrativo*, 2016, p. 470 e ss. O texto foi publicado em espanhol em MARTIN, Sebastián et al (org.). *Saberes jurídicos y experiencias políticas em la Europa de entreguerras. La transformación del Estado em la era de la socialización*. Sevilla: Athenaica, 2021.

<sup>2</sup> Assim Erich Kaufmann no célebre obituário de Otto Mayer, em *Verwaltungsarchiv*, XXX (1925), p. 395.

<sup>3</sup> BORSI, U. Nuovi orientamenti e nuovi profili del diritto amministrativo italiano. *Rivista di Diritto Pubblico*, v. 12, n. 1, 1920.

<sup>4</sup> FLEINER, F. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Legare Street, 1928.

os regimes jurídicos de atuação próprios do direito privado. O triunfo da especialidade se contradizia com o recurso crescente aos instrumentos típicos do direito civil e comercial.

Estava se dissolvendo a imagem unitária de um direito da administração firmemente encerrado em um regime administrativo de natureza rigorosamente pública: “a mão pública” se expandia revestindo com formas públicas as organizações e formações sociais, implantando novas reivindicações de funcionalização nas relações sociais e econômicas; mas também se expandia de acordo com uma clara dimensão de desempenho, coerente com as novas tarefas redistributivas do Estado, agora mesmo de acordo com uma dimensão tipicamente econômica-produtiva.

A realidade do primeiro pós-guerra<sup>5</sup> já aponta para um quadro articulado e multiforme que escapa à representação simplificada, elaborada no final do século XIX, de que a administração era, por definição, uma “força soberana”. A extensão das funções públicas já não se realiza apenas segundo aquela diretriz de progressiva expansão do regime administrativo, imaginada algumas décadas antes: o monopólio da função é ladeado por atividades, desprovidas de atributos imperativos e funcionais, realizadas em concorrência com sujeitos privados. Causa uma profunda impressão o fato de que no “Estado socialista-universalista” até mesmo essas atividades materiais podiam ser desenvolvidas sob um regime de monopólio. Mas a entrada do Estado na economia é um fenômeno generalizado e afeta também os países que não foram atingidos pela revolução soviética: “o desenvolvimento da comunidade estatal parece ser um progresso da administração indireta para a direta”. Se na administração indireta o Estado “tem uma posição de monopólio”, “nessa área de administração direta, o Estado atua em concorrência com os particulares”.<sup>6, p. 154</sup>

O “verdadeiro Estado administrativo”, já no final da Primeira Guerra Mundial, não é mais identificado com o Estado de regime administrativo, cuja vontade é expressa, preferencialmente, na forma do comando imperativo. É, ao contrário, “o Estado que entra em ação”, a seus órgãos é confiada “a realização direta dos fins da comunidade”: o Estado da administração direta e da justiça distributiva.<sup>7, p. 152-153</sup> Isso não implica, é claro, que o Estado tenha abandonado o terreno público usual da heteronomia. Simplesmente, ele está agregando-o, de acordo com proporções cada vez maiores, com atividades que são funcionalmente indistintas e que muito frequentemente adotam um regime de autonomia.

Mesmo as atividades prestacionais, que estão no antigo campo da atividade social, são exercidas cada vez menos de acordo com estatutos especiais. O objeto dessas atividades começa a se confundir com o das empresas privadas. Mesmo o que em breve será chamado de “administração de serviços” não está mais necessariamente vinculado às formas de direito público.

---

<sup>5</sup> Somente a França parece capaz de canalizar as transformações em sínteses teóricas já elaboradas, pois dotada desde a última década do século XIX do conceito de *service public* e menos exposta que outros países continentais, no período entre as duas guerras, a hibridações entre o Estado e a economia. Por isso, terá um significado de ruptura o ensaio de Jean Rivero, *Esiste-t-il un critère du droit administratif?*, in *Revue du droit public*, LXIX(1953), pp.279-96, que abre a denominada crise da noção de *service public*. Cf. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris 1995, pp. 372 sgg.; pp. 415 sgg.

<sup>6</sup> É a descrição famosa e muito lúcida de KELSEN, H. *Giurisdizione e amministrazione*. In: KELSEN, H. *Il primato del Parlamento*. Trad. C.Geraci, Milano: Giuffrè, 1982.

<sup>7</sup> KELSEN, H. *Giurisdizione e amministrazione*. In: KELSEN, H. *Il primato del Parlamento*. Trad. C.Geraci, Milano: Giuffrè, 1982.

Na Alemanha, a “vida da economia” entra na nova ordem constitucional ocupando um título inteiro da segunda parte da Constituição de Weimar e delineando o núcleo programático de uma verdadeira democracia social. Na Itália, em um equilíbrio constitucional muito diferente, a “intervenção do Estado na produção econômica” é sancionada, como uma função subsidiária da iniciativa privada, na nona declaração da *Carta del Lavoro* de 1927.

A distinção entre Estado e economia também foi superada no âmbito das normas de princípio. As atividades atribuídas aos sujeitos públicos estão crescendo em tamanho e importância socioeconômica, mas não são somente atividades que podem ser definidas de acordo com os parâmetros de especialização administrativa; não são mais exclusivamente atividades “implementadas apenas pelo Estado”.<sup>8, p. 154</sup> São atividades “também implementadas pelo Estado”, com renúncia a regimes funcionais. A mesma dimensão prestacional começa a colocar problemas delicados de distinção em relação à empresa privada e tende a compartilhar com ela o significado meramente econômico de um serviço prestado ao público.

Com a nova tendência de intervencionismo e de economia regulada, a expansão da esfera pública é relevante e tangível. O interesse público ultrapassa cada vez mais as fronteiras individualistas do direito privado: rompe a unidade do direito civil, provoca a proliferação de leis especiais e introduz um novo conteúdo social no santuário do interesse proprietário. O artigo 153 da Constituição de Weimar “ousou” proclamar o seguinte: “a propriedade obriga. Seu exercício deve ser também um serviço prestado ao bem comum”. Para apoiar os novos conteúdos sociais das instituições de direito privado, os civilistas até mesmo tomaram emprestadas categorias típicas da especialização administrativa: função, órgão, discricionariedade. Ainda outra disposição da Constituição de Weimar, o art. 159, obriga a República a “tornar o direito do trabalho unitário” por meio de uma codificação que seja autônoma e distinta do direito civil.

No plano da forma de exercício da autoridade, não há, ao contrário, uma expansão comparável dos espaços de aplicação do direito administrativo. O número crescente de casos de publicização das relações sociais não é acompanhado por um desenvolvimento similar do regime administrativo.

O Estado da administração direta é um Estado que projeta na sociedade as fortes exigências regulatórias que o sustentam, mas que também se vê obrigado inevitavelmente a empregar os atributos de especialidade de seus próprios estatutos de atuação. Em contraste com a dinâmica do século XIX, o crescimento da presença pública, a própria implantação de um governo da economia, associa o desenvolvimento de formas indiretas de intervenção com formas cada vez mais marcantes de intervenção direta, que adotam os mesmos instrumentos da economia. A expansão da “mão pública”, pela primeira vez, não resulta apenas em um alargamento das fronteiras do direito administrativo e dos espaços de especialização desse ordenamento jurídico.

O Estado que ingressa diretamente na arena econômica é forçado a utilizar os tipos de organização e os estatutos do direito privado. Começa a “fuga para o direito privado” da administração pública: a centralidade do ato administrativo como forma de ação administrativa foi abalada e o contrato recuperou uma relevância que parecia perdida. A própria distinção

---

<sup>8</sup> KELSEN, H. Giurisdizione e amministrazione. In: KELSEN, H. *Il primato del Parlamento*. Trad. C.Geraci, Milano: Giuffrè, 1982.

entre função pública e autonomia privada torna-se incerta. O Estado compromete-se com interesses, torna-se um fator ativo no desenvolvimento econômico. A antiga e inquestionável capacidade jurídica de direito privado dos sujeitos administrativos se converte em capacidade comercial, uma vocação para o empreendedorismo: o Estado se torna uma empresa, uma sociedade comercial, entra plenamente na “vida econômica”; de sujeito político se transforma em sujeito econômico, enquanto a fronteira entre “economia pública” e “administração pública” se torna inescrutável.<sup>9</sup>

## 2 A DISSOLUÇÃO DO REGIME ADMINISTRATIVO

O espaço do direito público se depara, assim, com uma contaminação cada vez maior; isso complica e transfigura a simplicidade linear da relação entre o Estado e o cidadão que a Revolução Francesa havia traçado e da qual o regime dos direitos privados contido no Código Civil representava o sinal tangível e duradouro.

O entrelaçamento cada vez mais denso dos vínculos entre o Estado e a economia, a difusão de atividades “públicas”, ainda que materialmente industriais e comerciais, acelerará os processos de contaminação. Não é somente a dicotomia entre o público e o privado que está em questão, mas até mesmo a distinção entre o Estado e o comércio, entre o interesse público e a motivação do lucro, que está sujeita a invasões cada vez mais evidentes, que acabam envolvendo a própria tipologia do Estado. O velho baluarte, bem expresso no artigo 7º do código comercial italiano de 1882 – *o Estado não pode adquirir o status de comerciante* –, é superado.

Administração e direito administrativo, com a dissolução das fronteiras e a intensificação da hibridização do público e do privado, abrem-se para novas distinções e dicotomias. A administração deixou de ser una. O regime administrativo começou a perder sua unidade. As transformações que estão ocorrendo não permitem “qualquer retorno ao Estado administrativo clássico”.<sup>10</sup>, p. 154

O crescimento dimensional da estrutura orgânica, ainda contido no final do século XIX, literalmente explodiu em toda a Europa na virada da Primeira Guerra; as funções se multiplicaram, a ponto de abranger verdadeiras tarefas de mediação social; os regimes jurídicos da atividade administrativa se pluralizaram; a estrutura organizacional se tornou mais complicada e, da estrutura simples, unitária e centralizada dos modelos do século XIX, atravessou um processo progressivo de desagregação.

A Primeira Guerra Mundial também revelou, de forma dramática, uma inadequação estrutural generalizada dos aparatos, revelando, mesmo no campo dos vencedores, uma máquina estatal muitas vezes ineficiente, despreparada para a “*organisation de la bataille*” e bastante inadequada para as novas tarefas do poder público. A fratura com a empresa capitalista – cujos caminhos ainda pareciam para Weber<sup>11</sup>, p. 697 e ss ser completamente paralelos aos da empresa institucional – parecia se alargar. E, no entanto, foi precisamente a guerra que

<sup>9</sup> Isso foi revelado em uma importante discussão da Associação de Juristas Alemães de Direito Público em 1928: *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, in *VVDStRL*, Heft 6, Berlin und Leipzig, 1929: de particular interesse é a intervenção de Erich Kaufmann na discussão, de onde foram extraídas as citações do texto (pp.151-52).

<sup>10</sup> *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, in *VVDStRL*, Heft 6, Berlin und Leipzig, 1929.

<sup>11</sup> WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. v. II. Trad. P. Rossi. Tübingen: Legare Street, 1922, Milano, 1961.

abriu, até mesmo para a administração pública, as questões, sem precedentes no século XIX, da organização, funcionamento, gerenciamento e coordenação da máquina administrativa, levando à imitação da organização industrial e ao papel dos “*grands chefs d’entreprises*”.

A máquina institucional tornava-se, assim, terminada a guerra e diante dos difíceis problemas da paz, o campo de uma intensa “*bataille de l’organisation*”<sup>12</sup> que assimilava administração e empresa e dava início a uma abordagem diferente da teoria da burocracia. De *Principles of scientific management* (1911), do americano Frederick Winslow Taylor (que se baseia nos modelos organizacionais da grande indústria), a *Administration industrielle et générale* (1917), do francês Henri Fayol (que valorizou as difíceis experiências do governo de guerra durante a Primeira Guerra Mundial), impôs-se uma visão totalmente produtivista da atividade administrativa: a burocracia também significava, antes de tudo, a organização racional e científica do trabalho.

O “taylorismo de escritório”<sup>13</sup>, p.201 e ss conheceu uma difusão significativa na Itália do início do fascismo e das reformas De Stefani; um fascismo também pronto para satisfazer as aspirações tecnocráticas do intervencionismo econômico, que desde os primeiros experimentos de Francesco Saverio Nitti, na era Giolitti, se aprofundaria durante a década de 1930 com um protagonista do calibre de Alberto Beneduce, primeiro presidente do CREDIOP, depois do IRI. Fayol gozou de atenção privilegiada nas últimas décadas da Terceira República e na França de Vichy.

Cada vez mais, a administração abandona a unidade típica do modelo do século XIX e se torna o campo de ação de uma pluralidade de burocracias – ministerial, tecnocrática, de entidades, de órgãos locais...– e de uma pluralidade de modelos administrativos – a administração imperativa, a administração de prestação de serviços, a empresa pública, as primeiras autoridades do tipo regulatório –: aparelhos e modelos que têm suas próprias estruturas organizacionais, mediações peculiares com os órgãos constitucionais e o mundo da política, diferentes dinâmicas de pessoal, tarefas distintas e não raro conflitantes, regimes jurídicos de atividades estritamente públicos, às vezes públicos e privados, ora eminentemente comerciais ou mesmo judiciais; litígios que ora se enquadram na estrutura tradicional da justiça administrativa, ora na da justiça comum.

Não devemos pensar em uma dissolução repentina do modelo administrativo do século XIX, que ainda sobrevive, graças também a uma supremacia quantitativa de seus aparatos burocráticos, preservando de alguma forma uma precisa primazia institucional. Em outras palavras, não há uma substituição. Os modelos administrativos não se substituem uns aos outros; eles se complementam e, às vezes, se sobrepõem. O caráter composto e pluralista que ainda caracteriza as administrações contemporâneas decorre desse processo de crescimento paralelo, que já estava em forte movimento após a Primeira Guerra Mundial.

O caráter unitário da parte geral e do sistema do século XIX é substituído pela face fragmentada, muitas vezes multiforme, que se tornará típica de toda a administração do século XX. A representação jurídica da nova realidade administrativa é marcada por uma sucessão de

<sup>12</sup> RIALS, S., *Administration et organisation. De l’organisation de la bataille à la bataille de l’organisation dans l’administration française*. Paris: Bibliothèque Beauchesne Religions Société Politique, 1977.

<sup>13</sup> MELIS, G. *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo*, Roma: Ministero per i beni culturali e ambientali, 1988.

novas dicotomias. A dicotomia kelseniana entre administração direta e indireta destaca-se por sua lucidez interpretativa, mas não é a primeira nem a única.

Trata-se de abrir espaço para as novas atividades produtivas, a nova “atividade econômico-lucrativa da mão pública”.<sup>14</sup> Mesmo os teóricos do já distante objetivo dogmático da transformação pública dos institutos de direito privado devem reconhecer que, ao lado da administração autoritativa tradicional, foi criada uma verdadeira “administração empresarial”; que existem, dentro da administração pública, aparatos que prescindem de regimes funcionais.<sup>15</sup>

O regime administrativo não consegue conter, dentro de si, a repentina proliferação de regimes diferenciados de atuação, que segue o aumento acentuado das funções públicas. A representação em sentido público-autoritativo da administração não pode mais reivindicar a pretensão de universalidade; até mesmo a síntese totalmente publicística encerrada na ideia de *service public* se mostra problemática. A unidade publicística está se dissolvendo, e o regime administrativo não é mais capaz de constituir o regime de direito comum do aparato público.

### 3 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS COM OS PERCURSOS DO *COMMON LAW*

Na Inglaterra, também encontramos o mesmo espírito da época. *The end of laissez faire* foi publicado por John Maynard Keynes em 1926. Um ano antes, em *A Grammar of Politics*, Harold Laski, um seguidor de Léon Duguit e seu tradutor para o inglês de *Law in the modern State* (1919), chamou o Estado de uma “*public service corporation*”, cuja atividade era projetada para a realização de uma nova democracia econômica e social.<sup>16</sup>

Em outubro de 1927, na introdução da primeira edição de *Justice and administrative law*, William Robson pôde afirmar em termos inequívocos:

There can be no doubt that the rise of Administrative Law is mainly due to the vast extension in the work of government which has taken place in England during the past few decades, and to the rapid increase in power of the executive which has accompanied that extension. The traditional Court system, in which isolated individuals contest disputed rights of property or person, has been superseded by an entirely new type of judicial process so far as concerns controversies arising in connection with the new social services undertaken by the State.<sup>17, p. 30</sup>

Pela primeira vez, na Europa, as diferentes tradições do *Rechtsstaat* e do *rule of law* começam a convergir e o fazem na descoberta comum de um novo *Social Service State*. Desde a Escola Francesa de Serviço Público, que tem em Gaston Jéze seu ponto de referência, até o

<sup>14</sup> É o título de um significativo volume de Arnold Köttgen, *Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und der öffentliche Recht*, Tübingen 1928.

<sup>15</sup> São registros já muito difundidos, no final dos anos 1920, mesmo na literatura administrativa tradicional alemã, de Fritz Fleiner a Walter Jellinek. Cfr. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano 1987, pp.224 sgg.

<sup>16</sup> LASKI, H. *A Grammar of Politics*. London: Routledge, 1925.

<sup>17</sup> ROBSON, W. *Justice and administrative law. A study of the British constitution*. London: Praeger, 1928.

grupo que se reúne na *London School of Economics* (de Beveridge a Laski, de Robson a Jennings), o direito administrativo descobre novas fronteiras “*furthering a policy of social improvement*”.<sup>18</sup>, p. 438 Abre-se um canal de comparação e contraste com o modelo continental, até então inexplorado.

Nesse sentido, o polêmico discurso anti-intervencionista do primeiro magistrado do reino, o *Chief Justice* Lord Hewart, contido em seu panfleto de 1929, *The New Despotism*, também foi tachado de “*lurid journalism*” do outro lado do Atlântico.<sup>19</sup>, p. 157 Portanto, apesar da persistente retórica de Albert Von Dicey, até mesmo na Inglaterra “*the State either through the central departments or the local authorities has ‘gone into business’*”.<sup>20</sup>, p. 443

Também nos Estados Unidos, nos mesmos anos, as funções governamentais cresceram, impulsionadas pelas demandas da segunda revolução industrial e da questão social. É aqui que um *Modern Regulatory State* estava tomando forma, capaz de satisfazer *The demands of modern Society upon Government* e a crescente “*interplay of economic enterprise and government*”.<sup>21</sup>, p. 1-2 Já se foram há muito tempo, mesmo em solo norte-americano, “*those simple days*”, típicos de uma realidade do século XIX marcada por necessidades elementares e funções públicas limitadas.

Antecipado pela criação, no final do século XIX, do primeiro sistema de *Agencies*, o *New Deal* de Roosevelt, com seu objetivo de “*Freedom from Want*”, parece estar trilhando caminhos completamente idênticos aos da Europa. A “*administrative oversight*” dos “*public utilities*” e dos “*interstate public services*”<sup>22</sup>, p. 83-85 cresce ao ponto de fazer crer que – mesmo do outro lado do Atlântico, graças a uma atividade econômica privada cada vez mais sujeita ao “*the fostering guardianship of the State*” – “*the laissez faire comes to an end*”.<sup>23</sup>, p. 83; p. 8

Mesmo em um sistema constitucional como o norte-americano, que em sua estrutura clássica do século XVIII, diretamente tributária da distinção de Montesquieu, não deixava espaço para um “*fourth branch of Government*”, “*the rise of administrative process*” poderia parecer agora – pelo menos para um jurista tão próximo do projeto de Roosevelt como James Landis – “*by all odds the most significant development in legal history in the last century*”.<sup>24</sup>, p. 1078

Desde o século XIX, “*the American administrative constitution has been a continuous experiment in institutional design that has sought to accommodate administrative efficacy to multiple conceptions of democracy and the rule of law*”.<sup>25</sup>, p. 312 Os mesmos Estados Unidos, por sua vez, estão inseridos em um *mainstream* comum e vivem, entre as duas guerras, uma aceleração improvável por meio de um crescimento administrativo visível, “*part of a world*

<sup>18</sup> ROBSON, W. *Justice and administrative law. A study of the British constitution*. London: Praeger, 1928.

<sup>19</sup> FRANKFURTER, F. *The Public and its Government*. New Haven and London: Yale University, 1930.

<sup>20</sup> ROBSON, W. *Justice and administrative law. A study of the British constitution*. London: Praeger, 1928.

<sup>21</sup> FRANKFURTER, F. *The Public and its Government*. New Haven and London: Yale University, 1930.

<sup>22</sup> FRANKFURTER, F. *The Public and its Government*. New Haven and London: Yale University, 1930.

<sup>23</sup> LANDIS, J. *The Administrative Process*. New Haven and London: Faculty, 1938.

<sup>24</sup> LANDIS, J. Crucial Issues in Administrative Law. The Walter-Logan Bill. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 53, n. 7, p. 1077-1102, maio 1940.

<sup>25</sup> MASHAW, J. *Creating the Administrative Constitution: The lost one hundred years of American Administrative Law*, New Haven and London: Yale University, 2012.

*wide process*".<sup>26, p. 89</sup> Com o crescimento do "*Administrative Power*", "*the difference between Anglo-American and French and Continental Law diminishes*".<sup>27, p. 15-16</sup>

Com isso, as peculiaridades do percurso norte-americano em comparação com o percurso europeu permanecem relevantes.

Antes de tudo, "*the struggle for administrative legitimacy*"<sup>28, p. 718</sup> está longe de ser resolvida. O grande conflito que opôs o projeto do *New Deal* à Suprema Corte, presidida por mais de uma década pelo *Chief Justice* Charles Evan Hughes (1930-1941), transcende a luta política e econômica do momento. Tal conflito está enraizado na estrutura constitucional do século XVIII e na dificuldade objetiva de "*normalize American Administrative Government*"<sup>29, p. 718</sup> dentro de um equilíbrio estabelecido de poderes que parece excluir uma função propriamente administrativa. Expressa um sistema de *judicial review* firmemente confiado a *courts of general jurisdiction*. Encontra seu fundamento nos *property rights and economic rights* – estabelecidos desde o jusnaturalismo do século XVII-XVIII –, que, ao contrário, no mesmo período, estavam sendo limitados na Europa, abrindo espaço para a afirmação dos direitos sociais e do princípio da indivisibilidade dos direitos. Apesar dos avanços significativos na *Social Security* no governo Roosevelt, "*the United States remained a residual provider of welfare, preserving insurance-based benefits for particulars groups deemed to be deserving and failed to develop major state service*".<sup>30, p. 7</sup>

A história administrativa americana certamente pode ser lida, de forma convincente, por meio da "*occasional tilt*" entre o "*progressive*" e o "*libertarian administrative law*"<sup>31, p. 473</sup>, recorrente ao longo do século XX até o presente, especialmente no plano da representação ideológica: forças contrapostas que, no entanto, encontraram um ponto decisivo de compromisso e equilíbrio no *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946. Dissipado o conflito, no *Fair Deal* de Truman, tornou-se definitivamente possível uma reconciliação sólida, iniciada já em 1937<sup>32, p. 67</sup>, entre a cultura dos *lawyers*, profundamente enraizada no *common law* e ainda fiel em seus princípios inspiradores aos ensinamentos de Dicey, e a nova cultura gerencial dos administradores do *New Deal*.

É difícil, entretanto, pensar em algo semelhante no continente europeu. O "*Tocqueville's Nightmare*" norte-americano está assumindo na Europa a aparência de um *Etat providence* garantidor, um *Welfare State*, um *Etat gestionnaire* que se encarrega de um número crescente de necessidades sociais, amplamente aceitas e cada vez mais presentes na vida cotidiana dos

<sup>26</sup> ERNST, D. *Tocqueville's Nightmare. The administrative State emerges in America, 1900-1940*. Oxford: Oxford University, 2014.

<sup>27</sup> FREUND, E. Historical Survey, in *The Growth of American Administrative Law* (by E. Freund, R. V. Fletcher, J. E. Davies, C. W. Pound, J. A. Kurtz, C. Nagel). St.Louis: Thomas Law, 1923.

<sup>28</sup> KESSLER, J. K. The Struggle for Administrative Legitimacy (book review *Tocqueville's Nightmare*). *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 129, 2016.

<sup>29</sup> KESSLER, J. K. The Struggle for Administrative Legitimacy (book review *Tocqueville's Nightmare*). *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 129, 2016.

<sup>30</sup> CASTLES, F. G. et al. (Ed.). *Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford: Oxford University, 2010.

<sup>31</sup> SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Libertarian Administrative Law. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 82, n. 1, 2015.

<sup>32</sup> ERNST, D. *Tocqueville's Nightmare. The administrative State emerges in America, 1900-1940*. Oxford: Oxford University, 2014.

cidadãos europeus. O espírito comum da época, característico do contexto ocidental, não se traduz imediatamente em completa harmonia institucional.

No continente, a questão das garantias jurídicas com relação à ação administrativa é um tema do século XIX que está passando por uma fase de solução geral entre as duas guerras, mas sem grandes agitações, nem mesmo nos sistemas totalitários alemão e italiano ou na França de Vichy. A *judicial review*, ao contrário, está agora no centro do percurso histórico norte-americano, tanto pela definição de seu âmbito de aplicação quanto pelo conteúdo e intensidade do controle sobre as atividades das *Agencies*. Torna-se, justamente por essa função, a principal força motriz de um *administrative law* agora definitivamente consolidado.

Na Europa, entretanto, são as questões de organização, como vimos, que adquirem uma centralidade absoluta. Esse é mais um elemento de diferença em relação ao percurso norte-americano. A segunda revolução industrial na Europa só é possível devido à intervenção econômica direta do Estado. O Estado que entra em ação intervém diretamente, como um agente econômico, no equilíbrio do mercado.

Os serviços de interesse econômico também são (ou logo se tornarão) serviços públicos. Públicos não no sentido de que devem atender a uma generalidade de usuários, como no serviço universal. Públicos porque são serviços exercidos pelo Estado (ou, de qualquer forma, por administrações públicas ou por indivíduos privados em regime de concessão administrativa). O Estado que marcha desenvolto pelo continente, entre os séculos XIX e XX, é tanto um *Etat Providence* quanto um estado empresarial.

#### 4 FRAGMENTAÇÕES DISCIPLINARES: O “DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA”

Já no decorrer da década de 1930, tornou-se evidente na Europa que a parte geral construída no final do século XIX só era capaz de oferecer uma “representação altamente incompleta de seu objeto”<sup>33</sup>, p. 22-23. Até mesmo a unidade da disciplina parece ser uma ficção e mostra-se necessário começar a construir novos territórios e novas áreas temáticas.<sup>34</sup>

Esse fenômeno é particularmente evidente na Alemanha, impulsionado pela elevação da dimensão socioeconômica ao status constitucional no ordenamento de Weimar. Foi precisamente nos últimos anos da República de Weimar que se desenvolveu, articulado a partir de diferentes frentes ideológicas, mas em grande parte pelo mérito de um jovem aluno de Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, o novo espaço disciplinar do “direito administrativo da economia”, do “direito público da economia”, chamado para definir a nova “constituição econômica” e o “intervencionismo estatal”.<sup>35</sup>, p. 48 e ss

A identificação de um “verdadeiro e próprio campo de administração pública da economia” respira a crise do liberalismo no período entreguerras e é impulsionada pelo coro quase

<sup>33</sup> FORSTHOFF, E. *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Stuttgart und Berlin: Kohlhammer, 1938.

<sup>34</sup> Ver a estimulante análise de M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, 1914-1945, München 1999, pp. 226-230; pp. 240-42.

<sup>35</sup> HUBER, E. R. *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen: Mohr, 1931. No ano seguinte (Tübingen, 1932), é publicado, pelo mesmo Huber, o volume que inaugura o novo endereçamento disciplinar: *Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts*, destinado a deixar uma marca significativa no período pós-Segunda Guerra Mundial.

unânime dos economistas que deploram as falhas do mercado, mas está longe de ser encerrada em uma mera dimensão ideológica ou em fronteiras nacionais rígidas.

Os observadores mais atentos dos novos equilíbrios econômicos seriam, a partir de frentes políticas muito distantes, os juristas ligados ao direito público da economia, na Alemanha; representantes das margens do corporativismo, que se reuniam, em particular, nas revistas próximas a Giuseppe Bottai, como a *Crítica fascista* e o Arquivo de Estudos Corporativos, ou em *Lo Stato*, de Ettore Rosboch e Carlo Costamagna, na Itália<sup>36</sup>; o grupo de tecnocratas pertencentes ao *Centre polytechnicien d'études économiques* e, juntos, os expoentes do sindicalismo reformista, na França<sup>37</sup>, p. 228-42. Nesses círculos, mais do que nas tradicionais sedes acadêmicas do direito administrativo, podia-se prestar atenção àquelas “reformas estruturais”, “subversivas do Estado-cidadela”, que, do continente europeu ao próprio mundo anglo-americano, estavam delineando a “nova constituição da administração da década de 1930”.<sup>38</sup>

Aqui foi possível ir além dos setores tradicionais do serviço postal e ferroviário e descobrir as mil formas do novo intervencionismo público: os monopólios; a entrada sob regime de direito privado nos setores de energia, nitrogênio, mineração, finanças e crédito. Foi possível descobrir os novos instrumentos para dirigir a economia, as intervenções na regulamentação do trabalho, salários, preços, benefícios sociais, subsídios, auxílios industriais, com a consciência de que “não era tanto a crescente dimensão da legislação econômica, mas a expansão crescente da administração econômica”.<sup>39</sup>, p. 57 Esse era o sinal mais característico da nova relação entre o Estado e a economia.

Em comparação com os olhares cautelosos e fugazes que as sínteses do direito administrativo clássico – as de Fritz Fleiner e Walter Jellinek, na Alemanha; de Gaston Jèze e Roger Bonnard, na França; de Guido Zanobini e Ugo Forti, na Itália – foram capazes de emprestar às transformações estruturais em curso, é a partir do novo âmbito disciplinar que os juristas entram em contato com as primeiras realizações da economia regulada, acompanham a difusão do *Planung*, *planisme*, *programmazione*, na esteira da economia planificada soviética, mas também das convulsões da crise de 1929 e do *Modern Regulatory State* de Roosevelt. É também a partir do direito público da economia que eles encontram as primeiras “disciplinas setoriais” (crédito, mercado financeiro, energia etc.) e os primeiros órgãos criados para a supervisão e controle do mercado, assim como descobrem as funções extrafiscais atribuídas às finanças públicas.

Os civilistas também vinham analisando o direito econômico há algum tempo, impulsionados, por sua vez, pela “diversificação e complicação dos fatos econômicos e sociais”<sup>40</sup>, p.

<sup>36</sup> CASSESE, S. Un programmatore degli anni Trenta: Giuseppe Bottai. In: CASSESE, S. *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 175-224; ORNAGHI, L. *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*. Milano: Giuffrè, 1984, passim; GROSSI, P. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 171-84; SORDI, B. La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia. *Quaderni fiorentini*, Firenze, v. 28, n. 2, p. 1039-1075, 1999.

<sup>37</sup> ROSANVALLON, P. *L'Etat en France de 1789 à nos jours*. Paris: Seuil, 1990.

<sup>38</sup> GIANNINI, M. S. Vita ed opere di Guido Zanobini. *Riv.trim.dir.pubbl.*, Roma, v. 15, 1965, p. 15; CASSESE, S. Guido Zanobini e il sistema amministrativo degli anni Trenta. *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, p. 298.

<sup>39</sup> HUBER, E. R. *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen: Mohr, 1931.

<sup>40</sup> GROSSI, P. "Un grande giurista del nostro tempo. Franz Wieacker (1908-1994)". *Rivista di Diritto Civile*, Cattaneo, v. 16, 1995.

<sup>490</sup>, para refletir sobre o lugar do direito civil na “nova era”, iniciada após a Primeira Guerra Mundial.<sup>41</sup>

Nesse novo espaço disciplinar, de autonomia científica contestada, mas de evidente valor problemático<sup>42</sup>, até mesmo os administrativistas começavam a superar seus embaraços teóricos e suas dificuldades na leitura das transformações em curso: aqui eles podiam reconhecer que a atividade econômica do Estado, apesar de exercida nas formas jurídicas do direito privado, ainda constituía um “verdadeiro terreno de administração pública da economia”; aqui eles podiam concluir que as concentrações na indústria pesada ou no mercado financeiro, pela importância econômica que haviam assumido, eram “componentes da ordem pública”, ainda que tivessem mantido intacta sua natureza privada.<sup>43</sup>, p. 50-52

Em outras palavras, buscou-se encontrar em outros lugares, em outros campos disciplinares, aquelas categorias que nem o direito administrativo nem o direito civil eram capazes de oferecer, já que eram fundados, em suas formulações do século XIX, em uma divisão marcada entre Estado e sociedade e, conseqüentemente, em uma clara dicotomia entre direito público e privado. Essas categorias eram indispensáveis para decifrar a crescente interseção entre os dois polos da dicotomia, para explicar as novas instituições de interferência e os fenômenos de publicização do mercado e de socialização do direito civil e, ao mesmo tempo, o imponente recurso dos aparatos – aparentemente contraditório com uma projeção publicística tão forte – para vestir formas organizacionais e regimes de atuação tipicamente privados.

Foi preciso encontrar uma representação razoável de uma ordem jurídica distante da simplicidade do século XIX, que, em suas pretensões de “abrange todo o social, ou seja, tudo o que diz respeito à convivência humana”, foi percebida como o anúncio de um “Estado total” e que, por sua vez, na vasta e indiferenciada zona entre público e privado, entre estatal e econômico, foi capturada pela multiplicidade de interesses, tornando-se “auto-organização da sociedade, portanto, de fato não mais separável dela”.<sup>44</sup>, p. 121 e segg

O direito regulatório dos processos econômicos escapava, portanto, das divisões disciplinares usuais; reunia normas não homogêneas entre si, ora do direito administrativo, para as atividades de conformação da propriedade e das empresas, ora do direito comercial, para a regulamentação das formas de ação das empresas públicas.

No contexto da década de 1930, mesmo na Alemanha, foi o componente público que prevaleceu, também devido ao peso daqueles pressupostos ideológicos que encontraram alívio na chamada “revolução conservadora” e na elaboração dos fundamentos do chamado

---

<sup>41</sup> Podemos pensar em Justus Wilhelm Hedemann, fundador do “*Institut für Wirtschaftsrecht*” em Jena, em 1919, e autor do prólogo *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Jena, 1919, bem como do *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Berlim, 1922.

<sup>42</sup> Em uma fase mais madura, o direito administrativo da economia deveria ser visto como “o conjunto de estruturas e medidas jurídicas com as quais, usando meios administrativos, a administração pública influencia, moldando-a, a ordem da economia privada (atividade econômica regulada administrativamente), ou se torna ela mesma economicamente ativa (atividade econômica propriamente administrativa)”. Nesses termos, a proposta de Huber, formulada na segunda edição (1953-54) de seu *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, no resumo de E. Casetta, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, em *Diritto dell'economia*, I (1955), p. 346, crítico recorrente da autonomia desse novo campo disciplinar.

<sup>43</sup> HUBER, E. R. *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen: Mohr, 1931.

<sup>44</sup> SCHMITT, C. *Il custode della costituzione* [1931]. Tradução italiana a cura de A. Caracciolo. Milano, 1981.

“socialismo alemão” e da correlata “direção estatal da economia”.<sup>45</sup> p. 604-608 Pouco tempo depois, o direito público da economia encontraria uma saída oportuna na política econômica do nazismo e no “plano quadrienal” (*Vierjahresplan*) que, lançado em 1936, orientaria a política de rearmamento alemã até a Segunda Guerra Mundial, por meio de equilíbrios peculiares, também institucionais, entre o Estado, o partido e os grupos econômicos privados.<sup>46</sup>

O *plano*, nesse caso, torna-se o símbolo da capacidade “orientadora” do novo regime político que se impôs com a crise da República de Weimar: “o Führer planeja, a implementação do plano é realizada por meio do aparato administrativo”.<sup>47</sup> Apesar dos tons enfáticos com os quais o totalitarismo alegava incorporar, pelo menos do ponto de vista da propaganda, a capacidade de tomada de decisão do poder público – desconhecida pelo Estado de Direito liberal vazio e formal –, os planos estavam se tornando uma presença generalizada, independentemente da diferença de regimes políticos, destinados a deixar um rastro significativo, primeiro nas constituições e depois nas políticas do período pós-Segunda Guerra Mundial.

Surgia um novo tipo de atividade administrativa, a atividade de planejamento e programação – muito distante da representação tradicional da atuação administrativa como executora da lei, marcada pela relação individual entre autoridade e liberdade –, típica do novo Estado econômico e administrativo, que também pretendia regular e conformar as atividades econômicas, públicas ou privadas.

Uma atividade que seria fonte de rápido entusiasmo e igualmente repentina decepção no campo do planejamento econômico geral, mas também destinada a alcançar uma sólida efetividade naqueles campos – do planejamento urbano, territorial, ao desenvolvimento regional e de atividades produtivas singulares – que a década de 1940 havia apenas anunciado, mas que se constituiriam uma fatia crescente da legislação administrativa na segunda metade do século XX.

## 5 FRAGMENTAÇÕES ORGANIZATIVAS: A DESAGREGAÇÃO DA UNIDADE ADMINISTRATIVA

No entanto, os efeitos das transformações não terminam no nível da atividade administrativa.

A proliferação de regimes jurídicos, o uso crescente do direito privado e comercial pelo aparato público, também levou a uma rápida dissolução da unidade administrativa: o Estado pós-Primeira Guerra Mundial já era um Estado multiorganizacional. A simplicidade da organização do século XIX é pouco mais do que uma lembrança. A capacidade da administração de estabelecer uma unidade administrativa rígida capaz de assimilar, como órgãos da mesma

<sup>45</sup> Esse ambiente cultural exerceu influências semelhantes no mundo dos civilistas: ver CAPPELLINI, P. Franz Wacker civilista. *Quaderni fiorentini*, Firenze, v. 24, 1995.

<sup>46</sup> PETZINA, D. "Die Zeit des Nationalsozialismus 1933-1945. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung". In: JESERICH, K. G. A.; POHL, H.; VON UNRUH, G. C. (Org.). *Deutsche Verwaltungsgeschichte, IV, Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus*. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1985, p. 664-681.

<sup>47</sup> Nesse sentido, no capítulo *Führung und Verwaltung* do manual de direito administrativo nazista por excelência: a coletânea editada por FRANK, Hans. *Deutsches Verwaltungsrecht*. München: Franz Eher Nachf, 1937, p. 74. A citação é de M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, 1914-1945, München 1999, pp. 366-69, ao qual remetemos para uma análise teórico-institucional do *Planung* nazista.

pessoa jurídica estatal, os vários sujeitos que desempenham funções administrativas no território, desapareceu. Não é mais verdade que “a administração é unitária e é estatal”, que possui as mesmas características e prerrogativas, que se expressa por meio de atos que produzem os mesmos efeitos.

Os sujeitos – as entidades – proliferam, os regimes jurídicos de atuação proliferam. Os debates jurisprudenciais e doutrinários sobre a natureza jurídica dos sujeitos, tipos de atividade e relações de trabalho são intermináveis. A ontologia da dicotomia entre público e privado cede lugar à eventualidade dos “elementos extrínsecos” da distinção. A “substância privada” dilacera a “roupagem exterior”, pública, frequentemente atribuída pelo legislador.

Até mesmo a autarquia, limitada por restrições finalísticas cada vez mais vagas, renuncia à unidade orgânica: é um vínculo tênue de natureza auxiliar que impede a diáspora de interesses e salvaguarda uma unidade estatal precária.<sup>48, p. 299-304</sup> A unidade, de uma unidade subjetiva, organizacional, de regime administrativo, dissolve-se em uma unidade financeiro-orçamentária mais ambígua, pluralista, de um setor público cada vez mais indistinto.<sup>49, p. 295-303</sup> A proliferação de regimes jurídicos acentuou a desagregação do sujeito, a perda da unidade administrativa, a disseminação de morfologias organizacionais, taxonomias de sujeitos e estatutos. Foi iniciado um percurso (apesar da privatização predominante, ainda não concluída) exatamente simétrico àquele seguido com o fim do antigo regime. O sujeito unitário que a Revolução havia criado sobre os escombros da antiga ordem, como um baluarte do interesse geral, está sendo destruído.

Isso explica, em particular, por que o período entreguerras é marcado por uma verdadeira explosão de organização e seus temas. A desarticulação e a desagregação das estruturas administrativas seguem a dissolução da separação entre o Estado e a sociedade e a proliferação de interesses que podem ser qualificados como públicos, os quais precisam ser viabilizados por uma organização articulada e complexa. Somente no sistema jurídico italiano, mais de cento e oitenta entes públicos foram criados na década entre 1930 e 1940.<sup>50</sup> “Quase todo ano novos interesses públicos se juntam ao aparato”.<sup>51, p. 371</sup> O mundo das pessoas jurídicas de direito público foi se complicando com figuras organizacionais – nos mais variados campos: previdência, assistência, infância, pensões, esporte, ex-combatentes – que se colocavam ao lado do Estado, negando sua exclusividade<sup>52, p. 179</sup> e que, justamente por isso, a doutrina italiana da época passou a defini-las como “entidades paraestatais”.<sup>53</sup>

A estrutura simples e harmoniosa sobre a qual os modelos administrativos do século XIX foram implantados se dissolveu: não há mais um interesse público unitário confiado aos cuidados de uma administração estatal firmemente encerrada em uma organização compacta. A proliferação de sujeitos corresponde exatamente à proliferação de interesses públicos, dos

<sup>48</sup> ROMANO, S. Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato, [1930], in Id., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, II, *Diritto amministrativo*, Milano, 1950.

<sup>49</sup> É fundamental a representação de MERKL, A. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: J. Springer, 1927.

<sup>50</sup> Aumentam a trezentos e cinquenta se considerarmos como ponto de referência o período de 1922-1942. Esses dados se encontram em MELIS, G. *Storia dell'amministrazione italiana, 1861-1993*. Bologna: Il Mulino, 1996, p.357-368; Id., *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo*, cit.

<sup>51</sup> GIANNINI, M. S. *Diritto amministrativo*. In: ALBERTO, Trabucchi. *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Milano: Cedam, 1981.

<sup>52</sup> CASSESE, S. Il problema degli enti pubblici. *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, v. III, n. 1, 1991.

<sup>53</sup> GIROLA, C. "Enti parastatali". *Studi urbinati*, Urbino, v. III, p. 131 sgg. 1929; FORTI, U. Gli enti parastatali [1934]. *Studi di diritto pubblico*, Roma, v. I, p. 305 sgg, 1937.

quais os entes, de tempos em tempos, são chamados a ser os portadores. Precisamente como resultado dessa metamorfose, o fechamento do público dentro da órbita do Estado – determinado no final do século XVIII pelas demandas de concentração de soberania resultantes da imposição de uma ordem jurídica individual – começa a rachar e a dar lugar a uma hibridização com o social que parecia vinculada às experiências do passado.

Não se deve pensar, entretanto, que os juristas apoiaram ou anteciparam esse processo. Por um tempo, aproximadamente até a década de 1930, a ciência jurídica acreditou que poderia conter os efeitos das transformações, deixando intacta a distinção público-privado e limitando-se a registrar a ampliação da soberania além da esfera pura e simples do *imperium*.

Na Itália, a tendência *publicizante*, em andamento desde o processo de publicização das formações sociais levada a cabo por Francesco Crispi, será forte durante toda a década de 1920, encontrando estímulo no início do Estado totalitário, nas regras sobre jurisdição exclusiva, na ordem *podestarial*, no qual se estrutura o novo sistema fascista de órgãos locais. Desde o início da década de 1930, a partir da progressiva expansão do enquadramento sindical, do surgimento da participação acionária do Estado e das empresas comerciais públicas, a contaminação entre administração e economia revelaria o cruzamento cada vez mais fácil das fronteiras do século XIX. A criação do IMI, em 1931, e do IRI, em 1933; o novo sistema de crédito de 1936-38, confirmará que a dicotomia entre estatal e comercial tinha desaparecido.<sup>54</sup>

O enquadramento sindical de muitos sujeitos, até então atribuíveis à categoria dos entes públicos<sup>55</sup>, tem efeitos avassaladores e generaliza transformações que estavam em andamento desde a era Giolitti: a relação de emprego é regulada por um contrato coletivo de trabalho; o julgamento dos respectivos litígios deixa de ser confiado ao sistema de justiça administrativa e é atribuído à competência da magistratura trabalhista. Trata-se de transformações significativas, tanto que, em um primeiro momento, somente a doutrina corporativista conseguirá dar-lhes alguma estrutura conceitual, até que a fórmula, mais uma vez necessariamente combinatória, de ente público econômico ingresse normativamente no Código Civil de 1942.<sup>56</sup>

É nesse ponto que as noções unitárias, os institutos, deixam de sê-lo e se transformam em morfologias descritivas: a própria noção de ente público se torna uma mera nomenclatura, incapaz de resumir a extrema fragmentação das formas de organização administrativa. A rígida assimilação ao Estado, característica do modelo autárquico do século XIX, a partir desse

---

<sup>54</sup> Reconstrução de síntese em Bernardo Sordi, *Origine e itinerari scientifici della nozione di 'ente pubblico' nell'esperienza italiana*, in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino 1994, pp. 3-23; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991, pp. 23 sgg.

<sup>55</sup> Veja, em particular, o artigo 1º da Lei nº 1.303, de 16 de junho de 1938, que revogou a proibição de enquadramento sindical para “os entes públicos, independentemente do nome, que operam no campo da produção e realizam atividades econômicas em regime de concorrência” – proibição prevista em 1926, no ato de instituição do sistema corporativo, para o Estado, as províncias e os municípios, o IPAB, a Caixa de Depósitos e Empréstimos, o Banco da Itália, os Bancos de Nápoles e da Sicília, as Caixas Econômicas, os entes paraestatais e as empresas autônomas.

<sup>56</sup> O artigo 2.201 do Código Civil sujeita “os entes públicos, cuja finalidade exclusiva ou principal seja a atividade comercial” ao estatuto do empresário comercial, com a única exclusão sendo a sujeição à falência.

momento, cede lugar à legislação individualista, às regulamentações singulares, à versatilidade.<sup>57</sup>

Na Alemanha, o mesmo acontece com a noção de *öffentliche Anstalt* (instituto público), em torno da qual se tenta, em um primeiro momento, retratar aquela administração por entes que está ladeando a tradicional administração burocrática por ministérios.<sup>58</sup> O *Anstalt*, pedra angular do sistema de Otto Mayer e resgatado pelos juristas nesse período da relação de súdito do século XIX para consolidar seu conteúdo organizacional, torna-se a figura subjetiva por meio da qual o aparato administrativo revela sua dimensão material, não decisória, e realiza as suas prestações: a forma organizacional de uma administração moderna que assume as tarefas de uma “democracia social”.<sup>59</sup>, p. 141 Perpetua-se a convicção de que “a ideia de bem-estar público encontra sua plena realização apenas em formas jurídicas públicas”.<sup>60</sup>, p. 337 A um modelo organizacional estritamente público é atribuída a tarefa – irrealizável – de restabelecer a fronteira tradicional entre administração pública e economia, e de conter a Babel de misturas e interferências.

O tema tampouco se desenvolve sob diretrizes diversas em terreno francês, onde as interseções entre público e privado não conseguem minar, por enquanto, o sólido binômio que unificava, na noção de *service public*, um sujeito administrativo e seu regime público de atuação. A jurisprudência, apenas de forma “relativamente circunscrita”, reconhece a existência de serviços de natureza industrial e comercial, restituídos à jurisdição do juiz ordinário e à disciplina do direito privado<sup>61</sup>, e registra as primeiras dissociações entre serviço público e instituição administrativa, com a atribuição de funções de interesse público a sujeitos de direito privado.<sup>62</sup>, p. 419

No modelo continental persiste por muito tempo, portanto, a tendência dos juízes e juristas, iniciada com a fase publicística ocorrida no final do século XIX, de erguer uma vigorosa defesa do poder público geral que surgiu com a Revolução Francesa e que não deveria ser contaminado por interesses privados, corporativos e fracionários.

São construções públicas – mesmo que livres da identificação com o *imperium* – aquelas que a ciência jurídica continental elabora e utiliza para conceituar as novas características prestacionais da ação administrativa e, ao mesmo tempo, as novas formas organizacionais: *service public*, *öffentliche Anstalt*, ente público.

Por outro lado, esse Estado econômico que se torna protagonista e regulador do mercado, essa administração direta que cresce em quantidade e pessoal, justifica a sensação de uma verdadeira explosão do “público” em relação ao mercado, à economia, à vida cotidiana, aos serviços.

<sup>57</sup> GIANINNI, M. S. Il problema dell’assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell’attuale momento. In: Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature. Napoli: Jovene, 1974, pp. 23 sgg.; CASSESE, S. *Le basi del diritto amministrativo*. Milano: Einaudi, 1995, pp. 193 sgg.

<sup>58</sup> HERRNRITT, R. H. *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, Tübingen: Mohr 1921, pp. 229 sgg.

<sup>59</sup> KÖTTGEN, A. *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, in VVDStRL, Heft 6, cit., pp. 105 sgg.

<sup>60</sup> FLEINER, F. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Mohr, 1928.

<sup>61</sup> TC Bac d’Eloka 22 de janeiro de 1921; TC Dame Melinette, 11 de julho de 1933, lido a partir do comentário de BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*. Paris: PUF, 1995, pp. 429-431.

<sup>62</sup> CE Caisse primaire ‘Aide et Protection, 13 de maio de 1938, no comentário de BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*. Paris: PUF, 1995.

Os juristas, sem diferenças apreciáveis entre civilistas e publicistas, se apropriarão dessa sensação e a traduzirão, de forma demasiadamente monocórdica, em uma leitura totalmente publicística das transformações que estão ocorrendo, inadequada, no entanto, para oferecer uma representação jurídica conveniente delas.

## 6 TOTALITARISMO E MODERNIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Os modelos descritivos receberão, portanto, o processo de privatização do direito público com considerável dificuldade. Pesará muito a preocupação de dispersar a “realidade” do Estado e da própria soberania com a economia dos aparatos. A dissolução da imperatividade do poder, por um lado, e o esfacelamento da unidade administrativa, por outro, parecem colocar em risco, aos olhos dos juristas, a centralidade da pessoa jurídica do Estado, duramente conquistada durante o século XIX.

Mais uma vez, a Escola de Viena seguirá sendo a precursora; dará significado jurídico à nova fronteira dos direitos sociais e ao fim do *laissez faire*; o Estado de administração direta, que vimos emergir em particular das páginas de Hans Kelsen, é o Estado dos direitos sociais, o Estado que se tornou consciente de suas tarefas sociais e que supre as necessidades básicas dos cidadãos com suas funções econômicas e de bem-estar: o Estado keynesiano e intervencionista. Nesse caso, não há busca de uma unidade perdida, nem a publicização forçada de uma realidade que foge de fronteiras rígidas; não há depreciação na *policracia* da crise irreversível do Estado. Já no âmbito das constituições democráticas, a nova face da administração começa a ser percebida.

Na ciência jurídica alemã, por outro lado, a descrição pacificada da ambivalência estrutural da administração moderna só ocorrerá após a solução definitiva da questão constitucional, isto é, depois da dramática reconstituição da unidade do povo alemão após a tomada do poder pelos nazistas, quando o “estado total” tomar o lugar do “vazio” estado de direito de Weimar.<sup>63</sup>

A primeira mudança perceptível do centro de gravidade da administração de garantia para a administração de prestação, na literatura jurídica alemã, ocorre quando uma sociedade que perdeu o poder de decidir, fragmentada no pluralismo de interesses, em uma politização que destrói tudo o que toca – burocracia, exército, administração local – é substituída por uma sociedade necessariamente antidemocrática, que exclui, em princípio, qualquer identidade entre governantes e governados e que confia nas mãos firmes e reconfortantes de uma liderança totalitária.

Os preconceitos *publicizantes* que até então impediam uma descrição completa da realidade administrativa podem, portanto, ser deixados de lado. Graças, em particular, às reflexões de Ernst Forsthoff – um jurista que foi aluno, como Ernst Rudolf Huber, de Carl Schmitt

<sup>63</sup> Um relato preciso em FORSTHOFF, E. *Der totale Staat*. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, a ser enquadrado na história geral com a ajuda de STOLLEIS, M. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, 1914-1945. München: C. H. Beck, 1999, pp.316 e segs.; GRIMM, D. *Die 'Neue Rechtswissenschaft'. Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz*. In: *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Henwack 1987, pp. 373-95.

–, foram elaboradas categorias que se tornariam fundamentais no vocabulário jurídico do período pós-Segunda Guerra Mundial, e não apenas na Alemanha: *administração de serviços; prestação de serviços essenciais à vida (Leistungsverwaltung; Daseinsvorsorge)*.

Com a questão constitucional resolvida após a edificação do totalitarismo, e as tendências *policráticas* e pluralistas, que não pouparam a própria administração, recompostas em uma liderança estatal capaz de reposicionar a primazia do político em todos os campos da sociedade, incluindo a economia, a administração pôde ser analisada em seu funcionamento objetivo e suas profundas novidades estruturais puderam ser investigadas a fundo. A administração, livre dos fardos compensatórios com os quais a crise do estado partidário de Weimar a havia sobrecarregado, torna-se passível de ser analisada de modo “realista”. A face, que até recentemente era exibida como um sintoma da crise e da dissolução do Estado, de uma administração que se insinua nas formas jurídicas do direito privado e até mesmo nas atividades comerciais, pode ser agora retratada em sua realidade contraditória, em seu entrelaçamento, na duplicidade de seus regimes e funções.

O percurso rumo à abordagem realista e ao abandono das abordagens típicas do formalismo jurídico do século XIX se descortina quando cada perigo de dissolução da soberania é resolvido em outro âmbito, no vínculo muito sólido que liga o *Führer* ao próprio *povo*, enquanto a administração, tendo perdido a função de baluarte do Estado – com a qual havia sido investida com a derrubada do princípio monárquico –, passa a ser lida e analisada pelo que é, sem distorcidos esquemas constitucionais.

É exatamente essa estrutura argumentativa que “permite” a valorização do “significado social da administração moderna”<sup>64</sup>, p. 398; estabelece as bases para a famosa e bem-sucedida definição da *administração como prestadora de serviços (Leistungsträger)* e da *participação na comunidade (Teilhabe)* como o novo centro de gravidade das reivindicações dos cidadãos em relação à autoridade pública, que supera e elimina o plano individualista dos direitos de liberdade e se baseia na absorção do indivíduo pelas instituições estatais que têm a tarefa de atender às necessidades básicas da comunidade.

Esses eram padrões argumentativos há muito perseguidos nos anos de Weimar: aquele núcleo de transformações que, até poucos anos antes, representava o sinal mais evidente de desintegração e crise, torna-se, nos vínculos indissolúveis do totalitarismo, o ponto de força e união do indivíduo à “comunidade política”.<sup>65</sup>, p. 19

A modernização dogmática ocorrida no período do nacional-socialismo<sup>66</sup> teve, por trás de si, um percurso extremamente acidentado na década anterior de Weimar: se os persistentes preconceitos *publicizantes* – que por muito tempo haviam impedido os processos de transformação em curso na organização e nas formas de ação – puderam ser rapidamente removidos, foi porque a própria relação entre público e privado, entre Estado e economia, entre partidos e Estado, foi resolvida em uma nova e muito sólida unidade política.

<sup>64</sup> FORSTHOFF, E. Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft. *Deutsches Recht*, Waidmannslust, v. 5, 1935.

<sup>65</sup> FORSTHOFF, E. *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Stuttgart und Berlin: Kohlhammer, 1938.

<sup>66</sup> Sobre esse ponto, de forma sintética, ver W. Meyer-Hesemann, Modernisierungstendenzen in der nationalsozialistischen Verwaltungsrechtswissenschaft, in H. Rottleuthner (a cura di), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, ARSP, 18, Wiesbaden, 1983, pp. 140-51.

Não é de surpreender que os juristas que trabalharam nos anos nazistas tivessem essa capacidade de ler a realidade administrativa. Os direitos sociais acabam por ser direitos de status, como os direitos de participação na comunidade (*Teilhaberechte*), os únicos direitos subjetivos compatíveis com o Estado totalitário e que resultam até mesmo seu elemento de apoio, porque o cuidado com a vida cotidiana e a administração que dispensa bens e serviços nessa mesma realidade constitucional tornaram-se indispensáveis, como o principal veículo de legitimação da capacidade de “guia” do poder político, demonstrando uma verdadeira eficácia constitutiva da ordem social. Eles não se elevam ao status de direitos fundamentais, nem possuem valor constitucional: os serviços são colocados e realizados em nível administrativo, são simplesmente concedidos, não garantidos pelo Estado.<sup>67</sup>, p. 130

Forsthoff não é o único, mas é certamente o mais perspicaz entre os juristas do nazismo na apreensão das novidades da administração em relação às sínteses descritivas tradicionais, que haviam registrado muito lentamente a inserção de novos elementos organizacionais e funcionais nos sistemas dogmáticos do final do século XIX. O jurista capaz de reelaborar, em uma chave administrativa, o *Dasein* de Jaspers e Heidegger, com abordagens conceituais que ainda hoje marcam a linguagem dos administrativistas contemporâneos.

Esse tipo de abordagem das novidades da administração, esse tipo de “pecado original” de epifanias realistas concomitantes com o nazismo, continua sendo peculiar à experiência alemã. Não há dúvida: a representação do “estado da sociedade industrial” que Forsthoff propôs novamente após a Segunda Guerra Mundial já havia sido plenamente alcançada no período do nazismo.<sup>68</sup>

Na França, se havia chegado ao *service public* várias décadas antes, no auge da Terceira República, quando o genial realismo de Duguit conseguiu elaborar uma teoria com conotações marcadamente antiestatal e oferecer o primeiro grande afresco da nova face prestacional da autoridade pública. Na Alemanha, ao contrário, a transformação para o Estado econômico foi delineada na crise mais aguda de Weimar e foi concluída com uma saída para o “realismo” que estava indissociavelmente entrelaçada com a propaganda organicista do regime.

Algo semelhante havia acontecido no panorama da cultura jurídica italiana entre as duas guerras, onde somente os juristas do regime foram capazes de lançar um olhar desencantado sobre a realidade, mas ao preço de resolver as contaminações e contradições naquele regime corporativo que, como regime de direito público, possuía a mesma estatura do regime administrativo e no qual era possível recuperar um novo princípio de unidade, tornando possível superar antinomias e contradições insolúveis no plano do regime constitucional e administrativo.

---

<sup>67</sup> LEIBHOLZ, G. Der Strukturwandel der modernen Demokratie. *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1964, para ler com as observações de Baldassarre, Diritti sociali, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma 1989, p. 4.

<sup>68</sup> FORSTHOFF, E. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck Verlag, 1971; para as considerações feitas no texto cfr. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, 1914-1945, München 1999, p. 380; B. Sordi, Il primo e l'ultimo Forsthoff, in *Quaderni fiorentini*, 25 (1996), pp. 667-82.

No entanto, isso não se limita a preencher uma já evidente lacuna dogmática com o percurso francês. A grande novidade da reflexão de Forsthoff não consiste tanto na descoberta de uma face prestacional da administração, um perfil já adquirido no mesmo contexto de Weimar, que há muito reconhecia o “arcaísmo” do sistema de Otto Mayer.

A descoberta do fluxo contínuo, cotidiano e vital de intervenções materiais, prestações, serviços, em oposição à relação, eventual e ocasional, marcada na dialética do século XIX entre autoridade e liberdade, pode lembrar, de um ponto de vista descritivo, certas passagens da análise de Duguit.

Pela primeira vez, no entanto, essa descoberta foi acompanhada pelo reconhecimento definitivo do caráter ancípite da administração moderna. Um único regime de direito administrativo, ainda que qualificado como *service public*, tornou-se impossível. As representações unitárias da realidade administrativa não têm mais lugar em um ordenamento marcado pela dissolução das fronteiras tradicionais. O mito de uma administração única e unitária, realizadora do bem comum e do interesse geral, com a qual a Revolução Francesa pensou ser possível substituir as *muitas* administrações do antigo regime e a correspondente fragmentação de interesses, havia definitivamente desmoronado. A administração de autoridade e provedora (*Eingriffsverwaltung*), destinada a operar, segundo um modelo funcional, na lógica da relação entre autoridade e liberdade – a administração indireta de Kelsen – foi definitivamente conectada à administração de serviços (*Leistungsverwaltung*): uma administração direta sem funções monopolistas, pluralista, fragmentada, ora ainda dentro do polo estatal, ora dispersa em uma fronteira incerta com o social, não mais necessariamente operando segundo regimes jurídicos de direito público.

O regime administrativo, na tentativa de acompanhar as transformações da realidade, foi obrigado a abrir-se a novas dicotomias, agora completamente independentes da especialização administrativa e da grande dicotomia entre direito público e direito privado. A possibilidade de uma síntese puramente pública da administração e de seu regime administrativo havia sido definitivamente afastada.

Para além das contingências institucionais e da singularidade dos percursos, as transformações ocorridas nas décadas de 1920 e 1930 atuaram como um catalisador para a análise da realidade administrativa: as abordagens constitucionais, por um lado, e a diáspora organizacional, por outro, com a afirmação de uma pluralidade de administrações e a proliferação de regimes jurídicos, representaram os frutos duradouros que o período entre as duas guerras mundiais daria à administração contemporânea.

## REFERÊNCIAS<sup>69</sup>

BORSI, U. Nuovi orientamenti e nuovi profili del diritto amministrativo italiano. *Rivista di Diritto Pubblico*, v. 12, n. 1, 1920.

<sup>69</sup> **Nota editorial:** o manuscrito original não possui referências. O que se tem nessa seção é um apanhado das obras citadas pelo autor, dentro das possibilidades de adequação encontradas, não se tratando de lista completa.

BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*. Paris: PUF, 1995.

CAPPELLINI, P. Franz Wieacker civilista. *Quaderni fiorentini*, Firenze, v. 24, 1995.

CASSESE, S. Guido Zanobini e il sistema amministrativo degli anni Trenta. *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976.

CASSESE, S. *Le basi del diritto amministrativo*. Milano: Einaudi, 1995. CASSESE, S. Un programmatore degli anni Trenta: Giuseppe Bottai. In: CASSESE, S. *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 175-224.

CASTLES, F. G. et al. (Ed.). *Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford: Oxford University, 2010.

ERNST, D. *Tocqueville's Nightmare. The administrative State emerges in America, 1900-1940*. Oxford: Oxford University, 2014.

FORSTHOFF, E. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: C.H. Beck Verlag, 1971.

FLEINER, F. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. Tübingen: Mohr, 1928.

FORSTHOFF, E. *Der totale Staat*. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

FORSTHOFF, E. *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Stuttgart und Berlin: Kohlhammer, 1938.

FRANK, Hans. *Deutsches Verwaltungsrecht*. München: Franz Eher Nachf, 1937.

FRANKFURTER, F. *The Public and its Government*. New Haven and London: Yale University, 1930.

FREUND, E. Historical Survey, in *The Growth of American Administrative Law* (by E. Freund, R. V. Fletcher, J. E. Davies, C. W. Pound, J. A. Kurtz, C. Nagel). St.Louis: Thomas Law, 1923.

GIANINNI, M. S. Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento. In: *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature*. Napoli: Jovene, 1974.

GIANNINI, M. S. Diritto amministrativo. In: ALBERTO, Trabucchi. *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Milano: Cedam, 1981.

GIANNINI, M. S. Vita ed opere di Guido Zanobini. *Riv.trim.dir.pubbl.*, Roma, v. 15, 1965.

GIROLA, C. "Enti parastatali". *Studi urbinati*, Urbino, v. III, p. 131 sgg. 1929; FORTI, U. Gli enti parastatali [1934]. *Studi di diritto pubblico*, Roma, v. I, p. 305 sgg, 1937.

- GRIMM, D. *Die 'Neue Rechtswissenschaft'. Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz. In: Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft.* Frankfurt am Main: Henwack 1987.
- GROSSI, P. "Un grande giurista del nostro tempo. Franz Wieacker (1908-1994)". *Rivista di Diritto Civile*, Cattaneo, v. 16, 1995.
- GROSSI, P. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950.* Milano: Giuffrè, 2000.
- HERRNRITT, R. H. *Grundlehren des Verwaltungsrechtes*, Tübingen: Mohr 1921.
- HUBER, E. R. *Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat*, Tübingen: Mohr, 1931.
- KELSEN, H. Giurisdizione e amministrazione. In: KELSEN, H. *Il primato del Parlamento.* Trad. C. Geraci, Milano: Giuffrè, 1982.
- KESSLER, J. K. The Struggle for Administrative Legitimacy (book review Tocqueville's Nightmare). *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 129, 2016.
- KÖTTGEN, A. *Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, in VVDStRL, Heft 6, cit., pp. 105 sgg.
- LANDIS, J. Crucial Issues in Administrative Law. The Walter-Logan Bill. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 53, n. 7, p. 1077-1102, maio 1940.
- LASKI, H. *A Grammar of Politics.* London: Routledge, 1925.
- LEIBHOLZ, G. Der Strukturwandel der modernen Demokratie. *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1964.
- MASHAW, J. *Creating the Administrative Constitution: The lost one hundred years of American Administrative Law*, New Haven and London: Yale University, 2012.
- MELIS, G. *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo*, Roma: Ministero per i beni culturali e ambientali, 1988.
- MELIS, G. *Storia dell'amministrazione italiana, 1861-1993.* Bologna: Il Mulino, 1996.
- MERKL, A. *Allgemeines Verwaltungsrecht.* Wien: J. Springer, 1927.
- ORNAGHI, L. *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo.* Milano: Giuffrè, 1984.
- PETZINA, D. "Die Zeit des Nationalsozialismus 1933-1945. Soziale und wirtschaftliche Entwicklung". In: JESERICH, K. G. A.; POHL, H.; VON UNRUH, G. C. (Org.). *Deutsche Verwaltungsgeschichte, IV, Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus.* Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1985, p. 664-681.

RIALS, S., *Administration et organisation. De l'organisation de la bataille à la bataille de l'organisation dans l'administration française*. Paris: Bibliothèque Beauchesne Religions Société Politique, 1977.

ROBSON, W. *Justice and administrative law. A study of the British constitution*. London: Praeger, 1928.

ROMANO, S. Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato, [1930], in Id., *Scritti minori*, a cura di G.Zanobini, II, *Diritto amministrativo*, Milano, 1950.

ROSANVALLON, P. *L'Etat en France de 1789 à nos jours*. Paris: Seuil, 1990.

SCHMITT, C. *Il custode della costituzione* [1931]. Trad. italiana de A. Caracciolo. Milano, 1981.

SORDI, B. La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia. *Quaderni fiorentini*, Firenze, v. 28, n. 2, p. 1039-1075, 1999.

STOLLEIS, M. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, 1914-1945. München: C. H. Beck, 1999.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Libertarian Administrative Law. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 82, n. 1, 2015.

Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, in *VVDStRL*, Heft 6, Berlin und Leipzig, 1929.

WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. v. II. Trad. P. Rossi. Tübingen: Legare Street, 1922, Milano, 1961.



## PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL, IDENTIDADE NACIONAL E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. O PAPEL DA CONVENÇÃO DA UNESCO DE 2003 EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE, NATIONAL IDENTITY AND FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS. THE ROLE OF THE 2003 UNESCO CONVENTION IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

PIER LUIGI PETRILLO\*

Tradução: FRANCISCO HUMBERTO CUNHA FILHO | RODRIGO VIEIRA COSTA | THIAGO BURCKHART

### RESUMO

O artigo analisa a evolução da noção de patrimônio cultural a partir de uma perspectiva comparada e verifica o impacto produzido pela Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial em 9 países (México, Brasil, Itália, Jordânia, Chipre, Espanha, Burkina Faso, Coreia do Sul, Japão).

**Palavras-chave:** Direitos culturais; patrimônio; identidade; Convenção da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial; direitos humanos.

### ABSTRACT

This article examines the evolution of the concept of cultural heritage from a comparative perspective and assesses the impact produced by the UNESCO Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage in nine countries (Mexico, Brazil, Italy, Jordan, Cyprus, Spain, Burkina Faso, South Korea, Japan).

**Keywords:** Cultural rights; heritage; identity; UNESCO Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage; human rights.

\* Doutor em Direito Comparado pela Universidade de Siena e Mestre em História Constitucional Europeia pela Universidade Sapienza de Roma. Professor de Direito Público Comparado da Universidade de Roma Unitelma Sapienza. Ex-Presidente do Órgão de Avaliação da Aplicação da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2022). Professor Catedrático da UNESCO sobre Patrimônio Cultural Imaterial e Direito Comparado na Universidade de Roma Unitelma Sapienza.  
*pierluigi.petrillo@unitelmasapienza.it*

Recebido em 29-01-2024 | Aprovado em 29-01-2024<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artigo convidado.



## SUMÁRIO

**1 UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DE PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL; 2 A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL ANTES DA CONVENÇÃO DA UNESCO DE 2003; 3 EFEITOS DA CONVENÇÃO DA UNESCO PARA A SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS; 4 PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL, IDENTIDADE NACIONAL E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. PRIMEIRAS CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.**

### ■ UMA DEFINIÇÃO JURÍDICA DE PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

O primeiro tópico a ser discutido é a definição jurídica de patrimônio cultural imaterial, que não podemos considerar como "coisa ou bem".

De acordo com o direito internacional, "patrimônio cultural" é "um conjunto de recursos herdados do passado, que as pessoas identificam, independentemente de terem a propriedade, como um reflexo e expressão de seus valores, crenças, conhecimentos e tradições em constante evolução. Ele inclui todos os aspectos do ambiente resultantes da interação entre pessoas e lugares ao longo do tempo". Assim, incorpora como expressões autônomas tanto o patrimônio cultural tangível quanto os elementos culturais imateriais. Dentro dessa definição, podemos considerar o conceito de patrimônio cultural imaterial (PCI), ou patrimônio vivo, um conjunto de expressões culturais constantemente recriadas que identifica a herança cultural de uma comunidade específica de pessoas.<sup>p. 348</sup>.

Se considerarmos mais de 30 sistemas jurídicos diferentes ao redor do mundo, podemos observar que a definição jurídica de PCI está relacionada a 4 fatores: 1) a natureza imaterial do patrimônio cultural, 2) seu caráter de patrimônio vivo, 3) seu constante modificar-se e 4) o valor identitário que assume para uma comunidade específica de pessoas, não necessariamente localizada em um território específico. Essa definição reconfigura a noção de "patrimônio cultural", baseando-a em um conceito antropológico. De acordo com ele, "cultura" deve ser entendida como esse "todo complexo que inclui conhecimento, crenças, arte, moral, direito, costume e qualquer outra habilidade e hábito adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade". Portanto, inclui toda a produção humana com a qual os membros de uma determinada comunidade identificam-se.

No contexto internacional, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris em 17 de outubro de 2003, pela XXXII Sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) representa o quadro jurídico global para o PCI.

Com esta Convenção, "nascida" na esteira da Declaração de 1966 da UNESCO sobre os Princípios da Cooperação Cultural Internacional, a agência das Nações Unidas que lida com Cultura, Educação e Ciência também reconheceu o valor cultural daquelas tradições, ritos, práticas e festividades que expressam a identidade de uma comunidade e não são diretamente identificáveis enquanto bens tangíveis.

No texto da Convenção de 2003, com uma definição deliberadamente ampla, o patrimônio cultural imaterial é definido como o conjunto de "práticas, representações, expressões,

conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural”, especificando que “este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana”.

Os elementos, portanto, úteis para circunscrever juridicamente esse conceito, estão, por um lado, relacionados ao modo de expressão do fator cultural (práticas, representações, conhecimento) e, por outro lado, ao modo de transmissão desses fatores (natureza intergeracional, re-criação constante de fatores culturais, senso de identidade comunitária).

O Artigo 2 da mesma Convenção especifica ainda mais esse conceito, identificando cinco “domínios” que são exemplificativos, portanto, não exaustivos, do fator cultural que conota a natureza imaterial deste patrimônio. De acordo com o Artigo 2, o patrimônio cultural imaterial inclui tradições e expressões orais, incluindo o idioma, como veículo do patrimônio cultural imaterial, expressões artísticas, práticas sociais, rituais e atos festivos, conhecimentos e práticas relacionadas à natureza e ao universo, e conhecimentos tradicionais. No entanto, [reitera-se], essas áreas do patrimônio imaterial não são exaustivas, tanto devido à dificuldade de atribuir classificações precisas e esquemas predefinidos à noção de cultura, quanto à natureza intersetorial de algumas tradições orais – como no caso das práticas alimentares, por exemplo, já que estão integradas a sistemas articulados de relações sociais e significados coletivamente compartilhados.

Assim, a Convenção de 2003 impôs uma atualização, também em nível nacional, do conceito de “cultura”, não mais vinculado única e somente à sua dimensão material (o monumento, a arquitetura, a paisagem, o artefato individual), mas também como uma expressão de sua dimensão imaterial. A implementação da Convenção, com seus mecanismos de “recompensa”, tem gerado não poucos problemas para os sistemas jurídicos dos 181 Estados que a ratificaram, mas, ao mesmo tempo, contribuiu para definir um quadro regulatório comum de instrumentos jurídicos para a proteção desses patrimônios.

## **2 A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL ANTES DA CONVENÇÃO DA UNESCO DE 2003**

O principal objetivo deste ensaio é verificar como a Convenção da UNESCO para o PCI alterou os sistemas jurídicos para a sua proteção em diversos países democráticos: México, Brasil, Itália, Jordânia, Chipre, Espanha, Burkina Faso, Coreia do Sul, Japão. Por esse motivo, se analisará o sistema jurídico anterior à entrada em vigor da Convenção da UNESCO, considerando diferentes países em distintos continentes que entendemos relevantes devido às suas diversas abordagens sobre o assunto.

A análise das regulamentações adotadas nos países considerados permite-nos distinguir três abordagens diferentes para o fenômeno, que correspondem a diferentes soluções regulatórias.

Primeiramente, destacam-se os casos do Japão e da República da Coreia. Esses dois países representam um modelo de referência, pois há muito tempo adotaram legislação oportuna e orgânica, podendo ser considerados exemplos de regulação rígida.

Em segundo lugar, podemos identificar sistemas jurídicos que adotaram, antes de 2003, certas disposições sobre o assunto, principalmente voltadas para regulamentar aspectos separados do patrimônio imaterial sem, no entanto, adotar regulamentações orgânicas. Este é o caso da Espanha, Brasil e México, onde encontramos uma "regulação branda".

Em terceiro lugar, referimo-nos aos países, entre os pesquisados, onde, antes da Convenção da UNESCO de 2003, não existiam regulamentações sobre o assunto, como Itália, Burkina Faso, Jordânia e Chipre.

Tabela 1. Regulamentações de PCI até 2003

Modelo 1 (regulação rígida)	Modelo 2 (regulação branda)	Modelo 3 (ausência de regulamentação)
Japão (1950)	Espanha (1985)	Itália
República da Coreia (1962)	Brasil (2000)	Jordânia
	México (2001)	Chipre
		Burkina Faso

Fonte: Autoria própria (2023)

Em modelos fortemente regulamentados, como Japão e Coreia do Sul, a legislação específica sobre patrimônio cultural imaterial está em vigor desde 1950 e 1962, respectivamente.

A legislação japonesa surgiu após a Segunda Guerra Mundial, com a aprovação no Parlamento, em 22 de abril de 1949, das diretrizes para a reforma de programas culturais. Ela apontou a proteção do patrimônio cultural imaterial como uma das cinco políticas mais importantes. A lei de 1950 foi promulgada em um contexto obviamente particular: os valores da sociedade japonesa precisavam ser restaurados, reivindicando a origem e a riqueza das tradições de um povo fortemente afetado, também emocionalmente, pela devastação da Segunda Guerra Mundial. A lei de patrimônio cultural imaterial de 1950 tornou-se, assim, o instrumento jurídico para reafirmar a identidade mesmo diante das forças de ocupação dos Estados Unidos (como é bem conhecido, o Japão só se tornou um estado independente novamente com a assinatura do Tratado de São Francisco em 1952).

Uma motivação semelhante pode ser considerada em relação à legislação adotada na Coreia do Sul em 1962: após a guerra entre as duas Coreias, era necessário um sistema jurídico para preservar a identidade da península, a fim de não dispersar a herança de conhecimentos,

tradições e práticas que, transmitidas de geração em geração, sempre uniram os dois estados no mesmo território e distinguiram a península coreana tanto da China quanto do Japão.

No Japão e na Coreia, portanto, por razões históricas óbvias, a proteção jurídica do patrimônio cultural imaterial tornou-se uma das maneiras de afirmar os direitos culturais das comunidades de referência, reconhecendo as identidades e diferenças dentro das mesmas comunidades. Para confirmar essa interpretação, reforçamos a definição dada nos dois sistemas jurídicos de patrimônio imaterial: artes cênicas, música tradicional, artesanato e outros elementos com um valor histórico e artístico particular, incluindo "tesouros humanos vivos", ou seja, pessoas com "habilidades e conhecimentos altamente sofisticados" tão importantes que são protegidas por si só.

A lei japonesa de 1950 foi complementada e reforçada em 1975 com a inclusão, na definição jurídica, de patrimônio cultural imaterial, de ritos, práticas, expressões culturais ligadas à sociabilidade cotidiana e consideradas identitárias para algumas partes dessa sociedade. Finalmente, em 2004, a noção foi complementada incluindo técnicas tradicionais, como a construção naval tradicional na região de Tsugaru ou a produção de sal na região de Noto.

Um elemento identificador desse sistema regulatório, tanto no Japão quanto na Coreia do Sul, é a previsão já mencionada de "tesouros humanos vivos". Para contornar a excessiva "volatilidade" desses patrimônios, as duas leis previam, de fato, que, para cada elemento de patrimônio cultural imaterial, um "portador" deveria ser indicado, identificado entre aqueles que a comunidade reconhece como detentores de conhecimento elevado, específico e único em relação ao elemento. A esse "portador", definido precisamente como um tesouro humano vivo, a legislação atribuía uma série de responsabilidades para a proteção do elemento e a disseminação do conhecimento relacionado, fornecendo, para esse fim, um salário condigno do Estado e a gestão de um orçamento específico, além de poderes especiais com referência particular à educação escolar e à organização de eventos relacionados à prática do elemento.

p. 72-75.

A "regulação rígida" introduzida nesses dois casos, portanto, baseava-se em três elementos: uma lei orgânica especificamente destinada a regular a matéria, uma definição de patrimônio cultural imaterial ligada a indivíduos com a responsabilidade de salvaguardar esse patrimônio e um sistema de identificação e inventariação desse patrimônio confiado a uma autoridade específica sob o controle do governo.

Esses elementos são encontrados apenas parcialmente no segundo modelo de regulamentação, o chamado modelo "brando". O contexto latino-americano, nesse aspecto, parece ser o mais interessante.

O Brasil e o México são naturalmente estados multiculturais, caracterizados pela presença simultânea de diferentes grupos que servem como base para a identificação, reconhecimento e orientação das ações de seus membros. Nestes países, diferentes grupos étnicos, religiosos e linguísticos (cada um com própria origem identitária) sempre coexistiram em constante conflito. O termo multiculturalismo não apenas captura a dimensão multicultural dessas duas sociedades, mas indica uma resposta normativa a esse fato. É uma resposta jurídica a um fenômeno coletivo, baseado no reconhecimento de direitos de grupo, em oposição aos direitos reconhecidos pelo sistema jurídico para o indivíduo como tal.

O Brasil e o México introduziram diferentes respostas normativas ao reconhecerem identidades culturais por meio de "direitos coletivos" em comunidades ou grupos. Esses direitos são reconhecidos pelo sistema e não concedidos ou constituídos: em outras palavras, os dois sistemas reconhecem que certos grupos ou comunidades são portadores de direitos e liberdades que existiam antes do próprio sistema e, como tal, são observados e protegidos.<sup>p.76</sup> Nesse sentido, a doutrina fala de uma "política de reconhecimento", ou seja, uma ação político-normativa voltada para o reconhecimento das diferenças nos valores éticos e culturais das distintas comunidades que vivem no mesmo território. Esse enfoque impôs, no Brasil e no México, uma ação regulatória específica destinada a reconhecer os direitos de grupos e comunidades com identidade própria, repensando o próprio conceito de "cidadania", a ponto de a doutrina fundamentar a possibilidade de uma "cidadania multicultural".

A Constituição brasileira reflete essa situação e define, no Artigo 216, a proteção do patrimônio cultural imaterial como um objetivo fundamental do Estado federal, enquanto na Constituição mexicana não há disposição explícita para isso. Entretanto, esta última afirma, no Artigo 4, que "toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten".

Apesar desse enfoque, nos dois sistemas jurídicos, pelo menos até o lapso entre 2006 e 2017, não havia legislação específica dedicada ao PCI, existindo, em vez disso, disposições específicas destinadas a introduzir meros processos de identificação, catalogação e inventário de elementos culturais imateriais.

No Brasil, desde 2000, um decreto específico do Presidente da República adotou um sistema de registro do patrimônio cultural imaterial do país, estabelecendo um programa federal de proteção para o nível federal.

Da mesma forma, no México, desde 2001, um decreto presidencial foi adotado para definir procedimentos para o registro federal de elementos imateriais.

Na Espanha (onde também existem identidades locais fortes), as primeiras disposições sobre o tema foram introduzidas pela Lei nº 16 de 1985. Embora não se refira explicitamente ao PCI, a legislação previa a proteção do "conhecimento e atividade" e da "cultura popular e tradicional", referindo-se assim a elementos imateriais sem formular uma definição explícita.

O que caracteriza, portanto, esse segundo modelo de regulação "branda" é, por um lado, a ausência de legislação específica sobre o assunto e, por outro lado, a presença de disposições pontuais destinadas a identificar o patrimônio cultural imaterial, definido, em grande parte, da mesma forma em todos os sistemas considerados.

De outra forma, Itália, Chipre, Jordânia e Burkina Faso pertencem ao terceiro modelo, ou seja, aquele caracterizado por uma total ausência de proteção. Nesses países, pelo menos até a entrada em vigor da Convenção da UNESCO de 2003, a questão do patrimônio cultural imaterial foi essencialmente ignorada. Essa ausência pode ser explicada pela natureza substancialmente homogênea da sociedade de referência, assim como pela presença de um patrimônio cultural tangível que era excessivo para o tamanho do território (como é o caso de Jordânia e Chipre) ou tão relevante e significativo para a história mundial (como é o caso italiano) que não permitia formas adicionais de proteção além daquelas para o patrimônio histórico, artístico e arquitetônico tangível.

Na Itália, em particular, como mencionado, o legislador nacional ignorou quase completamente a questão.

### 3 EFEITOS DA CONVENÇÃO DA UNESCO PARA A SALVAGUARDA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS

Todos os países ora estudados ratificaram esta Convenção entre 2004 e 2007, de acordo o seguinte cronograma:

Tab. 2. Ratificação da Convenção da UNESCO de 2003

Japão	Coreia	México	Chipre	Brasil
15 jun 2004	9 fev 2005	15 dez 2005	24 fev 2006	1 mar 2006
Jordânia	Burkina Faso	Espanha	Itália	
24 mar 2006	21 jul 2006	25 out 2006	24 out 2007	

Fonte: A autoria própria (2023)

Esta visão cronológica mostra que os países com legislação anterior sobre o PCI foram os primeiros a ratificar a Convenção de 2003, enquanto (com exceção da Espanha) os países sem legislação específica precisaram de até cinco anos para ratificar.<sup>17</sup> Isso confirma a existência de diferentes percepções em relação ao tema nos sistemas jurídicos sob análise e as dificuldades de alguns países (como, em primeiro lugar, a Itália) em considerar o patrimônio cultural imaterial como merecedor de proteção em pé de igualdade com o patrimônio cultural tangível.

Examinando especialmente a legislação introduzida nesses países desde a ratificação da Convenção de 2003 da UNESCO, será possível identificar as mudanças ocorridas nos diferentes sistemas jurídicos para implementar a legislação relacionada à proteção do patrimônio cultural imaterial.

No Japão e na Coreia do Sul, desde a ratificação da Convenção em 2003, a própria noção jurídica de PCI, a forma como o patrimônio imaterial é identificado e inventariado, mudou. Além disso, órgãos especialmente dedicados à proteção de itens listados em inventários nacionais foram fortalecidos. Após a ratificação, novas leis dedicadas à proteção do PCI foram aprovadas: no Japão em 2004 e na Coreia do Sul em 2015.

De acordo com a legislação japonesa (mais recentemente alterada em 2018), o patrimônio cultural imaterial sujeito à proteção se enquadra em três tipos: elementos culturais imateriais "importantes"; elementos culturais imateriais "importantes" relacionados ao folclore; e técnicas culturais a serem preservadas. No primeiro tipo, essencialmente, estão aquelas tradições realizadas profissionalmente por indivíduos ou grupos (como uma dança ritualística, por exemplo) que são consideradas de importância nacional particular; no segundo tipo, estão os patrimônios identitários de setores específicos da sociedade, praticados por muitas pessoas, que a lei define como "comunidades", de acordo com a Convenção de 2003; no terceiro tipo, estão as técnicas tradicionais de produção, práticas agrícolas e alimentares. Assim, no Japão, a Convenção de 2003 elevou o nível de proteção e ampliou a tipologia de elementos culturais sujeitos a proteção, fornecendo as mesmas ferramentas operacionais para todos:

identificação, documentação, pesquisa, financiamento, educação em escolas e contextos informais, e a introdução de um sistema de garantias indiretas, ligadas à gestão de espaços físicos onde essas tradições podem se expressar livremente.

Da mesma forma na Coreia do Sul, onde a legislação de 2015 alterou a legislação anterior, dedicando também recursos econômicos substanciais para a proteção e promoção dos elementos listados no inventário nacional (Li 2022). A lei-quadro temática de 2015 introduziu uma noção extremamente ampla de patrimônio cultural imaterial. Ainda mais importante, revisou a disciplina de proteção com base no reconhecimento de "tesouros humanos vivos": prevê que alguns elementos podem designar tal figura de "portador especialista" para ser encarregado de tarefas de responsabilidade coletiva (e recompensado com um salário digno). Se isso for impossível devido à disseminação do elemento, a responsabilidade pela proteção se estabelece no nível governamental mais próximo da comunidade praticante; ou, se for uma prática difusa por todo o país, no poder central<sup>p. 76-78</sup>.

Seguindo a mesma linha, estão os casos do Brasil e do México: no primeiro caso, a ratificação da Convenção da UNESCO implicou, por um lado, a ampliação da noção jurídica do PCI de maneira mais ancorada ao papel das comunidades e grupos sociais nos quais o elemento cultural é transmitido. No outro caso, as modalidades de inventário e valorização a nível internacional (particularmente dentro da UNESCO) redefiniram o patrimônio inventariado<sup>p. 23</sup>. Em particular, o decreto presidencial de 2000 foi indiretamente revisado e uma série de resoluções do IPHAN (órgão responsável pela implementação de políticas culturais) foram aprovadas entre 2004 e 2007, integrando aos instrumentos de proteção jurídica do patrimônio cultural àqueles que são próprios dos elementos imateriais.

No México, por outro lado, a entrada em vigor da Convenção implicou na constituição de um Grupo de Trabalho para a Promoção e Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial, encarregado de formular propostas para a revisão da legislação ordinária a fim de garantir a implementação da Convenção<sup>p. 43</sup>. As conclusões do Grupo foram então adotadas pelo Governo e pelo Parlamento, que modificaram o sistema de inventário, introduzindo uma nova definição de patrimônio cultural imaterial vinculada à vitalidade e à popularidade da expressão cultural. Finalmente, ao término de uma discussão que durou uma década, em 2017, o Parlamento Mexicano aprovou uma lei orgânica sobre patrimônio cultural (tangível e intangível) com o objetivo de proteger os direitos culturais e estabelecer regras comuns de acesso e uso compartilhado desse patrimônio.

A Espanha é talvez o caso em que a Convenção da UNESCO de 2003 teve o efeito mais significativo<sup>p. 684</sup>. Após a adoção da Convenção (na verdade, mesmo antes de sua ratificação pelo Estado Espanhol), várias Comunidades Autônomas aprovaram leis para a identificação e proteção do patrimônio cultural imaterial: La Rioja em 2004, Navarra em 2005, Murcia em 2007, Andaluzia em 2007. Isso levou o Parlamento nacional a alterar a lei orgânica original de 1985 e a introduzir disposições específicas relacionadas ao PCI. Como resultado, em 2015, com a Lei nº 10, a Espanha (reproduzindo também o texto da Convenção de 2003) se dotou de uma regulamentação "rígida", estendendo a própria noção de PCI prevista pela Convenção da UNESCO a todas as formas de socialização coletiva em que se expressa a identidade do cidadão espanhol. A lei espanhola é resultado de um conflito acirrado entre o Estado e a comunidade autônoma da Catalunha e alguns governos autônomos, como Madrid, Murcia e Castilla-La Mancha. Originou-se em 2010, paralelamente à aprovação pela Catalunha da Lei nº 28, que proibia expressamente a realização de touradas e suas atividades correlatas, bem

como a construção de arenas em seu território. A lei catalã foi imediatamente contestada perante o Tribunal Constitucional, levando os juízes constitucionais a decidirem sobre a competência da comunidade autônoma na regulamentação do patrimônio cultural imaterial. O Tribunal Constitucional reconheceu a lei catalã como inconstitucional com base no Artigo 46 da Constituição Espanhola, segundo o qual cabe ao Estado (poder central) garantir a preservação e promover "o enriquecimento do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos da Espanha e os elementos que o compõem, independentemente de seu status legal e propriedade", e o Artigo 149, que atribui exclusivamente ao Estado qualquer ação em defesa do patrimônio cultural. O caso espanhol é de grande interesse para o comparatista. O tribunal constitucional, de fato, ao afirmar a competência do poder central na matéria, enfatiza como o patrimônio cultural imaterial constitui um símbolo da identidade nacional e, portanto, não pode ser objeto de discussão ou, pior, negação, no nível territorial. Assim, a Lei Espanhola nº 10 de 2015 nasceu nesse contexto e responde à necessidade de "blindar" a regulamentação da matéria, estabelecendo a competência exclusiva do estado em decidir o que deve ser entendido como patrimônio cultural imaterial.

Outro caso emblemático é o de Burkina Faso. A Constituição de Burkina de 1991 refere-se implicitamente ao patrimônio cultural imaterial. No Artigo 7, afirma o direito de todos os cidadãos praticarem livremente "seus costumes tradicionais". O caso também é de grande interesse, pois o país esteve sob controle francês por anos e recentemente se democratizou (as primeiras eleições livres, após vários golpes de estado, ocorreram em 29 de dezembro de 2015). Burkina possui uma riqueza cultural única, nele coexistindo pacificamente três grandes grupos étnico-culturais: os Voltaicos, os Mandés e os Grussi; além deles, há 5.000 europeus. Os Voltaicos, mais numerosos, incluem o subgrupo dos Mossi, que compõem cerca de metade da população, e os Bobo, que ocupam a região sudoeste de Bobo-Dioulasso, enquanto as áreas áridas do Sahel são habitadas pelos Tuareg, Peul e Hausa. Aproximadamente 50% da população é da fé islâmica e 30% cristã. Os 20% restantes são principalmente seguidores de religiões tradicionais animistas africanas; elementos da tradição animista também são encontrados nas práticas de adoração cristã e muçulmana dos burquinabês, como são chamados os habitantes de Burkina. O francês é a única língua oficial do país, mas a língua mais falada é o Black, ao lado de outras 67 línguas não oficiais. Após a ratificação da Convenção da UNESCO em 2006, Burkina Faso adotou em 2007 uma lei para a proteção do patrimônio cultural, incluindo o patrimônio imaterial, e estabeleceu em 2013 um órgão específico, o Comitê Nacional de Patrimônio Imaterial, para coordenar intervenções ministeriais para a proteção e promoção do patrimônio imaterial.

Por outro lado, o arcabouço legal nacional da Itália, Chipre e Jordânia permaneceu em grande parte inalterado: após a ratificação da Convenção da UNESCO de 2003, nenhuma disposição para salvaguardar o patrimônio cultural imaterial foi promulgada.

Portanto, é possível revisar a tabela 2, da seguinte forma:

Tab. 3. Regulamentações do PCI de 2003 até 2023

Modelo 1 <i>(regulamentação rígida)</i>	Modelo 2 <i>(regulamentação branda)</i>	Modelo 3 <i>(sem regulamentação)</i>
Japão (1950 e 2004) Coreia (1962 e 2015)	Burkina Faso (2007)	Itália Chipre

---

Brasil (2000 e 2006)

Jordânia

Espanha (2015)

México (2017)

---

Fonte: Autoria própria (2023)

Na Jordânia, de fato, a ratificação da Convenção da UNESCO iniciou numerosos programas de cooperação e conscientização popular sobre o PCI, mas não produziu resultados substanciais no nível legal. A situação é idêntica na pequena ilha de Chipre, onde, embora tenha havido numerosos programas estatais para disseminar o significado do PCI e da Convenção da UNESCO de 2003, faltaram ações regulatórias específicas.

Na Itália, por um lado, a ratificação da Convenção de 2003 não afetou a definição de "patrimônio cultural" dada no Artigo 2 do Código do Patrimônio Cultural e Paisagístico, ancorada a uma visão tangível da cultura; por outro lado, após a ratificação, foi adicionado ao mesmo Código o artigo 7-bis, que representa a negação da própria Convenção da UNESCO.

De acordo com este artigo, "as expressões da identidade cultural coletiva contempladas pelas Convenções da UNESCO para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e para a Proteção e Promoção da Diversidade Cultural, adotadas em Paris em 3 de novembro de 2003 e 20 de outubro de 2005, respectivamente, estão sujeitas às disposições deste código se forem representadas por testemunhos materiais e se as condições e pré-requisitos para a aplicabilidade do Artigo 10 existirem, ou seja, para efeitos de serem consideradas, nos termos do código, como bens culturais e dignos de proteção". Deixando de lado o fato de que a Convenção não se refere a "expressões da identidade cultural coletiva", pressionando, pelo contrário, para reconhecer o patrimônio cultural imaterial mesmo de um único indivíduo, e que, portanto, o significado desse conceito introduzido pelo Artigo 7-bis não é compreendido, fica evidente como essa disposição específica que o PCI é protegido pelo sistema jurídico italiano apenas e exclusivamente em sua dimensão material, uma vez que os pré-requisitos intangíveis do próprio bem estão completamente desprovidos de proteção. Em outras palavras, para dar um exemplo, é como dizer que o teatro de marionetes sicilianas não é protegido como tal, mas que as marionetes, os artefatos individuais, são protegidos, esquecendo que essas marionetes só têm significado porque são animadas por uma tradição oral que, de acordo com o Código, não é digna de proteção e que, se perdida, tornaria os mesmos artefatos inúteis.

Tanto no artigo 2 quanto no artigo 7 do Código Cultural Italiano, fica claro como o legislador não reconhece o elemento cultural intangível como um conceito autônomo, sancionando a inseparabilidade do valor intangível do componente físico, negando assim a Convenção de 2003. O legislador, portanto, com sua habitual atitude esquizofrênica, por um lado, ratificou a Convenção da UNESCO sobre o patrimônio cultural imaterial em 2007 e, por outro lado, a redefiniu, introduzindo o Artigo 7-bis no Código do Patrimônio Cultural em 2008, precisamente para limitar seu alcance e, de fato, contornar as regulamentações internacionais.

#### **4 PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL, IDENTIDADE NACIONAL E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. PRIMEIRAS CONCLUSÕES**

A análise realizada, embora com suas limitações metodológicas das quais estamos cientes, demonstra como os efeitos da Convenção da UNESCO de 2003 foram significativos para 4

dos 9 países considerados: Brasil, Espanha, México e Burkina Faso alteraram significativamente seus sistemas jurídicos para reconhecer os novos instrumentos de proteção e valorização do patrimônio cultural imaterial, seguindo o modelo fornecido pela Convenção de 2003. Japão e República da Coreia, onde já existia um quadro jurídico bem definido antes da Convenção da UNESCO, renovaram sua legislação de acordo com as regras da referida agência, reconhecendo a mais alta proteção possível para o PCI. Apenas para 3 dos 9 países (Itália, Chipre e Jordânia) não foram feitas mudanças significativas no nível normativo. Ao mesmo tempo, na Jordânia e no Chipre, a ratificação da Convenção da UNESCO lançou as bases para um debate público sobre o papel do patrimônio cultural imaterial, enquanto na Itália o tópico ainda é praticamente ausente e permanece marginal, mesmo na doutrina.

O ensaio mostra como, desde a entrada em vigor da Convenção da UNESCO de 2003, a proteção jurídica global do PCI tem se consolidado. Dito de outra forma, a Convenção de 2003 iniciou um processo de unificação das leis nacionais sobre a matéria, introduzindo uma noção comum de PCI e um conjunto de instrumentos de proteção jurídica substancialmente homogêneos.

A UNESCO ajudou os Estados Partes na Convenção a definirem seus modelos de proteção jurídica do PCI em consonância com a natureza mutável do patrimônio imaterial: por meio de processos participativos de identificação e inventariação de elementos culturais, programas nacionais dedicados, fundos específicos para apoiar comunidades na identificação, proteção e valorização de elementos culturais, e órgãos de proteção específicos.

Enquanto o patrimônio cultural tangível é facilmente protegido pelos instrumentos clássicos do direito positivo, ou seja, o estabelecimento de obrigações e proibições para os detentores desses bens; quando se trata do patrimônio imaterial, com sua natureza elusiva, a proteção passa pela salvaguarda dos direitos culturais e direitos de identidade. De fato, antes mesmo de proteger tradições ou práticas individuais, os sistemas jurídicos em questão introduziram normas destinadas a garantir os direitos de indivíduos e diferentes grupos sociais de expressar sua diversidade cultural e manifestar suas identidades, opondo-se a qualquer fenômeno de homologação e assimilação.

Assim, a questão da proteção do PCI está intimamente ligada à aceitação de políticas multiculturais: de fato, é claro que nos sistemas com políticas assimilacionistas predominantes (segundo as quais a diversidade de comunidades deve ser substancialmente anulada em favor de uma identidade nacional comum, muitas vezes artificial), não há espaço para o patrimônio cultural imaterial. Pelo contrário, se o patrimônio cultural imaterial deve ser salvaguardado, os direitos relativos à diversidade cultural devem ser garantidos por primeiro.

Aqui está o cerne de toda a reflexão: os patrimônios culturais imateriais, representando aquelas expressões culturais que identificam povos com suas comunidades de referência, são, por natureza, manifestações de diversidade cultural. Não é por acaso que, no âmbito internacional, dois anos após a adoção da Convenção de 2003, a UNESCO adotou a Convenção para a Proteção e Promoção da Diversidade Cultural, na qual, retomando as definições e instrumentos jurídicos introduzidos em 2003, especificou como tudo isso visa, em última instância, proteger a diversidade cultural.

Ao mesmo tempo, a proteção da diversidade cultural é uma ferramenta indispensável para a plena realização dos direitos humanos fundamentais.<sup>p. 114</sup>. O direito comparado mostra, de fato, como a questão da proteção jurídica do patrimônio cultural imaterial surgiu em vários

sistemas jurídicos para garantir a eficácia de certos direitos culturais, como aqueles relacionados à diversidade linguística, religiosa e alimentar.<sup>p. 271-311</sup>. Para muitos desses direitos, a proteção do patrimônio cultural imaterial é um pré-requisito essencial para garantir sua eficácia.<sup>p. 115</sup>, como, entre outras coisas, destacado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no *leading case* que opôs o Estado do Suriname a uma comunidade de Moiwana.

Nos tempos atuais, o incessante avanço da globalização tem produzido resultados positivos em alguns contextos, mas tende a anular a diversidade, tornando todos e tudo homogêneos. Em uma era caracterizada pela busca frenética por semelhança, por parecer semelhante aos outros, para não ser marginalizado ou excluído do "grupo", somos naturalmente inclinados a abandonar nossa bagagem cultural, achatando nossa cultura à dos grupos dominantes. Esses fenômenos, amplamente examinados pelas ciências antropológicas, juntamente com a perda dramática da biodiversidade devido às mudanças climáticas, têm causado alterações profundas no patrimônio cultural das pessoas, colocando em risco precisamente aquele tipo de herança que não está conectado a nenhuma manifestação tangível e tem parecido de menor importância como testemunho de civilização e identificação dentro da comunidade de referência. Assim, a preservação do patrimônio cultural imaterial de uma comunidade tornou-se, em última instância, um instrumento para proteger os direitos culturais das pessoas e, com eles, o próprio direito à sobrevivência, pois esse conceito tornou-se parte da categoria jurídica de "bens comuns".

Há uma questão subjacente, que é mencionada de forma discreta aqui. Os instrumentos do direito internacional relacionados ao patrimônio cultural imaterial foram adotados ao longo dos anos para proteger minorias culturais: essa lógica molda toda a Convenção da UNESCO de 2003, mas é encontrada extensivamente, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, bem como na Convenção das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (CCPR), adotada em 1966 e em vigor desde 1976. Esta última, no Artigo 27, afirma que nos estados "onde existem minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, pessoas pertencentes a tais minorias não devem ser negados os direitos, em comunidade com os outros membros de seu grupo, de desfrutar de sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou usar sua própria língua". Como o Comitê de Direitos Humanos da ONU destacou em seu Comentário nº 23 sobre o Artigo 27 da Convenção CCPR, é necessário, na implementação deste artigo, que cada Estado atue para garantir a eficácia dos direitos culturais tanto os de natureza coletiva quanto os individuais. O Comitê ressalta que "medidas positivas adotadas pelos Estados" podem ser necessárias para proteger a identidade de uma minoria e os direitos de seus membros de desfrutar e desenvolver sua cultura e língua, e praticar sua religião, em comunidade com os outros membros do grupo".

Quando um sistema jurídico nacional, portanto, se propõe a garantir a proteção do patrimônio cultural imaterial, o faz para assegurar os direitos culturais das minorias. A análise que conduzimos confirmou isso, especialmente com referência aos contextos brasileiro e mexicano. Por outro lado, é tristemente conhecido que durante conflitos armados o primeiro objetivo dos vencedores é destruir todo símbolo cultural pertencente aos derrotados. A destruição voluntária de um bem cultural tem sempre o objetivo de destruir o que esse bem representa, para apagar ou eliminar os símbolos que podem representar a história, tradições e identidade dos derrotados. Este "memoricídio" tem sido repetidamente considerado pela comunidade internacional, bem como pelo Tribunal Penal Internacional, um crime contra a cultura e, portanto, um crime contra a humanidade.

No entanto, os mesmos instrumentos jurídicos podem ser usados em paralelo para afirmar os direitos culturais dos grupos majoritários e ajudar a consolidar um conjunto de símbolos comuns que definem a identidade da nação. Assim, por um lado, se é verdade que a proteção do PCI serve essencialmente para garantir a eficácia dos direitos culturais das minorias, por outro lado, também é verdade que a preservação das tradições com as quais os grupos majoritários de um povo também se identificam está assegurada. As medidas regulatórias adotadas no Japão, Coreia do Sul e Espanha (mas poderíamos acrescentar França, Alemanha, China) são emblemáticas a esse respeito. O desafio reside, portanto, em equilibrar os instrumentos jurídicos para garantir tanto o respeito pela diversidade cultural dos grupos minoritários quanto o reconhecimento de uma identidade comum e própria da nação (sem que este segundo objetivo seja usado para aniquilar o primeiro ou sem que os grupos majoritários possam apropriar-se das tradições dos grupos minoritários e transformá-las radicalmente).

Isso requer, claro, primeiro superar uma ideia do século XIX de cultura estreitamente ligada à sua dimensão material e aquela visão esnobe de que existem culturas de diferentes "níveis" dependendo do meio de expressão (pintura ou escultura em vez de voz ou corpo, por exemplo). Em segundo lugar, há a necessidade de uma profunda reflexão sobre os instrumentos para a proteção do patrimônio cultural, tanto tangível quanto intangível, que não podem mais ignorar o direito comparado ou o contexto global. Em terceiro lugar, há a necessidade de repensar o modelo de relação entre público e privado, entre Estado e indivíduos, entre autoridades locais e comunidades, porque a proteção do patrimônio cultural imaterial coloca no centro as pessoas que vivem desses patrimônios e que, por sua existência, os tornam vitais. É um desafio de grande alcance que, no entanto, muitas democracias já enfrentaram e superaram. Espera-se que, mais cedo ou mais tarde, isso também aconteça na Itália.

## REFERÊNCIAS

ADEWUMI, Afolasade A. 2022: Protecting intangible cultural heritage in the era of rapid technological advancement. *International Review of Law, Computers & Technology*, Londres, n. 1, p. 3–16, 2022.

AFRICA CENTER FOR STRATEGIC STUDIES. Understanding Burkina Faso's Latest Coup. *Africa Center for Strategic Studies*, Washington, 28 out. 2022. Disponível em: <https://africacenter.org/spotlight/understanding-burkina-faso-latest-coup/>. Acesso em: 02 jan. 2023.

AMESCUA CHÁVEZ, Cristina; DOMÍNGUEZ DOMINGO, Juan Carlos. Cultura y ejercicio de los derechos culutrales en la pospandemia: notas desde la convivenciabilidad. *Notas de coyuntura del CRIM*, Morelos, n. 41, p. 1–5, 2020.

ANTKOWIAK, Thomas M. *Moiwana Village v. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*. *Berkley Journal of International Law*, Berkley, n. 2, p. 268–282, 2007.

ARIZPE, Lourdes. The genealogy of intangible cultural heritage. In: CSERGO, Julia; CHRISTIAN HOTTIN, Pierre Schmit. *Le patrimoine culturel immatériel au seuil des science sociales*. Paris: Editions de la Maison de Sciences de l'Homme, 2020, p. 22–40.

ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María; CASTRO LÓPEZ, María del Pilar. La salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial: una aproximación a la reciente ley 10/2015. *Revista sobre patrimonio cultural*, Málaga, n. 5–6, p. 89–124, 2015.

BARBOSA, Marco A. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade/Fapesp, 2001.

BLAKE, Janet. On Defining the Cultural Heritage. *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, n. 1, p. 61–85, 2000.

BLAKE, Janet. *International Cultural Heritage Law*. Oxford: Oxford University, 2015.

BLAKE, Janet. The impact of unesco's 2003 convention on national policy-making: developing a new heritage protection paradigm? In: STEFANO, Michelle; DAVIS, Peter. *The Routledge Companion to Intangible Cultural Heritage*. London, New York: Routledge, 2016, p. 93–102.

BLAKE, Janet. Safeguarding Intangible Cultural Heritage. In: FRANCONI, Francesco; VRDOLJAK, Ana Filipa. *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*. New York: Oxford University, 2020, p. 347–371.

BORTOLOTTI, Chiara 2011. Le trouble du patrimoine culturel immatériel. *Terrain*, Nanterre, v. 26, p. 21–42, 2011.

CORÁ, Maria Amelia Jundurian. *Do material ao imaterial: patrimônios culturais do Brasil*. São Paulo: Fasep, 2014.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. La protección jurídica de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial. *Revista General de Derecho Administrativo*, [S. l.], n. 39, 2015.

CORNU, Marie. La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. *Journal du droit international (Clunet)*, [S. l.], n. 3, p. 929–935, 2006.

CORNU, Marie. Defining the perimeter of the intangible cultural heritage: focus on language. In: CORNU, Marie; VAIVADE, Anita; MARTINET, Lily; HANCE, Clea. *Intangible Cultural Heritage Under National and International Law: Going Beyond the 2003 UNESCO Convention*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 54–68.

COSTA, Rodrigo Vieira. *A Dimensão Constitucional do Patrimônio Cultural o Tombamento e o Registro Sob a Ótica dos Direitos Culturais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

CRAITH, Mairéad N. Intangible Cultural Heritages. *Anthropological Journal of European Cultures*, [S. l.], n. 1, p. 54–73, 2008.

CUNHA FILHO, Humberto. Safeguarding Intangible Cultural Heritage in Brazil in accordance with the UNESCO Convention. *Pravovedenie*, São Petesburgo, n. 1, p. 112–123, 2020.

CUNHA FILHO, Humberto. *Teoria dos Direitos Culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Sesc, 2021.

DE SALAS, Sofia. Spain. In: KONO, Toshiyuki. *The impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st Century*. Leiden: Martinus Nijehoff Publishers, 2010, p. 663–689.

DONDERS, Ivonne. Protection and promotion of cultural heritage and human rights through international treaties: two worlds of difference? In: WAELDE, Charlotte; CUMMINGS, Catherine; PAVIS, Mathilde; ENRIGH, Helena. *Research Handbook on Contemporary Cultural Heritage. Law and Heritage*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, p. 54–77.

DORANTES DÍAZ, Francisco Javier. *Derecho cultural mexicano. Problemas jurídicos*. Mexico: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2004.

DORANTES DÍAZ, Francisco Javier. Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones. *Alegatos*, Cidade do México, n. 85, p. 845–862, 2013.

GOLDBERG, David T. *Multiculturalism: A Critical Reader*. Oxford: Blackwell, 1994.

HANCE, Clea. The judicialization of the tension between the cultural identity of states and intangible cultural heritage. In: CORNU, Marie; VAIVADE, Anita; MARTINET, Lily; HANCE, Clea. *Intangible Cultural Heritage Under National and International Law: Going Beyond the 2003 UNESCO Convention*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2020a, p. 173–178.

HANCE, Clea. The interactions between intangible cultural heritage and human rights. In: CORNU, Marie; VAIVADE, Anita; MARTINET, Lily; HANCE, Clea. *Intangible Cultural Heritage Under National and International Law: Going Beyond the 2003 UNESCO Convention*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2020b, p. 81–96.

JONGSUNG, Yang. Korean Cultural Property Protection Law with Regard to Korean Intangible Heritage. *Museum International*, Oxford, n. 1–2, p. 180–188, 2004.

KAWAMURA, Yuniya; MARC DE JONG, Jung-Whan. *Cultural Appropriation in Fashion and Entertainment*. London: Bloomsbury Visual Arts, 2022.

KAZUHINO, Nishi. Japanese Approach and Practice for Cultural Heritage in Post-disaster Situations. In: KONO, Toshiyuki; OKAHASHI, Junko. *Post-trauma and the Recovery Governance of Cultural Heritage*. Cham: Springer, 2023, p. 57–85.

KONO, Toshiyuki. UNESCO and Intangible Cultural Heritage from the viewpoint of Sustainable Development. In: YUSUF, Abdulqawi A. *Standard-setting in UNESCO: normative action in education, science and culture; essays in commemoration of the Sixtieth Anniversary of UNESCO*. v. 1. Paris: UNESCO, Martinus Nijehoff, 2007, 237–265.

KONO, Toshiyuki. *The impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st Century*. Leiden: Martinus Nijehoff, 2010.

KONO, Toshiyuki. The legal protection of the Intangible Cultural Heritage in Japan. In: PETRILLO, Pier Luigi. *The Legal Protection of Intangible Cultural Heritage. A Comparative Perspective*. Cham: Springer, 2019, p. 55–68.

KOO, Sunhee. From Korea to Japan: A Transnational Perspective on South Korea's Important Intangible Cultural Properties and Zainichi Korean Artists. *Korean Studies*, Havaí, v. 45, p. 89–116, 2021.

LENZERINI, Federico. Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples. *The European Journal of International Law*, [S. l.], n. 1, p. 101–120, 2011.

LI, Jinling. A Comparative Study on the Inheritance of Intangible Cultural Heritage in China, Japan and South Korea. *Academic Journal of Humanities and Social Sciences*, Londres, n. 2, p. 16–21, 2022.

LÓPEZ MORALES, Francisco Jose; QUIROZ MORENO, Edaly G. The Legal Framework for Safeguarding the Intangible Cultural Heritage in Mexico. In: PETRILLO, Pier Luigi. *The Legal Protection of Intangible Cultural Heritage. A Comparative Perspective*. Cham: Springer, 2019, p. 37–52.

MACHADO, Diogo; LIXINSKI, Lucas. Brazil. In: BLAKE, Janet; FRANCONI, Francesco; STAMATOU, Irina; VRDOLJAK, Ana. *Elgar Encyclopedia of Art and Cultural Heritage Law* (Forthcoming). DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4258625>.

MEZGHANI, Nébila. *La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel*. Paris: L'Harmattan, 2004.

MUSARRA, Raíssa Moreira Lima Mendes. Brazilian cultural safeguard instruments for intangible goods. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, v. 20, n. 81, 2020, p. 69–95.

NHAMO, Ancila; KATSAMUDANGA, Seke. Legal protection of African cultural heritage in the 21st century and beyond: a prognosis and futures perspective. In: ABUNGU, George, Webber Ngoro. *Cultural Heritage Management in Africa. The Heritage of the Colonized*. Abingdon, New York: Routledge, 2023, p. 70–87.

NIOLA, Marino. Guerra del borsch tra Ucraina e Russia: attesa la decisione dell'Unesco. La Repubblica, [S. l.], 30 jun. 2022. Disponível em: [https://www.repubblica.it/esteri/2022/06/30/news/ucraina\\_russia\\_guerra\\_zuppa\\_borsch-356082485/](https://www.repubblica.it/esteri/2022/06/30/news/ucraina_russia_guerra_zuppa_borsch-356082485/).

PARK, Jung-eun. The Legal Protection of the Intangible Cultural Heritage in the Republic of Korea. In: PETRILLO, Pier Luigi. *The Legal Protection of Intangible Cultural Heritage. A Comparative Perspective*. Cham: Springer, 2019, p. 69–83.

PETRILLO, Pier Luigi. The legal protection of ICH in a comparative perspective. Cham: Springer, 2019.

PETRILLO, Pier Luigi. The legal protection of intangible cultural heritage in Italy. In: SCOVAZZI, Tullio; CUNHA FILHO, Humberto. *Salvaguardia do patrimônio cultural imaterial*. Salvador: UFBA, 2020, p. 245–282.

PINESCHI, Laura. Cultural Diversity as a Human Right? General Comment No. 21 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. In: BORELLI, Silvia; LENZERINI, Federico. *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*. Leiden: Martinus Nijehoff, 2012, p. 27–53.

SÁNCHEZ CORDERO, Jorge. Mexico. In: KONO, Toshiyuki. *The impact of uniform laws on the protection of cultural heritage and the preservation of cultural heritage in the 21st Century*. Leiden: Martinus Nijehoff, 2010, p. 495–559.

SCOVAZZI, Tullio. The definition of intangible cultural heritage. In: BORELLI, Silvia; LENZERINI, Federico. *Cultural heritage, Cultural rights, Cultural diversity: New Developments in International Law (Studies in Intercultural Human Rights, 4)*. Leiden: Martinus Nijehoff, 2012, p. 179–200.

SIEMS, Mathias. The law and ethics of cultural appropriation. *International Journal of Law in Context*, Cambridge, n. 4, p. 408–423, 2020.

SOLA, Angelica. Quelques reflexions à propos de la Convention pour la Sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. In: NAFZIGER, James A. R.; SCOVAZZI, Tullio. *Le patrimoine culturel de l'humanité*. Leiden: Martinus Nijehoff, 2008, p. 487–528.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalism and "The Politics of Recognition"*. Princeton: Princeton University, 1992.

TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. In: GUTMANN, Amy. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University, 1994.

TYLOR, Edward B. *Primitive Culture*. London: J. Murray, 1871.

TOUFEKSIAN, Juan Carlos. Memoricidio: o la destrucción cultural y el negacionismo. In: NÉLIDA, Boulgourdjian Toufeksian; TOUFEKSIAN, Juan Carlos; ALEMIAN, Carlos; ARZOUMANIAN, Ana. *Los derechos humanos y la vida histórica: Actas del II Encuentro sobre Genocidio*. Buenos Aires: Centró Armenio, 2002.

TRAORE, Sidi. Safeguarding the Intangible Cultural Heritage in Burkina Faso. In: PETRILLO, Pier Luigi. *The Legal Protection of Intangible Cultural Heritage. A Comparative Perspective*. Cham: Springer, 2019, p. 117–133.

VAIVADE, Anita. ICH as a source of identity: international law and deontology. In: WAELDE, Charlotte; CUMMINGS, Catherine; PAVIS, Mathilde; ENRIGHT, Helena. *Research Handbook on Contemporary Cultural Heritage. Law and Heritage*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2018, p. 165–193.



# METODOLOGIA COMPARATIVA-CULTURALISTA EM DIREITO CONSTITUCIONAL: MODELOS DE ABORDAGENS COM MÉXICO E COLÔMBIA

COMPARATIVE-CULTURALIST METHODOLOGY: PATTERNS OF APPROACHES WITH MEXICO AND COLOMBIA

BEATRIZ TAVARES DOS SANTOS\* | JAIRO LIMA\*\* | LEONARDO PASCHOALINI PAIVA\*\*\*

## RESUMO

A progressiva demanda por internacionalização da pesquisa científica no Brasil passa, no campo do Direito, dentre outras estratégias, também pela utilização de pesquisas comparativas, pois são instrumentos de intercâmbio entre diferentes países. Esse modo de fazer pesquisa jurídica não é novo e, por essa razão, tem sido objeto de aperfeiçoamento do ponto de vista metodológico com o objetivo de ultrapassar as descrições direcionadas exclusivamente aos aspectos formais dos institutos. Por essa razão, buscamos responder à seguinte pergunta/problema: como é possível extrair as maiores potencialidades da pesquisa em direito constitucional comparado? A resposta a essa pergunta se encontra no aparato teórico de Pierre Legrand, o qual indica que a pesquisa comparativa alcança melhores resultados quando é praticada a partir do viés culturalista. Para atingir esse objetivo, apresentamos duas pesquisas que aplicaram as orientações metodológicas de Legrand: uma de análise da transmissão de julgamentos da Suprema Corte do México e outra para o controle prévio de atos de reforma da Constituição na Colômbia. Em conclusão, esses dois casos contribuíram para a demonstração de modelos para a abordagem culturalista em direito constitucional da América Latina.

**Palavras-chave:** Direito Comparado; Pierre Legrand; Abordagem culturalista.

## ABSTRACT

The progressive demand for the internationalization of scientific research in Brazil involves, in the field of Law, among other strategies, also the use of comparative research, as they are instruments of exchange between different countries. This way of doing legal research is not new and, for this reason, it has been subject to improvement from a methodological point of view with the aim of going beyond descriptions directed exclusively to the formal aspects of institutes. For this reason, we seek to answer the following question/problem: how is it possible to extract the greatest potential from research in comparative constitutional law? The answer to this question is found in Pierre Legrand's theoretical apparatus, which indicates that comparative research achieves better results when it is practiced from a culturalist perspective. To achieve this objective, we present two studies that applied Legrand's methodological guidelines: one analyzing the transmission of judgments from the Supreme Court of Mexico and another for the preventive judicial review of acts of constitutional reform in Colombia. In conclusion, these two cases contributed to demonstrating models for the culturalist approach in Latin American constitutional law.

**Keywords:** Comparative Law; Pierre Legrand; Culturalist approach.

\* Doutoranda em Direito - Universidade Federal do Paraná - UFPR Mestra em Ciência Jurídica - Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas – CPOL/LAB

*beatriztavaresfs@gmail.com*  
<https://orcid.org/0000-0002-5882-442X>

\*\* Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UENP e coordena o Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL-LAB)

*jaironlima@uenp.edu.br*

\*\*\* Doutorando em Ciência Jurídica - Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP Mestre em Ciência Jurídica - Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP Pesquisador do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas – CPOL/LAB

*leospascholi@hotmail.com*  
<https://orcid.org/0000-0001-5427-7433>

Recebido em: 24-11-2023 | Aprovado em: 15-02-2024



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO: POR QUE COMPARAR?; 1 A ABORDAGEM POSITIVISTA DO DIREITO COMPARADO; 2 A ABORDAGEM CULTURALISTA NOS ESTUDOS JURÍDICOS COMPARADOS; 3 QUESTÕES METODOLÓGICAS E PRÁTICAS DA ABORDAGEM CULTURALISTA; 3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN NAS TRANSMISSÕES DE JULGAMENTOS; 3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA (CCC) NO CONTROLE PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO: POR QUE COMPARAR?

Existem inúmeras razões para se realizar uma pesquisa comparada na área do direito. Uma das primeiras que podem ser mencionadas é de que, somente por meio dela, torna-se possível trazer ao conhecimento daqueles que estão inseridos em uma determinada comunidade com sua própria estrutura jurídica consolidada, novas perspectivas de leis, práticas e instituições de formatações diferentes, advindas de outros locais. Nesse sentido, cumpre destacar que o direito comparado, ao permitir conhecer e compreender um direito diverso do seu, também permite, para além do contato com o direito-texto estrangeiro (ou seja, do ordenamento jurídico, das leis, decisões e instituições), tomar conhecimento sobre um ambiente de pensamento jurídico distinto do local onde se habita. Assim, pelo estudo de um país com tradição jurídica distinta – como de *commom law*, por exemplo – torna-se possível conceber um direito ordenado sem um Código Civil unificado, de modo a perceber que a regulamentação jurídica por esse meio não é, de forma alguma, indispensável.

Com isso, tem-se que a pesquisa comparada merece ser feita porque permite não apenas tornar conhecida uma lei ou, ainda, uma decisão, um instituto ou um dispositivo, mas também porque permite o contato com um direito construído com base em pressupostos e sob tradição distinta daquela do país em que a pesquisadora se encontra inserida e está habituada. O conhecimento sobre essas questões anteriormente mencionadas permite uma “des-totalização”, pois aquilo que a comparatista tinha, até então, como o seu direito, passa não ser mais todo o direito existente. Assim, ao buscar realizar uma análise comparada sobre determinada questão, a comparatista, primeiro, aceita e entende haver, em relação ao conhecimento jurídico, outra coisa para além do seu direito, ou seja, que outros direitos também podem possuir valor normativo no próprio direito.

Além disso, a pesquisa comparada também merece ser realizada por outros motivos, de modo que existem outras maneiras de se responder ao questionamento inicial. Por essa razão, é possível apontar que o estudo comparado também deve ser realizado porque, por meio dele, podemos identificar se, para uma certa questão, é adotada disciplina semelhante ou distinta daquela do direito pátrio e, a partir disso, refletir sobre as leis, as práticas e as instituições vigentes no próprio país. Portanto, a segunda razão pela qual a pesquisa comparada apresenta relevância e merece ser empreendida é porque ela permite refletir criticamente sobre o direito pátrio, pois por meio da constatação da diferença advém, naturalmente, questionamentos sobre a maneira adequada para se tratar legalmente uma certa questão, assim

como sobre o caminho que o direito nacional apresenta para determinada situação e a forma semelhante ou díspar que o direito estrangeiro aborda tal situação.

Desse modo, nota-se que a pesquisa comparada, ao ter como parte de seu objeto de estudo aquilo que se encontra além do direito local, possibilita à comparatista verificar que, em outro ordenamento, uma determinada situação pode usar de raciocínio ou solução distinta daquela adotada no próprio ordenamento. Com isso, torna-se possível refletir o porquê de determinada situação ter sido disciplinada de uma forma e não de outra no próprio sistema.

O potencial uso criativo da comparação jurídica tem utilidade em contextos como os processos constituintes, onde os constituintes trazem experiências constitucionais de outros países para reflexão em relação ao novo texto constitucional em elaboração (na Assembleia Nacional Constituinte brasileira, foram utilizadas diversas constituições estrangeiras para se definir quais eram os temas mais recorrentes a fim de orientar a divisão das comissões e sub-comissões temáticas), assim como na aplicação dos direitos pelos tribunais, que buscam o estudo comparado, por vezes, para a fundamentação das decisões judiciais, e, ainda, na elaboração de leis. A este respeito, Hirschl<sup>1</sup> indica que, no mundo contemporâneo, o direito constitucional comparado é constantemente utilizado pelas altas Cortes, tanto por analogia, quanto por distinção ou contraste. Nesse sentido, a referência à experiência de outros países, quando em situações similares, pode, segundo o autor, enriquecer as práticas constitucionais de um dado sistema político. Mas, além dos contextos mencionados anteriormente, também haveria espaço para fazer uso criativo em discussões no meio acadêmico a respeito de materiais legais para que se reflita, por exemplo, sobre soluções adotadas em outros países para problemas iguais ou semelhantes aos encontrados no país de origem, com o fim de considerar ou descartar possibilidades de solução para esses problemas.

Assim, a pesquisa em direito comparado representa um instrumento metodológico de significativa vantagem para a produção do conhecimento jurídico, pois é um canal de recepção e troca de informação recíproca entre ordenamentos jurídicos nacionais. O trabalho Ana Lucia de Lyra Tavares também elenca outras justificativas para o uso de pesquisa em direito comparado, sendo a principal a ideia de ausência de racismo jurídico<sup>2</sup>, p. 78-79. Por esse motivo, podemos nos questionar como esse tipo de pesquisa pode ser realizado com o objetivo de se extrair o máximo de suas potencialidades. Nesse artigo, buscamos responder essa pergunta por meio da apresentação de um modo específico de abordagem comparativa e sua aplicação em duas pesquisas já realizadas no âmbito do direito constitucional comparado. A realização dessa tarefa se deu primordialmente a partir de uma revisão bibliográfica do modo tradicional de se fazer pesquisa em direito comparado para, em seguida, descrever a perspectiva alternativa capitaneada por Pierre Legrand.

<sup>1</sup> HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. *On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law*. Cambridge University, 2009.

<sup>2</sup> TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. *R. C. Pol.* Rio de Janeiro, v. 1, n. 33, p. 78-79, 1989/1990.

## 1 A ABORDAGEM POSITIVISTA DO DIREITO COMPARADO

Ao adentrar no estudo do direito comparado é possível verificar que os estudiosos da área classificam os estudos ou pesquisas comparadas de diferentes formas. De modo geral, agrupam os estudos que apresentam características semelhantes em diferentes categorias, no entanto, sem consenso no que diz respeito à nomenclatura e ao que integra cada uma dessas categorias. A título exemplificativo, a classificação de Ran Hirschl<sup>3</sup>, p. 41-47 separa os estudos comparados em quatro categorias: a primeira diz respeito somente ao estudo do direito estrangeiro e, em regra, traz um quadro enciclopédico sobre o outro direito examinado, sem grandes preocupações com rigor metodológico; a segunda é realizada com o fim de buscar uma melhoria no próximo sistema em que o comparatista se encontra e, em regra, adota como modelo países considerados democracias já estabelecidas; a terceira adota um tom universalista e foca em possíveis semelhanças dos desafios constitucionais de diferentes países; e por fim, a quarta busca alcançar a construção de teorias por meio da inferência causal e possui maior rigor metodológico.

Além desse, Mark Van Hoecke<sup>4</sup>, p. 8-20 identifica seis diferentes métodos possíveis para o estudo comparado: 1) funcional: que pode ser usado em diversos sentidos (para focar nas similaridades, construir um sistema, determinar a melhor lei, entre outros), mas que se destina a analisar como os problemas práticos de resolução de conflitos são tratados em diferentes sistemas, sem grandes preocupações com uma análise mais ampla; 2) estrutural: o qual parte da ideia de que todos os sistemas jurídicos têm um núcleo comum, que consiste nas regras primárias de comportamento, e permite a comparação das normas secundárias, que regem a aplicação das regras primárias; 3) analítico: permite analisar a maneira como conceitos jurídicos de sistemas distintos, aparentemente semelhantes, incluem, em si, um conjunto de direitos distintos; 4) lei em contexto: busca explicar o porquê de o direito ser como ele é e inclui uma gama de métodos de pesquisa possíveis (pode utilizar dados de pesquisas históricas, sociológicas, antropológicas e outras); 5) histórico: pode ser considerado uma parte do método da lei em contexto e busca focar nas origens históricas das leis atuais; e, por fim, 6) núcleo comum: baseado no método funcional, que busca a harmonização de leis.

Nesse artigo, no entanto, buscaremos focar nas categorias apontadas por Pierre Legend<sup>5</sup>, para o qual existem duas abordagens possíveis no estudo comparado: a positivista e a culturalista. Embora o autor aponte essas duas abordagens, ele ressalta que a divisão entre abordagem positivista e culturalista se enquadra em um modelo de espectros, de modo que os estudos que adotam essas abordagens podem variar nas suas características. Assim, o autor distingue entre as aplicações herméticas praticadas na Europa onde o positivismo prevalece como um dogma reverenciado, e aplicações porosas praticadas nos Estados Unidos em que há espaço para discussões que ultrapassam a pura análise da lei no estudo comparado.

Com isso, o autor indica que o positivismo não se apresenta como uma categoria indivisa, pois há variação no modo como a comparação pode ser realizada por essa abordagem.

<sup>3</sup> HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. *On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law*. Cambridge University, 2009.

<sup>4</sup> HOECKE, Mark Van. Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method*, [S. l.], p. 1-35, dez. 2015.

<sup>5</sup> LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 65, p. 1-132, 2017.

Assim, mesmo dentro do positivismo é possível empreender uma análise totalmente vinculada ao texto legal até uma que apenas abranja algumas questões afetas à lei.

Ainda que existam tais espectros, a abordagem positivista compartilha de algumas características básicas. Dentre elas, é possível apontar a proposta de se realizar o estudo comparado com foco nos textos de leis e estatutos e de uma escrita em branco, pela qual qualquer comentário que advenha de interpretação obedeça, tanto quanto possível, aos ditames da repetição textual<sup>6, p. 5</sup>. Assim, a comparatista que adota essa abordagem realiza a comparação com foco no texto legal e, ao exercer a interpretação desse texto, deve buscar estar vinculada àquilo que se encontra legalmente disposto para que quaisquer associações que realize estejam vinculadas ao que se encontra expressamente previsto na lei. É importante esclarecer nesse ponto que a interpretação do texto legal deve estar vinculada àquilo que se encontra disposto na lei porque a atribuição de qualquer significado que pareça visivelmente exterior a ela envolve, seguindo os parâmetros estabelecidos para essa abordagem, uma recriação do texto legislativo, o que é enfrentado como algo de difícil aceitação, do ponto de vista mais tradicional. Desse modo, os positivistas buscam aderir a uma escrita não situada, em que a autora deve buscar não exprimir seus posicionamentos e suas concepções para tratar sobre o que é a lei e, assim, obter acesso científico aos textos-lei da maneira como eles são, sem contaminações. Dessa maneira, a comparatista precisa estar estritamente confinada a uma simples descrição da lei, para que o direito possa ser identificável como tal<sup>7, p. 5</sup>.

Nota-se, portanto, que Pierre Legrand possui uma visão crítica em relação à abordagem positivista do ponto de vista como metodologia de pesquisa. As críticas por ele formuladas têm, como um de seus principais focos, a obra considerada uma das de maior relevância na área dos estudos comparativos, apontada como tal por ser fonte de inspiração para os estudos comparados desde 1960, qual seja: *An Introduction to Comparative Law*, de autoria de Hein Kötz e, nas primeiras edições, também de Konrad Zweigert.

A primeira crítica feita por Legrand<sup>8, p. 79</sup> é de que essa obra, classificada por ele como positivista, promove uma difamação da diferença entre direitos e a exaltação da similaridade, pontos que também passaram a ser característicos dos estudos comparativos ortodoxos. Com isso, Legrand procura ressaltar que os autores da obra positivista defendem que o comparatista deve se esforçar na busca da similaridade entre direitos, assim como repelir as diferenças encontradas no estudo comparado. Para ilustrar esse ponto, Legrand aponta que Hein Kötz e Konrad Zweigert mencionam a *praesumptio similitudinis* verificada entre direitos no estudo comparado, expressão essa que indica que os diferentes direitos são similares até nos detalhes e que é possível se falar em um sentido de justiça unitário. Essa *praesumptio similitudinis* se opera porque os sistemas legais dão as mesmas ou semelhantes soluções para os mesmos problemas da vida, até mesmo nos detalhes. Por isso, só seria possível afirmar que a pesquisa ocorreu de forma bem-sucedida se, após a análise de todo o material relevante, ela levar à

<sup>6</sup> LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 65, p. 1-132, 2017.

<sup>7</sup> LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 65, p. 1-132, 2017.

<sup>8</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

conclusão de que os sistemas atingem o mesmo ou similar resultados práticos. Em caso contrário, a pesquisa precisa ser revisada para se apurar se foi adequadamente colocada a questão original<sup>9</sup>, p. 40.

Essa busca por semelhanças entre direitos está relacionada à história recente dos estudos jurídicos comparados, principalmente o Congresso de Paris (1900), onde Edouard Lambert, jurista francês, apontou em seu relatório que para cumprir sua tarefa a comparatista deveria selecionar as leis que mais apresentassem semelhanças para realizar o estudo comparado. A ideia defendida por Lambert no Congresso prevalece até os dias atuais, tendo em vista haver uma preocupação com a unificação das leis e com a imposição de um ideal autoritário de conhecimento e de verdade, de modo a dar continuidade aos “Princípios do *Unidroit* relativos aos Contratos Comerciais Internacionais”<sup>10</sup>, p. 245-249. Conforme esclarece Mabel Cándano Pérez<sup>11</sup>, p. 151, o *Unidroit - International Institute for the Unification of Private Law* é uma instituição que possui caráter internacional e que tem como finalidade harmonizar o direito privado por meio da expedição de diferentes instrumentos.

Nesse sentido, Legrand indica haver uma ânsia em invalidar o que é identificado como diferença ou dissonância nos estudos comparativos sem qualquer preocupação com aquilo perdido ao longo do caminho. Assim, a diferença é encarada como um obstáculo à manutenção da ordem, como algo que se encontra em tensão com o projeto comparativo<sup>12</sup>, p. 245-249. Podemos ressaltar ainda que, ao se focar na semelhança entre direitos e tentar afastar as diferenças, algumas questões são encobertas, ignoradas. Esse processo de encobertamento ou de tentativa de ignorar certas questões leva a um afastamento da realidade, pois nesse processo são perdidas informações que podem ser essenciais para compreensão de determinada prática ou instituto do direito estrangeiro.

E, além do apontado anteriormente, o discurso de similaridade dos direitos, conforme adverte Legrand, também pode levar a uma prática etnocêntrica, a uma tentativa de “civilizar” ordenamentos compreendidos como menos avançados, pois pode ocorrer uma projeção identificativa ou “autoprivilegiação epistemológica” na qual um atribui ao outro elementos que associa a si mesmo. Isso porque, na busca da homogeneização dos direitos, muitas comparatistas enquadram os direitos como seus objetos de estudo conforme o método funcionalista. Tal método propõe que o objeto de estudo deve ser retirado de seu contexto original e, nesse processo, distanciado das interpretações doutrinárias nacionais a ele aplicáveis para poder ser analisado somente em razão da função que exerce no sistema. Ao final desse processo, torna-se possível localizar semelhanças frente a outro objeto. Assim, o uso desse método em busca de uma homogeneidade entre direitos leva a uma prática de caráter etnocêntrico, pois um sistema é elevado como ponto de referência, enquanto o outro é considerado inferior<sup>13</sup>, p. 83. Ralf Michaels<sup>14</sup>, p. 342 informa que embora haja divergências no que diz respeito a esse método,

<sup>9</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative Law*. 3 ed. Trad. Tony Weir. Londres: Oxford University, 1998.

<sup>10</sup> LEGRAND, Pierre. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. New York: Cambridge University, 2003.

<sup>11</sup> CÁNDANO PÉREZ, Mabel. La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal. *Prolegómenos*, Granada, v. 21, n. 41, p. 149-162, 22 fev. 2018.

<sup>12</sup> LEGRAND, Pierre. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. New York: Cambridge University, 2003.

<sup>13</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>14</sup> MICHAELS, Ralf., The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMAN, Reinhard (Ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University 2006.

os comparatistas funcionalistas concordam em alguns elementos importantes, tais como: o direito comparado funcionalista é factual, e no lugar de focar em regras e argumentos doutrinários, o comparatista deve focar nos efeitos das regras; aqueles que adotam o direito comparado funcionalista buscam combinar a abordagem factual com a teoria de que seus objetos de estudo devem ser compreendidos a partir de sua relação funcional com a sociedade; que instituições, mesmo doutrinariamente diferentes, podem ser comparadas se são funcionalmente equivalentes, ou seja, se exercem funções semelhantes em diferentes sistemas jurídicos; por fim, um quarto elemento, que não é compartilhado por todas as variantes do método funcional, é de que é possível utilizar de um critério avaliativo, para que, assim, seja empreendida uma análise, uma comparação de leis melhores, em que é eleita como melhor lei aquela que cumpre a sua função melhor do que as outras.

Outra crítica de Legrand à obra de Hein Kötz e Konrad Zweigert é feita porque os referidos autores indicam que a comparatista no direito deve encontrar qual a melhor solução para um problema, de modo a apontar qual dos direitos apresenta a solução mais adequada e justa. O objetivo da comparatista, então, seria descobrir a verdade (indicam que o direito comparado é uma escola da verdade, que fornece soluções para que, assim, seja encontrada a melhor solução em determinado lugar e tempo) – e na obra são utilizadas palavras que indicam que as soluções seriam “melhores”, “piores”, “claramente superiores” e “superior a todas as demais”<sup>15</sup>, p. 131-132. Para eles o bom comparatista é caracterizado como aquele que é capaz de se desvencilhar de suas preconcepções doutrinárias e jurídicas, assim como dos seus contextos culturais, para chegar a conceitos neutros. Com isso, o estudo comparativo passaria a estar situado além de qualquer direito, pois as soluções seriam retiradas de seus contextos e afastadas das compreensões doutrinárias nacionais a ela aplicáveis. Por meio dessa ideia, se promoveria o raciocínio, criticado por Legrand, de que o direito verdadeiro está lá, situado em um certo lugar, motivo pelo qual a comparatista pode chegar até ele desde que utilize o método adequado para tanto. Em outras palavras, esse postulado epistemológico representa a ideia de que a realidade é dotada de objetividade. Convém ressaltar, todavia, que a neutralidade se tornou um dogma no direito, pois se passou a defender que os julgadores devem tê-la em mente ao conhecer e aplicar o direito. Porém, a neutralidade para se alcançar a realidade do objeto não se sustenta nem mesmo na área das ciências físico-matemáticas, visto que a mais simples das escolhas (como, por exemplo, a escolha de um determinado artefato para consecução da pesquisa) importa em um juízo de valor. Ademais, o próprio conceito de neutralidade não condiz com aquilo que é humano, que pressupõe um ser dotado de opiniões, experiências, traumas, objetivos, e outras questões que dele não podem ser apartadas<sup>16</sup>, p. 23-31.

Alcançar essa única verdade implica em, ao longo do caminho, remover todos os pontos de ambivalência e censurar o mundo da cultura e os traços da lei. Tal prática, na visão de Legrand<sup>17</sup>, p. 8, pode ser comparada àquilo que era praticado pela Igreja Católica durante a Idade Média, em que o mundo de fora não podia entrar.

<sup>15</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>16</sup> LIMA, Jairo. A concretização ativa dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo por meio da superação do legado epistemológico-positivista da neutralidade. *Anais [...] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.* Curitiba: ABDConst., 2011.

<sup>17</sup> LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 65, 2017.

Assim, seguindo a lógica comparativa positivista, a verdade pode ser alcançada a partir de uma análise objetiva. Essa objetividade que a comparatista deve ter na sua análise se caracteriza por um atuar *aperspectivo*, ou seja, que busca excluir a percepção daquela que realiza o estudo comparado. Isso exige eliminar características do próprio indivíduo enquanto pessoa, assim como dele culturalmente inserido, para se obter uma visão a partir de lugar nenhum. Para Legrand (2021, p. 136-144)<sup>18</sup>, p. 136-144, o atuar *aperspectivo* para se alcançar a verdade apresenta, primeiramente, a questão de não ser possível, tendo em vista que ao se colocar diferentes direitos em co-presença (ou seja, colocar um direito frente ao outro para a análise), é possível extrair deles enunciados que não podem ser classificados como verdadeiros, pois não configuram um discurso apto à verdade. Assim, não é possível afirmar que um direito é verdadeiro frente a outro.

Ademais, o atuar *aperspectivo* se opõe à ideia de interpretação, pois o ato de interpretar um texto envolve questões relacionadas ao próprio indivíduo (que utilizará tanto de experiências e conceitos próprios como também adquiridos para compreender o direito estrangeiro), das quais ele não consegue se desvincular, mesmo que queira. Para ilustrar bem a questão, Legrand indica que aquilo que a comparatista diz sobre o direito inglês, por exemplo, não pode ser oferecido como uma resposta verdadeira, porque a pessoa que afirmar isso se trata de um indivíduo que se expressa a partir de uma determinada situação, de um certo ângulo. Caso alguém analise o que a primeira pessoa disse, essa leitora também julgará e interpretará com base nas interpretações que se encontram disponíveis para ela, por também ser um indivíduo culturalmente inserido e com pré-compreensões<sup>19</sup>, p.722-726.

Por essa razão, as críticas de Legrand aos estudos positivistas possuem dois pontos centrais: o primeiro é de que a presunção de similaridade entre direitos e a busca por um direito universal podem levar a uma prática etnocentrista por parte da comparatista, em que um direito eleito como o melhor será imposto sobre outro; a segunda é de que a busca pela melhor solução e pela verdade, embora seja empreendida nos estudos comparados, não deve ser realizada, pois não há como se falar em verdade enquanto a comparatista analisa a lei ou institutos de dois ou mais países distintos e, além disso, porque isso exigiria um exercício de desvinculação de pré-compreensões e de situações vivenciadas impossível de realização.

Por fim, Legrand<sup>20</sup>, p. 136; 145 levanta dois questionamentos em torno das potenciais inconsistências no raciocínio comparativo-positivista. 1) Se todos os direitos são similares, inclusive nos detalhes, como seria possível afirmar que apenas um direito é verdadeiro? 2) Qual seria o objetivo da continuidade do estudo comparado quando se alcança a verdade? Existe algo a se dizer logo após analisar um sistema jurídico e alcançar a razão? O autor anuncia que a resposta a essas perguntas sinaliza que a comparação via abordagem positivista encontra certos limites que fragilizam a pesquisa resultante desse método. Por esse motivo, Pierre Legrand faz um trabalho propositivo em torno do que ele denomina de abordagem culturalista.

<sup>18</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>19</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>20</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

## 2 A ABORDAGEM CULTURALISTA NOS ESTUDOS JURÍDICOS COMPARADOS

Em contraposição à abordagem comparativa-positivista, a via culturalista não se satisfaz com a análise do direito de outro país do ponto de vista positivista e, por esse motivo, demanda pela inclusão de uma perspectiva direcionada ao plano cultural, pois é ela que possibilita a investigação em torno de questões políticas, históricas, econômicas, sociais, dentre outras, que permitam contar a história da lei. A comparatista culturalista deve se esforçar, o máximo possível, para respeitar a dignidade do direito estrangeiro, o outro direito, de modo a evitar conclusões precipitadas, simplórias e desconectadas de outros aspectos que sejam fundamentais à compreensão da lei ou decisão judicial, assim como da solução adotada para certo problema em um ordenamento jurídico exterior.

A análise meramente positivista explica muito pouco sobre determinado direito, pois apenas (re) diz o que consta no texto legal, sem qualquer paralelo ou justificativa que permita compreender questões mais profundas, tais “como” ou “o porquê” do direito. Assim, para o autor, somente a abordagem culturalista consegue fornecer elementos que permitam uma interpretação verdadeiramente elucidativa do direito, com o fim de se garantir sua melhor compreensão<sup>21, p. 586</sup>. Desse modo, a abordagem culturalista seria aquela que, embora não permita uma compreensão de todos os aspectos possíveis no estudo do direito comparado (visto que isso se mostra impossível por inúmeros fatores, tais como pelo fato de a comparatista não conseguir obter acesso a todos os materiais relevantes sobre determinado tema em outro país, por mais que se esforce, assim como por não disponibilizar de todo o tempo que seria necessário para analisar certa questão na sua completa profundidade, pois uma informação sempre acaba demandando outra, dentre outros fatores), se apresenta como melhor alternativa diante das fragilidades da abordagem positivista.

Para atuar segundo essa abordagem, Legrand indica que é necessário se ter consciência de que qualquer apreciação da cultura é móvel, invariavelmente, pois a cultura existe tanto em relação a outras culturas jurídicas como também a uma pluralidade de vozes. A cultura, assim, não pode ser articulada de maneira a formar argumentos que não podem ser questionados. Por isso, a cultura é uma ferramenta que auxilia na descrição, e não pode, dessa maneira, ser tratada como um objeto a ser descrito<sup>22, p.114-117</sup>. Além disso, atuar por essa abordagem requer encarar qualquer direito como uma construção cultural, situado em um certo lugar e tempo, por duas razões: 1) por ser fabricado por pessoas que estão, elas próprias, situadas em uma cultura, e que, portanto, internalizam estruturas de uma comunidade; 2) por ser constituído por traços – como uma configuração histórica ou uma racionalidade política, por exemplo. Assim, tais questões indicam não haver possibilidade de se analisar um direito a partir de um não-lugar, de modo que a comparatista precisa agir com cautela, em exercícios de tradução do outro direito, de modo a tratar, também, dos traços que “assombram” o texto<sup>23, p. 150</sup>. Com os “traços que assombram o texto” o autor quer indicar que existem questões que, embora não estejam expressamente tratadas no texto legal, ainda assim encontram-se inseridas nele. Tais questões, quando detidamente analisadas, podem revelar o porquê da lei ou da decisão judicial estabelecer uma solução e não outra para uma questão.

<sup>21</sup> LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

<sup>22</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>23</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

A abordagem culturalista de Legrand parte da visão de três filósofos: Martin Heidegger (1889-1976), Hans-Georg Gadamer (1900-2002) e Jacques Derrida (1930-2004). Segundo aponta Deo Campos Dutra<sup>24</sup>, Legrand encontrou em Martin Heidegger o mais influente filósofo anti-cartesiano, o que o levou ao trabalho dos outros dois filósofos, Gadamer e Derrida. O pensamento heideggeriano foi importante porque Legrand entende que a produção das comparatistas que utilizam das ideias de Zweigert e Kötz aproxima-se de um comportamento normativamente cartesiano ao conferir um raciocínio matemático à realidade e separar o que faz parte do pensamento do indivíduo e aquilo que se encontra externo a ele.

Um dos pontos que Legrand levanta em relação à obra de Martin Heidegger encontra-se situado no livro *Ser e Tempo*. Nessa obra Heidegger indica que “em todo caso (...) a interpretação (...) está fundada em algo que nós aprendemos antecipadamente – em uma pré-concepção”<sup>25</sup>, p. 191. A partir desse trecho, Legrand busca trazer à discussão a questão da enculturação que, na sua visão, é o que torna o compreender possível. O indivíduo assimila questões pela atribuição de sentido antecipada, por esse motivo, para se compreender uma questão, antes atribuirá a ela um sentido a partir de uma concepção aprendida anteriormente no ambiente em que se encontra inserido<sup>26</sup>, p. 165.

Já em relação ao pensamento de Jacques Derrida, observa-se que Legrand usa as ideias de Derrida, em seu livro, para tratar da necessidade de se tratar o direito estrangeiro com justiça, com a singularidade que lhe é própria, e que isso envolve um traçar do direito estrangeiro em relação àquilo que o constitui, mesmo que não expresse – o que Legrand aponta como “traços fantasmagóricos”. Legrand faz a ressalva, no entanto, de que o comparatista deve estar ciente de que, mesmo com uma intervenção extremamente sofisticada sobre o direito estrangeiro, alguns pontos ficarão inacessíveis, escondidos<sup>27</sup>, p. 183. Desse modo, por mais diligente que seja a pesquisa sobre o outro direito, deve-se aceitar que algumas questões não serão tratadas na sua profundidade ou, ainda, que algumas questões sequer chegarão ao conhecimento daquele que analisa o direito estrangeiro. Assim, com base nas ideias de Derrida, o comparatista deve se esforçar para fazer justiça à dignidade do estrangeiro, reconhecendo-o e respeitando-o, e que isso envolve um certo compromisso constitutivo com a lei estrangeira, de modo que o pesquisador não pode considerar a questão analisada como se estivesse em um ponto estático ou fosse possível conhecê-la de antemão, só pela leitura do direito-texto.

Isso significa dizer que o estudo sobre o direito estrangeiro é, em parte, autobiográfico, uma vez que esse tipo de investigação parte de um ponto de vista parcial do pesquisador e que, por isso, compete com observações de outros comparatistas. Assim, quanto mais a comparatista busque acrescentar palavras para tornar aquilo que ela está tentando expressar mais claro e objetivo, mais dela estará presente, pois, por essa atitude, a sua versão do direito estrangeiro restará ainda mais delineada e narrada<sup>28</sup>, p. 154-155.

<sup>24</sup> DUTRA, Deo Campos. Situando o traço: uma proposta filosófica para a Teoria da Comparação Jurídica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1221-1248, ago. 2018.

<sup>25</sup> HEIDEGGER, Martin. *Being and time*. Oxford: Blackwell, 1962.

<sup>26</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>27</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>28</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

Desse modo, a partir da ideia de tratar o estudo do direito estrangeiro como parcialmente autobiográfico, Legrand se afasta da concepção de objetividade na pesquisa comparativa, uma vez que ela deve respeitar a dignidade do outro direito, de modo que, para alcançar tal respeito, faz-se necessário buscar ir além daquilo que se encontra expressamente tratado no texto-lei. Quanto mais a comparatista realiza esse exercício, mais dela (ou seja, da própria comparatista) restará inscrito em sua pesquisa, pois, para interpretar e compreender outra cultura jurídica, a pesquisadora utilizará de conceitos e experiências próprias, que adquiriu durante a sua vida. Essa característica autobiográfica da comparação culturalista não permite, de modo algum, que esse estudo seja feito sem correspondência com a realidade. Conforme assevera Legrand, as culturas são encontradas operando como leis e decisões judiciais e, por isso, os textos da lei e as decisões devem permanecer como principais focos do estudo comparado. O texto legal, entretanto, não pode ser o local de interrupção da comparação, mas, de modo contrário, deve ser o lugar de onde começa sua presentificação, como ponto de partida da comparação<sup>29</sup>, p. 126.

Assim, a comparatista que atua segundo a abordagem culturalista não se encontra livre para traçar o direito estrangeiro como bem deseja. Isso porque ela também se encontra vinculada aos materiais documentais estrangeiros, pois esses são compreendidos como produto de uma determinada cultura. Contudo, de modo contrário ao positivista, o culturalista encara tanto a lei como a decisão como pontos de partida do estudo comparado e não podem representar um ponto de chegada.

Portanto, enquanto a abordagem comparativa-positivista tem como foco o texto da lei e/ou a decisão judicial, a culturalista busca aprofundar a pesquisa sobre o outro direito com a análise de questões que se mostrem relevantes para a sua compreensão. Além disso, a primeira abordagem trata a interpretação como algo perigoso ao encará-la como uma possibilidade de recriação do direito estrangeiro, enquanto a segunda aponta que a recriação é, de certa forma, inevitável, pois a autora compreenderá o outro direito a partir de suas próprias experiências. Ademais, a primeira abordagem busca afastar diferenças e focar na semelhança existente entre sistemas jurídicos, enquanto a segunda compreende nada haver de errado em apontar as diferenças existentes; há, também, diferenciação em relação à busca pela verdade, que ocorre na primeira abordagem por meio de uma análise objetiva com o método funcionalista, e não na segunda; ainda, porque a primeira entende que um dos objetivos do direito comparado é encontrar a melhor solução para determinado problema, enquanto a segunda aponta que essa prática pode levar a um agir etnocentrista.

### 3 QUESTÕES METODOLÓGICAS E PRÁTICAS DA ABORDAGEM CULTURALISTA

O delineamento em torno dos pressupostos epistemológicos da abordagem comparativa culturalista de Legrand demandam alguns direcionamentos metodológicos para a realização desse tipo de pesquisa, em outras palavras, os procedimentos metodológicos são as ações que irão servir para que a pesquisadora realize de fato a pesquisa. Na abordagem culturalista, um dos primeiros direcionamentos metodológicos tratados por Legrand é o de sempre buscar

<sup>29</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

trabalhar com materiais próprios do país estudado, ou seja, com textos que se encontrem escritos na linguagem do outro.

Além disso, uma comparatista brasileira, por exemplo, não pode se limitar aos textos produzidos apenas no Brasil sobre o direito estrangeiro objeto da pesquisa. Tal prática acabaria por revelar apenas aquilo que os autores nacionais pensam a respeito de determinado texto-lei ou decisão produzido em outro país. Assim, a comparatista deve ir além de tal prática e se esforçar para obter o conhecimento sobre o direito estrangeiro com base nas discussões empreendidas no país analisado em sua pesquisa.

Em seguida, a pesquisadora culturalista inicia sua análise com foco nas leis e decisões judiciais, com o objetivo de insistir naquilo que as palavras dissimulam, no que elas aparentemente não dizem, mas que afirmam pelos vestígios deixados. Esses vestígios devem ser encarados como uma presença que, inclusive, afigura-se essencial para a compreensão do direito estrangeiro. Essa prática, que Legrand denomina na obra como “leitura nas entrelinhas”, faz com que o trabalho da comparatista seja incessante, pois dotar um direito de sentido demanda a busca pela multiplicidade de vestígios políticos, sociais, históricos, etc<sup>30, p. 69</sup>.

Um terceiro direcionamento metodológico observável na obra de Legrand corresponde ao fato de que no ato da comparação nenhuma similaridade ou fundo comum precisa ser invocado, visto que não se deve ter em mente a comensuração violenta entre direitos. A incomensurabilidade não exclui a possibilidade da comparação, tendo em vista que cada direito-texto se manifesta de modo singular<sup>31, p. 56-61</sup>. Assim, a comparatista não precisa se esforçar para enquadrar determinada prática ou instituto de um país naquilo que é conhecido em seu país. Não há a necessidade, por exemplo, de indicar um nome diferente para uma Corte para tornar a compreensão daquele que lê uma pesquisa no Brasil mais fácil – como, por exemplo, passar a denominar a Corte Constitucional da Colômbia - CCC de “Supremo Tribunal Colombiano”.

Um quarto direcionamento decorre da questão de aceitar que a comparatista carrega, consigo, uma bagagem ideológica-experencial<sup>32, p. 165</sup> e que, por isso, será impossível desvincular-se totalmente dessa carga para compreender o outro direito e realizar o estudo comparado. Por essa razão, não há a necessidade de se buscar colocar a comparatista em um lugar nenhum para que assim faça uma análise neutra/asséptica sobre determinada questão, pois esse lugar não existe.

Por fim, um último direcionamento constante na obra de Legrand é o do respeito ao material estrangeiro, que envolve tanto um compromisso durante a construção de sentido, ou seja, o esforço para conseguir fazer dignidade àquilo que se encontra previsto no texto-lei e para buscar retratar o outro direito de maneira mais fidedigna possível (embora isso não seja completamente possível), como também um agir que não faça comparações que coloquem um direito acima do outro.

Assim, no estudo comparado culturalista, não se deve buscar empreender uma explicação objetiva da realidade jurídica, nem tentar indicá-la como verdadeira, correta, ou melhor, pois as circunstâncias inerentes ao direito (ser situado e localizado, por exemplo) e à comparatista (limitada de antemão pelas suas pré-concepções) impedem alcançar tais finalidades.

<sup>30</sup> LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

<sup>31</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

<sup>32</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

Além dos direcionamentos anteriormente indicados, verifica-se que outros direcionamentos alinhados à obra de Legrand merecem ser destacados: o primeiro é de que o estudo comparado não deve se limitar a uma listagem de conceitos ou de institutos jurídicos com a respectiva indicação dos dispositivos de determinadas famílias, ou sistemas de ordenamentos jurídicos; o segundo é de que, embora não seja possível abarcar a totalidade do ordenamento jurídico estrangeiro, o tema deve ser aprofundado pelo contexto em que se insere o problema jurídico analisado (o que pressupõe a análise dos principais debates teóricos que se relacionam ao problema, da regulamentação da questão no país e, ainda, dos debates jurisprudenciais a respeito do problema analisado)<sup>33</sup>, p. 188.

Tais orientações servem, portanto, para possibilitar que uma discussão epistemológica possa ser instrumentalizada de maneira prática para as pesquisadoras do direito que se interessam pela abordagem comparatista. Ademais, com o intuito de demonstrar a pesquisa comparativa culturalista em ação, apresentamos dois trabalhos realizados recentemente pelos autores desse artigo que buscaram imprimir a perspectiva culturalista no âmbito do direito constitucional, mais especificamente das cortes constitucionais, entre Brasil e México e Brasil e Colômbia.

Historicamente, a esfera do direito constitucional se posicionou contrária à metodologia comparativa de início, visto que a comparação entre ordens constitucionais diferentes – produtos diretos da soberania estatal<sup>34</sup>, p. 313 – não parecia possuir alguma utilidade para o campo. Entretanto, ao passo que a metodologia comparativa se distanciava da comparação meramente normativa e dava espaço para a necessária interdisciplinaridade que envolve o ramo do direito comparado, a disciplina do direito constitucional comparado se mostrou aberta a novos entendimentos relacionados não tão somente ao texto constitucional, mas também às instituições do Estado, como é o caso do Poder Judiciário, ou das relações entre os poderes ou das decisões e construções jurisprudenciais que tiveram êxito na construção da recepção da metodologia comparativa.

Nesse sentido que Lucio Pegoraro e Angelo Rinella entendem que:

Seja aceitando, seja refutando as concepções substancialistas de “Constituição”, quem estuda as Constituições sob a perspectiva comparada as associa não raramente ao estudo do constitucionalismo ou, em verdade, das doutrinas liberais que reivindicam uma Constituição liberal nos séculos XVIII e XIX. Demais disso: os comparatistas estudam, a título de direito constitucional comparado, além das doutrinas constitucionais inspiradoras, também a história dos vários sistemas e, muitas vezes, o contexto socioeconômico. O adjetivo “constitucional”, se associado a “direito”, tem então, um sentido ainda mais amplo que poderia decorrer unicamente do substantivo “Constituição”. Finalmente, direito constitucional comparado é uma variável de “comparar”<sup>35</sup>, p. 3-4.

<sup>33</sup> VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Achtung baby! Ou porque meu trabalho acadêmico não precisa de direito comparado... Até que se prove o contrário. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>34</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. El Método en Derecho Constitucional Comparado: Contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa. *Opinion Jurídica*, Medelín, v. 39, n. 19, p. 311-329, jul/dez 2020.

<sup>35</sup> PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas Constitucionais Comparados*. 1. ed. v. 1. São Paulo: Contracorrente, 2021.

Quanto ao porquê da comparação com México e Colômbia, faz-se necessário entender que ainda que o direito constitucional comparado tenha recebido maior atenção e interesse do meio acadêmico dos tribunais e cortes pelo mundo, pouco se fala sobre a América Latina, ainda que esse seja o *locus* de várias inovações, o que por sua vez, evidencia o imperialismo presente na estrutura do constitucionalismo e do próprio modelo de direito comparado majoritariamente disseminado<sup>36, p. 484</sup>. Justamente pelo imperialismo existente, ao tratar de direito comparado advindo do Brasil ou das comparações realizadas entre países na esfera da jurisdição constitucional, é comum que exista uma vasta quantia de produções que elaborem construções comparativas acerca do Brasil com a América do Norte, ou com países europeus.

Essa racionalidade comparativa eurocêntrica silencia questões relevantes e dificulta a exploração de sistemas jurídicos que possuam alguma proximidade geográfica, enquanto se perpetua a orientação de cunho métrico e comparativa com os países ditos desenvolvidos ou pertencentes ao velho mundo. Nesse sentido, Sherally Munshi entende que tal ideia relativa ao eurocentrismo:

(...) não é apenas um foco excessivo na Europa e os países avançados do Novo Mundo – “o Ocidente”. Ao invés disso, o termo se refere a um conjunto de convenções de conhecimento que fornecem a base implícita da justificativa para a dominação ocidental de outros países não ocidentais. O eurocentrismo pode descrever modelos convencionais de pesquisa nos quais o Ocidente é lançado como o agente da história universal e os demais são medidos em relação às suas semelhanças com ele. Ou pode se referir na confiança de que o Ocidente é a fonte derradeira de esclarecimento no mundo moderno, de ideias como liberdade e igualdade. Mas no sentido mais amplo, Eurocentrismo refere-se ao hábito geral de atribuir autoridade a apenas certas formas de conhecimento – o que nós podemos geralmente nos referir como sendo a racionalidade ocidental – ao mesmo tempo em que desconsidera e desacredita os outros<sup>37, p. 226</sup>.

Por essas razões, o próximo tópico apresenta o modo como os pressupostos metodológicos da abordagem comparativa culturalista diferencial concebidos por Pierre Legrand são capazes de se instrumentalizarem em comparações realizadas em países da América Latina (México e Colômbia), comparando questões constitucionais que permeiam o televisionamento das decisões judiciais e o controle prévio de constitucionalidade, visando com isso, a construção de um conhecimento latino-americano, para além das elaborações comparatistas eurocêntricas.

<sup>36</sup> MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019.

<sup>37</sup> MUNSHI, Sherally. Comparative law and decolonizing critique. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 65, p. 207-235, 2017 (tradução nossa). “Eurocentrism here is not merely an excessive focus on Europe and its New World outposts – “the West.” Rather, the term refers to a set of knowledge conventions that provide the implicit foundation and justification for the western domination of non-western others. Eurocentrism may describe conventional research models in which the West is cast as the agent of universal history and the rest are measured in term of their resemblance to it. Or it may refer to the confidence that the West is the ultimate source of enlightenment in the modern world, of ideas like freedom and equality. But in the broadest sense, Eurocentrism refers to the general habit of attributing authority to only certain forms of knowledge – what we might generally refer to as western rationality—while disregarding and disparaging others.”

### 3.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN NAS TRANSMISSÕES DE JULGAMENTOS.

Com o objetivo de responder à pergunta *quais as possíveis implicações das transmissões das decisões feitas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) e pela Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) em relação à construção da reputação judicial e aos mecanismos de transparência democrática?*, a abordagem comparativa culturalista se impôs como o instrumento mais adequado de análise desse objeto institucional, vez que ele se posiciona no cruzamento das áreas de direito constitucional e ciência política. Por essa razão, a história política dessas instituições representa um dos elementos do que a cultura pode absorver e, por consequência, do que pode resultar o direito.

Falando concretamente, eu acredito ser útil poder falar que o Direito existe como cultura, que o Direito é assombrado pela cultura, a fim de transmitir de maneira abreviada a dinâmica entre Direito e mundo – aquilo que os positivistas estão propensos a considerar como “o detrito infeccioso do mundo” – através da mediação do traço. (...) Nesse aspecto, portanto, eu assumo a perspectiva de que a cultura não é primariamente um objeto a ser discutido por uma disciplina especializada como “estudos culturais” ou antropologia, mas o idioma construído em termos do qual a problematização do Direito deve se materializar. Consequentemente, não quer dizer que eu estou buscando o cultural de um domínio fora do Direito e trazendo-o para dentro do Direito, mas que defendo a afirmação de que a cultura não é separável do Direito, que ela constitui um aspecto irreduzível do Direito. De novo, proponho que o Direito existe *como* cultura. Ao formular essa afirmação, eu permaneço ciente do quão fortemente os positivistas defendem a perspectiva de que se deve abordar o Direito apenas como aquilo que é (juridicamente) vinculante – uma compreensão tautológica do ‘jurídico’ que, apesar de seu vigor político, permanece senão, uma interpretação e que, enquanto tal, não pode impedir outras interpretações<sup>38</sup>, p. 109-110.

Nesse sentido, ao buscar investigar as implicações das transmissões dos julgamentos realizadas pelo STF e pela SCJN, nos atentamos para as diferenças histórico-políticas entre Brasil e México, buscando em um primeiro momento descrever o modo pelo qual ambas as instituições foram moldadas nos anos conturbados da ditadura militar no Brasil (1964-1985) e no período que se assentou a hegemonia do Partido Revolucionário Institucional (PRI) no México (1929-2001).

Esse tipo de movimento metodológico se afasta da abordagem comparativa de cunho positivista, pois não se fixou em comparações estritamente normativas e jurisprudenciais, mas nas mudanças, crises e nuances dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e mexicano ao longo de determinado momento histórico. Assim, para que essas e outras conclusões pudessem ser construídas na pesquisa comparada, partimos dos direcionamentos metodológicos estruturados por Pierre Legrand em sua metodologia comparativa culturalista diferencial para que houvesse a utilização de materiais próprios de cada país estudado. No caso da SCJN, foram utilizados para o desenvolvimento da pesquisa artigos e capítulos de livros de pesqui-

<sup>38</sup> LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

sadoras mexicanas como Beatriz Magaloni, Julio Ríos-Figueroa, Andrea Pozas-Loyo e principalmente de Francisca Póu Gimenez<sup>39</sup>, e sua abordagem crítica do televisionamento das decisões da SCJN. Além disso, com o intuito exploratório, assistimos diversas sessões de julgamentos para se familiarizar com as dinâmicas próprias da instituição.

Por se tratar de uma pesquisa produzida no âmbito de um programa de direito, as questões relativas à gênese normativa importavam, ao menos como ponto de partida, tal como Legrand adverte. No caso do Brasil, a exposição de motivos da Lei n. 10.461/2002 de criação da TV Justiça girava em torno da necessidade de publicização dos atos judiciais, em respeito ao art. 93, inciso IX, da CF/88, assim como visava oportunizar à sociedade civil o conhecimento acurado do funcionamento do Poder Judiciário, visto que os meios de comunicação comerciais repassavam informações de forma condensada, além da possibilidade deles incorrerem eventualmente em erros na interpretação das decisões e atos advindos da Corte. Para o embasamento jurídico do Canal Judicial, foi utilizado o artigo 6º da *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* sobre o acesso à informação que deve ser garantido pelo Estado. Para além do argumento normativo, o que se tem estruturado sobre o canal judicial se encontra em sua página oficial, na aba sobre *nosotros*, onde fica evidenciado a missão do Canal Judicial, sua visão e objetivo: proporcionar informação clara e oportuna do cotidiano do Poder Judiciário. No que tange aos aspectos jurídico-normativos do objeto da pesquisa, as informações disponíveis não se distanciam muito daquelas encontradas em relação à TV Justiça no Brasil quanto ao que diz respeito sobre publicidade, transparência e responsabilidade das instituições públicas para com a sociedade civil.

Ainda que as semelhanças históricas entre México e Brasil sejam visíveis logo no início, visto que ambos os países passaram por regimes autoritários e em sequência adentraram na terceira onda de redemocratização que abarcou outros países da América Latina, a metodologia comparativa culturalista buscou evidenciar as diferenças entre os objetos comparados.

A primeira diferença histórica relevante se encontra antes mesmo das transições democráticas, isto é, na postura das cortes em relação aos regimes autoritários imediatamente anteriores. No caso do Brasil, diversos episódios de tensão institucional foram registrados entre os membros do STF e o chefe do Poder Executivo. Isso significa dizer que, ainda que de maneira tímida, a Corte mantinha certa autonomia decisória em relação ao governo militar,<sup>40, p. 246</sup> a qual fora comprometida a partir do acirramento das tensões. Com a instauração do Ato Institucional nº. 5 durante o período da ditadura militar no Brasil, foram revogados princípios fundamentais que sustentavam a independência da função judicial e, por meio dele, foram aposentados de forma compulsória três dos magistrados da corte brasileira: Hermes Lima, Evandro Lins e Victor Nunes Leal<sup>41, p. 143</sup>.

Essas mesmas tensões e problemáticas envolvendo o Poder Judiciário e o Poder Executivo não são encontradas ao longo do período em que o Partido Revolucionário Institucional

<sup>39</sup> GIMÉNEZ, Francisca Pou. Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court. In: DAVIS, Richard; TARAS, David (Org.). *Justices and Journalists: The Global Perspective*. United Kingdom: Cambridge University, 2017.

<sup>40</sup> RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

<sup>41</sup> CÂMARA, Heloisa Fernandes. *STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?* 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2017.

se manteve no poder no México (1921-2000), pois desde o início a corte mexicana foi cooptada pelo PRI, impedindo, a partir disso, quaisquer tentativas de reação às investidas do Executivo.

Outro ponto histórico digno de nota diz respeito ao momento específico das transições constitucionais e consequente definição das estruturas das cortes supremas. No caso do Brasil, com a promulgação da EC 26/1985, foi convocada uma nova Assembleia Nacional Constituinte, momento no qual se deu a construção e definição da constituição e seus novos arranjos institucionais. Nesse contexto se estruturaram as alianças que puderam garantir os interesses da manutenção de determinadas instâncias, como do próprio Poder Judiciário, de modo que os magistrados do STF construíram alianças com parlamentares do espectro político de centro e centro-direita para que estes apoiassem a preservação da corte no modelo existente, afastando-se, por exemplo, de um modelo de Tribunal Constitucional, tal como algumas vozes constituintes compartilhavam<sup>42</sup>, p. 162-163.

Já no México, os magistrados da corte mexicana não tiveram um papel ativo nas mudanças institucionais que vieram a acontecer. De fato, no México não se promoveu uma Assembleia Constituinte, as mudanças que possibilitaram as garantias institucionais da SCJN no regime democrático são provenientes de uma movimentação política do último presidente em exercício do Partido Revolucionário Institucional (PRI) que se encontrava diante do fim de sua hegemonia no poder (1921-2000). Com apenas quatro dias após sua posse, no dia 1º de dezembro de 1994, o então presidente Ernesto Zedillo submeteu ao Legislativo um projeto de reforma das cortes federais, um amplo pacote de emendas constitucionais voltadas para o desenho institucional do judiciário. O pacote de reformas submetidos ao *Congreso de la Unión* prometia reformar o sistema de justiça e fortalecer o Estado de Direito mexicano.

Ao prever a possível derrocada do PRI, Ernesto Zedillo buscou impulsionar a reforma institucional, objetivando a construção de um judiciário leal e poderoso o suficiente para que pudesse proteger os interesses do partido em um contexto que se tornava paulatinamente mais democrático. A estratégia adotada por Ernesto Zedillo pode, em um primeiro momento, parecer contraproducente à própria estruturação hegemônica de poder que reside em um regime autoritário que se encontrava ainda em vigência, entretanto, tais reformas foram originalmente pensadas como forma de assegurar a continuidade política do próprio Partido Revolucionário Institucional em um momento de derrocada iminente.

Em continuidade aos direcionamentos metodológicos advindos da abordagem comparativa culturalista diferencial concebida por Pierre Legrand, a bagagem ideológica que cada comparatista carrega consigo representa um elemento importante a ser levado em conta nesse tipo de empreendimento investigativo, isso porque é impossível se desvencilhar de modo integral para compreender o direito estrangeiro. Assim sendo, nota-se que ao realizar uma pesquisa jurídica utilizando-se desse método, a maior carga ideológica decorre diretamente do fato do comparatista ter consigo uma perspectiva jurídica do objeto analisado.

A obra de Jeffrey K. Staton, “Judicial Power and Strategic Communication in Mexico”, analisa o mesmo fenômeno da transmissão de julgamentos sob o aspecto da ciência política. Para ele, “o que importa são as informações processuais, a substância é em grande parte irre-

---

<sup>42</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, 2013.

levante. Em alguns casos, os tribunais podem avançar melhor com sua legitimidade se os cidadãos tiverem menos informações sobre suas atividades”<sup>43</sup>, p. 128. Por outro lado, no trabalho que desenvolvemos sob a perspectiva jurídica, o que se buscou compreender é justamente como a substância daquilo que é televisionado, ou seja, o próprio conteúdo da imagem, implica de alguma forma na construção da reputação dos magistrados e da legitimidade das próprias cortes enquanto instituições autônomas e respeitadas por seus respectivos corpos sociais. Essa mirada é indissociável ao autor do trabalho que, por ser jurista de formação, vê elementos diversos de outros olhares.

Além dessa orientação metodológica, Pierre Legrand ressalta o respeito ao material estrangeiro e as conclusões que se chegam no fim do processo de comparação. Exige-se, ao se utilizar desse método, que a comparatista, ao verificar o direito estrangeiro, seja capaz de determinar seu objeto por meio da interpretação mais fidedigna possível do outro direito, de modo que direcione uma postura onde não se elabora comparações que determine que exista um direito superior aos demais, ou um direito inferior ao outro. É possível, por outro lado, se conceber como existente uma multiplicidade de individualidades culturais inerentes de cada país, e como essas individualidades moldam o direito e as instituições relacionadas à esfera jurídica e política. Por essa razão, não há que se falar na existência de um modelo ideal de transmissão. As transmissões dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal e pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* são adaptações locais ao desafio comum de redemocratização e reafirmação do Poder Judiciário em relação à legitimidade social, a qual estava fragilizada com as discricionariedades presentes em seus respectivos regimes autoritários.

Ao buscar responder à pergunta inicialmente formulada na pesquisa desenvolvida, fica evidente que a implementação dos meios de transmissão, assim como a visibilidade e publicidade decorrentes desses instrumentos marca a mudança de paradigma das Supremas Cortes ao redor do mundo. Antes órgãos afastados do escrutínio público, as Supremas Cortes buscaram formas de se aproximar da visibilidade que as tecnologias da comunicação e informação proporcionam, de modo que as mudanças culturais e institucionais que as implementações geraram já se consolidaram no cotidiano das dinâmicas político-institucionais. Assim, a título de conclusão tem-se que as transmissões dos julgamentos tanto no caso brasileiro como mexicano repercutem diretamente na ideia de reputação judicial do ponto de vista individual e transparência democrática, diante da intensificação da postura individualista e superexposta dos juízes. Entretanto, essa construção de reputação individual que exorbita a reputação da instituição colegiada não é acompanhada necessariamente de instrumentos de *accountability*.

### 3.2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA (CCC) NO CONTROLE PRÉVIO DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Trataremos agora sobre como a abordagem culturalista do direito comparado foi aplicada para responder ao seguinte problema de pesquisa: *como o STF e a CCC desenvolveram sua jurisprudência para assumir o controle preventivo dos atos que podem levar à reforma dos textos constitucionais de seus países e de que maneira têm exercido essa competência?*

<sup>43</sup> STATON, Jeffrey K. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. Cambridge: Cambridge University, 2010 (tradução nossa). “On this account, what matters is procedural information. Substance is largely irrelevant. In some cases, high courts might advance legitimacy best if voters have less information about their activities”.

Na pesquisa em que se utilizou essa abordagem o tema do controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da constituição foi comparado entre Brasil e Colômbia, para compreender como os seus tribunais desenvolveram a jurisprudência para assunção dessa atribuição, assim como ela tem sido exercida - já que, no caso do Brasil, não há previsão constitucional expressa permitindo o exercício do controle preventivo de emendas constitucionais pelo STF, e na Colômbia há a previsão de que o referido controle deve ser exercido apenas em relação a vícios formais da lei convocatória de referendo.

O primeiro direcionamento metodológico da abordagem culturalista do direito comparado indica o indispensável contato com os materiais próprios do país estrangeiro estudado, qual seja, Colômbia. Para esse fim, foram examinados textos de autores que analisam questões do referido país, com enfoque naquilo tratado por autores colombianos da área do direito constitucional (Pablo Rivas Robledo; Vicente Benítez-R.; Yenny Caicedo; Manuel Quinche Ramírez; Richard Hernández Vargas; María Alejandra Salazar Ortiz; Mabel Cándano Pérez; David Mendieta González; Carlos Amaya Rodríguez; William Guillermo Jiménez; José Ricardo Palomares García; Javier Santander; Edgar Valdeleón; Santiago García-Jaramillo; Francisco Gnecco-Estrada; Diego Maurício Higuera-Jiménez; Carlos Bernal Pulido; Juan Manuel Sánchez Osorio, 2013; Luís Arturo Herrera Herrera; Fabio Henrique Pulido Ortiz; Mario Alberto Cajas Sarria; Miguel Luiz Cepeda-Espinosa; Eduardo Cifuentes Muñoz; Alejandro Martínez Caballero; Gonzalo Ramírez Cleves).

A análise desses textos permitiu compreender questões como: o porquê se decidiu criar um Tribunal Constitucional, ou seja, a CCC, distinto de uma Suprema Corte; como a Corte passou a ser vista como “intérprete suprema” da Constituição Política de 1991 (CP/91); o modo como foi criada a teoria da substituição constitucional; e o entendimento dos autores locais acerca da aplicação da teoria anteriormente mencionada nos casos de controle dos atos de reforma constitucional

Além disso, também foram examinados textos de autores de outras áreas, como história (Juan Daniel Guisao-Álvarez; Mario Aguilera Peña), sociologia (Sandra Patrícia Arenas Grisales; Manuel Antonio Garretón) e ciências políticas (Héctor Alonso Moreno-Parra; Juan Esteban Jaramill Giraldo; Luis Alberto Restrepo; Nestor Correa Henao), de modo que a análise realizada não foi limitada tão somente a aspectos legais sobre o tema, tal como demandado em uma abordagem culturalista.

Assim, o contato direto com materiais estrangeiros permitiu compreender algumas das questões relacionadas ao contexto vivido antes, durante e após a convocação da constituinte colombiana, momento essencial para entender a razão pela qual as competências da CCC terem sido definidas tais como foram na CP/91. A partir disso, foi possível comparar: questões históricas que antecederam a constituinte brasileira e colombiana; como o tema da manutenção da estrutura da Suprema Corte (Brasil) e da criação da Corte Constitucional (Colômbia) foi tratado nas duas constituintes; o resultado do processo constituinte em relação ao tema anteriormente mencionado e sobre o estabelecimento do controle de constitucionalidade nos textos constitucionais dos dois países; a assunção de competência relacionada ao controle preventivo pelos dois tribunais; e por fim, como o controle preventivo de constitucionalidade de atos reformatórios da Constituição é exercido nos dois países.

Já sobre o segundo direcionamento metodológico anteriormente tratado, o de iniciar a análise sobre o país estrangeiro pelas leis e decisões judiciais e, após isso, aprofundar o exame com a busca por aquilo que foi ocultado nelas, buscou-se focar, em um primeiro momento,

naquilo que se encontra disposto na CP/91 para verificar como o constituinte colombiano estipulou (ou não) o controle preventivo dos atos reformatórios da constituição. Por meio dessa análise, pudemos verificar que a CCC pode exercer tanto o controle preventivo, como também o repressivo de constitucionalidade. Nesse sentido, a pesquisa focou no controle preventivo que recai sobre a lei convocatória de referendo para modificação do texto constitucional, por meio do qual, segundo disposto no art. 241 da CP/91, a Corte pode exercer apenas o controle sobre vícios formais conforme mencionado em momento anterior.

Após constatado que a CP/91 estabelece que o controle preventivo que recai sobre a proposta de reforma constitucional, nos casos das leis convocatórias de referendo, deve ser exercido pela CCC apenas em relação a vícios procedimentais, passamos a tratar das decisões judiciais da corte, outro ponto de partida indicado por Pierre Legrand como necessário nos estudos de abordagem culturalista. Nesse momento, constatamos que a CCC redefiniu suas competências para o controle exercido sobre leis convocatórias de referendo para modificação do texto constitucional, pois, em caso sobre essa temática submetido a seu exame, ultrapassou a análise dos vícios formais/procedimentais.

Essa atuação expansiva da CCC teve início no caso da Sentença C-551, quando a CCC construiu a chamada “Teoria da Substituição Constitucional” e assumiu a competência de revisar materialmente a atividade do congresso colombiano<sup>44</sup>, p. 17. Nessa sentença, em que foi examinada a constitucionalidade da Lei Convocatória de Referendo nº 796 de 2003, a CCC construiu um conceito de limites de competência para a reforma da CP/91, o que lhe permitiu impor ao constituinte derivado limites materiais mesmo ante sua ausência no texto constitucional<sup>45</sup>, p. 343.

Após delimitado o “ponto de partida” da pesquisa pela análise da norma (CP/91) e da *Sentencia* C-551 de 2003 em que foi construída a Teoria da Substituição Constitucional, nos direcionamentos para buscar, então, o que estava “dissimulado” em ambos para permitir à CCC ir além do permitido expressamente na CP/91. Para essa compreensão, foram tratadas algumas das questões discutidas na *Asamblea Nacional Constituyente de 1991*, ocorrida em Bogotá.

Na ANC a discussão e aprovação sobre as matérias de “controle de constitucionalidade, Corte Suprema de Justiça e Conselho de Estado” foram realizadas na Comissão IV, em que dois constituintes, María Teresa Garcés Lloreda e José María Velasco Guerrero, tiveram entendimento divergente a respeito da proposta de criação da Corte Constitucional, apresentada pelo então presidente César Gaviria, já que ela defendia a criação de um Tribunal Constitucional e ele se opunha à sua criação<sup>46</sup>, p. 270-277. Ao final, a Comissão IV aprovou, pela maioria dos membros, a criação da Corte Constitucional. O texto aprovado pela Comissão foi submetido a dois debates na Plenária, momento em que foi aprovado com pequenas modificações.

<sup>44</sup> CAICEDO, Yenny Andrea Celemin. Substituição constitucional: reflexões a partir do princípio de pesos e contrapesos. *Prolegómenos*, Granada, v. 23, n. 46, p. 15-33, 2020.

<sup>45</sup> GARCÍA, José Ricardo Palomares; SANTANDER, Javier; VALDELEÓN, Edgar. La Evolución de la Doctrina Constitucional Colombiana sobre la Rigidez Constitucional. In: PEGORARO, Lucio; et al. *Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Bolonia, 2017.

<sup>46</sup> JIMÉNEZ, William Guillermo. El Origen de la Corte Constitucional Colombiana en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. In: PEGORARO, Lucio; GUASTINI, Riccardo; et al. *Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Bolonia, 2017.

A CCC criada com a CP/91 é considerada, atualmente, intérprete suprema da constituição. Tal afirmação é feita porque todos os órgãos judiciais estão vinculados à interpretação por ela realizada e, nos casos de sentenças anulatórias, todos os poderes públicos, inclusive o Judiciário, deverão observar seu entendimento<sup>47, p. 19</sup>. Deste modo, não é possível que um juiz aplique, em caso submetido à sua apreciação, entendimento contrário ao empregado pela CCC, nem que os demais poderes desafiem o entendimento fixado pelo Tribunal em sentença anulatória.

Além de criar um Tribunal fortalecido, considerado intérprete supremo da constituição, o constituinte colombiano também estabeleceu diversos mecanismos para acesso à Corte sob o fundamento de defesa da Constituição ou dos direitos previstos no sistema constitucional. Houve, assim, a adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade. Por isso, o segundo direcionamento metodológico permitiu compreender que a construção da Teoria da Substituição Constitucional, por meio da qual foi assumida competência não prevista expressamente na CP/91, qual seja, a do controle material das leis convocatórias de referendo, decorre do papel de destaque assumido pela CCC após a promulgação da Constituição colombiana.

Ao realizar a comparação com o Brasil, foi possível constatar que embora haja diferenças em relação à opção tomada pelo constituinte brasileiro (já que na ANC brasileira optou-se por manter uma Suprema Corte como a responsável pelo controle concentrado e difuso de constitucionalidade), a opção de criar um tribunal forte, com amplos meios para seu acesso, é questão similar nos dois países adotados, e permite compreender como o controle sobre propostas de emendas foi assumido pelo STF, assim como o de conteúdo das leis convocatórias de referendo foi assumido pela CCC.

Deste modo, nota-se que esse segundo direcionamento da abordagem culturalista do direito comparado exigiu abordar, inicialmente, o disposto em leis e decisões, para depois realizar uma análise mais aprofundada da questão do controle preventivo de constitucionalidade dos atos reformatórios da Constituição, que levasse em consideração, também, aquilo que não está escrito na lei ou na decisão, mas praticado pelo Tribunal.

Outro direcionamento metodológico seguido foi o de que nenhuma similaridade ou “fundo comum” precisaria ser invocado para realizar a pesquisa comparada. Na pesquisa foi possível constatar que STF e CCC contam com uma história que fez com que se tornassem semelhantes, mas que, ainda assim, os referidos tribunais contam com diferenças significativas, que não foram acobertadas na pesquisa. Exemplo disso se nota pelo exposto acima: ambos os tribunais analisados foram fortalecidos nos processos constituintes, no entanto, ainda assim são órgãos distintos, visto que um se trata de uma Suprema Corte e, o outro, de Tribunal Constitucional, encarregado exclusivamente do controle de constitucionalidade. Tal questão revela a opção adotada pelo constituinte que, por sua vez, é influenciado pelo contexto no qual está inserido.

Sobre esse ponto ainda, notamos que houve resistência, por parte da Suprema Corte colombiana da ordem constitucional anterior, para que não fosse criada a Corte Constitucional. A resistência, no entanto, não contou com força suficiente para prevalecer. De modo contrário, no Brasil, houve um *lobby* por parte do Judiciário que fez com que o desenho conferido

<sup>47</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigencia de la Constitución de Colombia. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 50, p. 11-41, set./dez. 2021.

ao STF na ordem constitucional anterior fosse mantido, assim como que o tribunal tivesse suas competências ampliadas.<sup>48</sup>

Descortinamos também a diferença existente sobre o ato objeto do controle preventivo e o meio pelo qual ele chega para exame ao tribunal: no caso do Brasil, o controle é exercido pela via difusa, por mandado de segurança, sobre proposta de emenda constitucional; na Colômbia, pela via concentrada, em controle automático, sobre uma lei que convoca referendo para modificação constitucional (que, em seu teor, contém a proposta de reforma). Tais diferenças, conforme já mencionado, não foram acobertadas nem ignoradas ao longo da pesquisa, mas, ao contrário, ressaltadas. Mesmo sem forjar semelhanças e pontos comuns entre os dois ordenamentos, foi possível, ao final, realizar a comparação entre a assunção de competências relacionadas ao controle preventivo de atos reformatórios constitucionais e a atuação das cortes nesse exercício.

Mais um direcionamento metodológico da abordagem culturalista observado na pesquisa foi o da necessidade de se reconhecer que a comparatista carrega, consigo, uma bagagem ideológica que influenciará na compreensão das questões do país estrangeiro. Sobre essa orientação, indicamos que a autoria brasileira do texto ensejou necessariamente a atribuição de sentido a questões históricas, sociais e culturais que encontrou nos textos relacionados ao país estrangeiro de acordo com suas experiências e conhecimentos prévios e que isso por certo influenciou na leitura do direito colombiano. Por essa mesma razão, não se ignorou a possibilidade de que determinados fenômenos não tenham sido compreendidos em sua inteireza, diante das limitações e posicionamentos prévios dos autores, brasileiros e com formação jurídica. Não obstante, diversas ações foram tomadas para diminuir esse distanciamento, como, por exemplo, a participação em eventos acadêmicos promovidos por colombianos ou que contaram com a apresentação de professores ou pesquisadores colombianos, tais como “30 años de la Constitución de 1991 – Balance desde el Externado”, promovido pela Universidad Externado de Colombia; “Primer Encuentro Internacional de Derecho, Sociología y Ciencia Política”, promovido pela Universidad de Guayaquil-ECU, que contou com a palestra do professor Mario Cajas Sarria sobre o tema “La Historia de la Justicia Constitucional en Colombia”; e a palestra “Sustitución Constitucional em Colombia”, conduzida pela professora colombiana Yenny Andrea Celemín Caicedo junto ao projeto “Law In Perspective: International Debates” promovido no Brasil. Tais eventos foram realizados em 2021 e ocorreram de forma virtual, tendo em vista que, no período, o mundo enfrentava a pandemia de Covid-19.

Por fim, o respeito ao material estrangeiro representa a última orientação metodológica presente no comparativismo de Legrand, o qual envolveu tanto um compromisso durante a construção de sentido, ou seja, o esforço para conseguir fazer dignidade àquilo que se encontra previsto no texto-lei, como também não fazer comparações que colocassem um direito acima do outro. Sobre o compromisso na construção de sentido e respeito à lei estrangeira, observa-se que, mais uma vez, isso envolveu o contato direto com diversos materiais – como, por exemplo, Constituição, legislações infraconstitucionais, decisões da CCC, textos de autores nacionais e, ainda, fontes primárias, como Relatórios, Anteprojetos e Informes produzidos nas ANCs – e a interpretação deles em conjunto. Além disso, esse respeito envolveu, também, não tentar eleger um controle preventivo de constitucionalidade sobre atos reformatórios da constituição como superior a outro e compreender que ambos passaram a ser exercidos pelos

<sup>48</sup> CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 114, 2017.

tribunais de cada país em razão de adaptações e contingências locais. Exemplo dessa tentativa de adaptação frente a desafios locais é a utilização da Teoria da Substituição Constitucional pela CCC na *Sentencia C-141* de 2010, visto que, no referido caso, buscava-se impedir uma terceira eleição do ex-Presidente Álvaro Uribe, o que, conforme apontado por alguns autores colombianos, como Gonzalo Ramirez-Cleves<sup>49</sup>, p. 40-41, permitiria a sua perpetuação no poder.

Assim, buscamos nos afastar de uma interpretação em que a diferença se torna hierárquica. Além disso, a análise do comportamento decisório de ambas as cortes se deu a partir de ferramentas teóricas de suas próprias produções acadêmicas, em outras palavras, a caracterização dessas cortes como ativistas ou autocontidas se deu a partir dos autores de seus próprios países. Tais direcionamentos metodológicos, portanto, guiaram a referida pesquisa, conforme demonstrado neste tópico, em que se buscou demonstrar como cada um deles foi aplicado para examinar o tema do controle preventivo de constitucionalidade que recai sobre atos reformatórios da Constituição na Colômbia.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciamos a discussão desse artigo com o questionamento em torno das diversas razões para se fazer pesquisa em direito comparado para, em seguida, demonstrar o modo como esse tipo de pesquisa pode ser realizada sob o ponto de vista culturalista de Pierre Legrand, no âmbito do direito constitucional latino-americano. O percurso para alcançar esse objetivo se deu de modo predominantemente descritivo, uma vez que apresentamos duas pesquisas que aplicaram as orientações metodológicas de Legrand como modelos da abordagem comparada-culturalista.

Esse exercício metodológico, para além da sua importância em cada uma das temáticas específicas, sinaliza algumas conclusões importantes para o direito constitucional na América Latina. À primeira vista, encontramos institutos jurídicos que se destacam pela sua semelhança com paralelos brasileiros. Em algumas situações, até mesmo o percurso histórico de sua consolidação é próximo ao movimento no Brasil. Exemplo disso é o caso das transmissões de julgamentos no período pós-redemocratização no México, onde houve um movimento em busca de maior publicidade, transparência e responsabilidade das instituições judiciárias para com a sociedade civil. Essa semelhança, todavia, não pode esconder o fato de que existe um pioneirismo brasileiro na prática televisiva das decisões judiciais.

Outro exemplo é o da pesquisa comparativa entre Brasil e Colômbia, na qual se verificou que por mais que as cortes tenham assumido competências não expressas em suas constituições, ponto de semelhança entre os dois casos, a ausência de cláusulas pétreas na Constituição da Colômbia demandou um exercício hermenêutico mais complexo para que o conteúdo material das propostas de mudança do texto constitucional pudesse ser judicialmente revisto.

Tais constatações foram apresentadas, em ambas as pesquisas, de forma contextualizada, tendo em vista que adotada a abordagem culturalista de Pierre Legrand. O uso de tal

---

<sup>49</sup> RAMIREZ-CLEVES, Gonzalo. La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia: tensión entre democracia de mayorías y democracia constitucional. In: WONG MERAZ, Victor Alejandro; LEÓN BASTOS, Carolina; SOSA CARRERO, Juan Luis (Coord.). *La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado*. Bogotá: VLex, 2017.

abordagem permitiu revisitar questões históricas, políticas, culturais e/ou outras que estavam relacionadas ou que conduziram, no primeiro caso, à opção de adotar a transmissão das decisões do plenário do STF e da SCJN (tais como a participação de Ministros e Magistrados em momentos de definição da estrutura das cortes), e, no segundo, ao exercício de constitucionalidade sobre PEC's ou leis convocatórias de referendo, mesmo sem a previsão de tais possibilidades na Constituição (tais como o *lobby* que permitiu a atribuição de maiores poderes à Suprema Corte brasileira e aquele que permitiu a criação de um Tribunal Constitucional fortalecido na Colômbia).

Por terem sido contextualizadas, as conclusões alcançadas podem contribuir de maneira mais significativa com o direito constitucional latino-americano. Isso só se mostrou possível em razão da abordagem culturalista, que retirou o foco em práticas como hierarquizar direitos e forjar semelhanças para direcioná-lo para questões mais proveitosas do ponto de vista científico.

Diante disso, os pontos de similaridade e de diferença alcançados em ambas as pesquisas sinalizam a necessidade de um diálogo mais constante entre as jurisdições latino-americanas a fim de que a troca de experiências e a comparação possam servir de instrumento para aprendizado e aperfeiçoamento institucional mútuos. Sob o ponto de vista metodológico, os direcionamentos apresentados por Pierre Legrand auxiliam para que o pesquisador possa iniciar essa primeira aproximação sem um olhar etnocêntrico ou colonizador sob o direito do outro.

## REFERÊNCIAS

ARAGÓN REYES, Manuel. Significado y función de la Corte Constitucional en los 30 años de vigência de la Constitución de Colombia. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 50, p. 11-41, set./dez. 2021.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. *STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?* 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2017.

CÁNDANO PÉREZ, Mabel. La unificación del derecho comercial internacional: nueva *lex mercatoria* como alternativa al derecho estatal. *Prolegómenos*, Granada, v. 21, n. 41, p. 149-162, 22 fev. 2018.

CAICEDO, Yenny Andrea Celemin. Substituição constitucional: reflexões a partir do princípio de pesos e contrapesos. *Prolegómenos*, Granada, v. 23, n. 46, p. 15-33, 2020.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 114, 2017.



DUTRA, Deo Campos. Situando o traço: uma proposta filosófica para a Teoria da Comparação Jurídica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1221-1248, ago. 2018.

GARCÍA, José Ricardo Palomares; SANTANDER, Javier; VALDELEÓN, Edgar. La Evolución de la Doctrina Constitucional Colombiana sobre la Rigidez Constitucional. In: PEGORARO, Lucio; et al. *Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Bolonia, 2017.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court. In: DAVIS, Richard; TARAS, David (Org.). *Justices and Journalists: The Global Perspective*. United Kingdom: Cambridge University, 2017.

HEIDEGGER, Martin. *Being and time*. Oxford: Blackwell, 1962.

HIRSCHL, Ran. On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law. In: CHOUDHRY, Sujit. *On the blurred methodological matrix of comparative constitutional law*. Cambridge University, 2009.

HOECKE, Mark Van. Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method*, [S. l.], p. 1-35, dez. 2015.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Principles of International Commercial Contracts*. Rome: International Institute for the Unification of Private Law, 1994.

JIMÉNEZ, William Guillermo. El Origen de la Corte Constitucional Colombiana en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. In: PEGORARO, Lucio; GUASTINI, Riccardo; et al. *Tribunales y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Libre, Universidad de Bolonia, 2017.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEGRAND, Pierre. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. New York: Cambridge University, 2003.

LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. São Paulo: Contracorrente, 2021.

LEGRAND, Pierre. Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 65, p. 1-132, 2017.

LIMA, Jairo. A concretização ativa dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo por meio da superação do legado epistemológico-positivista da neutralidade. *Anais [...] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst*. Curitiba: ABDConst., 2011.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 479-502, maio/ago. 2019.

MICHAELS, Ralf., The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMAN, Reinhard (Ed.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University 2006.

MUNSHI, Sherally. Comparative law and decolonizing critique. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 65, p. 207-235, 2017.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas Constitucionais Comparados*. 1. ed. v. 1. São Paulo: Contracorrente, 2021.

RAMIREZ-CLEVES, Gonzalo. La inconstitucionalidad de las reformas constitucionales en Colombia: tensión entre democracia de mayorías y democracia constitucional. In: WONG MERAZ, Victor Alejandro; LEÓN BASTOS, Carolina; SOSA CARRERO, Juan Luis (Coord.). *La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado*. Bogotá: VLex, 2017.

RECONDO, Felipe. *Tanques e Togas: O STF e a Ditadura Militar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

STATON, Jeffrey K. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. Cambridge: Cambridge University, 2010.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. *R. C. Pol.* Rio de Janeiro, v. 1, n. 33, p. 78-79, 1989/1990.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. El Método en Derecho Constitucional Comparado: Contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa. *Opinion Jurídica*, Medellín, v. 39, n. 19, p. 311-329, jul/dez 2020.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Achtung baby! Ou porque meu trabalho acadêmico não precisa de direito comparado... Até que se prove o contrário. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative Law*. 3 ed. Trad. Tony Weir. Londres: Oxford University, 1998.



# PIRATARIA DIGITAL E FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS NA HIPERCONNECTIVIDADE

DIGITAL PIRACY AND COPYRIGHTS SOCIAL FUNCTION AT HIPERCONNECTIVITY

ALEXANDRE SALDANHA\*

## RESUMO

Este trabalho envolve temas de direitos autorais e direitos fundamentais de acesso à cultura no contexto das práticas digitais que violam as regras de direitos autorais. O problema abordado está na busca por identificar possível relação entre práticas que configuram pirataria digital e a função social dos direitos autorais. Tem dentre seus objetivos identificar hipótese na qual estas práticas piratas realmente prejudicam os interesses econômicos dos criadores de conteúdo, problematizando com a questão do direito fundamental de acesso à cultura. Por meio de investigação da literatura sobre os temas discutidos e analisando números que representam a prática da pirataria, obtidos em matérias jornalísticas e relatórios oficiais, a possível conclusão que se pretende alcançar é a de que as práticas que configuram pirataria não interferem nos lucros da indústria cultural, apesar de serem infrações legais. Busca-se com este trabalho colaborar com discussões que refletem sobre os direitos autorais em contextos contemporâneos.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais; Função Social; Pirataria.

## ABSTRACT

This work involves issues about copyrights and fundamental rights of accessing culture at digital practices contexts and eventual violations of general rules for intellectual creations protection. The problem analysed involves digital piracy practices and copyrights social functions, considering if this practices really damages the creators economic interests and if, in other side, it can collaborates with culture access. Aiming the objective of investigating literature about the proposed subject and numbers that may represent piracy practices, this analisis of how digital practices interferes on accessing rights, the hypothesis worked is that practices that may configure piracy do not interfere badly at cultural industry profits and may be disregarded as a legal violation. Using bibliographic reviews about these issues and analyzing available numerical datas, it is intended to collaborate with discussions that reflects about copyrights at contemporary contexts.

**Keywords:** Copyrights; Social function; Piracy.

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professor da Universidade de Pernambuco; Professor da Universidade Católica de Pernambuco; Coordenador do Grupo de Pesquisa "Direito e Interconexões Culturais".  
[alexandresaldanha@hotmail.com](mailto:alexandresaldanha@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0003-4573-7228>

Recebido em: 28-06-2023 | Aprovado em: 20-11-2023



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 SOBRE A PIRATARIA; 2 SOBRE COMO OS DIREITOS AUTORAIS PODEM INTERFERIR NO ACESSO À CULTURA; 3 PIRATARIA E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À CULTURA NA HIPERCONECTIVIDADE DIGITAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O tema analisado neste trabalho envolve direitos autorais, pirataria, internet e democratização do acesso à cultura. O problema a ser investigado versa sobre se as práticas de pirataria digital representam realmente algo prejudicial aos interesses econômicos das empresas produtoras de conteúdo cultural ou se elas podem ser consideradas como economicamente irrelevantes ao ponto de colaborar com o cumprimento de funções sociais dos direitos autorais e colaborar com o acesso democrático a produtos culturais que envolvem pagamentos prévios para acessá-los, ainda que na rede mundial de computadores. A ideia é que a investigação não busque demonizar, ou louvar, tais práticas, que são consideradas ilícitas, mas sim analisar argumentos e números que possam colaborar com a discussão de forma a identificar qual melhor postura pode ser adotada diante de tais elementos.

Ainda que ao final, fique constatada alguma hipótese que melhor se enquadre a eles.

Falando em hipótese, a que se pretende investigar é a que destaca a pirataria como algo irrelevante do ponto de vista macroeconômico, pois não impacta substancialmente a lucratividade dos negócios envolvendo produtos culturais e pode eventualmente colaborar com os acessos à informação e à cultura, em especial no cenário de ampla difusão das tecnologias de conexão digital e de amplas possibilidades de acesso e compartilhamento de material derivado das indústrias culturais. A relevância jurídica da investigação proposta reside na identificação de funções sociais das regras que protegem os produtos culturais, aqui os direitos autorais, e em possíveis interpretações de normas que garantem acesso universal à cultura, à informação e ao entretenimento.

Buscando alcançar o objetivo geral de identificar se as práticas de pirataria digital são ruins para a economia cultural ou se podem ser compreendidas como positivas para os direitos de acesso à cultura, serão abordados os seguintes objetivos específicos: primeiro serão analisados aspectos conceituais sobre a pirataria, buscando caracterizar que tipo de violação ela representa. Depois, será feita análise buscando relacionar como as normas de direitos autorais interferem no gozo do direito fundamental de acesso à cultura. E por fim, esta relação entre direitos e acesso será analisada sob a perspectiva da hiperconexão digital contemporânea. É necessário compreender o que seriam as práticas de pirataria digital, o que exatamente as configuram. Depois analisar os direitos autorais sob a perspectiva de suas funções sociais e jurídicas, para, ao final, identificar se aquilo que configura pirataria deve ser fortemente reprimido pelo sistema jurídico, ou se isto não é necessário, pois tais práticas podem colaborar com a democratização das formas de acesso à cultura em cenários envolvendo a rede mundial de computadores. Usando de revisão de literatura disponível sobre os temas, analisando dados numéricos disponíveis em matérias jornalísticas e em relatórios do Conselho Nacional de Combate à Pirataria, e ainda procurando identificar como os tribunais, em especial

o Superior Tribunal de Justiça, abordam a discussão, pretende-se ao final colaborar com futuros debates sobre o assunto, que deve ser bastante amadurecido tanto academicamente quanto do ponto de vista das instituições jurídicas.

## 1 SOBRE A PIRATARIA

Em termos gerais, a expressão pirataria é usada para se referir às práticas de contrabando, falsificação e revenda da propriedade privada. Está relacionada com práticas de apropriação e reprodução, sem licença e em benefício próprio, de obras literárias, artísticas, musicais, violando regras jurídicas, em especial as do direito autoral<sup>1</sup>. E mais recentemente, o uso desse termo foi ampliado para englobar a duplicação, reprodução, compartilhamento e distribuição não autorizada de bens imateriais, sendo irrelevante a motivação, em cenários envolvendo as tecnologias digitais de informação, em especial a rede mundial de computadores e suas ferramentas de compartilhamento. É natural que durante a história da civilização tenha havido preocupações e formas de repreendê-la, como forma de proteção à propriedade privada e às práticas comerciais em desenvolvimento. Tais preocupações e estratégias de repressão se intensificam no cenário estabelecido pelo amadurecimento das tecnologias da informação e de todo um sistema econômico baseado nelas.

Em 1967, estavam entre as empresas mais valiosas algumas de setores automobilísticos e de combustíveis, mas em 2020, estudo publicado pela Forbes<sup>2</sup> mostra que hodiernamente as empresas mais valiosas são todas da indústria da informação, a exemplo da Apple, do Google, da Microsoft, e da Amazon. À medida em que a tecnologia ampliou o acesso à informação e à cultura, a proteção intelectual como repressão à pirataria também foi ampliada, sob o argumento de conferir segurança e estímulo à criatividade, ao estender o alcance e a duração dos direitos de exclusividade concedidos por leis. Com as inovações tecnológicas proporcionadas pelas ferramentas de internet, as práticas de pirataria passaram a estar relacionadas com comportamentos de produção, acesso e compartilhamento de conteúdo cultural, sem prévia autorização ou sem prévio pagamento, por meio de ambientes e ferramentas computacionais capazes de invadir acervos e disponibilizar seus itens.

Considerando então que a pirataria representa um caminho não oficial de acessar conteúdos protegidos por direitos autorais, descumprindo em especial a questão dos custos do acesso, ela representa uma hipótese de incômodo e de risco a modelos de negócio envolvendo os mercados culturais. Os downloads de conteúdos artísticos-culturais protegidos por leis de propriedade intelectual passam a ser objeto de repressão, seja por caminhos penais, ou civis, como em hipóteses em que multas podem ser impostas a quem agir desta forma<sup>3</sup>. Naturalmente que as práticas que configuram pirataria provocam algum tipo de prejuízo às empresas dos setores criativos, ainda mais em contextos de países com alto índice de pobreza e desigualdade social. Segundo o Fórum Nacional contra a Pirataria e Ilegalidade, no relatório Akami consta que em 2020 cerca de 287 bilhões de reais representam os prejuízos com o

<sup>1</sup> OXFORD UNIVERSITY PRESS. *OED Online*. Disponível em: <https://www.oed.com/>. Acesso em: 12 maio 2023.

<sup>2</sup> Fonte: <https://www.forbes.com.br/listas/2020/07/as-marcas-mais-valiosas-do-mundo-em-2020/>.

<sup>3</sup> DEMARTINI, Felipe. Usuário de torrent recebem cobrança no valor de R\$ 3 mil no Brasil. *Canaltech*, São Paulo, 30 nov. 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/pirataria/usuarios-de-torrent-recebem-cobranca-no-valor-de-r-3-mil-no-brasil-175411/>. Acesso em: 12 maio 2023.

mercado ilegal, ficando o Brasil na quinta posição no ranking mundial de acessos a sites considerados piratas<sup>4</sup>.

Apesar de relatórios e números recentes destacarem as preocupações contemporâneas com o tema<sup>5</sup>, não é de agora que há instrumentos normativos que fundamentem o combate às práticas de pirataria. O Código Penal tipifica em seu artigo 184 a modalidade de violação de direito autoral, pondo a finalidade lucrativa como hipótese de majoração da repressão. De forma geral, as violações à propriedade intelectual podem ser combatidas com argumentos constitucionais, considerando que a Constituição Federal, nos termos do seu artigo 5º, IX, afirma ser livre qualquer expressão intelectual, e posteriormente no mesmo artigo afirmar que pertence exclusivamente aos autores os direitos de publicar e reproduzir seus conteúdos. Mais recentemente, e considerando a necessidade de regular comportamentos em ambiente digital, surge o Marco Civil da Internet, lei 12.965/14, prevendo regras a respeito da responsabilidade civil dos provedores por conteúdo de terceiros, mas sem se referir aos direitos autorais. Na verdade, no segundo parágrafo de seu artigo 19, esta lei afirma expressamente que as regras de responsabilidade civil nela previstas não valem para infrações a direitos de autor, ficando então a lei brasileira de Direitos Autorais, a lei 9.610/98, como principal instrumento normativo de combate à pirataria, prevendo diretrizes gerais, e genéricas, que podem ser aplicadas nos casos de tais práticas.

Pelos aspectos econômicos da discussão, e também pela força ideológica de grupos específicos que propagam diversas formas de liberdade em ambientes digitais, as movimentações jurídicas e judiciais contra a pirataria possuem dimensão internacional. Os responsáveis pelo famoso site de downloads e compartilhamento de arquivos via *torrent*, o *The Pirate Bay*, foram presos após condenação judicial por desrespeito aos direitos de propriedade intelectual, resultado de uma operação policial que, em 2006, confiscou 186 servidores utilizados pelo site, o que deixou o site fora do ar por dois dias, voltando a operar em servidores na Holanda<sup>6</sup>.

Situações como esta, envolvendo os responsáveis pelo *The Pirate Bay*, e a fundação do partido pirata na Suécia, passaram a representar preocupações acadêmicas e legislativas sobre a necessidade de discutir os direitos de acesso e compartilhamento de conteúdo autoral, protegido por lei. Este partido sueco passou a ter representatividade parlamentar e relevância nas eleições, e hoje a organização forma um coletivo com representação em cerca de 40 países, entre eles o Brasil, que se autointitula *Pirates Parties International*<sup>7</sup>.

Constata-se então que, de certa forma, apesar da ilicitude configurada e das estratégias de repressão desenvolvidas pelas instituições e pelas empresas atingidas, pelos relatórios e números fica parecendo que a pirataria também pode ser analisada como algo aceito social-

<sup>4</sup> SECURITY REPORT. Brasil é 5º no ranking global de acessos em sites de pirataria, chegando a 4,5 bilhões de visitas. *Security Report*, São Paulo, 01 fev. 2022. Disponível em: <https://www.securityreport.com.br/overview/brasil-e-5o-no-ranking-global-de-acessos-em-sites-de-pirataria/#.ZF6RQ3bMJPY>. Acesso em: 12 maio 2023.

<sup>5</sup> A exemplo dos relatórios do Conselho Nacional de Combate à Pirataria, cujo mais recente é o de 2021, acessível em: [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protacao/combate-a-pirataria/relatorio-anual/relatorio-anual\\_final\\_-2021-editorado.pdf/view](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protacao/combate-a-pirataria/relatorio-anual/relatorio-anual_final_-2021-editorado.pdf/view). Acessado em: 17 de Novembro de 2023.

<sup>6</sup> SANTINO, Renato. Dez anos após condenação dos fundadores, Pirate Bay segue mais vivo que nunca. *Olhar Digital*, São Paulo, 23 abr. 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/04/23/noticias/dez-anos-apos-condenacao-dos-fundadores-pirate-bay-segue-mais-vivo-que-nunca/>. Acesso em: 12 maio 2023.

<sup>7</sup> Ver site do coletivo: <http://www.pp-international.net/>.

mente, considerando o quantitativo de pessoas que usam destas práticas. Tão condenada juridicamente e combatida pelas empresas das indústrias criativas, pode-se dizer que a pirataria passa por momentos de aceitação social. Ela pode ser aceita socialmente por motivações diversas. Há os que consomem produtos e mídias piratas apenas por estarem abaixo do preço praticado no mercado formal. Há os que encontram nos sites piratas obras de difícil acesso, indisponíveis em mercados regulados. E existem aqueles que enfrentam dificuldades no acesso a produtos culturais, enquadrando-se nesse grupo os que somente terão acesso a essas obras por meio da pirataria. Para essa parcela da população, a pirataria deve ser compreendida como uma maneira de inclusão social.

Destaque-se pesquisa realizada no Brasil, concluindo que a prática da pirataria não é condenável pela maior parte da população, sendo ainda associada ao chamado princípio de Robin Hood, que consiste em extrair um determinado bem das classes com maior poder aquisitivo para que as classes carentes a ele tenham acesso.<sup>8, p. 27</sup> Mesmo assim, mesmo com suposta aceitabilidade social, isto não é o suficiente para considerar a pirataria como algo irrelevante. E, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça cria entendimento justamente neste sentido, o da repressão independente da aceitação social, expondo em sua Súmula 502 o seguinte teor: "Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas". Em outras palavras, o STJ não somente afirma que a conduta merece a repressão do Estado, como também que mesmo em não sendo o caso, o princípio da adequação social não poderia, por si só, afastar a aplicação da norma. Valendo destacar que o que se entende por pirataria digital, pelo menos como corte para fins deste trabalho, é qualquer comportamento que represente violação de direitos autorais patrimoniais fazendo uso das ferramentas digitais, a exemplo do acesso a sites que disponibilizam extraoficialmente conteúdo protegido por meio de *torrents* (como o *Pirate Bay*).

Porém, mesmo que as instituições jurídicas mantenham a não aceitação da pirataria, os números de acesso a conteúdo pirata representam forte indício de que é necessário continuar as reflexões a respeito de tais práticas, sob a perspectiva dos direitos universais de acesso à cultura e de entretenimento. Natural que o poder judiciário não rompa paradigmas sobre esta questão, considerando a existência dos direitos autorais e a forma como são dispostos. O que destaca a necessidade de compreender como estas interferem nos direitos fundamentais em análise, o que é feito no próximo ponto.

## 2 SOBRE COMO OS DIREITOS AUTORAIS PODEM INTERFERIR NO ACESSO À CULTURA

Os direitos autorais fazem parte do setor do sistema jurídico reservado à proteção da propriedade intelectual. Esta pode ser entendida como formas de apropriação dos resultados provenientes da invenção e da criatividade, que buscam impedir que terceiros usem as manifestações criativas sem prévia autorização da pessoa que possui a titularidade dos direitos de

<sup>8</sup> BOECHAT, Ricardo; HERDY, Ronaldo. Atacado e varejo: livre pensar. In: *Istoé*, 2008. São Paulo, Ano 31, n° 2015, p. 27, 18 jun. 2008.

exclusividade proporcionados pela propriedade. Desta forma, as regras de propriedade intelectual permitem que as manifestações do conhecimento, ao invés de serem reconhecidas como bem público, sejam reconhecidas como bem privado, inseridas na lógica de mercado<sup>9</sup>.

Desta propriedade intelectual derivam as regras de propriedade industrial e as regras de direitos autorais. Ao direito da propriedade industrial reservam-se as regras para proteção de obras com natureza utilitária, para uso, em especial, por empresas, e os direitos autorais ficaram com a regulação da criação e dos usos de obras de cunho estético, que integram as artes, a literatura e as produções científicas<sup>10, p. 3</sup>. Pela proposta apresentada neste trabalho, a discussão sob análise foca nestes últimos, considerando que é com base em suas ferramentas que as questões envolvendo acesso à cultura podem ser impactadas. Sendo relevante buscar identificar porque isto.

Para entender como os direitos autorais interferem nos direitos de acesso, é necessário entender sua separação em direitos de diferentes naturezas, representados pelos chamados direitos autorais morais e direitos autorais patrimoniais. Cada conjunto de direito destes irá exercer funções próprias, apesar de formarem um bloco único. Os direitos de natureza moral estão relacionados com os mecanismos de defesa da personalidade da pessoa criadora, enquanto que os de natureza patrimonial estão relacionados com as formas de utilização econômica das obras<sup>11, p. 68</sup>.

O direito autoral moral surge com a criação da obra, independentemente de formalidades, nascendo da relação entre criação e criador, com vinculação direta à pessoa do autor, que tem a obra como uma projeção de sua personalidade, sem se confundir com o direito de personalidade em geral, embora diga respeito à personalidade do autor. Já o direito autoral patrimonial resulta da publicação, divulgação ou comunicação da obra ao público, tanto pelo próprio autor como por terceiro. É a área que cuida dos interesses monetários da obra e, diferentemente do que ocorre com o direito moral, pode ser negociado.

São justamente os direitos patrimoniais que fornecem as formas de controle sobre a utilização, fruição e disponibilidade das obras criadas, em resumo, as formas de acesso em sentido amplo, conseqüentemente, por raciocínio lógico, são estes que estão envolvidos nos temas e análises sobre pirataria. Esta pode ser analisada como um conjunto de práticas que violam direitos autorais patrimoniais, por desrespeitar as regras que regulam os comportamentos envolvendo produção de conteúdo cultural, formas de acesso e de compartilhamento.

Há de se reparar que a construção dos direitos autorais patrimoniais foi baseada em contexto de materialidade antes da internet e da digitalização de conteúdos, criando monopólios de formas de controle sobre produtos culturais. Daí que, quando a rede mundial de computadores se difunde socialmente e suas ferramentas amadurecem, surgem comportamentos culturais incompatíveis com a lógica com que os direitos em análise foram concebidos.

<sup>9</sup> BUAINAIN, A. M.; CARVALHO, S. M. P.; PAULINO, S. R.; YAMAMURA, S. Propriedade intelectual e inovação tecnológica: algumas questões para o debate atual. *O Futuro da Indústria: cadeias produtivas*, Brasília, v. 1601, p. 11-38, 2005. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Sonia-Paulino/publication/268254379\\_PROPRIEDADE\\_INTELLECTUAL\\_E\\_INOVACAO\\_TECNOLOGICA\\_ALGUMAS\\_QUESTOES\\_PARA\\_O\\_DEBATE\\_ATUAL/links/54b8f09b0cf269d8cbf72425/PROPRIEDADE-INTELLECTUAL-E-INOVACAO-TECNOLOGICA-ALGUMAS-QUESTOES-PARA-O-DEBATE-ATUAL.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sonia-Paulino/publication/268254379_PROPRIEDADE_INTELLECTUAL_E_INOVACAO_TECNOLOGICA_ALGUMAS_QUESTOES_PARA_O_DEBATE_ATUAL/links/54b8f09b0cf269d8cbf72425/PROPRIEDADE-INTELLECTUAL-E-INOVACAO-TECNOLOGICA-ALGUMAS-QUESTOES-PARA-O-DEBATE-ATUAL.pdf). Acesso em: 21 mar. 2021.

<sup>10</sup> BITTAR, Carlos Eduardo. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>11</sup> *Idem*.

O ambiente digital passa a representar espaço de surgimento de autores anônimos, coletivos e solidários, de onde emergem novas discursividades, considerando a autoria de conteúdo não como algo fechado, mas sim como algo essencialmente coletivo<sup>12</sup>, p. 81. Na cultura digital, as regras do jogo aplicáveis em contextos de materialidade e de escassez parecem não fazer mais sentido, daí que com a internet e sua respectiva cultura de hiperconectividade digital, os direitos autorais patrimoniais (as tais regras do jogo) sofrem constantes violações. É necessário então considerar a rede como espaço de abertura de novos caminhos para divulgar e produzir cultura, se necessário rompendo com poderes e regras institucionalizados e previamente aceitos em outro contexto sociocultural<sup>13</sup>, p. 83. Nesta linha de raciocínio de que a internet pode provocar rupturas de padrões está envolvida a questão dos direitos de acesso aqui propostas.

Isto considerando a hipótese de existirem conflitos entre o direito fundamental de acesso à cultura e o direito de propriedade intelectual. O direito fundamental de acessar conteúdo cultural disponibilizado digitalmente, que encontra barreiras na estrutura normativa tradicional dos direitos autorais patrimoniais, baseada em fechamentos e necessárias e prévias autorizações para se ter acesso aos conteúdos. Daí a relação entre direitos autorais e os direitos de acesso à cultural.

O direito de acesso à cultura diz respeito a um direito básico fundamental para caracterização e exercício da democracia, pois está relacionado com os caminhos pelos quais as pessoas se tornam seres pensantes, críticos, criativos e autônomos para refletir. Tais direitos culturais estão relacionados com direitos de acessar as fontes das manifestações culturais nacionais, e suas formas de difusão, sendo garantidos por previsão constitucional que, além de prever a garantia em si, cria deveres aos entes públicos envolvendo a sustentabilidade cultural, a exemplo do que estabelece seu artigo 215. No entanto, em países com alta complexidade social provocada por desigualdades, como o Brasil, diversos problemas interferirão na eficácia de tais direitos fundamentais, a exemplo dos investimentos familiares em subsistência básica. Populações mais carentes economicamente não possuem condições de comprar ingressos para teatro, cinema, shows etc. considerando que seu poder aquisitivo é suficiente apenas para alimentar-se e vestir-se, e nem sempre de maneira digna, saudável e satisfatória. Há alguns anos, um cidadão brasileiro precisaria abrir mão de cerca de 12% do salário-mínimo vigente se quisesse adquirir uma única mídia física de produtos culturais<sup>14</sup>, o que representa um índice consideravelmente alto, se inserido no contexto de uso do salário e dos destinos dados a ele.

Essa realidade de altos custos para ter acesso à cultural muda, em potencial, com a ampliação do acesso à internet, com inovações tecnológicas envolvendo entretenimento e com o surgimento e amadurecimento dos serviços de streaming, a exemplo de empresas como *Netflix*, *Spotify* e *YouTube*, dentre outras. Em cenário no qual permanece sendo relativamente caro ir ao cinema ou comprar uma mídia física de discos, ou um livro impresso, a digitalização destes conteúdos e os serviços de oferta de acesso pode colaborar tanto com a eficácia dos

<sup>12</sup> NEVES, André de Jesus. *Processo de Construção de Identidade autoral nas comunidades virtuais e blogs literários*. Jundiaí: Paco, 2014.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> BISHOP, Jack. Politics of Music Piracy: a comparative look at Brazil and the United States. In: ANNUAL MEETING OF THE SOCIETY FOR ETHNOMUSICOLOGY, 47., 2002, Estes Park. *Anais [...]*. Estes Park: Ucla, 2002. p. 1-13. Disponível em: <http://www.jackbishop.com/PoliticsofPiracy.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

direitos fundamentais de acesso à cultura quanto com a redução de práticas ilícitas de acesso à cultura.

De acordo com o levantamento realizado pelo Opinion Box<sup>15</sup>, o hábito de baixar músicas na internet, usando de ferramentas consideradas ilegais, é 31% menor entre os usuários de serviços de streaming, uma vez que tais serviços disponibilizam catálogos com diversos conteúdos culturais, tanto nacionais quanto internacionais. E, considerando que as empresas de streaming permanecem investindo no setor, e que este mercado não dá sinais de desgaste e redução de relevância, é possível identificar cenário hipotético em que os streamings permanecerão como ferramentas e ambientes de oferta e acesso às produções artístico-culturais, o que, em princípio, reduz as ilegalidades envolvendo regras de propriedade intelectual.

Porém, a questão das formas de acesso à cultura representa apenas um dos aspectos dos problemas que os envolve. Outro deles, que não parece envolver serviços de streaming e eventuais soluções por eles, está na forma como a legislação regulamenta os direitos autorais. Tais normas não interferem diretamente em questões envolvendo acesso à cultura em sua dimensão de poder acessar e usufruir, mas interferirão diretamente em processos criativos, ou seja, interferem no acesso à cultura enquanto possibilidades de criar e colaborar com o ambiente cultural. Isto porque os direitos autorais estão intrinsecamente ligados às liberdades de expressão artística, envolvendo uma ligação complexa e, hipoteticamente paradoxal. É possível identificar, na estrutura dos direitos autorais uma contradição, porque suas regras ao mesmo tempo que incentivam a criação cultural, pois oferece segurança e possibilidades de ganho econômico, também limita atividades criativas, pois proporciona encarecimento do acesso à cultura e assim restringe os processos criativos a quem tem meios de acessar conteúdo previamente disponível.

Porém, é natural que exista este aspecto paradoxal, até porque nenhuma das liberdades fundamentais são exatamente absolutas, havendo sempre limites para o exercício delas. E a própria ideia de existirem direitos de autor pode ser compreendida como uma limitação às liberdades de expressão<sup>16</sup>, p. 198. Isto porque compreendida de forma ampla, esta liberdade não só envolve o direito de se expressar sobre algo, mas também de usar este algo para realizar outra manifestação de pensamento, o que, em princípio, pode não ser permitido pela forma como os direitos autorais estão previstos na legislação, com suas exigências de prévia autorização dos titulares<sup>17</sup>, p. 199.

Outro aspecto do problema envolvendo direitos autorais e formas de acesso à cultura surge quando a natureza proprietária destes direitos, relacionada aos usos e aproveitamentos econômicos das obras protegidas se sobressai a outras nuances de sua natureza múltipla e de suas funções diversas, isto porque tal direito não serve apenas para atribuir segurança ao aspecto patrimonial das iniciativas de criação de conteúdo cultural. Há muito mais envolvido, a exemplo dos aspectos morais de sua dupla natureza e de suas funções sociais, considerando que qualquer forma de propriedade deve cumprir tal função. Quando se fala em funções sociais dos direitos autorais, a ideia não envolve enfraquecer ou mesmo ignorar os interesses econômicos das pessoas envolvidas na cadeia de produção cultural, mas sim ressaltar que

<sup>15</sup> DEEZER. Serviços de streaming ajudam a combater a pirataria de música no Brasil. *Deezer-blog*, [S. l.], 22 jan. 2015. Disponível em: <https://www.deezer-blog.com/press/servicos-de-streaming-ajudam-a-combater-a-pirataria-de-musica-no-brasil/>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>16</sup> CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito do Autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>17</sup> *Idem*.

produtos culturais são úteis para outros fins (lazer, educação e patrimônio cultural, por exemplo) e que é necessário equilibrar os diferentes interesses em questão. Isto considerando que a legislação enfatiza os aspectos patrimoniais, o que se confirma nela mesma.

Se a legislação de direitos autorais estabelece como regra geral para controle das formas de reprodução de obras protegidas a necessidade de prévia autorização de quem for titular dos direitos patrimoniais, então isto passa a estar relacionado com a satisfação de determinados Interesses de natureza fundamental, a exemplo do acesso à cultura e acesso à educação, pois estas acessibilidades passam a estar condicionadas às permissões ou restrições de uso baseadas na legislação aplicável<sup>18</sup>, p. 269. Além dos mencionados interesses considerados fundamentais, cultura e educação, faz parte da contemporânea cultura digital o fato de consumidores se tornarem “prosumidores”, representando estes, em termos resumidos, pessoas não apenas interessadas em receber passivamente as informações e produtos culturais que lhes são fornecidos, mas também em compartilhar e produzir com base naquilo que recebe e consome<sup>19</sup>, o que fica inviável com a estrutura normativa dos direitos de autor, baseada em restrições e controles.

Vale ressaltar, mais uma vez, que estas discussões e ênfases envolvendo as funções sociais dos direitos de autor não pretendem excluir de seu âmbito normativo interesses econômicos naturalmente envolvidos com a produção cultural. Isto poderia servir como desincentivo à criatividade e à produção de obras culturais. A discussão, mais uma vez, propõe uma análise crítica das formas de regulação dos direitos autorais e das dinâmicas que lhes envolve, pois os exclusivos econômicos proporcionados pelas formas de controle do acesso e reprodução de conteúdo protegido terminam beneficiando grandes corporações da indústria cultural, e prejudicar necessidades fundamentais da sociedade<sup>20</sup>, p. 282, fato que provoca surgimento de ideias, práticas e iniciativas, que buscam subverter os padrões estabelecidos pelas normas impostas, para que possa haver mais acesso a bens fundamentais. E aquilo que se chama pirataria, como foi visto, surge justamente neste contexto de buscar meios de proporcionar acesso à cultura àqueles que não podem cumprir as exigências legais de prévia autorização, que se presumem onerosas. Pouco mais sobre a relação entre pirataria e função social dos direitos autorais é trabalhado no próximo item.

### 3 PIRATARIA E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À CULTURA NA HIPERCONNECTIVIDADE DIGITAL

Nos pontos anteriores foram analisadas questões gerais sobre pirataria, seus conceitos e práticas identificadoras, e foram analisadas as relações entre a arquitetura normativa dos direitos autorais e as garantias fundamentais de acesso à cultura. Neste, o objetivo é buscar identificar como, no contexto da internet e da hiperconnectividade digital, a pirataria pode se tornar algo economicamente irrelevante para as grandes empresas da indústria cultural e pode, ainda que hipoteticamente, contribuir para acessos mais socialmente equilibrados de

<sup>18</sup> SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Campos de Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Idem*.

bens culturais. Isto considerando que as posturas contra a pirataria se concentram, preponderantemente e em hipótese, em críticas envolvendo os aspectos monetários das dinâmicas de produção e acesso a bens culturais, arguindo no sentido dos prejuízos que as práticas piratas provocam, tanto pelo fato do que se deixou de arrecadar quanto pelos gastos investidos no combate às práticas ilegais.

Quando aqui se menciona o contexto da hiperconectividade, trabalha-se com cenário de desenvolvimento da internet em que ela entra num estágio em que além de promover interações entre pessoas (o que se chamou *web 3.0*), promove-se cruzamento de dados e interação entre pessoas e objetos (o que vem se chamando *web 4.0*)<sup>21, p. 33</sup>. Ou seja, por hiperconectividade, em termos resumidos, entende-se aqui como sendo uma circunstância social e de estágio evolutivo da rede mundial de computadores em que todas as pessoas estão, em potencial, interconectadas e conectadas a todas as coisas de utilidade prática. Esta complexa conexão entre pessoas e entre pessoas e coisas não necessariamente satisfaz necessidades de estar em uma coletividade. É possível, inclusive, que ocorra justamente o contrário, que ocorra o fato da hiperconexão gerar ênfases em individualismos. Esta hipercultura não gera uma cultura de unidade, podendo ela desencadear individualizações que, por sua vez, pode criar identidades fragmentadas a partir de práticas isoladas<sup>22, p. 95</sup>. Esta característica da cultura da hiperconexão envolve experiências particulares e noções particulares de tempo e espaço, colaborando para consumo de cultura e identidade cultural própria da contemporaneidade digital<sup>23, p. 105</sup>. Com base nestas premissas, é possível identificar que a cultura digital envolve navegação conforme interesses particulares, conforme necessidades e curiosidades individuais.

Além disto, dentre as características da internet em tempos de hiperconectividade estão os usos de compartilhamento de informação em nuvem e o uso de tecnologias de código aberto, além da possibilidade uma única pessoa ter uma conta de internet e poder utilizar inúmeros serviços<sup>24, p. 36</sup>, peculiaridades que, ao menos do ponto de vista das potencialidades, pode contribuir para práticas consideradas piratas. Isto porque se uma pessoa navega na internet para, em geral, buscar satisfazer necessidades próprias, que podem envolver o consumo de bens culturais, e se as ferramentas dispostas para tal navegação permite compartilhamento e ausências de restrições para acesso, surge daí a tentação de acessar bens culturais sem investir gastos financeiros para isto. Ou seja, uma tentação para piratear em espaço digital.

A violação de qualquer diretriz normativa estabelecida pela legislação que protege direitos autorais por si já pode ser considerada como prática de pirataria, considerando o conteúdo previsto no artigo 184 do Código Penal, e considerando as próprias diretrizes estabelecidas pela legislação aplicável, que cria uma regra geral de prévia autorização para formas de reprodução de conteúdo protegido por direitos autorais. É possível perceber então que sua caracterização abrange múltiplos e diversos comportamentos envolvidos. Para fins de promoção de debate e investigação, neste trabalho considera-se como pirataria digital qualquer

<sup>21</sup> MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018.

<sup>22</sup> HAN, Byung-Chul. *Hiper culturalidade: cultura e globalização*. Petrópolis: Vozes, 2019.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> *Idem*.

forma não autorizada de acesso e reprodução de conteúdo protegido por direitos autorais, tendo ou não finalidade lucrativa e estando fora das exceções legais.

O consumo de produtos artístico-culturais possui aspectos e objetivos que vão além das questões econômicas envolvidas, pois envolve, dentre outras nuances, as necessidades de acesso à cultura, ao entretenimento, à educação e mesmo à identidade e pertencimento cultural. Mais do que suprir uma determinada necessidade econômica das pessoas que empreendem em cultura, o ato de consumir cultura é uma experiência de alta complexidade, que envolve diversos outros objetivos além do financeiro e momentâneo ato de comprar e usar. O consumo de cultura é uma prática carregada de significados, que interfere, inclusive, na identidade educacional e cultural dos estratos sociais, considerando hierarquia socioeconômica e capacidades de aquisição.

Hierarquia social esta que, em princípio, colabora com a criação de estigmas quanto ao consumo de pirataria, provocando a preconceção de que somente setores da população com menor poder aquisitivo consome produtos pirata. Porém, é possível identificar que classes com maior poder aquisitivo também acessam produtos culturais por práticas consideradas ilícitas, a exemplo da aquisição de softwares, consoles e jogos digitais. Não somente assim o fazem, como fazem muito. Em ranqueamento recente, o Brasil passou a ocupar o 5º lugar no ranking global de acesso a produtos digitais por meio de práticas piratas, atingindo o número de 4,5 bilhões de streamings e downloads ilícitos dentre os meses de janeiro a setembro de 2021<sup>25</sup>. Só considerando a arrecadação de impostos, estima-se que a pirataria digital provoca um prejuízo de mais de R\$ 15 bilhões<sup>26</sup>. Segundo a Associação Brasileira de Empresas de Software, no ano de 2021 mais de 117.000 sites que disponibilizam conteúdo ilegal foram removidos da internet<sup>27</sup>, números que contribuem com a identificação das dimensões das práticas piratas, só no Brasil.

Seriam necessários mais dados investigados neste trabalho para poder alcançar uma hipótese mais concreta sobre a premissa a seguir, mas é possível identificar que o cenário de pirataria em países como o Brasil não envolve apenas a questão socioeconômica do público consumidor, mas diversos outros fatores, tais como ética, educação digital e consciência social. Outro elemento a ser considerado para a discussão é como, em muitos casos, o acesso e compartilhamento de produtos falsificados pode beneficiar a própria empresa titular do produto oficial, a exemplo do Windows, considerado o sistema operacional para computador mais popular do mundo.

<sup>25</sup> TAVARES, Daniel. Consumo de pirataria digital no Brasil é um dos mais altos no mundo, aponta relatório. *Tudo Celular*, São Paulo, 07 fev. 2022. Disponível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n185912/consumo-de-pirataria-no-brasil-e-um-dos-mais-altos-no-mundo-aponta-relatorio.html><https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n185912/consumo-de-pirataria-no-brasil-e-um-dos-mais-altos-no-mundo-aponta-relatorio.html>. Acesso em: 24 maio 2023.

<sup>26</sup> FANTÁSTICO. Pirataria digital de filmes e séries causa prejuízo de mais de R\$ 15 bilhões por ano ao Brasil. *G1*, Rio de Janeiro, 23 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/05/23/pirataria-digital-de-filmes-e-series-causa-prejuizo-de-mais-de-r-15-bilhoes-por-ano-ao-brasil.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2023.

<sup>27</sup> CONVERGÊNCIA DIGITAL. Patrulha da pirataria já removeu 890 mil anúncios e sites de downloads. *Convergência Digital*, [S.l.], 30 set. 2022. Disponível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n185912/consumo-de-pirataria-no-brasil-e-um-dos-mais-altos-no-mundo-aponta-relatorio.html>. Acesso em: 14 nov. 2023.

Segundo levantamento feito pela Net Market Share, o Windows está presente em mais de 87% dos computadores pessoais pelo mundo, sendo identificado que o sistema da Microsoft alcançou este número pelo fato de poder ser copiado e compartilhado de forma pirata. Essa maior vulnerabilidade do sistema leva à necessidade de manutenções mais frequentes, razão da disseminação de cópias piratas. Em outra perspectiva, é possível afirmar que a pirataria de software contribuiu para o valor de mercado do sistema operacional, considerando sua difusão entre a população. Porém, mesmo sendo possível identificar que a pirataria contribuiu com a Microsoft, qualquer pessoa que adotar seu sistema operacional sem a devida licença, estará sujeita a sofrer consequências judiciais e pagar multas milionárias, considerado o conjunto de normas que regem a propriedade intelectual. Em 2017, por exemplo, a Universidade Cândido Mendes teve seu prédio leiloado para quitar dívida de R\$ 42 milhões com a Microsoft, por utilizar versões piratas do sistema operacional Windows<sup>28</sup>.

Esta a valorização demasiada de software devido à sua ampla utilização e ao grande número de usuários é chamada de *network effect*, ou efeito de rede, que se combina com a pirataria e atingir maior número de usuários, além de colaborar com a diminuição da concorrência por provocar diminuição das chances de troca do software, dado que o processo envolveria custos não apenas financeiros, mas também de tempo e de disposição para o aprendizado de um programa não comum<sup>29</sup>, p. 3. Sobretudo em contextos envolvendo países em desenvolvimento, este fenômeno do efeito de rede é relevante por aquilo que pode ser chamado de feedback positivo pelo uso de produtos pirateados, considerando que o uso de cópias piratas não gere receitas imediatas, isto colabora com o crescimento do número de usuários do programa e, assim, consolidar a empresa no mercado<sup>30</sup>.

Exemplos como estes podem servir para demonstrar que a pirataria, em determinadas hipóteses, não só não atrapalha a comercialização dos produtos culturais como pode colaborar com a valorização ou do produto original ou da empresa produtora. Isto não significa dizer que não há inconvenientes (éticos, legais, econômicos etc) em produzir e acessar produtos piratas, argui-se aqui que há outros fatores além da visão que foca no arrecadamento por parte das empresas produtoras. E não existem evidências suficientes para diagnosticar que usuários de produtos não licenciados optariam por produtos oficiais se não houvesse pirataria, ainda mais considerando os altos preços para aquisição de produtos culturais por meios considerados oficiais, nem evidências que possam identificar que as práticas piratas provoquem necessariamente perdas à economia em sentido macro, já que o acesso aos produtos culturais transfere investimentos para outros bens de mercado<sup>31</sup>, A exemplo de uma série de sucesso acessada por download ilícito que provoca compras de produtos extras.

<sup>28</sup> SETTI, Rennan. Prédio da Candido Mendes em Ipanema vai a leilão por dívida. O Globo, Rio de Janeiro, 05 dez. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/predio-da-candido-mendes-em-ipanema-vai-leilao-por-divida-20589779>. Acesso em: 12 maio 2022.

<sup>29</sup> COSOVANU, Catalin. Open Source Software in Eastern Europe and Other Emerging Markets: the moral alternative to piracy?. *Journal Of Internet Law*, Nova Iorque, v. 9, p. 3-14, jan. 2006.

<sup>30</sup> TIGRE, Paulo Bastos; MARQUES, Felipe Silveira. Apropriação tecnológica na economia do conhecimento: inovação e propriedade intelectual de software na América Latina. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 18, n. 3, p. 547-566, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8642751/10306>. Acesso em: 24 maio 2023.

<sup>31</sup> KARAGANIS, Joe. Rethinking piracy. In: KARAGANIS, Joe. *Media Piracy in Emerging Economies*. [S.l.]: SSRN, 2011. p. 1-74. Disponível em: <http://piracy.ssrc.org>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Aponta-se que não há correlação necessária entre extinção de pirataria e aumento de consumo de produtos licenciados<sup>32</sup>, e é possível identificar hipótese em que o caminho poderia ser inverso. Ou seja, consumidores de produtos culturais por meio de pirataria digital não optariam por programas licenciados, devido aos seus altos custos, o que implicaria em eventual diminuição no número total de interessados em consumir outros produtos integrantes do mesmo ambiente cultural. Em 2014, o CEO da HBO chegou a afirmar que a pirataria de séries não chega exatamente a lhes preocupar, considerando que neste ramo de negócios é importante criar fãs, criar seguidores de conteúdo produzido por eles<sup>33</sup>.

Na história do capitalismo, a pirataria sempre foi uma estratégia para grandes empresas, no sentido de imitar e roubar ideias e projetos, e compartilhar conteúdo de forma ilícita, além de ser um elemento fundamental para desenvolvimento de políticas econômicas estatais<sup>34</sup>, p. 24. No período contemporâneo de hiperconexão, amplo acesso à informação e entretenimento digital, as políticas de inovar para crescer, e falsificar para competir não diminuem de frequência, pelo contrário, em decorrência das ferramentas digitais, tais práticas tendem a aumentar. E diante disto, é possível afirmar que as normas aplicáveis vigentes podem colaborar com a formação de monopólios de bens culturais e informacionais, inviabilizando acessos a tais bens, para determinados setores sociais, e assim prejudicando parcela da comunidade para satisfazer interesses econômicos, considerando seus direitos exclusivos proporcionados aos titulares dos créditos. Por esta perspectiva, a legislação de proteção à propriedade intelectual não cumpre com papéis fundamentais envolvendo os setores criativos, pois as atividades criativas além de serem protegidas para que sejam incentivadas, devem ser conhecidas, acessadas e compartilhadas para atingir metas e funções sociais.

Determinados ambientes em que se supõe haver maior liberdade de acessos e usos, a exemplo do acadêmico, enfrentam também este processo de “commoditização”<sup>35</sup>. Aqui no Brasil, a produção acadêmica apresentada pela plataforma Lattes difunde na formação acadêmica material produzido por grandes corporações proprietárias de periódicos científicos, entre elas Elsevier e a Springer Science+Business Media que, de acordo com seus próprios relatórios financeiros, apresentam lucros anuais de bilhões de dólares<sup>36</sup>. Voluntária ou involuntariamente, as dinâmicas acadêmicas podem contribuir para a expansão da política de mercantilização e apropriação da produção de conhecimento, e, neste mesmo contexto, a pirataria de produtos acadêmico-científicos pode ser considerada uma ferramenta de promoção de acesso à educação. Ao menos em hipótese.

<sup>32</sup> TIGRE, Paulo Bastos; MARQUES, Felipe Silveira. Apropriação tecnológica na economia do conhecimento: inovação e propriedade intelectual de software na América Latina. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 18, n. 3, p. 547-566, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8642751/10306>. Acesso em: 24 maio 2023.

<sup>33</sup> PLEPLER, Richard. We're in the business of creating addicts. *BuzzFeed News*, Nova Iorque, 16 jan. 2014. Disponível em: <https://www.buzzfeednews.com/article/mattlynley/hbos-ceo-doesnt-care-that-you-are-sharing-your-hbo-password>. Acesso em: 06 jun. 2023.

<sup>34</sup> CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

<sup>35</sup> CONTEL, Fábio Betioli; LIMA, Manolita. Internacionalização do ensino superior no Brasil: commoditização do ensino e uso corporativo do território. In: ENCONTRO INTERNACIONAL GEOGRAFIA TRADIÇÕES E PERSPECTIVAS, 2008, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: USP, 2008.

<sup>36</sup> Relatórios anuais disponíveis em: [http://www.elsevier.com/wps/find/intro.cws\\_home/financial](http://www.elsevier.com/wps/find/intro.cws_home/financial); <http://www.springer.com/about+springer/company+information/annual+report?SGWID=0-175705-0-0-0>.

Seria inapropriado falar em pirataria e acesso à cultura sem envolver a indústria fonográfica. Existem perspectivas que sugerem que a política de preços dos produtos facilita o desenvolvimento de iniciativas piratas, ao menos em tempos de mídias físicas, antes dos streamings. Pesquisa comparou preços de CDs nos Estados Unidos e no Brasil, analisando os valores dos salários-mínimos e chegou ao resultado que, em 2002, mais de 50% dos CDs adquiridos no Brasil eram piratas, enquanto que nos Estados Unidos, o número ficava abaixo de 10%, mostrando que o preço pelo acesso interfere na forma como se acessa cultura<sup>37</sup>.

Os números indicados pelas pesquisas e referências mencionadas anteriormente serve para identificar que há alguma relação entre a pirataria, o acesso à cultura e o cumprimento da função social dos direitos autorais, por mais que as iniciativas piratas representem atividades ilícitas e moralmente discutíveis. Quanto ao fator da função social dos direitos autorais, é relevante que sejam feitas algumas considerações. Pode-se dizer que sob o parâmetro da função social da propriedade intelectual é possível limitar questões proprietárias para atender interesses de ordem pública, para criar uma espécie de posse coletiva de criações intelectuais, para facilitar acessos e usos para fins educacionais, além de outros usos que envolvem acessibilidade e a coletividade, como o faz o artigo 46 da lei de direitos autorais<sup>38</sup>. A ideia envolvida na atribuição de função social ao esquema normativo dos direitos autorais atesta que são diversos os interesses a eles ligados, não somente os interesses econômicos dos produtores de conteúdo, mas também os de natureza coletiva, ou metaindividuais.

Porém, mesmo com as considerações constitucionais sobre a função social ligada aos direitos autorais não é adequado afirmar que a previsão normativa destes cumpre tal missão, seja por falta de previsão legal adequada ou por interpretações que eventualmente tolham os interesses sociais em benefício dos individuais. É necessário enxergar que há um parâmetro implícito de interpretação dos direitos autorais pela perspectiva da função social, conforme previsão em doutrina aqui mencionada, com reconhecimento da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Recurso Especial 1380341/2013, o Ministro Relator Paulo de Tarso deixa expresso que os direitos autorais são passíveis de limitações que não estão previstas na legislação, pois se tais limitações estão relacionadas com direitos fundamentais, não seria possível que os artigos previssem a totalidade de limitações possíveis aos esquemas de exclusividade proporcionados pelo direito positivo aplicável. Em outra oportunidade, no julgamento do Recurso Especial 1343961/2017, o Superior Tribunal de Justiça afirma que a legislação de direitos autorais deve ser interpretada em equilíbrio entre proteção eficaz aos interesses dos criadores de conteúdo e a necessidade de acesso à cultura para desenvolvimento intelectual da sociedade.

Esta delicada e complexa relação entre dois valores fundamentais previstos nos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos, a entre proteção dos interesses de criadores de conteúdo e os direitos de acesso à cultura, proporciona não somente debates acadêmicos e posicionamentos jurisprudenciais, mas também iniciativas que buscam regimes normativos diferentes do oficial estabelecido pela legislação, buscando demonstrar tanto uma possível falha da legislação no cumprimento de funções metaindividuais, quanto a possibilidade de novos regimes que satisfaçam exigências sociais, em especial as que

<sup>37</sup> BISHOP, Jack. Politics of Music Piracy: a comparative look at Brazil and the United States. In: ANNUAL MEETING OF THE SOCIETY FOR ETHNOMUSICOLOGY, 47., 2002, Estes Park. *Anais [...]*. Estes Park: Ucla, 2002. p. 1-13. Disponível em: <http://www.jackbishop.com/PoliticsofPiracy.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

<sup>38</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

buscam compatibilizar regras de direitos autorais com valores próprios da cultura de hiperconexão digital. São iniciativas como o aumento das possibilidades de *fair use* no direito autoral brasileiro, as iniciativas *copyleft*, a organização *creative commons* e a oferta de softwares livres, com licenças de uso aberto.

Quanto ao *Copyleft*, trata-se de um método de utilização, sob licença, baseado no princípio do compartilhamento de conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores. O *Copyleft* originou-se do movimento de software livre, que não se confunde com o de natureza gratuita, isto porque pela autoria do software livre não se abre mão certos direitos autorais, pois ao estipular condições de utilização de sua obra, permitindo que terceiros utilizem-na. Neste caso, são oferecidas as liberdades: a) de executar o programa para qualquer propósito; b) de estudar como o programa funciona e adaptá-lo às suas necessidades; c) de redistribuir cópias; d) de aperfeiçoar o programa e liberar essas melhorias, de modo que toda a comunidade se beneficie<sup>39</sup>, p. 78. Dessa maneira, o *Copyleft* permite que qualquer pessoa que redistribua o software (ou a obra), com ou sem modificações, deve passar adiante a liberdade de copiar e modificá-lo(a) também, lembrando, por oportuno, que quando da utilização por terceiros, a licença é concedida pelo autor.

Já a organização *Creative Commons* tem por objeto desenvolver licenças com efeitos jurídicos que possam ser utilizadas por qualquer pessoa que produza conteúdo intelectual interessada em atribuir possibilidades diversas de usos e compartilhamentos a quem acessar a obra licenciada, disponibilizando uma série de licenças com efeitos, limitações e propriedades diversas. Seu propósito é promover caminhos diversos para que pessoas criadoras de conteúdo possam destinar seus trabalhos seja à livre distribuição e compartilhamento ou a possibilidades mais fechadas de uso e distribuição, mantendo-se sempre a faculdade de escolha<sup>40</sup>. O *Creative Commons* procura oferecer licenças que possam atender diferentes interesses e de diferentes categorias de pessoas que as acessam. Há licenças que podem ser facilmente utilizadas por leigos em questões jurídicas, o que facilita seu uso por qualquer pessoa interessada, e licenças redigidas com uso de termos técnicos do ambiente jurídico, possivelmente carecendo de análise por pessoa habilitada sobre direitos autorais, e ainda as licenças em níveis técnicos, transcritas em linguagem de computador, permitindo que os próprios computadores identifiquem os termos de utilização das obras licenciadas<sup>41</sup>, p. 524.

São várias as formas de licenciar pelo *Creative Commons*, algumas delas correspondendo a características da cultura da hiperconexão digital, a exemplo da licença denominada “compartilhamento pela mesma licença”, que é uma forma de licenciamento, que autoriza a cópia, distribuição e utilização das obras protegidas, mas determina que se a obra for usada para a criação de outras derivativas, estas devem ser licenciadas da mesma forma que a original, ou seja, usando a mesma licença do *Creative Commons*. E também a licença denominada “sampling”, permitindo que a pessoa autora autorize a utilização parcial da obra, também chamada de “mesclagem”, desde que haja alguma mudança significativa na estrutura da original, sendo que o direito de distribuição fica automaticamente transferido para aquele que a obra alterou. Oferecendo esta diversidade de licenças e de possibilidade de uso das obras

<sup>39</sup> SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>40</sup> Ver: [www.creativecommons.org.br](http://www.creativecommons.org.br).

<sup>41</sup> LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

protegidas, o *Creative Commons* busca colaborar para uma melhor solução do conflito de interesses envolvidos nas dinâmicas com direitos autorais, e ainda busca se compatibilizar com exigências socioculturais contemporâneas.

Destas iniciativas que usam de formas diferentes da previsão legal para proteção e controle de usos da propriedade intelectual, talvez a mais conhecida e bem sucedida em seu propósito seja a do *Free Software*. A ideia de Software Livre surgiu com intuito de se opor à ideia geral de que para se utilizar um programa de computador seria necessário pagar previamente por isso. Richard Stallman, pesquisador do Instituto de Tecnologia de Massachusetts, criou uma forma de licenciamento de software que permitia o uso, cópia distribuição e principalmente, permitindo que usuários pudessem alterar e aperfeiçoar o programa sem ter que pedir autorização ao autor original e para auxiliar no desenvolvimento do projeto foi criada a Free Software Foundation<sup>42</sup>, fundação que dá suporte ao conceito de software livre até os dias atuais, mantendo projetos de colaboração com diversas entidades, entre elas a UNESCO<sup>43</sup>. A mais importante das licenças desenvolvidas pela FSF é a chamada *General Public Licence* (GPL), porém deve-se ressaltar que não é a única. A GPL prevê grandes restrições ao direito de autor além de determinar que o recebimento de um programa licenciado pela mesma entidade seja que uma redistribuição seja feita sob o mesmo modelo.

A menção a estas iniciativas é feita para inserir no mesmo contexto as práticas caracterizadoras da pirataria digital, formando um conjunto de elementos que precisam ser considerados nas reflexões sobre a necessidade de promover alterações na legislação de direitos autorais. O argumento seria o seguinte. As regras gerais de exclusividade proporcionadas pelos direitos autorais já recebem institucionalmente exceções, a exemplo do próprio instituto do domínio público e das exceções legais expressamente previstas, além dos posicionamentos jurisprudenciais que reconhecem as suas funções sociais, além da chamada “regra dos 3 passos”, que apesar de não ser oficial colabora nos processos de tomada de decisões buscando o equilíbrio na aplicação destes direitos. Porém, as iniciativas acima mencionadas e o aumento das práticas de pirataria digital criam premissa pela qual é possível arguir que as características da hiperconexão digital impactam a legislação de direitos autorais ao ponto de tornar insuficientes os institutos e exceções oficialmente previstas.

As iniciativas mencionadas representam exemplos de empreendimentos que buscam equilibrar ganhos econômicos e direitos de acesso, buscando formas diferentes de proteção às criações, pois em nenhuma delas há qualquer renúncia aos proveitos econômicos que devidamente precisam ser alcançados, mas sem prejuízo de outros interesses envolvidos.

Ainda que o uso destas formas seja menor do que as licenças que obedece aos padrões da propriedade intelectual, o fato de existirem já gera discussões proveitosas.

E tal problema, o equilíbrio entre o acesso à cultura e os interesses econômicos dos produtores de bens culturais, envolvidos no contexto de surgimento da pirataria, ganha outras dimensões, a partir do momento em que a rede mundial de computadores passa a ser também uma plataforma de oferta de conteúdo criativo, em especial relacionado com a indústria do entretenimento. O que pode colaborar com eventual solução contra as iniciativas piratas, considerando o potencial de acessos gerado pela internet.

<sup>42</sup> Informações disponíveis em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Free\\_Software\\_Foundation](https://pt.wikipedia.org/wiki/Free_Software_Foundation). Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>43</sup> Informações disponíveis em: <https://www.fsf.org/>. Acesso em: 26 de Junho de 2023.

Esta complexa relação entre acessar bens culturais e proteger os interesses econômicos de quem investe no setor criativo não envolve necessariamente a hiperconexão por ambiente digital, pois existem mercados fonográficos que se baseiam em mercados abertos, como o caso do tecnobrega paraense. O tecnobrega deixou de ser considerado apenas um estilo musical e se tornou um modelo de mercado fonográfico<sup>44, p. 42</sup>, e entre seus modos de funcionamento há momentos em que a proteção dos direitos autorais é irrelevante para o sucesso do empreendimento cultural. São os próprios criadores de conteúdo que encaminham suas produções para reprodutores não autorizados, que substituem o papel das gravadoras na função de distribuição e difusão destes bens culturais<sup>45, p. 45</sup>.

Estes e outros exemplos, como o bregafunk que nasceu em Recife e manifestações de natureza tradicional e popular, como os ritmos de tradicionais matrizes africanas nos carnavais de Pernambuco e da Bahia, são suficientes para gerar discussões sobre modelos de negócio cultural em que pode haver melhor equilíbrio entre acesso à cultura e reconhecimento econômico dos criadores culturais. Mas, como corte para a discussão proposta, aqui neste trabalho foi dada ênfase à questão da pirataria digital, para que a discussão tenha como cenário o da hiperconexão pela rede mundial de computadores.

Além das diversas possibilidades de compartilhamento, a internet passa a proporcionar oferta de conteúdo cultural (filmes, músicas, séries etc.) por meio de serviços de streaming, oferecendo preços mais baratos do que as mídias físicas anteriormente oferecidas. A ampla propagação do uso da rede mundial de computadores e a diminuição de preços para ter acesso a conteúdo cultural podem colaborar com a redução de práticas de acesso ilícito à indústria do entretenimento. Estudo realizado pelo instituto Opinion Box demonstra que usuários de serviços de streaming no Brasil diminuíram em 31% o hábito de baixar arquivos ilegalmente<sup>46</sup>.

Considerando o crescimento do número de assinaturas de serviços de streaming, parece se tratar de uma área de empreendimento sem riscos de perda de espaço, podendo, mais uma vez destacando, contribuir para redução de práticas de acesso ilícito.

Hoje, mais de 60% da receita obtida por músicas gravadas deriva de acesso a serviços que oferecem conteúdo por streaming e isto representa também um aumento na lucratividade do setor<sup>47</sup>.

Porém, mesmo com os impactos positivos que a oferta de conteúdo cultural por serviços de streaming produziu na complexa questão da redução das práticas piratas, o problema parece estar longe de ser resolvido. Isto considerando, paradoxalmente, o próprio sucesso do modelo de negócio. Pesquisa realizada pela “Sandvine”, empresa que analisa o tráfego da in-

<sup>44</sup> LEMOS, Ronaldo. *Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música*. Rio de Janeiro: aeroplano, 2008.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> DEEZER. Serviços de streaming ajudam a combater a pirataria de música no Brasil. *Deezer-blog*, [S. l.], 22 jan. 2015. Disponível em: <https://www.deezer-blog.com/press/servicos-de-streaming-ajudam-a-combater-a-pirataria-de-musica-no-brasil/>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>47</sup> PINHEIRO, Guilherme. Streaming: crescimento das assinaturas de serviços pagos aumenta receita de música gravada em 2022. *Mundo Conectado*, Florianópolis, 25 mar. 2023. Disponível em: <https://mundoconectado.com.br/noticias/v/32667/streaming-crescimento-das-assinaturas-de-servicos-pagos-aumenta-receita-de-musica-gravada-em-2022#:~:text=de%20m%C3%BAAsica%20gravada.,At%C3%A9%20o%20final%20de%202022%2C%20mais%20de%20589%20milh%C3%B5es%20de,crescimento%20pelo%20oitavo%20ano%20consecutivo>. Acesso em: 26 jun. 2023.

ternet, demonstrou que o crescimento da oferta de serviços de streaming provocou uma reversão na tendência de queda no uso de *torrents* para obter ilicitamente acesso a conteúdo cultural disponibilizado pelos próprios serviços de streaming<sup>48</sup>.

A razão do aumento da pirataria pode estar no fato de bom conteúdo ser ofertado por empresas que investem no mercado criativo, aumentando a quantidade de empresas que investem no setor, o que por sua vez provoca escolhas por parte dos consumidores, que não possuem capacidade de pagar por todos os serviços e terminam optando por um ou dois, e acessando o material de outros por meio de caminhos piratas<sup>49</sup>. Em resumo, a vontade de ter acesso à cultura permanece grande e quanto mais cultura for oferecida, mais caminhos para acessá-la serão procurados. Mesmo com facilidades de acesso lícito provocadas pela internet com suas ferramentas, estas mesmas ferramentas facilitam os acessos ilícitos, mantendo a complexidade da questão das relações que existem entre acesso à cultura, direitos de propriedade intelectual e práticas de acesso consideradas ilícitas, como a pirataria digital.

É necessário sim que haja políticas de combate à pirataria, como atesta a existência aqui no Brasil do Conselho Nacional de Combate à Pirataria, mas é necessário também refletir sobre formas e finalidades envolvendo os direitos autorais. No cenário contemporâneo de hiperconectividade e amplo acesso a produções culturais, além de uma tendência cultural de compartilhamento e interação, os direitos autorais devem ser revistos para que os exclusivos por eles gerados não se tornem obsoletos e as exceções legais não se tornem anacrônicas. A questão passa por pensar num processo de reequilíbrio entre os interesses. No desenvolvimento desses direitos pelo século XX foi sendo abandonado seu aspecto vinculado aos interesses públicos, ficando os interesses privados cada vez mais justificados pelos interesses privados envolvendo a produção de bens culturais<sup>50, p. 61</sup>. Com a internet e a consequente hiperconexão, a questão dos interesses não sofreu significativa alteração.

Existe um movimento antilegalista e libertário que coincide com a existência da lógica da rede mundial de computadores, que sofre inúmeras derrotas, mas alcança algumas vitórias, ao menos ajudando a repensar os fundamentos dos direitos autorais<sup>51, p. 62</sup>. Como trabalhada aqui, existe a hipótese de que a pirataria representa não apenas uma questão de barreiras socioeconômicas, como se fosse uma prática inerente a classes economicamente menos favorecidas, mas representa também uma ruptura de padrão, um sinal de que a lógica seguida pela proteção à propriedade intelectual possa estar defasada e carente de reflexão crítica. O ideal não seria uma espécie de “anarquia legislativa”, no sentido de inexistirem regras sobre proteção e acesso de bens culturais, mas uma releitura geral do está vigente hoje. Veja-se o caso dos TRIPS como exemplo. Passados tantos anos de sua vigência, a homogênea proteção por eles proporcionada faz com que as mesmas diretrizes usadas para solucionar

<sup>48</sup> DEMARTINI, Felipe. Quantidade de serviços de streaming está fazendo pirataria voltar a crescer. *Canaltech*, São Paulo, 12 fev. 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/pirataria/quantidade-de-servicos-de-streaming-esta-fazendo-pirataria-voltar-a-crescer-132639/>. Acesso em: 26 jun. 2023.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de José de Oliveira Ascensão sobre direito autoral & sociedade informacional*. Curitiba: IODA, 2022.

<sup>51</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de José de Oliveira Ascensão sobre direito autoral & sociedade informacional*. Curitiba: IODA, 2022.

conflitos envolvendo bens materiais, sejam usadas para solucionar questões envolvendo propriedade intelectual<sup>52</sup>, p. 14. É necessário que perguntas corretas sejam feitas, e que sejam respondidas não exclusivamente por quem advoga pelos interesses econômicos de clientes e corporações<sup>53</sup>, p. 15.

Os interesses econômicos devem estar presentes nas discussões e na reflexão por novos modelos de negócios culturais e de estruturas de proteção à propriedade intelectual, pois como vem sendo arguido, a questão é identificar qual equilíbrio pode ser alcançado entre tais interesses e os direitos fundamentais de acesso à cultura. Quanto mais demorada for a busca por este equilíbrio, os números da pirataria digital só tendem a aumentar, apesar dos esforços de combatê-la. É o que, ao final, se quis afirmar com este trabalho.

## ■ CONCLUSÃO

O ponto conclusivo deste trabalho servirá então para analisar se foram alcançadas premissas aceitáveis nos pontos antecedentes e se alguma síntese conclusiva pode ser destacada, ressaltando que os responsáveis pelo texto se satisfazem com o que foi identificado, ficando à disposição para devidas críticas, sugestões e observações gerais, pois ao final, o interesse maior é sempre o de colaborar com debates.

No primeiro ponto do trabalho foram apresentadas considerações sobre as práticas piratas de distribuição e de acesso a produtos culturais. Destaca-se daqui que tal fenômeno é independente de ferramentas digitais e de classes sociais. A internet funciona como hipótese de aumento de potencial para práticas de distribuição e acesso ilícitos, mas não representa motivo para a pirataria, que antecede, e muito, a própria existência da rede mundial de computadores. Ficou visto também que a existência de comportamentos piratas não está reservada, ou mesmo condicionada, a setores economicamente mais fracos da sociedade, pois há pirataria em classes médias e altas. Fica a hipótese de que há uma espécie de insatisfação difusa com políticas de preço e de remuneração relacionadas com a produção de cultura e suas formas de acesso.

No segundo ponto do trabalho foram analisadas as formas como os direitos autorais interferem justamente nas complexas formas de produção cultural e acesso à cultura. Primeiramente foram analisados conceitos e classificações dos direitos autorais, ficando identificado que as áreas destes que impactam os direitos culturais estão ligadas aos chamados direitos autorais patrimoniais, considerando que são nos exclusivos econômicos por estes gerados em que residem partes dos problemas associados aos aspectos econômicos do consumo de produtos culturais. Ficou também destacada a ideia de que não é o preço final do produto consumido que influi diretamente na pirataria, nem que esta consiste unicamente numa violação de direitos autorais, podendo ser identificada como algo de maior complexidade social, envolvendo aspectos de democracia e hiperconexão digital.

---

<sup>52</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Por que mudar a lei de direito autoral?: estudos e pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

<sup>53</sup> *Idem*.

O último ponto foi justamente onde se buscou trabalhar as relações entre práticas piratas, democratização das formas de acesso à cultura no contexto da hiperconexão digital proporcionada pela rede mundial de computadores. A internet surge como potente plataforma de distribuição e acesso de conteúdo cultural, e com sua ampla difusão funcionaria como instrumento eficaz no aumento do acesso lícito às produções culturais e redução das práticas consideradas piratas. Porém, identificou-se que a questão envolve complexidade bem maior do que o fator do preço que se paga pelo produto. Isto porque no contexto da hiperconectividade digital surgem diversas iniciativas que problematizam a arquitetura normativa tradicional dos direitos autorais, independente de eventuais reduções de preços, destacando o elemento das liberdades de escolhas, a exemplo do *free software* e do *creative Commons*. Além disto, destacou-se com a pesquisa que, mesmo com eventuais reduções dos preços para ter acesso a produções culturais, a oferta e o aumento de interesse por consumi-las são fatores capazes de manter altos números de práticas piratas. Isto conforme análise de números envolvendo os serviços de streaming e os acessos a ferramentas que permitem *downloads* de conteúdo, configurando pirataria. Ou seja, resumindo, o problema da pirataria envolve diretamente as reflexões sobre que tipo de normas de direitos autorais será necessário para alcançar objetivos sociais com eles relacionados, em especial a questão do acesso democrático às produções culturais. Porém, não se trata apenas de uma discussão econômica baseada no preço de tais produtos, envolve questões éticas complexas e elementos de justiça social, seja a vida em conexão física ou em conexão digital.

## REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de José de Oliveira Ascensão sobre direito autoral & sociedade informacional*. Curitiba: IODA, 2022.

BITTAR, Carlos Eduardo. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BISHOP, Jack. Politics of Music Piracy: a comparative look at Brazil and the United States. In: ANNUAL MEETING OF THE SOCIETY FOR ETHNOMUSICOLOGY, 47., 2002, Estes Park. *Anais [...]*. Estes Park: Ucla, 2002. p. 1-13. Disponível em: <http://www.jackbishop.com/PoliticsofPiracy.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BOECHAT, Ricardo; HERDY, Ronaldo. Atacado e varejo: livre pensar. In: *Istoé*, 2008. São Paulo, Ano 31, nº 2015, p. 27, 18 jun. 2008.

BUAINAIN, A M.; CARVALHO, S. M. P.; PAULINO, S. R.; YAMAMURA, S. Propriedade intelectual e inovação tecnológica: algumas questões para o debate atual. *O Futuro da Indústria: cadeias produtivas*, Brasília, v. 1601, p. 11-38, 2005. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Sonia-Paulino/publication/268254379\\_PROPRIEDADE\\_INTELCTUAL\\_E\\_INOVACAO\\_TECNOLOGICA\\_ALGUMAS\\_QUESTOES\\_PARA\\_O\\_DEBATE\\_ATUAL/links/54b8f09b0cf269d8cbf72425/PROPRIEDADE-INTELCTUAL-E-INOVACAO-TECNOLOGICA-ALGUMAS-QUESTOES-PARA-O-DEBATE-ATUAL.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Sonia-Paulino/publication/268254379_PROPRIEDADE_INTELCTUAL_E_INOVACAO_TECNOLOGICA_ALGUMAS_QUESTOES_PARA_O_DEBATE_ATUAL/links/54b8f09b0cf269d8cbf72425/PROPRIEDADE-INTELCTUAL-E-INOVACAO-TECNOLOGICA-ALGUMAS-QUESTOES-PARA-O-DEBATE-ATUAL.pdf). Acesso em: 21 mar. 2021.

CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito do Autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: UNESP, 2004.

CONTEL, Fábio Betioli; LIMA, Manolita. Internacionalização do ensino superior no Brasil: commoditização do ensino e uso corporativo do território. In: ENCONTRO INTERNACIONAL GEOGRAFIA TRADIÇÕES E PERSPECTIVAS, 2008, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: USP, 2008.

COSOVANU, Catalin. Open Source Software in Eastern Europe and Other Emerging Markets: the moral alternative to piracy?. *Journal Of Internet Law*, Nova Iorque, v. 9, p. 3-14, jan. 2006.

CONVERGÊNCIA DIGITAL. Patrulha da pirataria já removeu 890 mil anúncios e sites de downloads. *Convergência Digital*, [S.l.], 30 set. 2022. Disponível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n185912/consumo-de-pirataria-no-brasil-e-um-dos-mais-altos-no-mundo-aponta-relatorio.html>. Acesso em: 24 maio 2023.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DEEZER. Serviços de streaming ajudam a combater a pirataria de música no Brasil. *Deezer-blog*, [S. l.], 22 jan. 2015. Disponível em: <https://www.deezer-blog.com/press/servicos-de-streaming-ajudam-a-combater-a-pirataria-de-musica-no-brasil/>. Acesso em: 26 jun. 2023.

DEMARTINI, Felipe. Quantidade de serviços de streaming está fazendo pirataria voltar a crescer. *Canaltech*, São Paulo, 12 fev. 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/pirataria/quantidade-de-servicos-de-streaming-esta-fazendo-pirataria-voltar-a-crescer-132639/>. Acesso em: 26 jun. 2023.

DEMARTINI, Felipe. Usuário de torrent recebem cobrança no valor de R\$ 3 mil no Brasil. *Canaltech*, São Paulo, 30 nov. 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/pirataria/usuarios-de-torrent-recebem-cobranca-no-valor-de-r-3-mil-no-brasil-175411/>. Acesso em: 12 maio 2023.

FANTÁSTICO. Pirataria digital de filmes e séries causa prejuízo de mais de R\$ 15 bilhões por ano ao Brasil. *G1*, Rio de Janeiro, 23 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/05/23/pirataria-digital-de-filmes-e-series-causa-prejuizo-de-mais-de-r-15-bilhoes-por-ano-ao-brasil.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2023.

HAN, Byung-Chul. *Hiperculturalidade: cultura e globalização*. Petrópolis: Vozes, 2019.

KARAGANIS, Joe. Rethinking piracy. In: KARAGANIS, Joe. *Media Piracy in Emerging Economies*. [S.l.]: SSRN, 2011. p. 1-74. Disponível em: <http://piracy.ssrn.org>. Acesso em: 25 abr. 2021.

LEMONS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LEMONS, Ronaldo. *Tecnobrega: o Pará reinventando o negócio da música*. Rio de Janeiro: aeroplano, 2008.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018.

NEVES, André de Jesus. *Processo de Construção de Identidade autoral nas comunidades virtuais e blogs literários*. Jundiá: Paco, 2014.

OXFORD UNIVERSITY PRESS. *OED Online*. Disponível em: <https://www.oed.com/>. Acesso em: 12 maio 2023.

PINHEIRO, Guilherme. Streaming: crescimento das assinaturas de serviços pagos aumenta receita de música gravada em 2022. *Mundo Conectado*, Florianópolis, 25 mar. 2023. Disponível em: <https://mundoconectado.com.br/noticias/v/32667/streaming-crescimento-das-assinaturas-de-servicos-pagos-aumenta-receita-de-musica-gravada-em-2022#:~:text=de%20m%C3%BAstica%20gravada,-,At%C3%A9%20o%20final%20de%202022%2C%20mais%20de%20589%20milh%C3%B5es%20de,crescimento%20pelo%20oitavo%20ano%20consecutivo>. Acesso em: 26 jun. 2023.

PLEPLER, Richard. We're in the business of creating addicts. *BuzzFeed News*, Nova Iorque, 16 jan. 2014. Disponível em: <https://www.buzzfeednews.com/article/mattlynley/hbos-ceo-doesnt-care-that-you-are-sharing-your-hbo-password>. Acesso em: 06 jun. 2023.

SANTINO, Renato. Dez anos após condenação dos fundadores, Pirate Bay segue mais vivo que nunca. *Olhar Digital*, São Paulo, 23 abr. 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/04/23/noticias/dez-anos-apos-condenacao-dos-fundadores-pirate-bay-segue-mais-vivo-que-nunca/>. Acesso em: 12 maio 2023.

SANTOS, Manuella. *Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções*. São Paulo: Saraiva, 2019.

SECURITY REPORT. Brasil é 5º no ranking global de acessos em sites de pirataria, chegando a 4,5 bilhões de visitas. *Security Report*, São Paulo, 01 fev. 2022. Disponível em: <https://www.securityreport.com.br/overview/brasil-e-5o-no-ranking-global-de-acessos-em-sites-de-pirataria/#.ZF6RQ3bMJPY>. Acesso em: 12 maio 2023.

SETTI, Rennan. Prédio da Candido Mendes em Ipanema vai a leilão por dívida. *O Globo*, Rio de Janeiro, 05 dez. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/predio-da-candido-mendes-em-ipanema-vai-leilao-por-divida-20589779>. Acesso em: 12 maio 2022.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Campos de Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TAVARES, Daniel. Consumo de pirataria digital no Brasil é um dos mais altos no mundo, aponta relatório. *Tudo Celular*, São Paulo, 07 fev. 2022. Disponível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n185912/consumo-de-pirataria-no-brasil-e-um-dos-mais-altos-no-mundo-aponta-relatorio.html><https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n185912/consumo-de-pirataria-no-brasil-e-um-dos-mais-altos-no-mundo-aponta-relatorio.html>. Acesso em: 24 maio 2023.

TIGRE, Paulo Bastos; MARQUES, Felipe Silveira. Apropriação tecnológica na economia do conhecimento: inovação e propriedade intelectual de software na América Latina. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 18, n. 3, p. 547-566, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8642751/10306>. Acesso em: 24 maio 2023.

WACHOWICZ, Marcos. *Por que mudar a lei de direito autoral?: estudos e pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.



## O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD E A CLÁUSULA GERAL DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA: O DIÁLOGO DE FONTES COMO PADRÃO INTERPRETATIVO

THE REGIME OF CIVIL LIABILITY IN THE LGPD AND THE GENERAL CLAUSE OF OBJECTIVE IMPUTATION: THE DIALOGUE OF SOURCES AS AN INTERPRETATIVE STANDARD

JESSICA HIND RIBEIRO COSTA\* | LUIS HENRIQUE DE MENEZES ACIOLY\*\*

### RESUMO

Embora a Lei n. 13.709/2018 tenha disposto de princípios, direitos e obrigações quanto ao tratamento de dados pessoais, não especificou claramente o regime jurídico de responsabilidade civil dos agentes de tratamento, ou seja, se subjetivo ou objetivo. Assim, coube à doutrina e jurisprudência estabelecer balizas para tal questão. O presente artigo busca apontar parâmetros hermenêuticos para tal dilema a partir da aplicação da teoria do diálogo de fontes, balizando-se a cláusula geral da responsabilidade objetiva, presente no Código Civil com a LGPD. Para tanto, analisou-se as circunstâncias levantadas pela doutrina a favor e contra a imputação objetiva da responsabilidade, bem como observou-se as especificidades da teoria do diálogo de fontes e da estrutura normativa da cláusula geral de responsabilidade objetiva. Obteve-se por resultado que o espectro de aplicação da responsabilidade objetiva deve ser composto por atividades que representem um risco inerente aos direitos fundamentais dos titulares. Tais situações podem decorrer do reconhecimento legal ou regulatório do risco, especialmente nas atividades consideradas de alto risco pela ANPD. Ademais, a categoria do titular e a natureza do dado pessoal podem ser consideradas na análise contextual do risco aos direitos fundamentais, que preordena uma avaliação do caso concreto.

**Palavras-chave:** Imputação Objetiva; Responsabilidade Civil; Funções da Responsabilidade Civil; Diálogo das Fontes; Proteção de Dados Pessoais.

### ABSTRACT

Although Law no. 13,709/2018 provided for principles, rights and obligations regarding the processing of personal data, it did not clearly specify the legal regime of civil liability of processing agents, that is, whether subjective or objective. Thus, it was up to the doctrine and jurisprudence to establish beacons for this issue. This article seeks to point out hermeneutical parameters for such a dilemma based on the application of the theory of dialogue of sources, based on the general clause of objective responsibility, present in the Civil Code with the LGPD. Therefore, the circumstances raised by the doctrine for and against the objective attribution of responsibility were analyzed, as well as the specificities of the theory of the dialogue of sources and the normative structure of the general clause of objective liability. It was obtained as a result that the scope of application of objective liability must be composed of activities that represent an inherent risk to the fundamental rights of the holders. Such situations may result from the legal or regulatory recognition of risk, especially in activities considered high risk by the ANPD. In addition, the category of the holder and the nature of the personal data can be considered in the contextual analysis of the risk to fundamental rights, which preorders an assessment of the specific case.

**Keywords:** Objective Imputation; Civil Liability; Functions of Civil Liability; Dialogue of Sources; Personal Data Protection.

\* Pós-Doutora em Desigualdades Globais e Justiça Social (FLCSO-UNB). Pós-Doutora em Direito e Novas Tecnologias pela Mediterranea International Centre for Human Rights Research. Professora na graduação dos cursos da Uninassau e UCSAL

jel\_hind@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-4640-3318>

\*\* Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa – UniRuy. Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade da UNIFOR – GETIS/CNPq.

acioly10@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1615-6048>

Recebido em: 15-05-2023 | Aprovado em: 10-09-2023



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 LINHAS GERAIS SOBRE A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR; 2 DIRETRIZES DA TUTELA DE DADOS PESSOAIS NA LEI N. 13.709, DE 2018 (LGPD); 3 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O REGIME OBJETIVO OU SUBJETIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTABELECIDADA PELA LGPD; 4 POR UMA INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA E TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES; 5 ESPECTRO DE APLICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ATIVIDADE DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

O tema analisado neste trabalho envolve direitos autorais, pirataria, internet e democratização do acesso à cultura. O problema a ser investigado versa sobre se as práticas de pirataria digital representam realmente algo prejudicial aos interesses econômicos das empresas produtoras de conteúdo cultural ou se elas podem ser consideradas como economicamente irrelevantes ao ponto de colaborar com o cumprimento de funções sociais dos direitos autorais e colaborar com o acesso democrático a produtos culturais que envolvem pagamentos prévios para acessá-los, ainda que na rede mundial de computadores. A ideia é que a investigação não busque demonizar, ou louvar, tais práticas, que são consideradas ilícitas, mas sim analisar argumentos e números que possam colaborar com a discussão de forma a identificar qual melhor postura pode ser adotada diante de tais elementos.

O advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, publicada como Lei Federal n. 13.709 de 2018, foi pioneiro em atuar como marco regulatório dessa temática em âmbito brasileiro, servindo à concretização da autodeterminação informativa, bem como estabelecendo a base procedimental para coleta e operacionalização de dados pessoais por entidades públicas e privadas<sup>1</sup>.

Diante de uma sociedade marcada pela volatilidade no fluxo da informação, ou *hyperinformação*, como alude Madalena<sup>2</sup>, a positivação de princípios, direitos e obrigações inerentes à sua utilização se mostra um verdadeiro fenômeno a impulsionar mudanças nas relações intersubjetivas, especialmente no que tange àquelas construídas em meio digital. Contudo, o novel diploma trouxe à baila discussões sobre situações específicas abrindo espaço para a sua interpretação. No que se refere à imputação da obrigação de indenizar, proveniente de danos ocasionados em função do tratamento de dados pessoais, a LGPD não trouxe em seu texto normativo a explícita referência pelo regime subjetivo ou objetivo, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência o papel hermenêutico de trazer luzes ao caso. A doutrina não demonstrou consenso sobre o regime objetivo ou subjetivo da responsabilidade civil estatuída no

<sup>1</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>2</sup> MADALENA, Juliano. Regulação das Fronteiras da Internet: Um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, G. M.; LONGHI, J. V. R. (org). *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 183-206.

texto da LGPD, muito se questionando acerca da incidência do elemento culpa aplicável a esse marco regulatório.

A fim de construir uma posição em consonância com a concepção sistemática de ordenamento jurídico, em que os diplomas não afiguram isoladamente no universo normativo, mas que se relacionam entre si, em complementariedade e coordenação, busca-se analisar o tema sob a ótica da interpretação dada à cláusula geral de responsabilidade objetiva, positivada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, e a consequente discussão doutrinária sobre as suas aplicações, seu sentido e alcance. Far-se-á, dessa forma, uma hermenêutica lógico-sistemática entre o regime estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a cláusula geral de imputação objetiva de indenizar do direito privado.

Objetiva-se, portanto, em primeiro momento, entender as linhas gerais sobre a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, as suas funções, e os regimes subjetivo e objetivo da imputação da obrigação indenizatória. Por conseguinte, busca-se compreender as diretrizes da Lei n. 13.709/2018, essencialmente no tocante ao seu texto normativo acerca da responsabilização por danos decorrentes da atividade por ela regulamentada, bem como, verificar e sistematizar as posições doutrinárias de interpretação da objetividade e subjetividade desse regime. Não obstante, intenta-se compreender as nuances e detalhes que norteiam a interpretação e aplicação do regime objetivo de responsabilidade civil estabelecido pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, mediante exercício de diálogo das fontes, a fim de se entender as circunstâncias que compõem o espectro de aplicação dessa cláusula geral à específica atividade de tratamento de dados.

A metodologia empreendida na presente pesquisa pretendeu preconizar a compatibilização e diálogo entre a doutrina clássica com manuscritos recentes, através da metodologia jurídico-compreensiva, proposta por Miracy Gustin, Maria Tereza Dias e Camila Nicácio<sup>3</sup>. Empreendeu-se uma revisão literária por meio de uma pesquisa bibliográfica – de cunho descritivo e natureza qualitativa –, cuja coleta de dados se deu por livros, dissertações e artigos em bases de dados eletrônicas, tendo como descritores: responsabilidade civil; imputação objetiva; diálogo de fontes; proteção de dados; segurança dos dados.

O presente artigo se subdivide em cinco capítulos e uma conclusão. O primeiro capítulo diz respeito ao estabelecimento de linhas gerais sobre os regimes objetivo e subjetivo de responsabilidade civil no ordenamento brasileiro. O segundo capítulo consigna as diretrizes para a tutela de dados na LGPD, enquanto o terceiro capítulo busca compreender as discussões doutrinárias sobre o regime jurídico de responsabilidade civil por ela estabelecido. O quarto capítulo consigna as nuances que envolvem a compreensão e aplicação da teoria do diálogo de fontes. O quinto capítulo busca entender as confluências entre o regime jurídico de responsabilidade civil estabelecido na LGPD e aquele estabelecido pelo Código Civil, a fim de dispor dos parâmetros que devem nortear a composição de um espectro de aplicação da responsabilidade objetiva. Por fim, são tecidas as considerações finais.

<sup>3</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

## 1 LINHAS GERAIS SOBRE A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Historicamente, o direito se amoldou como meio de resolução de conflitos de interesses, no qual, através de um comando normativo, se defende um valor relevante para uma dada sociedade em um dado lapso temporal. Assim, segundo ensinamento de Soares<sup>4</sup>, o Direito serve a um controle social, que é o processo de modelagem de comportamentos humanos e de adequação da personalidade individual aos cânones socialmente aceitos. A responsabilidade civil não foge a essa premissa, se posicionando como o ramo da ciência jurídica voltado à recomposição de uma situação anterior a um dano injusto<sup>5</sup>, compreendido na lesão a um valor ou bem juridicamente relevante para o respectivo ordenamento.

Nessa linha, a responsabilidade civil tem servido, em larga escala, ao controle social repressivo pode ser compreendido como o conjunto de mecanismos utilizados para reprimir infrações éticas já consumadas, mediante a imposição coativa de sanções<sup>6-7</sup>. Nessa perspectiva, a responsabilidade civil se faz presente quando da ocorrência de um fato danoso, no qual incide uma regra específica voltada a recompor aquele que sofreu o dano ao estado anterior<sup>8</sup>, ou, ao menos lhe proporcionar uma compensação quando restar impossível o retorno ao *status quo ante*. Assim, ensinam Farias et al<sup>9</sup>, p. 80 que:

A injustiça do dano provocado se prende a uma cláusula geral de responsabilidade civil, cuja especificação e conversão a uma precisa *fattispecie* terá lugar no momento em que se concretize o juízo de responsabilidade pela ruptura das regras de coexistência. Em suma, o instituto da responsabilidade civil desenvolve uma função de mediação entre interesses em conflito, como reação a um juízo de desvalor previamente tido como relevante pelo ordenamento. (*grifos no original*)

Logo, a responsabilidade civil tem se ligado à discussão sobre ilicitude da conduta para designação do dano injusto dano<sup>10</sup>. À luz do Código Civil, a ilicitude de uma conduta é definida como a ação ou omissão culposa que viola direito e causa danos a outrem, ainda que exclusivamente moral, como define o seu artigo 186<sup>11</sup>. De igual forma, comete ato ilícito quem, no exercício de um direito que titulariza, excede manifestamente os limites impostos pela função socioeconômica desse direito, pela boa-fé e pelos *bons costumes*, na dicção do art. 187

<sup>4</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>6</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>8</sup> FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O Estado entre dados e danos: uma releitura da Teoria do Risco Administrativo na sociedade da informação. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; LONGHI, J. V. R.; GUGLIARA, R. (org.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 21-47.

<sup>9</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>10</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade Civil Objetiva: da Fragmentariedade à Reconstrução Sistemática*. Indaiatuba: Foco, 2022.

<sup>11</sup> “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

da Codificação Civil, materializando um ato formalmente lícito, porém substancialmente ilícito em seu fim<sup>12</sup>.

A cláusula geral de ilicitude do Código Civil se difere da norma que estabelece o abuso de direito no que tange especialmente à aferição de culpa para configuração do ato ilícito, pois naquela a culpa é essencial a sua configuração<sup>13-14</sup>, enquanto para esta consumir-se-á o abuso de direito diante de um critério objetivo-finalístico, sendo despidendo o elemento anímico, como alude o Enunciado n. 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal<sup>15</sup>.

Sem embargo da primazia deferida à função compensatória da responsabilidade civil, esse instituto não serve apenas à reparação de danos injustos, mas também desempenha outras funcionalidades em um dado ordenamento<sup>16</sup>. Ademais, a função compensatória *per se* não é plenamente capaz de retornar o ofendido por completo ao estado anterior, uma vez que a série de eventos desencadeada pelo comportamento ilícito é irreversível<sup>17</sup> e o ressarcimento, somente, “realizará uma alocação subjetiva de uma parte da riqueza monetária que transitará do ofensor ao ofendido”<sup>18</sup>, p. 81. Ao explicar a importância de uma função punitiva da responsabilidade civil, que subscreveria fundamento para a designação da pena civil, Farias et al<sup>19</sup> prescrevem que o fundamento da pena civil é aplacamento do ofensor à prática socialmente intolerável, o que conduz à prevenção especial, enquanto inibe atuações semelhantes por potenciais ofensores em situação semelhante, descortinando a prevenção geral.

Nesse sentido também advoga Tartuce<sup>20</sup>, para quem a indenização deriva de uma sanção ao ofensor de uma norma jurídica, trazendo consigo um caráter indissociável de desestímulo para a reiteração da conduta danosa. O autor<sup>21</sup>, p. 81 também sustenta a existência de uma função preventiva, aduzindo que “categorias que formam o instituto da responsabilidade civil devem ser fortes o bastante para a inibição de novas práticas atentatórias”. A seu turno, Farias et al<sup>22</sup>, p. 102 entendem que a prevenção é um norte secundário de todas as funções da responsabilidade civil, atuando de forma a lhes dar sentido e alcance, afirmando que “na função reparatória, a indenização é acrescida a uma ‘prevenção de danos’; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma ‘prevenção de ilícitos’; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma ‘prevenção de riscos’”.

<sup>12</sup> ANTUNES, Manuel Pelicano. *Um direito que não quer ter culpa?* Abuso da posição predominante. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> FARIAS *et. al.*, *op. cit.*

<sup>15</sup> *In verbis*: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

<sup>16</sup> ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> FARIAS *et al.*, *op. cit.*

A interpretação dada as funções da responsabilidade civil reformulou-se com o advento da doutrina do Direito Civil Constitucional<sup>23-24</sup>, ao passo que, a função compensatória, historicamente vista como a sanção pelo acerto da responsabilidade, cujo escopo se dá na mínima intervenção na atividade econômica, balizada na máxima proteção à propriedade e à intangibilidade dos pactos, e resolução *a posteriori* dos conflitos<sup>25</sup>, revestiu-se de um viés solidarista, sob os influxos do princípio da solidariedade positivado na Constituição Federal, objetivando a maior efetividade na reparação da vítima do dano, ao revés da maior proteção ao patrimônio do ofensor<sup>26</sup>.

O norte interpretativo da responsabilidade civil contemporânea é a maior preocupação com a vítima do que com o ofensor<sup>27-28</sup>. Nesse sentido também é a lição de Mulholland<sup>29</sup>, p. 15:

Este panorama, contudo, muda integralmente quando se retira o foco ou objetivo da responsabilidade civil deste participante ativo e passa-se a analisar o resultado gerado, e não a conduta culposa propriamente. Em outras palavras, o comportamento ofensivo perde relevância ante o dano sofrido. Esta inversão traz como consequência a alteração da perspectiva da responsabilidade civil do ofensor para a ótica da vítima.

Fundamentando-se nessa ótica solidarista, o ordenamento civil brasileiro albergou a teoria da imputação objetiva da responsabilidade em diversas situações, pela qual não se discute a culpa ou ilicitude da conduta danosa, mas apenas o nexo causal que liga a um dano, eximindo o ofendido da árdua tarefa de produzir prova do elemento anímico do seu ofensor<sup>30-31</sup>. Nesse cenário Farias et al<sup>32</sup> explicam que, enquanto a responsabilidade subjetiva foi suficiente para garantir a segurança jurídica, a propriedade e demais privilégios de determinado grupo, a imputação objetiva representa o acesso a direitos fundamentais, na medida em que promove o acesso à cidadania, ao mínimo existencial e o acesso ao judiciário sem ser a vítima constrangida a produzir prova diabólica como requisito ao exercício de sua pretensão de reparação de danos.

Nada obstante, essa mudança de prisma se consolidou com o advento de um novo fator de imputação da responsabilidade concretizado por meio da teoria do risco e sua aplicação crescente, concomitante à culpa, em igual valor, ao revés de se considerar uma excepcional

<sup>23</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade Civil Objetiva: da Fragmentariedade à Reconstrução Sistemática*. Indaiatuba: Foco, 2022.

<sup>24</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

<sup>25</sup> FARIAS et al, *op. cit.*

<sup>26</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

<sup>27</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021

<sup>29</sup> MULHOLLAND, *op. cit.*

<sup>30</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade Civil Objetiva: da Fragmentariedade à Reconstrução Sistemática*. Indaiatuba: Foco, 2022.

<sup>31</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>32</sup> FARIAS et al, *op. cit.*

aplicação<sup>33-34</sup>. De fato, tanto o Código Civil, em seu art. 927, parágrafo único<sup>35</sup>, quanto o Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 12<sup>36</sup> e 14<sup>37</sup>, ao positivarem normas de imputação objetiva de indenizar, a definem como responsabilidade “independentemente de culpa”, preconizando não uma responsabilidade sem culpa, mas que esta é irrelevante para o nexo de imputação. Dessa forma, para a atribuição objetiva da obrigação de reparar o dano, o fundamento precípuo é a presença do risco inerente à atividade ou a regra legal que a determine.

É importante consignar, nesse cenário, a distinção entre a responsabilidade civil com imputação objetiva de indenizar e a responsabilidade civil subjetiva com culpa objetiva e culpa presumida. Asseveram Farias et al<sup>38</sup> que a culpa objetiva resulta de uma avaliação normativa do padrão de conduta esperado. É a avaliação do standard normativo imposto ao agente e sua conduta em acordo ou desacordo ao que lhe seria sua obrigação no momento do dano, muita das vezes confundindo-se com o elemento de ilicitude<sup>39</sup>. A seu turno, a responsabilização objetiva afasta a discussão de culpa para realizar uma imputação da obrigação de indenizar somente com base nos elementos de ordem fática, isto é, conduta, nexo causal e dano.

## 2 DIRETRIZES DA TUTELA DOS DADOS PESSOAIS NA LEI N. 13.709, DE 2018 (LGPD)

A Lei n. 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – ganhou singularidade no ordenamento especialmente no que tange à concretização da autodeterminação informativa, que, segundo Limberger<sup>40</sup> é a garantia do cidadão de ter acesso à informação e controle dos dados que lhe concernem, no seio de suas relações com os demais cidadãos e com o poder público.

<sup>33</sup> MULHOLLAND, *op. cit.*

<sup>34</sup> TEPEDINO; TERRA, *op. cit.*

<sup>35</sup> Art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (grifo do autor)

<sup>36</sup> Art. 12, da Lei nº 8.078/1990: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. (grifo do autor)

<sup>37</sup> Art. 14, da Lei nº 8.078/1990: “O fornecedor de serviços responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (grifo do autor).

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> LIMBERGER, Têmis. Informação em rede: uma comparação da lei brasileira de proteção de dados pessoais e o Regulamento Geral de Proteção Dados europeu. In: MARTINS, G. M.; LONGHI, J. V. R. (org). *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

A fim de atender a intenção da norma em proteger a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade, a LGPD aduziu um rol de princípios que norteiam a atividade de tratamento e uso de dados pessoais<sup>41</sup>, seja em meio físico ou digital, alocados topograficamente no art. 6º desse diploma<sup>42</sup>.

Para que esse tratamento seja legítimo, a norma legal impõe que haja a subsunção a uma das hipóteses por ela exarada em seus arts. 7º e 11. A norma legal não restringe as bases legais ao consentimento, apontando para diversas outras situações e motivações que autorizam o tratamento de dados, inclusive, a despeito da vontade de seus titulares, *exempli gratia*, para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, ou para a proteção de crédito, ou ainda, quando presente um legítimo interesse do controlador ou de terceiro, conforme art. 7º da lei<sup>43</sup>. No tocante ao legítimo interesse, diante da amplitude semântica do termo empregado, torna-se imperiosa a sua concretização casuisticamente<sup>44</sup>.

O direito fundamental à Proteção de Dados Pessoais denota um sistema de tutela dos direitos personalíssimos do seu titular em vistas ao desenvolvimento desembaraçado da personalidade<sup>45-46</sup>. Logo, a observância da LGPD perpassa pela devida compreensão da autodeterminação informativa, deferindo ao titular dos dados um domínio eficaz, através do consentimento livre e informado, bem como com um sistema que respeite as legítimas expectativas sobre o tratamento de dados, quando utilizados a despeito de sua anuência. Assim também, a combinação entre um legítimo interesse a noção contextual de privacidade representa a materialização da compreensão de que a autodeterminação informativa ultrapassa o mero consentimento, de sorte que o cidadão detém o domínio de seus dados se estes forem tratados de forma previsível, de acordo com suas expectativas legítimas<sup>47, p. 339</sup>.

A criação de um sistema de proteção de dados aponta para o fomento a uma cultura de segurança da informação e de respeito à privacidade, assim como para o reequilíbrio material

<sup>41</sup> WIMMER, Mirian. A LGPD e o balé dos princípios: tensões e convergências na aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais ao setor público. In: FRANCOSKI, D. S. L.; TASSO, F. A. (coord.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 163-189.

<sup>42</sup> Na dicção do caput e dos incisos desse dispositivo, são princípios da proteção de dados: boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas

<sup>43</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>44</sup> BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo Interesse: Aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 163-176.

<sup>45</sup> WIMMER, Mirian. A LGPD e o balé dos princípios: tensões e convergências na aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais ao setor público. In: FRANCOSKI, D. S. L.; TASSO, F. A. (coord.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 163-189.

<sup>46</sup> ACIOLY, Luis Henrique de Menezes; TELES, Jéssica Fonseca. A Autonomia Privada como Fundamento para a Regulamentação da Herança Digital. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 46, p. 102-126, jan./fev. 2022.

<sup>47</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

entre titular e controlador, atribuindo deveres e deferindo direitos, bem como responsabilizando os agentes envolvidos por eventuais violações<sup>48-49</sup>.

Nada obstante, a LGPD estatui, em seu art. 42, que "o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo", positivando cláusula de reparação por lesões ocasionadas em função do processamento e operacionalização de dados. Comentando esse dispositivo Schreiber<sup>50, p. 333</sup> sustenta que:

[...] embora a primeira vítima de um tratamento ilegal de dados pessoais seja o seu próprio titular, ferido em sua privacidade – do que decorre seu direito à reparação do dano moral sofrido –, a LGPD amplia expressamente essa esfera de proteção, de modo a abranger não apenas interesses outros daquele mesmo titular (interesses econômicos, por exemplo), mas também interesses transindividuais que possam ter sido lesados pelo referido tratamento.

Ainda, o § 1º do aludido dispositivo estabelece a solidariedade entre controlador e operador quando este "descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador", hipótese em que figurará como verdadeiro controlador dos dados<sup>51-52</sup>.

Comentando sobre a solidariedade instituída por esse dispositivo, Schreiber<sup>53, p. 343</sup> entende que: "mesmo quando a lesão for causada por fato imputável exclusivamente ao operador, o controlador, justamente em razão de sua posição de destaque na dinâmica do tratamento, poderá ser chamado a responder solidariamente".

O art. 44 da norma em comento denota situações que configuram uso irregular dos dados, que culminam por ensejar a devida reparação em função dos danos que ocasionarem. Nessa toada, sintetiza Capanema<sup>54, p. 165</sup>: "Dessa forma, é possível identificar duas situações de responsabilidade civil na LGPD: a) violação de normas jurídicas, do microsistema de proteção de dados; b) violação de normas técnicas, voltadas à segurança e proteção de dados pessoais".

A LGPD, contudo, estabeleceu um rol de excludentes de responsabilidade em seu art. 43, que seccionam o nexos causal quando o agente não realizou o tratamento de dados que a

<sup>48</sup> SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. Critérios de Imputação da Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista Conversas Civilísticas*, Salvador, v. 1, n. 2, p. 87-110, jul./dez. 2021.

<sup>49</sup> SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 330-349.

<sup>50</sup> SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 330-349.

<sup>51</sup> CAPANEMA, Walter Aranha. A Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 163-170, jan./mar. 2020.

<sup>52</sup> À luz do conceito legal, exarado no art. 5º, VI, da LGPD, controlador é a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais".

<sup>53</sup> SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>54</sup> CAPANEMA, *op. cit.*

ele é atribuído, ou quando, embora o tenha feito, não ocorreu violação à própria norma legal, ou ainda, quando o dano é decorrente de culpa exclusivo do titular dos dados ou de terceiro. Observa-se, no mais, que o art. 45 da LGPD estabeleceu que as normas de responsabilidade por ela disciplinada não afastam o regime jurídico aplicável no âmbito das relações de consumo, com as respectivas regras de responsabilidade do fornecedor. No específico caso do inciso III do art. 43 da LGPD, o termo "culpa", utilizado no texto normativo, culmina por resultar de atecnia do legislador, pois, "a excludente não importa verificação da culpa da vítima, mas sim da sua contribuição causal exclusiva para o dano"<sup>55</sup>, p. 341. De forma semelhante, o regramento da responsabilidade civil no Código Civil também dispõe da mesma atecnia, consoante asseveram Farias et al<sup>56</sup>, para quem não faz sentido discutir culpa quando a excludente de responsabilidade se direciona ao nexu causal, isto é, à inferência da conduta do ofendido ou de terceiro na construção do dano.

No tocante à excludente prevista no inciso II do art. 43 deste diploma, cumpre ainda, ressaltar que a "violação à legislação de proteção de dados" não se correlaciona diretamente à imputação subjetiva e à definição de culpa ou ilicitude, mas ao fato, ou seja, à irregularidade do tratamento<sup>57</sup>, que é apta a gerar danos a partir de uma relação de causalidade, de forma que ausente o tratamento irregular, inexistente nexu causal a confeccionar a obrigação reparatória.

### 3 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O REGIME OBJETIVO OU SUBJETIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTABELECIDADA PELA LGPD

Quanto ao caráter do regime de responsabilidade instaurado pela Lei Geral de Proteção de Dados, a doutrina diverge se é objetiva ou subjetiva a imputação da obrigação de reparar o dano. Nesse sentido, descortinam-se correntes em favor da imputação objetiva da obrigação de indenizar, bem como em favor da responsabilidade subjetiva, e ainda, que advoga por um regime híbrido, pela qual, em dadas situações em que a responsabilidade será objetiva e em outras será subjetiva.

Em favor da objetividade da imputação da obrigação de indenizar, Mendes e Doneda<sup>58</sup>, entendem que o fundamento dessa imputação consiste na concepção de que a atividade de tratamento de dados representa um risco intrínseco aos seus titulares, de forma que essa operação somente é permitida quando atendido o sistema de proteção aduzido por esse diploma, ao passo que essa atividade seja útil e necessária, em atenção ao princípio da necessidade<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> SCHREIBER, op. cit.

<sup>56</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 27, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

<sup>59</sup> O art. 6º, III, da LGPD, define esse princípio como a "limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados".

Nada obstante, a dicção do art. 42 da referida lei estabelece a responsabilidade do operador ou controlador quando causar dano a outrem “em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais”, apontando para o destacamento do manejo de dados pessoais como elemento fático que desencadeia o sistema de responsabilização civil. Destaca-se que, Gondim<sup>60</sup>, p. 27, ao se prescrever posicionamento em favor da imputação objetiva, o fundamenta em interpretação sistêmica, trazendo à luz a compreensão de que o pressuposto da culpa permanece como um filtro de acesso à reparação, sendo o regime objetivo o que melhor promove a proteção da pessoa, embora esse não pode ser usado de maneira indistinta em todas as situações. A autora<sup>61</sup> igualmente prescreve que a lesão oriunda do tratamento de dados pessoais afeta um direito fundamental da vítima, para além da noção de risco decorrente da atividade.

Assim, em atenção à máxima proteção do direito de reparação integral da vítima, a autora<sup>62</sup> se aloca em favor da objetividade da responsabilidade, denotando o caráter penoso de impor à vítima o ônus probatório do estado anímico do ofensor. Ainda, pode-se citar a doutrina de Mulholland<sup>63</sup>, que, além de se filiar ao pensamento de Mendes e Doneda<sup>64</sup> quanto ao reconhecimento do risco inerente à atividade de tratamento de dados, bem como à interpretação do art. 42 da LGPD como confinante da objetividade da responsabilidade, analisa o regime jurídico do sistema de responsabilidade instituído pelo art. 44 da norma. Cita-se:

Com base na redação do artigo 44, LGPD, questiona-se se o legislador inaugurou um regime de responsabilidade civil diverso daquele adotado no artigo 42, LGPD. Essa indagação se deve ao fato de que (i) o artigo 44, LGPD, utiliza a expressão "tratamento irregular", condicionando a hipótese de responsabilidade civil prevista em seu parágrafo único, à qualificação de irregularidade definida no artigo 46, LGPD, e (ii) o artigo 46, LGPD, encontra-se inserido no Capítulo VII, que trata da "Segurança e Boas Práticas", na Seção I, "Da Segurança e Sigilo de Dados", que se refere às medidas de segurança e boas práticas que devem ser adotadas pelo agente de tratamento para a prevenção de danos decorrentes de incidentes de segurança.<sup>65</sup>

Contudo, assevera a autora<sup>66</sup> que tais situações, descritas nos arts. 44 e 46, devem ser interpretadas como casos em que o dano decorre dos incidentes de segurança dos dados, “como vazamentos não intencionais e invasão de sistemas e bases de dados por terceiros não

<sup>60</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. A Responsabilidade Civil no Uso Indevido dos Dados Pessoais. *Revista IBERC*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 19-34, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/140>. Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> GONDIM, Glenda Gonçalves. A Responsabilidade Civil no Uso Indevido dos Dados Pessoais. *Revista IBERC*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 19-34, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/140>. Acesso em: 30 out. 2021.

<sup>63</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?. *Migalhas*, São Paulo, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-deresponsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-dedados-pessoais--culpa-ou-risco>. Acesso em: 20 out. 2021.

<sup>64</sup> MENDES; DONEDA, *op. cit.*

<sup>65</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?. *Migalhas*, São Paulo, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-deresponsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-dedados-pessoais--culpa-ou-risco>. Acesso em: 20 out. 2021.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

autorizados”, hipóteses em que configurar-se-á o fortuito interno, não se afastando a responsabilidade dos agentes de tratamento de dados, mantida a objetividade. Ao cabo, a autora<sup>67</sup> expõe que danos oriundos do tratamento de dados se caracterizam por serem quantitativamente elevados e qualitativamente graves, posto que, ao atingirem diretos difusos, ter-se-ia fundamento suficiente para adoção do regime objetivo de responsabilização, tal como ocorre com os danos ambientais e por acidente de consumo.

No horizonte da corrente que sustenta a subjetividade da responsabilidade, Guedes e Meireles<sup>68</sup> entendem que não haveria compatibilidade entre um sistema que enumera condutas e deveres a serem seguidos pelos agentes do tratamento e a responsabilidade objetiva, nem em responsabilizá-los quando cumpridos esses deveres. Ainda, as autoras<sup>69</sup> partem do princípio do *accountability*, positivado na LGPD como responsabilização e prestação de contas<sup>70</sup>, para alegar a imperatividade da demonstração do agente do cumprimento dessas condutas, bem como a observância das normas de proteção de dados e, da eficácia dessas medidas.

Nota-se que no cerne da LGPD há um *standard* de condutas, o que, segundo Guedes e Meireles<sup>71</sup>, alberga o conceito de culpa normativa, afastando-se da conceituação clássica de culpa, e seguindo em direção a uma ótica mais objetiva do elemento anímico. Nada obstante, a responsabilização não prescinde de uma análise comportamental do agente do tratamento, bem como da violação à ordem jurídica consubstanciada nesse *standard* de conduta. Tal percepção se compatibiliza com o exposto por Farias et al<sup>72</sup>, na medida em que estes apontam que ao se abolir qualquer discussão sobre a ilicitude de um fato, ou a própria valoração da culpa do ofensor, tem-se uma mitigação do desestímulo ao comportamento nocivo e à prevenção de ilícitos, posto que despcienda a valoração acerca do esforço do ofensor em reduzir as margens de risco no quantitativo ou na afirmação da obrigação de se indenizar.

Dessa forma, Guedes e Meireles<sup>73</sup> concluem que mesmo ocorrendo o dano, cujo nexos causal o correlaciona ao tratamento de dados, o agente de tratamento poderá se eximir da responsabilidade se provar que cumpriu os deveres impostos pela LGPD. Seguindo esse raciocínio, Tasso<sup>74</sup> assevera que o caso o sistema de responsabilidade civil da LGPD fosse da modalidade objetiva, a delimitação exaustiva dos deveres inerentes aos agentes de tratamento

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do Tratamento de Dados. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. (org). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 219-241.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Definido pela LGPD, em seu art. 6º, X, como a “demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

<sup>71</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do Tratamento de Dados. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. (org). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 219-241.

<sup>72</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>73</sup> GUEDES; MEIRELES, *op. cit.*

<sup>74</sup> TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, jan./mar., 2020.

de dados seria algo inócuo, fortalecendo a noção da desnecessidade do cumprimento de suas responsabilidades ante a certeza da obrigação reparatória ante qualquer incidente.

Segundo o autor<sup>75</sup>, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em nenhum momento se referiu a uma “responsabilidade independentemente de culpa”, tal qual apontam as demais normas que fazem opção pela responsabilidade objetiva. Assim, conclui Tasso<sup>76</sup>, p. 109 que a adoção de um regime objetivo de reparação de danos culminaria em um “autêntico desincetivo à observância dos deveres específicos de proteção, prevenção e segurança impostos aos agentes de tratamento”.

Ainda, em favor da culpa como fundamento para a reparabilidade dos danos ocasionados em razão do tratamento de dados, Bioni e Dias<sup>77</sup> introduzem o argumento de que durante o andamento do projeto de lei que originou a LGPD, se fez menção a uma responsabilidade independentemente de culpa, mas que, ao final, tal trecho foi suprimido, em desfavor da eliminação da culpa como elemento da responsabilização.

Nesse sentido, aduzem os autores<sup>78</sup>, que a introdução da excludente de responsabilidade do art. 43, II, na LGPD, ao eximir o agente da obrigação de indenizar quando provar que não houve violação à norma, teve por escopo orientar o regime jurídico pela discussão da culpa, dando azo ao princípio do *accountability*. Os autores, nesse caso, ignoram a atecnia e a discussão sobre o termo “culpa” e “fato” realizado no contexto desta espécie de excludente de causalidade, como apontado no item supra. Destarte, Bioni e Dias<sup>79</sup> entendem que o art. 44 da LGPD é essencial para a compreensão do conceito de culpa para fins de responsabilização pelos danos causados em razão do tratamento de dados.

Advogando em prol de um raciocínio misto, Schreiber<sup>80</sup> também acolhe a alegação que a LGPD omitiu sua dicção quanto a uma responsabilidade independentemente de culpa, fazendo opção pelo regime subjetivo, bem como que, a redação do art. 42 do diploma, ao estabelecer como requisito a “violação à legislação de proteção de dados pessoais”, sugere uma responsabilidade fundada na violação de deveres jurídicos, o qual milita a favor de um sistema que consegue transitar entre o panorama objetivo e subjetivo.

---

<sup>75</sup> TASSO, *op. cit.*

<sup>76</sup> TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, jan./mar., 2020.

<sup>77</sup> BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1-23, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/662/506>. Acesso em: 10 nov. 2021.

<sup>78</sup> BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1-23, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/662/506>. Acesso em: 10 nov. 2021.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Contudo, assevera o autor<sup>81, p. 336-337</sup>, que, especificamente quanto ao art. 44 da LGPD, este exprime uma “versão adaptada da noção de defeito do serviço, constante do art. 14, §1º, do Código de Defesa do Consumidor”, evidenciando o que se considera um “tratamento defeituoso”, caso em que far-se-á uma interpretação sistemática para se aplicar, restritamente a esse caso, a doutrina objetiva da responsabilidade civil. Segundo a lição de Schreiber<sup>82, p. 339</sup>, “apesar da redação confusa, pode-se concluir que convivem dois regimes distintos de responsabilidade civil: a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva”.

Ainda, em interpretação mais comedida, sustenta Santos<sup>83</sup> que a aferição do regime objetivo de imputação de obrigação nesse caso deve ser aferida casuisticamente, uma vez que “não se pode generalizar o raciocínio para todos os controladores e todos os operadores, já que, pela própria amplitude do conceito de tratamento, as diversas atividades abarcadas pela definição legal não detém o mesmo grau de periculosidade”.

Segundo entende o autor<sup>84, p. 106</sup>, não se mostra adequado recorrer ao Código Civil para justificar a imputação objetiva da obrigação, mas, caso a interpretação judicial o faça, “será necessário estabelecer se o grau de periculosidade da atividade é suficiente para justificar a imputação objetiva da responsabilidade civil, raciocínio que não pode ser generalizado”.

Observa-se, portanto, que a doutrina que sustenta a objetividade da imputação de reparar os danos causados em função do tratamento de dados, o faz com base em elementos externos ao texto normativo da LGPD, albergando conceitos como o risco inerente a essa atividade e a máxima proteção da vítima, correlacionando-se com a função compensatória da responsabilidade civil, observando-se, ainda, a proteção de dados como Direito Fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

A outro giro, a corrente doutrinária no sentido da subjetividade do regime jurídico aponta para a análise literal do texto normativo, mediante a observância do *standard* de condutas estabelecido pela norma, bem como para a prevalência da prevenção como cerne das obrigações ali impostas, valorizando os agentes de tratamento que atendem à segurança de sua atividade e à minimização dos riscos, correlacionando-se com a função preventiva da responsabilidade civil.

#### 4 POR UMA INTERPRETAÇÃO LOGICO-SISTEMÁTICA A PARTIR DA TEORIA DO DIÁLOGO DE FONTES

A interpretação de uma norma comporta diversas modalidades<sup>85-86</sup>. Não obstante a relevância deferida à interpretação gramatical do texto normativo, não se pode olvidar que um

<sup>81</sup> SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. Critérios de Imputação da Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista Conversas Civilísticas*, Salvador, v. 1, n. 2, p. 87-110, jul./dez. 2021, p. 104-105.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

<sup>86</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

diploma ou dispositivo não existe isoladamente, mas que compõe um sistema jurídico que lhe agasalha. Assim, mister é a interpretação que leva em conta a sistematização e coordenação das normas jurídicas em um dado ordenamento. Quanto à técnica de interpretação lógico-sistemática, Soares<sup>87</sup>, p. 337 explicita que esta consiste em referir o texto ao contexto normativo de que faz parte, correlacionando a norma ao ordenamento jurídico como um todo. Especificamente quanto à interpretação sistêmica de diplomas legais, o cotejo de um texto normativo com outros, de mesmo diploma ou diverso, é medida que se impõe para que conjuntamente se extraia o sentido de cada uma das prescrições normativas<sup>88</sup>.

Segundo a cátedra de Soares<sup>89</sup> e de Barroso<sup>90</sup> a interpretação sistemática tem por escopo dar um sentido global, harmônico, em busca de uma finalidade, que somente se consegue perceber com a visão ampliada da norma dentro do ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, que a hermenêutica jurídica também comporta outras técnicas interpretativas, tais quais a interpretação sociológica, que objetiva conferir a aplicabilidade de uma norma às relações sociais que lhe deram origem, elastecer ou temperar o alcance do preceito normativo a fim de compatibilizá-lo com as necessidades atuais da comunidade jurídica, e a interpretação teleológica, que tem por escopo delimitar a *ratio essendi* do preceito normativo, para a partir dele determinar um sentido aplicável à norma<sup>91-92</sup>.

Seguindo a ótica sistemática do Direito, defende Tartuce<sup>93</sup> que uma visão interdisciplinar é premissa fundamental que possibilita a conclusão de que os tipos jurídicos não são estáticos e fechados, mas, sim, dinâmicos e abertos. Nesse diapasão, a concepção de um diálogo entre as diversas fontes normativas se mostra salutar a fim de se dar azo à intersecção da norma com o ordenamento, composto por diversas outras fontes.

Como expoente da tese do diálogo das fontes no ordenamento brasileiro, Marques<sup>94</sup> a define como a “aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de plano de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002)”. A respeito, alerta Tepedino<sup>95</sup>, p. 6 que “do ponto de vista da teoria da interpretação, mostra-se imprescindível que a pluralidade de fontes normativas não acarrete a ruptura do sistema, disperso em lógicas setoriais, em detrimento da unidade essencial ao próprio conceito de ordenamento”.

<sup>87</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>91</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>92</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>93</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>94</sup> MARQUES, Cláudia Lima. “O diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, C. L. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

<sup>95</sup> TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 6-9, jul./set., 2015.

Dessa feita, explicam Benjamin e Marques<sup>96, p. 27</sup> que “diálogo é harmonia; harmonia na pluralidade de fontes e na procura de restaurar a sua coerência e seu uso sob valores constitucionais e dos direitos fundamentais, superando a assistemática do uso das fontes”. Explicam os autores<sup>97</sup>, que a havendo influências recíprocas, permitindo-se aplicar duas fontes ao mesmo tempo, complementarmente ou subsidiariamente, permite-se realizar os valores dos direitos humanos.

A concepção da tese de um diálogo de fontes culmina por afastar antigos dogmas e tradicionais paradigmas, quebrando-lhes o tom autoritário, notadamente no que tange aos critérios de resolução de aparentes antinomias<sup>98</sup>. A teoria do diálogo das fontes põe em relevo o sistema de valores que orientam a aplicação simultânea de mais de um diploma normativo, dando azo à Constituição como a luz que ilumina essa hermenêutica<sup>99</sup>.

A partir dessa compreensão é possível compreender que, norteado pelos princípios e valores fundamentais constitucionais, é cabível uma interpretação que leve em conta as nuances do caso, ora sendo possível a aplicação do CDC, ora sendo necessária a aferição de culpa a depender dos direitos, garantias e responsabilidades que estão relacionados no caso concreto. Assim, adiante será apresentado um panorama da responsabilidade civil no tocante ao tratamento de dados pessoais que leva em conta a análise sob a lente do Direito Civil Constitucional.

## 5 ESPECTRO DE APLICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS ATIVIDADES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Além do diálogo infraconstitucional entre normas no mesmo plano hierárquico, o diálogo normativo deve abarcar também a própria Constituição Federal, “fazendo surgir o caminho metodológico do Direito Civil Constitucional e da aplicação dos princípios constitucionais às relações privadas”<sup>100, p. 48</sup>. Especificamente no que tange à reparação de danos, o diálogo das fontes infraconstitucionais com a o texto constitucional promove a mudança de paradigma da responsabilidade civil. Desse modo aduz Mulholland<sup>101, p. 20</sup> que:

Se antes a obrigação de indenizar um dano tinha como principal – e senão, único – fundamento a culpa daquele que lesiona o direito subjetivo de outrem, na atualidade ela deve ser necessariamente reinterpretaada no sentido de considerar-se também

<sup>96</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 27, v. 115, p. 21-40, jan./fev. 2018.

<sup>97</sup> BENJAMIN; MARQUES, *op. cit.*

<sup>98</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 27, v. 115, p. 21-40, jan./fev. 2018.

<sup>99</sup> MARQUES, Cláudia Lima. “O diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, C. L. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

<sup>100</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>101</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

responsável aquele que proporciona um risco de dano, calcando-se esta responsabilidade no princípio da solidariedade social que deve estar presente em todas as relações sociais.

Portanto, pode-se inferir que a ideia de uma responsabilidade objetiva – independente de culpa –, alberga em seu cerne a posituação do princípio da solidariedade social, caro ao texto constitucional<sup>102-103</sup>. No tocante ao regime jurídico estatuído na LGPD quanto à responsabilidade civil, impõe-se afastar-se da compreensão de que se trata de um microsistema isolado, mas deve-se tê-lo como inserto em um conjunto normativo – de legislações gerais e especiais –, cujo desiderato é a concretização dos valores constitucionais: Necessário se faz dimensionar os elementos do regime jurídico de imputação objetiva quanto ao sistema regulado pela norma de proteção de dados.

Em âmbito geral, a responsabilidade civil objetiva tem seu fundamento legal positivado no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, de onde se extraem as atividades interpretativas desse regime jurídico no âmbito das relações, em tese, paritárias. *In verbis*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A clareza da primeira parte desse dispositivo culmina por não fomentar elevadas discussões: haverá objetividade na responsabilidade civil quando o dispositivo legal assim o determinar expressamente. Em contínuo, o dispositivo também imputa a obrigação de reparar quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos ao direito de outrem, por sua própria natureza. Ao analisar o supracitado dispositivo do Código Civil, Farias et al<sup>104</sup> prescrevem que o nexos de imputação da obrigação objetiva de indenizar será duplo, a previsão legal ou o risco da atividade. Rememora-se que o nexos de imputação é a razão pela qual se atribui a alguém a obrigação indenizatória, de sorte que, caso não houvesse prescrição acerca do risco da atividade, estar-se-ia deferindo monopólio ao legislador na formulação da *fattispecie* do regime objetivo, mantendo-se este em posição de subserviência perante a responsabilidade subjetiva<sup>105</sup>.

Retira-se, assim, o monopólio da determinação legal na imputação objetiva da obrigação reparatória, denotando uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. No que se refere à utilização de cláusulas gerais, explicita-se que estas, por remeterem o intérprete a outros espaços do sistema normativo ou a questões do contexto social, apresentam vantagem na maior mobilidade, proporcionada por termos imprecisos, mitigando o risco de anacronismo jurídico<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>103</sup> TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

<sup>104</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

De igual maneira, concebem Farias et al<sup>107, p. 537</sup> que a opção de utilização de uma cláusula geral nesse caso atende à diretriz da operabilidade do códex, que “pretende que as normas do Código Civil sejam munidas de concretude, em razão dos elementos de fato e valor que devem ser levados em consideração na enunciação e na aplicação da norma”. Cumpre, portanto, à doutrina e à jurisprudência a atividade cognitiva de interpretar o sentido e alcance da cláusula geral da objetividade da imputação da obrigação de indenizar com base no “risco inerente à atividade”. Assevera Mulholland<sup>108</sup> que a objetificação da responsabilidade é uma realidade legislativa, além de social, uma vez que a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, outorga ao intérprete a possibilidade de preenchimento do conteúdo de acordo com os valores e princípios consentâneos à sociedade.

Destrinchando a dicção gramatical da segunda parte do dispositivo civilista, Tartuce<sup>109</sup> entende que “atividade” se refere a uma soma de atos humanos, não uma atuação isolada, que mantém uma correlação temporal e lógica, de forma coordenada. O autor<sup>110, p. 587</sup> ainda compreende que ao aludir o termo “normalmente desenvolvida”, tem-se uma “atividade lícita, regulamentada e permitida pelo ordenamento jurídico”. Consigna Tartuce<sup>111, p. 588</sup> que “implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” pode ser assimilado como o fato de o risco ser criado pela própria natureza da atividade exercida, bem como que os direitos lesionados podem ser de qualquer modalidade ou se revestir de qualquer caráter.

Assim também clarifica o Enunciado n. 555 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “Os direitos de outrem mencionados no parágrafo único do art. 927 do Código Civil devem abranger não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial”. Nesse diapasão salutar são as disposições do Conselho de Justiça Federal, em concretização doutrinária. Pode-se verificar que, conforme concretiza o Enunciado n. 448 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

Nesse mesmo sentido, o Enunciado n. 38 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal compreende que “a responsabilidade fundada no risco da atividade (...) configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

Logo, a interpretação da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil não conduz à exigência de atividade de cunho perigoso, mas que se traduza em um risco especial, diferenciado das demais atividades, conforme a estatística, a prova técnica e as máximas da experiência. Não se pode olvidar que determinadas atividades de tratamento de dados pessoais preconizam um risco especial, inerente a si mesma, não observado em outras atividades

<sup>107</sup> FARIAS, *op. cit.*

<sup>108</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

<sup>109</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

e que tem em si uma tutela específica no direito positivo. A complexidade da tutela dos dados pessoais no ordenamento brasileiro é tratada pela doutrina. Cita-se Ruaro e Sarlett<sup>112</sup>, p. 194:

Assim, em uma análise mais pormenorizada dos dispositivos desse instrumento legal, podem ser apontados como desdobramentos do direito à proteção de dados, dentre outros, os direitos: ao livre acesso, à qualidade dos dados, à transparência, à segurança, à prevenção e à não discriminação.

Também nesse sentido, Zanatta et al<sup>113</sup> compreendem que a atual maneira com a qual os dados pessoais são tratados, coletados e perfilados, com uma possibilidade infinita de armazenamento, constitui fatores que geram um grande risco acentuado de impacto global, ante a configuração da interrelação entre os diversos espectros de pessoas no globo através da cultura digital. No mais, Sarlet<sup>114</sup>, p. 209 também corrobora com o entendimento desta complexidade:

No caso do direito fundamental à proteção de dados pessoais, isso é de especial relevância, em virtude do poder econômico e social, mas também político, exercido por grandes corporações, gerando um grande desequilíbrio entre as partes envolvidas na teia de relações jurídicas que se estabelecem. Além disso, não se deve desconsiderar que quanto aos dados pessoais, ainda mais em se tratando do mundo digital, a exigência do consentimento do titular dos dados e usuário das tecnologias de informação (aplicativos de toda ordem, mídias sociais, compras pela internet etc.), embora cogente do ponto de vista constitucional e legal, esbarra de modo substancial – ainda que diferenciada – nas limitações à autonomia privada.

Pode-se observar também que, conforme Enunciado n. 446 da V Jornada de Direito Civil do CJF, “a responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade”.

Destarte, a própria doutrina da responsabilidade civil objetiva preconiza a tutela de interesses difusos e coletivos<sup>115</sup>, uma vez que se atuando no sentido da proteção especial da vítima lhe garante “acesso à cidadania, ao mínimo existencial e, principalmente, acesso ao judiciário mediante o exercício de pretensões de reparação de danos, sem que o ofendido seja constrangido a produzir ‘prova diabólica’ do ilícito culposos do agente”<sup>116</sup>. Considerando, pois, que a Proteção de Dados Pessoais assume a posição de Direito Fundamental no ordenamento

<sup>112</sup> RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabriel Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da lei geral de proteção de dados (LGPD) – Lei 13.709/2018. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>113</sup> ZANATTA, Rafael; VALENTE; Jonas; MENDONÇA, Júlia. Entre o abusivo e o excessivo: novos contornos jurídicos para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na LGPD. In: LATERÇA, P. S.; FERNANDES, E.; TEFFÉ, C. S.; BRANCO, S. (coord.). *Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes*. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro: Obliq, 2021. p. 396-426.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

<sup>115</sup> MARTINS, Guilherme. A Travessia do Individual ao Social: Dano Moral Coletivo nas Relações de Consumo. In: ROSENVALD, N.; TEIXEIRA NETO, F. (org). *Dano Moral Coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 199-2019.

<sup>116</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

jurídico brasileiro, constitucionalmente assegurado, não deve ser vislumbrado pela mera ótica individualista, mas carente de concretização via tutela coletiva<sup>117</sup>.

Nessa direção advogam Ruaro e Sarlet<sup>118</sup> ao aduzir que a proteção de dados interessa um olhar mais aprimorado na busca pela tutela dos interesses difusos e coletivos tendo-se em vista os interesses das futuras gerações em sintonia com a tônica da responsabilidade. Ao dispor acerca do caráter de Direito Fundamental deferido à Proteção de Dados, Sarlet<sup>119</sup> reitera que este possui uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva, cumprindo uma multiplicidade de funções na ordem jurídico-constitucional. Por sua vez, a condição de direito subjetivo correlaciona um conjunto heterogêneo de posições subjetivas de natureza negativa, enquanto a condição objetiva se consubstancia na prerrogativa exigir a prestações, de natureza fática ou normativa, do Estado no sentido de sua proteção<sup>120</sup>.

Portanto, o tratamento de dados pessoais pode se traduzir em uma atividade que implica em risco para direitos de outrem, seja de ordem material, ou pessoal, o que conduz à “necessidade de utilização e otimização de técnicas processuais que assegurem, com o maior nível possível de eficácia” a tutela desse direito fundamental<sup>121, p.201</sup>.

A imputação objetiva da responsabilidade de indenizar decorrente de danos oriundos de um determinado tratamento de dados pessoais, por conseguinte, não deriva de opção legislativa exarada no corpo textual da LGPD, mas se fundamenta na coordenação com a cláusula geral do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, uma vez que esta não se limita às situações explícitas no direito positivo, mas às situações de fato por ela regimentada, quando presentes os referidos pressupostos.

Firmados esses pressupostos, deve-se caminhar, portanto, para a possibilidade de traçar parâmetros para compreender o espectro de aplicação da imputação objetiva da responsabilidade de indenizar, em face de dano oriundo do manejo de dados pessoais. Nesse sentido, há atividades e setores com regramento específico de responsabilização, tais quais as relações de consumo e a administração pública, com fundamento no art. 45 da LGPD, como visto alhures, e no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, respectivamente. No específico caso das relações de consumo, o manejo do sistema de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor é objeto de prevalência normativa expressa na própria LGPD.

Embora não o seja objeto do presente estudo, é importante consignar que o panorama atual da Responsabilidade Civil do Estado por ação de seus agentes se fundamenta na Teoria do Risco Administrativo, de feição objetiva, o que afasta a discussão de culpa salvo na etapa

<sup>117</sup> ZANATTA, Rafael. Proteção de dados pessoais como regulação do risco: uma nova moldura teórica?. In: I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet. Rio de Janeiro: Rede de Pesquisa em Governança da Internet, 2018.

<sup>118</sup> RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabriel Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da lei geral de proteção de dados (LGPD) – Lei 13.709/2018. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 190-211.

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

de direito de regresso<sup>122</sup>. Para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, ainda que amparado na hipótese autorizativa de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, há a prevalência de uma responsabilidade objetiva, com respaldo na Constituição Federal.

Quanto às atividades privadas, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados elencou uma série de situações as quais há o reconhecimento regulatório de representam um alto risco, trazendo uma carga proporcional à vulnerabilidade proporcionada pelo agente de tratamento. Tais casos invariavelmente compõem o espectro de aplicação da responsabilidade objetiva, por estarem presentes os pressupostos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, isto é, a atividade normalmente desenvolvida implica em riscos a direitos de outrem. O que representa, inclusive, a construção do “fortuito interno”, para mitigar o manejo da excludente de nexo causal nessas atividades.

Consoante disposto na Resolução CD/ANPD n. 2, de 2022<sup>123</sup>, há alto risco quando atender ao pelo menos um dos critérios gerais e um dos critérios específicos. São critérios gerais: (i) o tratamento de dados pessoais em larga escala; ou (ii) o tratamento de dados pessoais que possa afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares. Por sua vez, são critérios específicos: (i) uso de tecnologia emergentes ou inovadoras; (ii) vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público; (iii) decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais, inclusive aquelas destinadas a definir o perfil pessoal, profissional, de saúde, de consumo e de crédito ou os aspectos da personalidade do titular; (iv) utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, de adolescentes e de idosos.

Indo-se além, é importante consignar que o critério de categoria do titular do dado pessoal, isto é pessoa vulnerável, idosa ou criança e adolescente, ou da natureza da informação manejada, isto é, dado pessoal sensível, enquadra-se na espécie de tratamento de dados com potencial significativo para afetar interesses e direitos fundamentais dos titulares por si só<sup>124</sup>.

Para fins do presente estudo, considera-se que além do alto risco reconhecido institucionalmente pela ANPD, há espécies de tratamento de dados pessoais que viabilizam mediante uma atividade de ponderação de riscos aos direitos dos titulares<sup>125</sup>, o que aponta para a caracterização contextual de atividade normalmente desenvolvida com implicação em riscos a direitos de outrem, atraindo a responsabilidade objetiva.

Contextualmente, as atividades que envolvem a realização de Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD) revelam um processo de sopesamento dos riscos a direitos funda-

<sup>122</sup> TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>123</sup> BRASIL. *Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022*. Aprova o Regulamento de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2022. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019>. Acesso em: 30 ago. 2023.

<sup>124</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 1 set. 2023.

<sup>125</sup> GOMES, Maria Cecília O. Relatório de impacto à proteção de dados: Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD. In: *Revista do Advogado*. v. 39, n. 144, p. 174-183, nov., 2019.

mentais e liberdades civis dos titulares. A própria definição legal do RIPD traduz a sua funcionalidade no manejo de riscos a direitos fundamentais<sup>126</sup>. A elaboração de um RIPD pelo controlador pode ser exigida pela ANPD se o tratamento for reconhecido pela autoridade como resultante em riscos aos direitos fundamentais do titular, ou quando for fundamentado na hipótese autorizativa constante no inciso IX do art. 7º, da LGPD, isto é o Legítimo Interesse do Controlador ou de terceiro<sup>127</sup>. Ressalta-se, ainda, que as situações em que o RIPD pode ser exigido são passíveis de regulamentação específica pela ANPD, como estabelece a LGPD<sup>128</sup>, alargando o rol, ou criando condicionantes para sua configuração.

A elaboração de um RIPD, aliado à categoria do titular do dado, à natureza do dado ou à base legal que fundamenta o tratamento, demonstra contextualmente que a atividade é considerada de imaneente risco aos direitos fundamentais dos titulares<sup>129</sup>, atraindo o regime objetivo de responsabilização. O rol de situações em que a imputação objetiva pode ser aplicada não se esgota naquelas dispostas nominalmente no presente estudo, mas pode ser alcançado a partir do diálogo de fontes com o Código Civil, analisando as questões fáticas que envolvem o caso concreto. Nesse sentido, em específico às relações descortinadas para acesso às redes sociais, a vulnerabilidade do titular ainda mais se acentua, pois:

[...] essa vulnerabilidade se expõe no sentido da forma de conclusão contratual [...], bem como se expõe no que tange à assimetria informacional, diante da gerência da plataforma, que fica a cargo do provedor, não estando disponíveis a completude das informações e o domínio da ciência da computação pelo homem médio.<sup>130, p. 130</sup>

Assim, a partir da análise contextual, a objetividade da imputação da obrigação indenizatória pode se mostrar como eficaz acesso à pretensão reparatória, ao eliminar a discussão sobre culpa<sup>131</sup> e alocá-la no nexa causal, em reforço à carga positiva de obrigações descortinadas pela LGPD, no escopo de sua função preventiva e abordagem baseada em risco.

<sup>126</sup> LGPD, art. 5º: “XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco”.

<sup>127</sup> LGPD, “art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”.

<sup>128</sup> LGPD: “Art. 55-J. Compete à ANPD: [...] XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei”.

<sup>129</sup> GOMES, Maria Cecília O. Relatório de impacto à proteção de dados: Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD. In: *Revista do Advogado*. v. 39, n. 144, p. 174-183, nov., 2019.

<sup>130</sup> ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. A aplicação do Princípio da Função Social do Contrato em Contratos Eletrônicos de redes sociais e seu papel na democratização de Direitos Fundamentais. *Revista Conversas Civilísticas*, Salvador, v. 1, n. 2, p. 111-134, jul./dez. 2021.

<sup>131</sup> Poderia se pensar que a responsabilidade civil subjetiva com presunção de culpa resolveria os problemas atinentes ao ônus probatório. Contudo, raciocínio semelhante desconsidera a assimetria informacional que há entre titular de dados e controlador, impondo à vítima o dever de rebater as alegações do ofensor quando não dispõe do mesmo conhecimento específico quanto à tecnologia e segurança da informação, restando extinta a paridade de armas.

Para além de tais circunstâncias, há tratamentos de dados pessoais que, a princípio e isoladamente, não representam um risco inerente aos direitos de outrem, tal qual o tratamento realizado por agentes de pequeno porte, nos termos da Resolução n. 2/2022 da ANPD, e o tratamento realizado para cumprimento de obrigação legal ou regulatória.

Nos casos em que não ocorrer a avaliação da culpa e ilicitude do agente de tratamento, é possível compreender que a excepcional diligência do ofensor, essencialmente na observância do *standard* de condutas apresentado pela LGPD, pode ser digna de proteção mediante reações positivas do ordenamento, tais quais a o cadastro positivo de louváveis agentes econômicos para fins de incentivo à obtenção de financiamentos públicos, redução de juros ou na própria percepção positiva de sua imagem pela sociedade, o que representa reflexos patrimoniais para as empresas<sup>132</sup>.

À guisa de exemplo, no escopo da dosimetria de aplicação de sanções, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)<sup>133</sup> estabeleceu parâmetros para definição da sanção, dentre os quais se encontram a boa-fé do infrator, a sua cooperação, a adoção de mecanismos e procedimentos de minimização dos danos e a adoção de boas-práticas e governança. Na dosimetria da sanção de multa, a implementação de política de boas práticas e de governança ou de adoção de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar os danos aos titulares são tidas como circunstâncias atenuantes do seu quantitativo pela ANPD<sup>134</sup>.

Outro exemplo é a discussão oriunda do Projeto de Lei n. 4, de 2022<sup>135</sup>, em tramitação junto ao Senado Federal, que visa deferir incentivos fiscais aos agentes cumpridores dos deveres impostos por ocasião da LGPD, permitindo descontos da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), e outros tributos, de créditos relativos a valores dispendidos no investimento em atividades de adequação à proteção de dados pessoais.

<sup>132</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>133</sup> BRASIL. *Resolução CD/ANPD nº 4, de 24 de fevereiro de 2023*. Aprova o Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas: Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2023. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-4-de-24-de-fevereiro-de-2023-466146077>. Acesso em: 08 abr. 2023.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4, de 2022*. Altera as Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002; 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e 10.865, de 30 de abril de 2004. Senado Federal: 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151507>. Acesso em: 08 abr. 2023.

## ■ CONCLUSÕES

Ante o exposto, pode-se inferir que a imputação objetiva da responsabilidade de indenizar é fruto da concretização da doutrina do Direito Civil Constitucional, uma vez que é informada pelo princípio constitucional da Solidariedade Social e preconiza a função reparatória da responsabilidade civil. Assim, não se pode negar o avanço legislativo que consubstancia o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil ao alterar a perspectiva da responsabilidade civil, que passa do ofensor à vítima. A mudança de paradigma da responsabilidade civil pode ser vislumbrada no que tange à não subserviência da imputação objetiva à imputação subjetiva, que passaram, com o advento do Código Civil de 2002, ao mesmo patamar na ordem civil-constitucional.

Por conseguinte, a interpretação da cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil afasta a preponderância do texto normativo na definição do regime jurídico de imputação da responsabilidade civil. À luz do aludido dispositivo, há imputação objetiva quando assim prever o texto legal, ou quando da atividade normalmente desenvolvida implicar risco aos direitos de outrem. Logo, não é somente o critério legislativo que implica na responsabilidade objetiva, mas, também, o critério de fato, conforme a estatística, a prova técnica e as máximas da experiência.

Especificamente no que toca ao regime jurídico de responsabilidade civil positivado na Lei n. 13.709, de 2018, a parcela doutrinária que defende o regime subjetivo correlaciona-o a uma interpretação sistemática interna, valorizando os *standarts* de conduta e premiando agentes de tratamento de dados que cumprem com as obrigações impostas pela LGPD. Nesse caso, observa-se a primazia da função preventiva da responsabilidade civil. A outro giro, a vertente da doutrina que entende pela objetividade do regime jurídico de responsabilização realiza uma interpretação sistemática com outras normas, notadamente com o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, a fim de compreender sob a ótica do risco inerente à atividade, a máxima proteção da vítima e o deslocamento do cerne da discussão para o nexos causal, privilegiando-se a função compensatória da responsabilidade civil.

Infere-se que a interpretação lógico-sistemática, entre os tipos de interpretação, se compatibiliza com a noção de um ordenamento jurídico sistêmico, integrado e congruente. De mesma forma, a teoria de diálogo das fontes instrumentaliza essa hermenêutica sistemática, retirando a força de tradicionais dogmas e fomentando a aplicação simultânea de diplomas normativos, concretizando valores constitucionalmente tutelados.

Diante desse arcabouço axiológico, o presente estudo tem por resultado compreender que a viabilidade do regime de imputação objetiva da obrigação indenizatória no ecossistema sob regência da LGPD deve ser pautada nas atividades em que se demonstre um risco inerente aos direitos fundamentais do titular, resultando em um espectro de sua aplicação. Esse espectro é composto por situações compreendidas a partir do reconhecimento legal ou regulatório do risco, como nas hipóteses em que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) denota a condição de “tratamento de dados pessoais de alto risco”, na esteira de sua Resolução n. 2, de 2022, bem como nas circunstâncias em que o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD) for exigido, consoante regras dispostas na própria LGPD, observando-se a viabilidade de regulamentação por parte da ANPD.

Destaca-se, ainda, que a avaliação da categoria do titular do dado pessoal, isto é, pessoa vulnerável, idosa ou criança e adolescente, ou da natureza da informação manejada, isto é, dado pessoal sensível, pode demonstrar um tratamento de dados com potencial significativo para afetar direitos fundamentais dos titulares, atraindo a responsabilização objetiva. Para além de tais hipóteses, o espectro de aplicação da imputação objetiva pode ser alcançado a partir do diálogo de fontes com o Código Civil e demais normas aplicáveis, analisando as questões de fato que envolvem o caso concreto, tendo por norte o risco que a atividade normalmente desenvolvida possa oferecer aos direitos fundamentais do titular.

A aplicação da teoria do diálogo das fontes demonstra a possibilidade de coordenação e suplementação entre o regime de imputação objetiva, inaugurado pelo art. 927, parágrafo único, do Código Civil e a Lei n. 13.709, de 2018, com vistas à concretização do direito fundamental à Proteção de Dados Pessoais, demonstrando uma concepção sistemática de ordenamento, cujo cume é Constituição Federal. A esse respeito, as diretrizes da LGPD dão cores ao preenchimento no caso concreto dos pressupostos da teoria do risco da atividade, prevista no Estatuto Civil.

## REFERÊNCIAS

ACIOLY, Luis Henrique de Menezes. A aplicação do Princípio da Função Social do Contrato em Contratos Eletrônicos de redes sociais e seu papel na democratização de Direitos Fundamentais. *Revista Conversas Civilísticas*, Salvador, v. 1, n. 2, p. 111-134, jul./dez. 2021.

ACIOLY, Luis Henrique de Menezes; TELES, Jéssica Fonseca. A Autonomia Privada como Fundamento para a Regulamentação da Herança Digital. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre, v. 46, p. 102-126, jan./fev. 2022.

ANTUNES, Manuel Pelicano. *Um direito que não quer ter culpa? Abuso da posição predominante*. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 27, v. 115, p. 21-40, jan./fev. 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo Interesse: Aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 163-176.

BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. *civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1-23, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/662/506>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CAPANEMA, Walter Aranha. A Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. *Cartas Jurídicas*, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 163-170, jan./mar. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O Estado entre dados e danos: uma releitura da Teoria do Risco Administrativo na sociedade da informação. In: FALEIROS JÚNIOR, J. L. M.; LONGHI, J. V. R.; GUGLIARA, R. (org.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 21-47.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GOMES, Maria Cecília O. Relatório de impacto à proteção de dados: Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 174-183, nov. 2019.

GONDIM, Glenda Gonçalves. A Responsabilidade Civil no Uso Indevido dos Dados Pessoais. *Revista IBERC*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 19-34, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/140>. Acesso em: 30 out. 2021.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do Tratamento de Dados. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 219-241.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

LIMBERGER, Têmis. Informação em rede: uma comparação da lei brasileira de proteção de dados pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu. In: MARTINS, G. M.; LONGHI, J. V. R. (org.). *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 253-260.

MADALENA, Juliano. Regulação das Fronteiras da Internet: Um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: MARTINS, G. M.; LONGHI, J. V. R. (org.). *Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 183-206.

MARQUES, Cláudia Lima. “O diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, C. L. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MARTINS, Guilherme. A Travessia do Individual ao Social: Dano Moral Coletivo nas Relações de Consumo. In: ROSENVALD, N.; TEIXEIRA NETO, F. (org.). *Dano Moral Coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 199-2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 27, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?. *Migalhas*, São Paulo, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-deresponsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-dedados-pessoais--culpa-ou-risco>. Acesso em 20 out. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 1 set. 2023.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabriel Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da lei geral de proteção de dados (LGPD) – Lei 13.709/2018. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 190-211.

SANTOS, Marcelo Vinícius Miranda. Critérios de Imputação da Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *Revista Conversas Civilísticas*, Salvador, v. 1, n. 2, p. 87-110, jul./dez. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W.; MENDES, L. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (org). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 330-349.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 97-115, jan./mar., 2020.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Responsabilidade Civil Objetiva: da Fragmentariedade à Reconstrução Sistemática*. Indaiatuba: Foco, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 6-9, jul./set., 2015.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

WIMMER, Mirian. A LGPD e o balé dos princípios: tensões e convergências na aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais ao setor público. In: FRANCOSKI, D. S. L.; TASSO, F. A. (coord.). *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 163-189.

ZANATTA, Rafael; VALENTE, Jonas; MENDONÇA, Júlia. Entre o abusivo e o excessivo: novos contornos jurídicos para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na LGPD. In: LATERÇA, P. S.; FERNANDES, E.; TEFFÉ, C. S.; BRANCO, S. (coord.). *Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes*. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro: Obliq, 2021. p. 396-426.

ZANATTA, Rafael. Proteção de dados pessoais como regulação do risco: uma nova moldura teórica?. In: *I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet*. Rio de Janeiro: Rede de Pesquisa em Governança da Internet, 2018. p. 175-193.



# MEDICAMENTOS *OFF LABEL* E A RESPONSABILIDADE MÉDICA

OFF LABEL MEDICINES AND MEDICAL LIABILITY

VERSALHES ENOS N. FERREIRA\* | PASTORA DO SOCORRO T. LEAL\*\* | JOSÉ BRASIL FREIRE JUNIOR\*\*

## RESUMO

Estudo que analisa a prescrição de medicamentos off label, abordando normativas que versem sobre a questão e elucidando a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre essa modalidade de tratamento. Seu objetivo, que se desdobra no problema de pesquisa, é estudar a configuração da responsabilidade civil médica diante deste contexto, apontando as circunstâncias que precisam ser observadas pelo profissional médico. O texto realiza, primeiro, uma investigação acerca da indicação de fármacos off label. Depois, apresenta os entendimentos do STJ e STF quanto à sua dispensação pelo Sistema Único de Saúde e pela Saúde Suplementar. Em seguida, discute a responsabilidade civil médica dentro da liberdade terapêutica de receitar tratamento medicamentoso com uso diferente do aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Metodologicamente, realiza análise exploratória, aplica a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e utiliza o método dedutivo. Como resultados, verificou-se que inexistente regulamento normativo específico sobre a prescrição de terapias off label, sendo que a competência para sua indicação é do médico, pessoa com conhecimento técnico e prático sobre as especificidades da situação do enfermo, assim como cabe a ele suportar eventual responsabilização civil em decorrência de danos à saúde do paciente.

**Palavras-chave:** Medicamentos; Prescrição off label; Erro médico; Danos; Responsabilidade médica.

## ABSTRACT

This study analyzes the prescribing of off-label medicines, looking at regulations that deal with the issue and clarifying the position of the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF) on this type of treatment. Its objective, which unfolds in the research problem, is to study the configuration of medical civil liability in this context, pointing out the circumstances that need to be observed by the medical professional. The text first investigates the indication of off-label drugs. It then presents the STJ's and STF's understanding of their dispensation by the Unified Health System and by Supplementary Health. It then discusses medical civil liability in the context of the therapeutic freedom of prescribing drug treatments for uses other than those approved by the National Health Surveillance Agency. Methodologically, it carries out an exploratory analysis, applies the technique of bibliographical and documentary research and uses the deductive method. The results show that there is no specific regulation on the prescription of off-label therapies, and that the doctor is the one with the competence to indicate them, as he has the technical and practical knowledge of the specifics of the patient's situation, and is also responsible for any civil liability arising from damage to the patient's health.

**Keywords:** Medicines; Off-label prescription; Medical error; Damages; Medical liability.

\* Pós Doutorando em Direito - Universidade Federal do Pará (UFPA) / Bolsista CAPES-MEC.

*vfenos@gmail.com*

<https://orcid.org/0000-0002-9346-6090>

\*\* Pós-doutorado em Direito - Universidade Carlos III, Madrid/ES. Professora da Graduação e da Pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA) e na Universidade da Amazônia (UNAMA).

*pastoraleal@uol.com.br*

<https://orcid.org/0000-0002-2563-518X>

\*\*\*Mestrando em Direitos Fundamentais - Universidade da Amazônia (UNAMA).

*brasilfreire@hotmail.com*

<https://orcid.org/0000-0002-5800-5352>

Recebido em: 30-09-2023 | Aprovado em: 01-11-2023



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 MEDICAMENTOS OFF LABEL; 2 A POSIÇÃO DO STJ E DO STF QUANTO À DISPENSAÇÃO DE FÁRMACOS OFF LABEL PELO SUS E PELA SAÚDE SUPLEMENTAR; 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E OS REMÉDIOS OFF LABEL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

A busca por uma melhor qualidade de vida é um aspecto que as pessoas perseguem ao longo da história da humanidade, e, no decorrer desse processo, o conceito de saúde foi amplificado, saindo de uma simplória ideia de ausência de doenças para alcançar a conjugação do equilíbrio interno do indivíduo, seu bem-estar físico e mental, com o equilíbrio deste com o ambiente, a que se denominou de bem-estar social. Ao fim, o propósito é alcançar uma vida com qualidade, capaz de possibilitar a realização dos mais variados projetos de vida.

Ademais, a despeito da Medicina ter sofrido um extraordinário e vertiginoso progresso, adquirindo segurança e perfeição técnicas suficientes para oferecer maiores possibilidades de cura aos doentes, é fato que o ser humano não está imune a moléstias que lhe ataquem a integridade física. Por desdobraimento, o indivíduo buscará tratamentos capazes de manter ou restituir sua saúde, e, em contrapartida, isso revela a fundamentalidade do profissional médico e um aumento de sua responsabilidade na condução das terapias.

É nesta conjuntura, e observando a liberdade profissional, notadamente na escolha dos meios de diagnóstico e terapêutico, que a prescrição de medicamentos *off label* ganha relevância temática e se torna foco de litigiosidade, conquanto que os problemas de saúde suportados pela população e levados ao conhecimento médico não são acompanhados, *pari passu*, pelo aparato farmacológico, fazendo com que a experiência cotidiana conduza à indicação de determinado fármaco para além do que foi estabelecido na bula.

Assim, o objetivo da pesquisa é refletir sobre a prescrição de remédios fora das indicações para as quais houve o competente registro, problematizando a configuração da responsabilidade civil médica, apontando as circunstâncias que precisam ser observadas diante da situação, especificamente em relação à sua efetividade e segurança. Pois bem, quanto à metodologia, o estudo realiza análise exploratória e qualitativa, aplica a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e utiliza o método dedutivo.

Estruturalmente, está dividido em cinco itens. O primeiro, são as considerações iniciais. No segundo, analisa a indicação de fármacos *off label*, aponta sua definição, normativas aplicáveis e a opinião de entidades. Depois, apresenta os entendimentos do STJ e STF quanto à sua dispensação pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pela Saúde Suplementar. Após, discute a responsabilidade civil médica. Por fim, apresenta as conclusões.

## 1 MEDICAMENTOS OFF LABEL

A utilização de fármacos com os propósitos de prevenção, alívio, tratamento e cura para as mais variadas doenças que acometem o ser humano é medida inafastável ante a busca pela preservação da vida e recuperação da saúde. Para atingir esses objetivos, as pessoas recorrem aos produtos comercializados pelas sociedades empresárias ou se utilizam da Política Nacional de Medicamentos, onde o Estado adquire o remédio e fornece à população, pautando-se na realização da equidade e da justiça social, sem descuidar da segurança, eficácia e qualidade.

Cabe ao Poder Público, dentro desta conjuntura e através de suas instituições, salvar a saúde e a vida de seus cidadãos, seja neutralizando ou minimizando os riscos decorrentes da ingestão de remédios e do uso de outras tecnologias pelos indivíduos, podendo adotar ações preventivas e coercitivas. Para tanto, a Lei nº 9.782, de 1999, criou e regulamentou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia federal de regime especial, de abrangência nacional, à qual é atribuída a função de autorizar a fabricação, distribuição, comercialização e importação de medicamentos no Brasil através de normas administrativas, além de controlar toda a atividade e insumos que tragam qualquer risco à saúde.

Convém destacar que, na condição de entidade responsável pelo controle sanitário no país, a regulamentação medicamentosa da ANVISA é seguida, obrigatoriamente, pelos integrantes do SUS, inclusive as portarias do Ministério da Saúde sobre fármacos elencam apenas os permitidos por aquela, mesmo em relação aos medicamentos excepcionais. Registre-se, por oportuno, que com a edição da Lei nº 14.313, de 21 de março de 2022, aquela Agência deixou de ser a única e última instância administrativa com competência para dispor sobre a dispensação de medicamentos pelo SUS.

Com a nova lei, que alterou o artigo 19-T, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC) adquiriu a prerrogativa de recomendar a dispensação de medicamentos para uso em programas de saúde pública do Ministério da Saúde e desde que eles sejam adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, a exemplo da Organização Pan-Americana de Saúde, e isso mesmo que não haja registro na ANVISA e nem protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde.

E mais, a supracitada Lei permitiu ao SUS realizar a prescrição e aplicação de medicamentos *off label*, desde que essas tecnologias tenham sido recomendadas pela CONITEC, resultando numa ampliação do uso desses fármacos. É pertinente ponderar, neste íterim, que o registro de medicamento no Brasil é regulado pela Lei nº 6.360, de 1976, fazendo com que os remédios estejam submetidos a um regime jurídico-administrativo, resultando que uma tecnologia medicamentosa só poderá ingressar no mercado de consumo após registro, junto à ANVISA, e desde que seja demonstrada segurança e eficácia em seu uso.

Logo, a comercialização de fármacos é uma atividade regulada pelo Poder Público, isto é, existe uma instituição com competência administrativa para referida autorização prévia, que funciona como condição basilar para o ingresso de medicamentos no comércio. Inclusive, a ANVISA, através das Resoluções da Diretoria Colegiada, RDC nº 60, de 2014<sup>1</sup> (Concessão e renovação do registro de medicamentos com princípios ativos sintéticos e semissintéticos,

<sup>1</sup> Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 60, de 2014*. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2014/rdc0060\\_10\\_10\\_2014.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2014/rdc0060_10_10_2014.pdf). Acesso em: 02 ago. 2023.

classificados como novos, genéricos e similares) e nº 55, de 2010<sup>2</sup> (Registro de produtos biológicos novos e produtos biológicos), deixa em evidência a preocupação central com a segurança e eficácia dessas tecnologias, visto que a presença dessas características revela que os órgãos de regulação sanitária estão agindo com a primazia necessária ao bem-estar social.

Existe uma preocupação contínua do Poder Público no que se refere ao consumo de fármacos, seja no momento anterior ao registro, seja quanto ao pós-registro, inclusive com a retirada de medicamentos do mercado de consumo. E, dentro deste contexto, a bula do remédio tem um papel importante, posto que condensa informações relevantes, a exemplo do princípio ativo, indicações, posologia, efeitos colaterais, enfim, um conglomerado de esclarecimentos que auxilia o paciente a consumir, conscientemente, um determinado remédio, ficando ciente dos benefícios e dos possíveis malefícios, dentro de uma conjuntura específica, ou seja, utilização para combater uma determinada patologia. Aliás, a ANVISA, mediante a RDC nº 47, de 2009<sup>3</sup>, estabeleceu regras para a elaboração, harmonização, atualização, publicação e disponibilização de bulas de medicamentos para pacientes e para profissionais de saúde.

Pois bem, ao lado do consumo de fármacos orientado para o combate de determinada doença ou doenças, consoante relatório técnico da fabricante e referendado pela ANVISA, ou por qualquer outra agência regulatória (FDA, EMA, NMPA, PMDA), existe uma realidade no campo da medicina que é o consumo de medicamentos para situações diferentes da orientada pela bula, divergindo em relação à dose, à idade, ao tempo de consumo, à via de administração. Juliana Diel *et al.* dizem que o uso *off label* “é uma prática generalizada, crescente e internacional que preocupa profissionais de saúde e pacientes por causa da falta de segurança”<sup>4</sup>, p. 02.

Evidentemente, a melhor compreensão do tema exige conhecimento quanto à sua conceituação. Para Nathalia Antonio *et al.*<sup>5</sup>, p. 55, o uso *off label* de medicamentos é definido pelo uso de um produto em situações diferentes da orientada pela agência reguladora do país, sendo a prescrição feita fora das indicações terapêuticas, divergindo quanto às recomendações contidas na bula; sendo que para evitar a exposição a riscos desnecessários é indicado que haja o consentimento do paciente para essa prática clínica.

<sup>2</sup> Id. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 55, de 2010*. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/sau-delegis/anvisa/2010/res0055\\_16\\_12\\_2010.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/sau-delegis/anvisa/2010/res0055_16_12_2010.html). Acesso em: 02 ago. 2023.

<sup>3</sup> Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 47, de 2009*. Disponível em: <http://www.crfsp.org.br/orientacao-farmacaceutica/legislacao/113-juridico/legislacao/1699-resolucao-rdc-no-47-de-08-de-setembro-de-2009.html>. Acesso em: 02 ago. 2023.

<sup>4</sup> DIEI, Juliana do Amaral Carneiro; HEINECK, Isabela; SANTOS, Djanilson Barbosa dos; PIZZOL, Tatiane da Silva da. Uso *off-label* de medicamentos segundo a idade em crianças brasileiras: um estudo populacional. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 23, p. 1-11, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-549720200030>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/XpSwCkcrWq83WmZVnKnxKZw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 31 jul. 2023.

<sup>5</sup> ANTONIO, Nathalia Cristina Leite *et al.* Prescrição *off label* de medicamentos: definição, áreas de utilização e regulamentação. *J Health Sci Inst*, [S.l.], v. 39, n. 1, p. 54-60, jan./mar. Disponível em: <https://repositorio.unip.br/journal-of-the-health-sciences-institute-revista-do-instituto-de-ciencias-da-saude/prescricao-off-label-de-medicamentos-definicao-areas-de-utilizacao-e-regulamentacao/>. Acesso em: 03 ago. 2023.

Por sua vez, Antônio Carneiro e João Costa<sup>6, p. 682</sup> definem o uso *off label* como a prescrição para uma indicação/doença/doente fora das indicações aprovadas ou efetuada em populações não estudadas — a exemplo da pediátrica, ou, ainda, utilizando vias de administração e dosagem não aprovadas. Receitar medicamentos *off label*, dizem os autores, é conduta admitida, se baseando no conceito de que as agências oficiais não regulam a prática da medicina e os médicos têm liberdade de decisão em relação ao que acham melhor para os seus pacientes.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mediante sua Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021<sup>7, pp. 3, 5, 6</sup>, definiu o uso *off label* dizendo que é o uso de medicamento, material ou qualquer outra espécie de tecnologia em saúde, para indicação que não está descrita na bula ou manual registrado na ANVISA ou disponibilizado pelo fabricante. Por isso, neste mesmo documento, a ANS permite às operadoras de planos de saúde suplementar excluir de sua cobertura contratual os tratamentos *off label*, à exceção dos casos nos quais houver aprovação de sua disponibilização no SUS.

Já o Ministério da Saúde, através da CONITEC<sup>8, p. 398</sup>, assevera que o termo *off label*, ainda sem tradução oficial para o português, se refere ao uso diferente do aprovado em bula ou ao uso de produto não registrado no órgão regulatório de vigilância sanitária no país, que, no Brasil, é a ANVISA. A denominação engloba variadas situações em que o fármaco é usado em não conformidade com as orientações da bula, incluindo a administração de formulações extemporâneas ou de doses elaboradas a partir de especialidades farmacêuticas registradas; indicações e posologias não usuais; administração do medicamento por via diferente da preconizada; administração em faixas etárias para as quais o medicamento não foi testado; e indicação terapêutica diferente da aprovada para o medicamento. Acrescenta que sua utilização está mais presente em algumas situações clínicas, como em oncologia, e em populações específicas, tais como crianças, idosos e gestantes, dada a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de realizar ensaios clínicos com esses grupos.

O Conselho Nacional de Saúde<sup>9</sup> informa que entre os fármacos *off label* mais conhecidos estão o Ácido Acetilsalicílico (Aspirina), desenvolvido como analgésico, mas usado também para prevenção de trombose e de infartos, e o Dimenidrinato (Dramin), criado para náuseas e enjoos, mas utilizado também como indutor do sono. As prescrições *off label* também incluem antiepiléticos que são indicados para tratamento da dor neuropática ou enxaqueca e antidepressivos utilizados para amenizar dores crônicas, dentre outros. A entidade defende

<sup>6</sup> CARNEIRO, Antônio Vaz; COSTA, João. A prescrição fora das indicações aprovadas (*off-label*): prática e problemas. *Revista Portuguesa de Cardiologia*, [S.l.], v. 32, n. 9, p. 681-686, set. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.repc.2013.01.006>. Disponível em: <https://www.revportcardiol.org/pt-a-prescricao-fora-das-indicacoes-articulo-S0870255113001315>. Acesso em: 31 jul. 2023.

<sup>7</sup> Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021*. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw==>. Acesso em: 01 ago. 2023.

<sup>8</sup> COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. *Uso off label: erro ou necessidade?*. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 46, n. 2, p. 395-397, abr. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-89102012000200026>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/zLdN6Dfgf5B6wQvR9XNmnGR/?lang=pt>. Acesso em: 22 jul. 2023.

<sup>9</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *CNS promove seminário sobre medicamentos off-label, remédios desenvolvidos para determinadas doenças e utilizados para outras enfermidades*. *Conselho Nacional de Saúde*. Brasília, 05 maio 2022a. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2464-cns-promove-seminario-sobre-medicamentos-off-label-remedios-desenvolvidos-para-determinadas-doencas-e-utilizados-para-outras-enfermidades>. Acesso em: 25 jul. 2023.

uma maior integração entre a ANVISA e a CONITEC para ampliar o debate sobre o uso racional de medicamentos, o respeito à ciência, e o fortalecimento das agências reguladoras.

Ademais, cabe trazer à colação a visão da ANVISA sobre os medicamentos *off label*, conquanto que é o órgão responsável pela avaliação da segurança e eficácia dos medicamentos. Em face da edição da Lei nº 14.313, de 21 de março de 2022, a agência<sup>10, p. 02</sup> divulgou nota afirmando que o uso *off label* é reconhecido como condição por vezes necessária e restrita à prática clínica, podendo abranger não somente o uso em indicações não solicitadas à Autoridade Reguladora e, portanto, não autorizadas, mas também em condições outras que as estabelecidas em bula, relativamente a doses, a regimes posológicos, a população alvo (adulto/infantil/lactentes/grávidas), a forma de administração e outros.

Verifica-se que a ANVISA não chega a proibir, explicitamente, a prescrição fora das indicações aprovadas, particularmente porque essa prática faz parte da práxis médica, por variados motivos. Nathalia Antonio *et al.*<sup>11, p. 55</sup> aduzem alguns: 1) a ausência de aprovação do fármaco para uma população específica (grávidas, crianças, obesos, idoso, etc.) é um dos fatores que ocasionam o uso *off label*; 2) a existência de uma doença crônica terminal que leve ao uso de qualquer terapêutica medicamentosa, lógica e disponível; 3) quando um fármaco de uma determinada classe é aprovado para uma determinada indicação, tende-se a utilizar outros da mesma classe não aprovados, para essa mesma situação. Acrescentam que quando duas enfermidades têm fisiopatologias parecidas, se o fármaco estiver aprovado para o tratamento de uma delas, existe a tendência de arriscar o seu uso para o tratamento da outra. Neste ínterim, a vantagem de sua utilização está no acesso precoce a medicamentos com potencial valor terapêutico, dando aos profissionais de saúde novas práticas clínicas com evidências recentes e contribuindo para o progresso científico.

Na prática, segundo a CONITEC<sup>12, p. 398</sup>, na área da pediatria é estimado que o uso *off label* seja maior que 90%, enquanto em adultos esse uso varie entre 7,5% e 40% das prescrições. Estudo em ambulatório identificou que 21% das prescrições foram *off label*, das quais apenas 27% foram pautadas em evidências clínicas robustas.

Pesquisa de Juliana Diel *et al.*<sup>13, p. 5-6</sup>, em que foram entrevistados 7.528 indivíduos com 12 anos de idade ou menos, através de seus pais ou responsáveis, concluiu que pelo menos 28,9% desse público utilizaram, pelo menos, um medicamento na modalidade *off label*, no interregno entre 2013 a 2014. O percentual alcança 48% para crianças menores de 01 ano de

<sup>10</sup> Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Nota Anvisa sobre a publicação da Lei nº 14.313/2022*. disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/03/nota-avisa-lei-14313-22mar2022.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2023.

<sup>11</sup> ANTONIO, Nathalia Cristina Leite *et al.* Prescrição *off label* de medicamentos: definição, áreas de utilização e regulamentação. *J Health Sci Inst*, [S.l.], v. 39, n. 1, p. 54-60, jan./mar. Disponível em: <https://repositorio.unip.br/journal-of-the-health-sciences-institute-revista-do-instituto-de-ciencias-da-saude/prescricao-off-label-de-medicamentos-definicao-areas-de-utilizacao-e-regulamentacao/> Acesso em: 03 ago. 2023.

<sup>12</sup> COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. *Uso off label: erro ou necessidade?*. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 46, n. 2, p. 395-397, abr. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-89102012000200026>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/zLdN6Dfgf5B6wQvR9XNmGR/?lang=pt>. Acesso em: 22 jul. 2023.

<sup>13</sup> DIEI, Juliana do Amaral Carneiro; HEINECK, Isabela; SANTOS, Djanilson Barbosa dos; PIZZOL, Tatiane da Silva dal. *Uso off-label de medicamentos segundo a idade em crianças brasileiras: um estudo populacional*. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 23, p. 1-11, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-549720200030>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/XpSwCkcrWq83WmZVnKnxKZw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 31 jul. 2023.

idade. Tais dados deixam em perspectiva a demanda por fármacos voltados para esse grupo populacional e, *pari passu*, a indisponibilidade de opções terapêuticas.

Ora, diante da indisponibilidade de um medicamento, e do enfrentamento de uma patologia, cabe ao profissional médico buscar alternativas, tanto que o Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2217, de 27 de setembro de 2018, aduz que é vedado ao médico “Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.”<sup>14</sup>, p. 27. Inclusive, Vera Raposo<sup>15</sup>, p. 182 afirma que o uso de uma tecnologia farmacêutica fora das condições para as quais recebeu autorização, não atenta contra as boas práticas médicas.

Por outro lado, o CFM, no Parecer CFM nº 2/16<sup>16</sup>, explicita que a indicação e prescrição de procedimentos médicos *off label* são de responsabilidade do médico. Desta forma, os profissionais que procederem com a indicação de fármacos *off label* estão cientes das eventuais responsabilidades que assumem, bem como das possíveis penalidades que poderão suportar, caso ocorram danos, que pode caracterizar erro médico. Ademais, cabe mencionar, também, a questão dos farmacêuticos.

O Código de Ética dos Farmacêuticos, aprovado pela Resolução nº 596, de 21 de fevereiro de 2014<sup>17</sup>, p. 7, do Conselho Federal de Farmácia, dispõe entre suas proibições, no artigo 14, inciso XXIII, a conduta de fornecer, dispensar ou permitir que sejam dispensados, sob qualquer forma, substância, medicamento ou fármaco para uso diverso da indicação para a qual foi licenciado, salvo quando baseado em evidência ou mediante entendimento formal com o prescritor. Assim, se percebe que não há, explicitamente, uma proibição, existindo, sim, referência ao fato de que o prescritor, no caso, o médico, é que arcará com as responsabilidades por eventuais danos ao paciente.

Pois bem, superadas as informações básicas sobre os fármacos *off label*, no próximo item serão investigados os entendimentos do STJ e do STF quanto à dispensação dessas tecnologias pelo Sistema Único de Saúde e pela Saúde Suplementar.

## 2 A POSIÇÃO DO STJ E DO STF QUANTO À DISPENSAÇÃO DE FÁRMACOS *OFF LABEL* PELO SUS E PELA SAÚDE SUPLEMENTAR

A utilização de medicamentos *off label* pelo SUS sempre gerou controvérsia, a despeito das manifestações dos Tribunais superiores, especialmente STJ e STF. Existem, no interior da Lei nº 8.080, de 1990, duas proibições insertas no artigo 19-T, que tratam de vedação em

<sup>14</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018*, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

<sup>15</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. Da proteção dos consumidores-pacientes na prescrição *off-label*. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 110, n. 26. p. 163-186. São Paulo: Editora RT.

<sup>16</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Parecer CFM nº 2/16*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2016. Disponível em: <https://cremers.org.br/wp-content/uploads/2020/06/20.01.2016-Parecer-CFM-2-2016-Prescri%C3%A7%C3%A3o-de-Medicamentos-Off-Label-e-Resolui%C3%A7%C3%A3o-CFM-1.982-2012.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

<sup>17</sup> CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA. *Código de Ética dos Farmacêuticos: Resolução nº 596, de 21 de fevereiro de 2014*. Disponível em: <https://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucoes/596.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

todas as esferas de gestão, sendo dito que é vedado o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela ANVISA, bem como a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Percebe-se que a Lei proíbe a utilização de medicamentos e tratamentos não autorizados pela ANVISA, assim como aqueles que ainda não tenham sido registrados na referida Agência. Obviamente, os fármacos *off label* não receberam autorização para sua prescrição, e a indicação de uso diferente da aprovada pela ANVISA é responsabilidade do médico. Porém, com a edição da Lei nº 14.313, de 2022, o SUS foi autorizado a receitar remédios sem aval da ANVISA, desde que haja recomendação pela CONITEC. Assim, essa prescrição restou autorizada, devendo ser observados certos requisitos específicos, como ficarem demonstradas as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança, e esteja padronizado em protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde.

Inclusive, o artigo 21 do Decreto nº 8.077/2013, que previa que a CONITEC deveria solicitar autorização à ANVISA para que o uso *off label* no âmbito do SUS fosse possível, foi revogado pelo Decreto nº 11.161, de 04 de agosto de 2022. Agora, a CONITEC ganhou maior protagonismo, visto que sua recomendação é suficiente para possibilitar a prescrição, não se podendo olvidar que é um órgão de assessoramento do Ministério da Saúde, responsável pela avaliação da vantajosidade de novas tecnologias em saúde, sob diversas perspectivas, quais sejam, clínica, econômica e financeira. A segurança e a eficácia dos tratamentos distribuídos pelo SUS continuam a ser as diretivas basilares, eis que o fato da CONITEC poder recomendar o uso *off label* não é sinônimo de uma autorização irrestrita, aquelas garantias permanecem.

Evidentemente, na esfera privada não há um controle mais rígido quanto na esfera pública, visto que o médico e o paciente detêm maior liberdade para adotar um determinado tratamento, a exemplo da ingestão de um medicamento *off label*. É lógico que não existe uma liberdade total, o profissional médico deve cumprir seu Código de Ética, e sempre buscar o melhor tratamento, com nível de eficácia satisfatório, e com o menor índice possível de efeitos adversos. Os benefícios devem ser superiores aos malefícios. Ademais, a Resolução Normativa nº 465/2021<sup>18</sup> da ANS permite aos planos privados de saúde excluir de sua cobertura os procedimentos ou tratamentos *off label*.

Contudo, a busca pelo Poder Judiciário se torna realidade quando as esferas pública e privada negam acesso aos fármacos *off label*, o que desemboca na necessidade dos tribunais dirimirem a questão. Para esta pesquisa, analisou-se os entendimentos do STJ e do STF quanto à prescrição de remédios utilizados para uma indicação diferente daquela que foi autorizada pelo órgão regulatório no país.

O STJ, ao julgar o REsp 1657156/RJ, afetou-o pela sistemática de Recursos Repetitivos, submetendo a seguinte questão para julgamento: “Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS” (Tema 106). Por ocasião do julgamento dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018, a Corte firmou a seguinte Tese:

---

<sup>18</sup> Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021*. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDzMw==>. Acesso em: 01 ago. 2023.

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Analisando o item 3, onde se verifica “observados os usos autorizados pela agência”, constata-se que o propósito da Corte foi deixar em evidência que tratamentos e procedimentos *off label* também não podem ser fornecidos por ordem judicial. Entretanto, o próprio STJ, através de suas Turmas (AgInt no AREsp 1682588/SP; AgInt no AREsp 2166381/SP; AgInt no AREsp 1.423.148/SP), vem fixando entendimento que se choca com a Tese firmada outrora, definindo que as operadoras de planos de saúde suplementar estão obrigadas à cobertura de tratamento *off label*, visto que sua negativa é abusiva e significaria limitar tratamento, na medida em que cabe ao médico a definição do procedimento mais adequado à recuperação da saúde do paciente, não sendo responsabilidade da operadora. E mais, a Terceira e Quarta Turmas chegam a mencionar que os planos de saúde devem fornecer, inclusive, tratamento em caráter experimental, posto que o objetivo é enfrentar e curar a moléstia suportada pelo paciente.

Por outro lado, ao julgar o *leading case* RE 657.718, o STF enfrentou o Tema 500 da sistemática da Repercussão Geral (Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA), e, firmou a seguinte tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Ora, apesar da relevância do tema enfrentado pela Corte, não se verificou análise dos chamados medicamentos *off label*. Inclusive, em julgamento monocrático no RE 1308073 RJ, a Ministra Cármen Lúcia declarou ser inaplicável o Tema 500 da sistemática de Repercussão Geral à questão do fornecimento de medicamento de uso *off label*.

Ademais, apesar de pesquisa realizada na jurisprudência do STF não ter encontrado um posicionamento nítido a respeito da temática, é interessante ponderar que ao julgar o RE 855.178, que originou o Tema 793 (“Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde”), o Supremo fixou o entendimento de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. Assim, cabe ao profissional médico a escolha da melhor estratégia terapêutica para enfrentar a moléstia. Evidentemente, no caso dos fármacos

*off label*, convém frisar a questão da competência, se da justiça estadual ou da justiça federal para dirimir pedido de dispensação para este uso.

Os medicamentos para uso *off label*, cumpre mencionar, são registrados junto à ANVISA, o que ocorre é que sua indicação foge do contemplado na sua bula. Ou seja, a agência autoriza sua utilização para uma determinada finalidade, havendo regular registro, mas, o médico o indica para objetivo diverso, o que não significa que a tecnologia não possui registro. O registro existe, a prescrição é que desobedece do entendimento da agência. Deste modo, com base neste entendimento, esposado no RE 657.718-RG (Tema 500), havendo registro na ANVISA dos medicamentos *off label* não há que se falar em participação necessária da União, podendo a parte interessada acionar a Justiça comum estadual para apreciar e julgar sua demanda. Sendo este o entendimento fixado pelo STJ no AgInt no Conflito de Competência nº 177.800 – RS.

Ocorre que, em decorrência da dinâmica jurisprudencial, as duas Turmas do STF em julgados publicados no ano de 2022 pacificaram o entendimento no sentido de que a adequada aplicação do Tema 793 exige que a União seja incluída no polo passivo das ações obrigacionais quando os medicamentos ou tratamentos de saúde pleiteados forem solicitados para o tratamento de enfermidades diversas daquelas para as quais inicialmente prescritos pelos fabricantes e pelos órgãos de saúde, ou seja, uso na modalidade *off label*. É o que se constata nas decisões extraídas da Rcl 49918-AgR-ED e do RE 1360507 AgR, ambas da Primeira Turma, assim como no ARE 1325216 AgR e no ARE 1324375 AgR, oriundos da Segunda Turma.

Ademais, a questão foi novamente debatida pelo STF em sua composição plenária, na Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023, por ocasião do julgamento do RE 1338906 AgR-EDv-AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL (Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Redator(a) do acórdão: Min. ANDRÉ MENDONÇA. Julgamento: 03/07/2023. Publicação: 24/08/2023. Órgão julgador: Tribunal Pleno), ocasião em que a Corte, basicamente, sobrestou o recurso extraordinário até o julgamento final do RE nº 1.366.243-RG/SC (Tema RG nº 1.234).

Pois bem, o Tema 1.234, afetado pela Sistemática da Repercussão Geral, versa sobre a “Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS”. Ora, como dito alhures, a indicação *off label* não afasta o fato de que o medicamento possui registro na agência reguladora, porém, para esse tipo de tratamento devem ser aplicados os mesmos requisitos de concessão para medicamento sem padronização, conjuntura que o STF irá enfrentar ao julgar o RE nº 1.366.243-RG/SC, e fixar a correspondente tese. Assim, caberá à Corte, no contexto de medicamento não padronizado pelo SUS, definir sobre a inclusão ou não da União no polo passivo da demanda.

Percebe-se que o STF ainda não enfrentou a questão em sua profundidade, tanto que o Tema 500 é inaplicável aos medicamentos *off label*, sendo que por ocasião do julgamento do Tema 793, a Corte frisou que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária de todos os entes federados, recaindo a participação obrigatória da União no polo passivo nos casos que envolverem judicialização por medicamentos não registrados na ANVISA, o que não é configurado no caso dos fármacos para uso *off label*. Neste sentido, como a legitimidade passiva da União e a competência da Justiça Federal estão *sub judice* quanto a fármacos não padronizados no SUS, resta aguardar o desfecho da questão junto ao STF.

Ademais, especificamente em relação à dispensação desses medicamentos pelo SUS e pela saúde suplementar, convém repisar que apesar da manifestação do STJ, que através do Tema 106 fixou o entendimento de que não é permitida a dispensação de fármacos *off label*, pelo SUS, por ordem judicial, quando se fala na saúde suplementar a Corte já se pronunciou dizendo que a negativa se constitui em abuso, devendo as operadoras fornecerem não apenas medicamentos em uso *off label*, como também tratamentos experimentais.

Destarte, com a edição da Lei nº 14.313 de 2022, ocorreu autorização para que no âmbito do SUS os profissionais médicos possam receitar e aplicar remédios *off label*, sem aval da ANVISA, havendo a necessidade de recomendação por parte da CONITEC. Assim, a prescrição desses medicamentos, desenvolvidos para determinadas enfermidades e utilizados para outras doenças, restou autorizada, legalmente. Havendo, outrossim, a obrigação de demonstração de evidências científicas quanto à segurança, acurácia e efetividade da tecnologia, e que esteja padronizado em protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde.

Existe, evidentemente, a possibilidade da supracitada Lei ser contestada em Juízo, visto que para alguns a Lei 14.313 de 2022 “é um verdadeiro atentado contra o SUS, a Anvisa e, por consequência, a saúde pública”<sup>19</sup>. Assim, será necessário aguardar os desdobramentos, mas, a questão da responsabilidade civil merece atenção nesta conjuntura.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E OS REMÉDIOS OFF LABEL

A responsabilidade civil é um fenômeno social, estando em plena transformação no contexto das novas tecnologias, mas, continua tendo como um dos seus principais pressupostos a existência de um nexo causal entre o ato e o dano por ele produzido. Sendo que muito mais importante que o ato ilícito que causou o dano é o fato de que esse dano deve ser ressarcido.

Ademais, no Direito tradicional o conceito de responsabilidade civil está alicerçado sob duas teorias, quais sejam: teoria da culpa e teoria do risco. A diferença basilar está na obrigatoriedade ou não da presença da culpa. Na teoria do risco se busca uma reparação do dano em que a culpa é um elemento dispensável, enquanto que na teoria da culpa alguns elementos devem constar para que se chegue à responsabilização de alguém, são eles: ação ou omissão; culpa ou dolo; relação de causalidade entre o dano e a conduta; e, efetivamente o dano.

Orlando Gomes<sup>20</sup>, p. 63 elucida a questão apregoando que dois são os elementos constitutivos do ato ilícito gerador de responsabilização: um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo ou material é o dano. Já o elemento subjetivo é a culpa. E, deverão estar vinculados por um nexo causal. Desta forma, é necessário que o dano seja consequência da atividade culposa de quem o produziu.

Especificamente, em relação aos médicos, profissionais responsáveis pela prescrição, tem-se a inteligência da Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), que em seu artigo 14, §4º, define a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. E, essa opção do legislador se adapta às características

<sup>19</sup> MUSSOLINI, Nelson. ARTIGO: em defesa do sus, da anvisa e da saúde pública. *Conselho Nacional de Saúde*. Brasília, 23 jun. 2022. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2534-artigo-em-defesa-dosus-da-anvisa-e-da-saude-publica-por-nelson-mussolini>. Acesso em: 25 jul. 2023.

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

do mister exercido, posto que o médico tem uma obrigação de meio, ou seja, sua atividade será considerada cumprida desde que o faça servindo-se da técnica correta, ainda que não obtenha o sucesso, qual seja, a cura de uma determinada patologia. Não há, é bom frisar, uma obrigação de resultado. Assim, o conteúdo da relação médico-paciente está no emprego da técnica correta.

Camila Aguiar<sup>21</sup>, p. 8 acentua que a atividade do profissional da saúde é de meio e não de resultado. A medicina é uma ciência inexata, que trabalha, inclusive, com certos fatores de ordem biológica que não se controla, havendo, assim, possibilidades, chances, percentuais. Trata-se de um corpo humano, por isso, quando lemos a bula do remédio há relato de efeitos colaterais. Isso não significa que tais efeitos adversos ocorrerão em todos que tomam o medicamento, pois, refere-se a uma possibilidade, refere-se a uma estatística. Então, em linhas gerais, a medicina é tratada como atividade de meio, mas que comporta exceções. Por outro lado, há uma parcela da Medicina que a jurisprudência entende como sendo atividade fim (de resultado), a exemplo da cirurgia plástica estética, tratamentos dermatológicos estéticos, etc.

Convém frisar que a despeito de ser considerada atividade meio, existe um princípio da responsabilidade profissional, onde será verificada uma conduta atípica, irregular ou inadequada contra o paciente, durante ou em face do exercício médico, sendo que deve ficar exatamente provada a inobservância das regras técnicas ou a atipia de conduta em sua atividade funcional<sup>22</sup>, p. 247. Ressalte-se que se a responsabilidade do médico é subjetiva, o mesmo não ocorre com hospitais, clínicas e assemelhados que se colocam na posição de fornecedores de serviços, sob a teoria do risco<sup>23</sup>, p. 142.

Na prática, tem-se um dever de conduta, no exercício da medicina, ou seja, um elenco de obrigações a que está sujeito o médico, e cujo não cumprimento pode levá-lo a sofrer as consequências previstas normativamente. Inclusive, com a configuração do chamado erro médico. Como afirma França<sup>24</sup>, p. 249 para a caracterização da responsabilidade médica basta a voluntariedade de conduta e que ela seja contrária às regras vigentes e adotadas pela prudência e pelos cuidados habituais, que exista o nexo de causalidade e que o dano esteja bem evidente. As regras de conduta arguidas na avaliação da responsabilidade médica são relativas aos deveres de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso.

Cumprir pontuar, com base em França<sup>25</sup>, p. 248ss, que o dever de informação se liga ao termo de consentimento livre e esclarecido, que é, necessariamente, precedido de informações prestadas pelo médico. Por sua vez, o dever de atualização exige aprimoramentos contínuos para o aperfeiçoamento da técnica e otimização das habilidades. O dever de vigilância recai sobre os cuidados e atenção que devem ser conferidos ao paciente em virtude da conduta médica praticada. E, o dever de abstenção de abuso exige uma análise do profissional para não utilizar medidas arriscadas e desnecessárias.

Relevante pontuar, quanto ao dever de informação, que o ato médico só alcança sua verdadeira dimensão e seu incontestável destino com a obtenção do consentimento do paciente ou dos seus responsáveis legais. Isso atende ao princípio da autonomia ou da liberdade, pelo qual toda pessoa tem por consagrado o direito de ser autor do seu próprio destino e de

<sup>21</sup> AGUIAR, Camila Nava. *Direito médico: estudo teórico e prático*. Ponta Grossa: Atena, 2021.

<sup>22</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>23</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>24</sup> FRANÇA, Op. Cit.

<sup>25</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

optar pelo rumo que quer dar à sua vida. Além disso, exige-se que o consentimento seja esclarecido, entendendo-se como tal o obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma conduta médica, isenta de coação, influência ou indução. Não pode ser colhido esse consentimento através de uma simples assinatura depois de leitura apressada em textos minúsculos de formulários a caminho das salas de operação, mas por meio de uma linguagem acessível ao seu nível de conhecimento e compreensão, a que se chama de princípio da informação adequada<sup>26</sup>, p. 249.

Percebe-se que resta superado o paternalismo médico, seja no campo da ética médica, seja no plano jurídico, valorizando-se a autonomia do paciente e, com ela, o caráter essencial do consentimento e seu reconhecimento como direito fundamental. Como afirmam Gabriel Schulman e Vitor Almeida<sup>27</sup>, p. 33-34, essa nova configuração da relação médico-paciente exige releitura crítica do processo de consentir e de seus critérios, posto que deve ser ofertada uma leitura humanista do consentimento, observando-se o dever de informar adequada e pormenorizadamente, na medida em que este ato constitui hipótese excludente do dever de reparar. Para além disso, é oportuno lembrar que a proteção da pessoa humana deve ser o principal fator a movimentar a Medicina.

Em acréscimo, frise-se o disposto no artigo 1º, do Capítulo III, do Código de Ética Médica<sup>28</sup>, quando diz que é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Sendo que sua responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida. Dentro desta definição, Marcelo Rabelo Junior e Líbia Goulart<sup>29</sup>, p. 1338 pontuam que o dano causado por erro médico será definido a partir dessas três manifestações da culpa em sentido estrito.

O Código Civil, em seu artigo 951, declina que a indenização será devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. Neste ínterim, é oportuno mencionar que o Código Civil fixa em três anos o prazo para a propositura de ação por responsabilidade civil, conforme artigo 206, §3º, V, e o CDC estabelece a prescrição em cinco anos para a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, *ex vi* artigo 27. Assim, se o médico for acionado com base no CDC, por falha no serviço prestado, será esse último prazo a ser observado para a propositura da ação.

Sílvio Venosa<sup>30</sup>, p. 29 leciona que a culpa, sob os princípios consagrados da negligência, imprudência e imperícia, contém uma conduta voluntária, mas com resultado involuntário, a previsão ou a previsibilidade e a falta de cuidado devido, cautela ou atenção. A previsibilidade,

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> SCHULMAN, Gabriel; ALMEIDA, Vitor. Novos olhares sobre a responsabilidade civil na saúde: autonomia, informação e desafios do consentimento na relação médico-paciente. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana (coord.). *Responsabilidade civil e medicina*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 21-37.

<sup>28</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

<sup>29</sup> RABELO JUNIOR, M. da S. F. ; GOULART, L. K. Prescrição de Medicamentos “Off Label”: uma análise da (ir) responsabilidade civil médica sob o prisma do consentimento informado. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 1328–1347, 2023. DOI: 10.51891/rease.v9i1.8348. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/8348>. Acesso em: 15 jul. 2023.

<sup>30</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

diz ele, é aquela aferida no caso concreto, uma definição do previsível. Deste modo, na negligência o agente não age com a atenção devida em determinada conduta, havendo um desajuste psíquico que se traduz no procedimento antijurídico, ou uma omissão de certa atividade que teria evitado o dano. Já na imprudência o agente é intrépido, açoitado, precipitado e age sem prever consequências nefastas ou prejudiciais. Já o imperito é aquele que demonstra inabilidade para seu ofício, profissão ou atividade, a exemplo do advogado que redige petição inepta e o médico que administra a droga errada e danosa ao paciente.

Pois bem, na prescrição ou aplicação de medicamento *off label* que venha a causar danos à saúde do paciente, sendo afastado o dolo do profissional, é necessário demonstrar o nexo entre a ingestão *off label* e o dano suportado pelo paciente. Ou seja, será a demonstração de uma conduta profissional inadequada, baseada numa inobservância técnica, que irá configurar o erro médico, marcado este por um dano à vida ou à saúde da pessoa. França<sup>31</sup>, p. 257 acrescenta que o erro médico pode ser de ordem pessoal ou de ordem estrutural. Será pessoal quando o ato lesivo se deu, na ação ou na omissão, por despreparo técnico e intelectual, por grosseiro descaso ou por motivos ocasionais referentes às suas condições físicas ou emocionais. Pode também ser procedente de falhas estruturais, quando os meios e as condições de trabalho são insuficientes ou ineficazes para uma resposta satisfatória. Por desdobraimento, o profissional pode responder nas esferas jurídica e administrativa.

É bom ressaltar, conforme preleciona o Código de Ética Médica<sup>32</sup>, p. 27, que é vedado ao médico “Deixar de usar todos os meios disponíveis de promoção de saúde e de prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”. Isto é, a prescrição de uso *off label*, que não é proibida legalmente, pode ser uma alternativa viável ante a ausência de outras terapias medicamentosas. É fato que a responsabilidade, conforme já mencionado, recai sob o profissional médico, contudo, é conveniente ponderar que em face da frustração de resultados perante os medicamentos *on label* (quando se observa, na literalidade, as indicações e recomendações insertas na bula), a indicação *off label* pode ser um caminho adotado pelo médico, porém, necessariamente, o paciente deve estar consciente deste caminho. O que não pode ser tolerado é a prescrição com inobservância do dever de informação, deixando de obter, por exemplo, do paciente ou de seu representante o termo de consentimento livre e esclarecido.

A omissão na informação correta ao paciente pode acarretar responsabilidade profissional. As informações só podem ser suprimidas quando efetivamente não puderem ser prestadas. A lógica a ser observada é que quanto mais arriscada a intervenção do profissional, seja com tratamento, cirurgia, tanto mais fundamentais se tornam a advertência e a informação clara e inequívoca ao paciente.

Ora, todo tratamento medicamentoso pode acarretar efeitos colaterais àquele que o consome. Tal desdobraimento é perfeitamente aceitável, posto que a bula é capaz de identificar tais efeitos, e, com isso, o paciente fica ciente de eventuais efeitos desconfortáveis. Sendo que, no caso da prescrição para uso *off label*, não é possível identificar, de maneira completamente satisfatória, os efeitos adversos que podem surgir, pois, aquele determinado princípio

<sup>31</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>32</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

ativo estará sendo utilizado para combater uma moléstia para a qual não houve recomendação científica. E, se com essa utilização ocorrer o agravamento do estado de enfermidade da pessoa, é possível constatar a existência da culpa, e, com isso, pode ser caracterizado o erro médico, levando à responsabilidade civil. Para evitar tais desdobramentos, é conveniente que o profissional observe os deveres de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso, bem como que a prescrição seja seguida, rigidamente, pelo paciente.

É oportuno frisar, neste momento, que apesar da autorização legal para utilização de fármacos *off label*, isso não autoriza o descarte da obrigação de informar, de maneira clara, ao paciente, quanto aos riscos de um tratamento diferente do aprovado em bula. Não se pode olvidar que o acesso à informação é um direito do consumidor, consoante artigo 6º, III, do CDC. E mais, quanto à utilização *off label*, o chamado termo de consentimento livre e esclarecido se torna instrumento conveniente, pois, exterioriza a decisão, a concordância e a aprovação do paciente ou de seu representante, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados. Inclusive, a Recomendação CFM nº 1/2016<sup>33</sup> dispõe sobre esse documento e sua obtenção.

Ademais, a utilidade do termo de consentimento não inicia ou termina numa mera assinatura, ao contrário, a ciência do paciente ou do seu representante deve vir precedida de todas as informações necessárias para uma decisão consciente, inclusive, informar o paciente é uma conduta ética do médico. É por isso que Aguiar<sup>34, p. 54</sup> elucida que se trata de um documento que possibilita ao paciente a manifestação expressa de sua vontade em consentir com a realização de determinado procedimento, após esclarecimento prestado pelo médico, assegurando-lhe o direito de decisão quanto ao tratamento proposto pelo profissional.

O termo de consentimento, é bom ressaltar, não é um mecanismo de exoneração, pura e simples, da responsabilidade civil do médico. O termo não afasta eventual obrigação de indenizar, visto que sendo demonstrada culpa no erro médico, é irrelevante se ter um termo assinado. Da mesma forma, inexistindo termo assinado isso não configura erro médico. Na prática, o dever de informação vai ao encontro da autonomia e dignidade do paciente, não podendo ser cerceado. Conhecer o que se está ingerindo é um direito do paciente e uma obrigação do profissional que está prescrevendo. Cabe àquele, e somente a ele, a liberdade de assentir ou não com a terapêutica *off label*. Inclusive, como afirmam Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto<sup>35, p. 386</sup>, em se tratando de erro médico o mecanismo de inversão do ônus da prova é decisivo, fundamental, posto que há quase sempre hipossuficiência (técnica) do consumidor frente ao médico ou diante da instituição médica.

Nesse sentido, é necessário conscientização do profissional médico e do hospital quanto à relevância jurídica do termo de consentimento livre e esclarecido enquanto instrumento de garantia da autonomia do paciente e salvaguarda dos direitos do profissional e da instituição. Como asseveram Maria Sá e Lara Souza<sup>36, p. 75</sup>, o termo deve ser visualizado como meio de

<sup>33</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Recomendação CFM nº 1/2016*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2016. Disponível em: [https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1\\_2016.pdf](https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf) Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>34</sup> AGUIAR, Camila Nava. *Direito médico: estudo teórico e prático*. Ponta Grossa: Atena, 2021.

<sup>35</sup> ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Responsabilidade Civil na Área Médica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, [S.l.], n. 8, p. 373-420, fev. 2018. Disponível em: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/98.Rosenvald.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

<sup>36</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Lara Antunes de. Termo de consentimento livre e esclarecido e responsabilidade civil do médico e do hospital. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana (coord.). *Responsabilidade civil e medicina*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 59-78.

proteção e promoção dos direitos do paciente, do médico e do hospital, visto que se não feito adequadamente torna-se um dispositivo para a configuração de responsabilidade civil.

Nesta conjuntura, relevante pontuar a decisão do STJ no REsp 1774372, no qual uma pessoa com a doença de Parkinson realizou tratamento à base do medicamento Sifrol, desenvolvido pelo Laboratório Boehringer Ingelheim do Brasil, conforme prescrição médica, cuja utilização desencadeou como efeito colateral o chamado jogo patológico, ocasionando dilapidação de seu patrimônio. A despeito de uma discussão quanto ao aumento da dosagem por parte da paciente, o acórdão frisou que a bula é o mais importante documento sanitário de veiculação de informações técnico-científicas e orientadoras sobre um fármaco, não podendo o fabricante se aproveitar da tramitação administrativa do pedido de atualização junto a Anvisa para se eximir do dever de dar, prontamente, amplo conhecimento ao público, ou seja, pacientes e profissionais da área de saúde, por qualquer outro meio de comunicação, dos riscos inerentes ao uso do remédio que fez circular no mercado de consumo.

Apesar do supracitado Recurso Especial não tratar de medicamento *off label*, restou consignada a obrigação do produtor/fabricante no sentido de estar permanentemente atento à utilização indevida dos medicamentos, aos estudos científicos iniciados, em andamento e finalizados sobre os seus produtos terapêuticos, e as consequências de sua administração, para que consiga manter os profissionais médicos e os pacientes informados. Neste último caso, Flaviana Soares e Luciana Dadalto<sup>37</sup>, p. 14 advertem que o paciente deve ser prévia e devidamente informado e advertido sobre os riscos das terapias medicamentosas, de modo a que possa decidir, de forma livre, refletida e consciente, sobre o tratamento que lhe é prescrito, além de ter a possibilidade de mitigar eventuais danos que venham a ocorrer em função dele.

Registre-se, em acréscimo, no REsp 1.729.566 – SP, em que se pleiteava fornecimento de medicamento por parte de plano de saúde, para uso *off-label* de paciente, em face de prévia indicação médica. No acórdão restou consignado que a utilização *off label* ocorre em situações específicas e casuísticas e por indicação médica pontual, sob o risco do profissional que indicou. Alegou-se que deve haver evidências científicas que respaldem a prescrição, sendo universalmente admitido e corriqueiro o uso *off label* de medicamento, por ser fármaco devidamente registrado na Anvisa, aprovado em ensaios clínicos, submetido ao Sistema Nacional de Farmacovigilância e produzido sob controle estatal, apenas não aprovado para determinada terapêutica. Deste modo, não há vedação legal, porém, cabe ao profissional médico, com suporte em evidência científica, prescrever o uso *off label*, observando, estritamente, seus deveres correlatos e os direitos dos pacientes.

Ressalte-se que a estrita observância do dever de informação, potencializada com o termo de consentimento livre e esclarecido, não afasta a obrigação de cumprir os deveres de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso. Seguir essas diretivas é uma das formas de se evitar o erro médico e a consequente responsabilização civil, notadamente num contexto ainda muito controvertido que é o uso *off label*.

---

<sup>37</sup> SOARES, Flaviana Rampazzo; DADALTO, Luciana. Responsabilidade médica e prescrição off-label de medicamentos no tratamento da COVID-19. *Revista IBERC*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 1-22, 26 jun. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.37963/iberc.v3i2.112>. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/112>. Acesso em: 31 out. 2023.

## ■ CONCLUSÃO

O acesso a medicamentos cuja segurança e eficácia foram cientificamente comprovadas é um direito básico do consumidor na seara da realização do direito fundamental à saúde. As diversas patologias que acometem o ser humano, normalmente são combatidas pela ingestão de fármacos, cujo princípio ativo é desenvolvido para aquela específica moléstia, havendo a possibilidade de ocorrência de efeitos colaterais, conforme informa a bula.

Ocorre que, por circunstâncias diversas, o médico pode prescrever um remédio em termos que não correspondem ao conteúdo de sua respectiva autorização de consumo, ou seja, para uma determinada situação que não estava descrita na bula, de onde temos o chamado tratamento em uso *off label*. Pela Lei nº 14.313, de 2022, o SUS foi autorizado a receitar medicamentos *off label*, desde que observados certos requisitos, como a prévia recomendação da CONITEC. Quanto à saúde suplementar, estão obrigados a dispensar tais medicamentos quando o médico, responsável pelo tratamento, assim o prescrever.

É fato que diante da inexistência de uma alternativa terapêutica autorizada ou, existindo, não produza os efeitos satisfatórios que se espera, o uso *off label* se mostra alternativa, ainda mais quando o desenvolvimento científico, que é contínuo, revela novas funcionalidades aos fármacos hoje dispostos no mercado de consumo. Ora, se um medicamento *off label* é capaz de trazer algum conforto ao paciente que está enfrentando uma doença, os médicos irão recorrer ao mesmo.

Por outro lado, existe um interesse das empresas farmacêuticas em tal conduta, a exemplo da obtenção de lucros, sem custos, posto que não precisarão despender recursos com novo processo de autorização para ingresso no mercado. Contudo, se sua responsabilidade em eventuais danos merece reflexão em outro momento, é certo que o médico, ao prescrever fármaco em uso *off label*, não pode fazê-lo com base em meras suposições ou intuições.

A responsabilidade civil médica na conjuntura dos medicamentos *off label* é fato inconteste, reconhecido, inclusive, pelo Conselho Federal de Medicina, conforme referenciado nas linhas pretéritas. Mas, é preciso demonstrar o elemento culpa, mediante demonstração, inequívoca, de negligência, imprudência ou imperícia, que tenham levado o paciente a suportar danos injustos, o que pode configurar erro médico. E, um dos caminhos para uma sadia relação médico-paciente é o acesso à informação honesta, clara e precisa, notadamente quanto ao uso de fármacos *off label* e a ciência de que não foram recomendados para a patologia para a qual foi indicada. Registre-se que a ineficácia desse tratamento não gera dever de indenizar.

Entretanto, uma vez comprovado que, por ocasião da prescrição e ingestão, ocorreu erro médico, ou seja, danos ao paciente como desdobramento de sua negligência, imprudência ou imperícia, é possível a responsabilização civil do médico. Inclusive, ainda que o consentimento livre e esclarecido tenha ocorrido, mas, se houve erro no exame ou atendimento, a responsabilização é possível. Ademais, se sequer houve compartilhamento de informações sobre o uso *off label* e seus efeitos colaterais, e houve danos ao paciente, também se estará diante de possível indenização de natureza civil.

Evidentemente, o oposto desta situação começa com a realização do cumprimento dos deveres de conduta, a exemplo do dever de informação, onde o termo de consentimento é

um relevante instrumento, tanto para o profissional quanto para o paciente, que ficará em condições de, conscientemente, aceitar ou não a terapêutica proposta. Inobservar o direito do paciente ao consentimento é violar sua dignidade humana.

Os medicamentos disponíveis no mercado são essenciais para a recuperação da saúde de milhões de pessoas ao redor do mundo, e, por consequência, efeitos adversos são situações naturais e aceitáveis. O que se deve evitar é inserir um paciente, já acometido por moléstia, em um ciclo de risco acrescido. Por isso, a prescrição em uso *off label* deve ser ponderada pelo profissional médico, e só utilizada como último recurso, e diante de evidências científicas satisfatórias, e não com base em intuições ou suposições. Portanto, respeitar o paciente é medida essencial, em qualquer conjuntura, e buscar sua cura ou recuperação é dever de qualquer médico, desde que alicerçada na medicina baseada em evidências científicas.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Camila Nava. *Direito médico: estudo teórico e prático*. Ponta Grossa: Atena, 2021.
- ANTONIO, Nathalia Cristina Leite *et al.* Prescrição *off label* de medicamentos: definição, áreas de utilização e regulamentação. *J Health Sci Inst*, [S.l.], v. 39, n. 1, p. 54-60, jan./mar. Disponível em: <https://repositorio.unip.br/journal-of-the-health-sciences-institute-revista-do-instituto-de-ciencias-da-saude/prescricao-off-label-de-medicamentos-definicao-areas-de-utilizacao-e-regulamentacao/> Acesso em: 03 ago. 2023.
- CARNEIRO, António Vaz; COSTA, João. A prescrição fora das indicações aprovadas (*off-label*): prática e problemas. *Revista Portuguesa de Cardiologia*, [S.l.], v. 32, n. 9, p. 681-686, set. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.repc.2013.01.006>. Disponível em: <https://www.revportcardiol.org/pt-a-prescricao-fora-das-indicacoes-articulo-S0870255113001315>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS NO SUS. Uso *off label*: erro ou necessidade?. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 46, n. 2, p. 395-397, abr. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-89102012000200026>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/zLdN6Dfgf5B6wQvR9XNmnGR/?lang=pt>. Acesso em: 22 jul. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. CNS promove seminário sobre medicamentos *off-label*, remédios desenvolvidos para determinadas doenças e utilizados para outras enfermidades. *Conselho Nacional de Saúde*. Brasília, 05 maio 2022a. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2464-cns-promove-seminario-sobre-medicamentos-off-label-remedios-desenvolvidos-para-determinadas-doencas-e-utilizados-para-outras-enfermidades>. Acesso em: 25 jul. 2023.
- DIEL, Juliana do Amaral Carneiro; HEINECK, Isabela; SANTOS, Djanilson Barbosa dos; PIZZOL, Tatiane da Silva da. Uso *off-label* de medicamentos segundo a idade em crianças brasileiras: um estudo populacional. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 23, p. 1-11, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-549720200030>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/XpSwCkcrWq83WmZVnKnxKZw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 31 jul. 2023.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MUSSOLINI, Nelson. ARTIGO: em defesa do sus, da anvisa e da saúde pública. *Conselho Nacional de Saúde*. Brasília, 23 jun. 2022. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2534-artigo-em-defesa-do-sus-da-anvisa-e-da-saude-publica-por-nelson-mussolini>. Acesso em: 25 jul. 2023.

RABELO JUNIOR, M. da S. F. .; GOULART, L. K. Prescrição de Medicamentos “Off Label”: uma análise da (ir) responsabilidade civil médica sob o prisma do consentimento informado. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 1328–1347, 2023. DOI: 10.51891/rease.v9i1.8348. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/8348>. Acesso em: 15 jul. 2023.

RAPOSO, Vera Lúcia. Da protecção dos consumidores-pacientes na prescrição off-label. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 110, n. 26. p. 163-186. São Paulo: Editora RT.

ROSEVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Responsabilidade Civil na Área Médica. *Atualidad Jurídica Iberoamericana*, [S.l.], n. 8, p. 373-420, fev. 2018. Disponível em: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/03/98.Rosenvald.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Iara Antunes de. Termo de consentimento livre e esclarecido e responsabilidade civil do médico e do hospital. In: ROSEVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana (coord.). *Responsabilidade civil e medicina*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 59-78.

SCHULMAN, Gabriel; ALMEIDA, Vitor. Novos olhares sobre a responsabilidade civil na saúde: autonomia, informação e desafios do consentimento na relação médico-paciente. In: ROSEVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane Bezerra de; DADALTO, Luciana (coord.). *Responsabilidade civil e medicina*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 21-37.

SOARES, Flaviana Rampazzo; DADALTO, Luciana. Responsabilidade médica e prescrição off-label de medicamentos no tratamento da COVID-19. *Revista IBERC*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 1-22, 26 jun. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.37963/iberc.v3i2.112>. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/112>. Acesso em: 31 out. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.



# HOW MUCH FOR HUMAN DIGNITY? A KANT-MASLOW COMPARED APPROACH TO THE BASIC CONDITIONS OF LIFE

QUANTO VALE A DIGNIDADE HUMANA? UMA ABORDAGEM COMPARATIVA ENTRE KANT E MASLOW SOBRE AS CONDIÇÕES BÁSICAS DE VIDA

FELIPE DE OLIVEIRA CINTRA FARIAS\* | HUGO LUÍS PENA FERREIRA\*\*

## RESUMO

O artigo discute o papel do direito ao mínimo existencial como requisito para a autonomia individual, a dignidade humana e as possibilidades de autorrealização. O problema abordado, nesse sentido, é a tensão entre a afirmação formal e universal da autonomia e dignidade humana e os requisitos concretos para sua concretização em situações particulares, em um mundo em que o status humano por si só não é suficiente para a afirmação ativa e material dos direitos. Com isso em mente, o estudo aborda as perspectivas de Kant e Maslow sobre a formação da vontade livre e os motivadores do comportamento humano, em uma abordagem comparativa, a fim de compreender o papel da satisfação das necessidades básicas, ou mínimo existencial, na estruturação da dignidade humana em geral e na formação da livre vontade, em particular. A pesquisa bibliográfica é a técnica essencialmente empregada para abordar essa questão. A principal contribuição apresentada neste ensaio é de natureza ideacional. É importante ter uma compreensão material da liberdade e dignidade nos tempos contemporâneos, em que fatores econômicos desempenham papel crucial na superação da heteronomia por meio da satisfação das necessidades básicas que se apresentam como pré-condições para a autonomia.

**Palavras-chave:** Mínimo existencial; Autonomia; Dignidade da Pessoa Humana; Immanuel Kant; Abraham Maslow.

## ABSTRACT

The paper discusses the role of the right to basic conditions of life as a prerequisite for individual autonomy, human dignity, and the possibilities of self-realization. The problem addressed, in this regard, is the tension between formal universal affirmation of human autonomy and dignity and concrete requirements for their coming into being in particular instances, in a world in which human status alone is not enough for the active and material assertion of rights. With this in mind, the study covers Kant's and Maslow's takes on the formation of free will and on the motivators of human behavior, in a comparative approach, in order to understand the role of satisfaction of basic needs, or the basic conditions of life, in the structuring of human dignity in general, and in the formation of free will, in particular. Bibliographic research is the essential technique used to pursue this question. The main contribution sought in this essay is ideational in nature. It is important to have a material understanding of freedom and dignity in contemporary times, in which economic means play a crucial role in overcoming heteronomy through the satisfaction of the basic needs that present themselves as preconditions for autonomy.

**Keywords:** Right to basic conditions of life; Autonomy, Human Dignity, Immanuel Kant; Abraham Maslow.

\*Undergraduate Law student at the Universidade Federal de Jataí

*felipe\_cintra@discente.ufj.edu.br*  
<https://orcid.org/0009-0000-3068-0025>

\*\*Doctor of Law (UnB). Master of Laws (UFSC). Professor of Law at the Federal University of Jataí (UFJ).

*hugopena@ufj.edu.br*  
<https://orcid.org/0000-0003-2647-6616>

Recebido em: 01-08-2023 | Aprovado em: 19-12-2023



## CONTENTS

**INTRODUCTION; 1 THAT WHICH HAS A PRICE CAN HAVE NO DIGNITY: KANT AND HETERONOMOUS DETERMINATION OF HUMAN ACTIONS; 2 UNATTENDED BASIC NEEDS AS OBSTACLES TO SELF-ACTUALIZATION IN MASLOW; 3 FINAL REMARKS; REFERENCES.**

## ■ INTRODUCTION

A person without a home in Belo Horizonte said when asked about access to water: “to take a shower at the bus station, it was R\$ 6.50, now it’s R\$ 8.00, but I can’t afford that”<sup>1</sup>, p. 5. Another added: “if a person who lives in the streets gets sick and goes to hospital, they won’t accept him because he got there dirty, then you have to find somewhere to take a shower, but where will you take a shower?”<sup>2</sup>, p. 6. The sequence of statements is filled with legal and practical implications. Without money, access to water and hygiene is impaired. And so is treatment in a public hospital, contrary to the general legal evaluation that the right to health in Brazil is free of charge and universal in scope. Lack of basic resources led to lack of access to basic rights. One must ask: where is human dignity in situations like the one reported?

The idea that human dignity is universal in scope is a fixture in legal reasoning and normative systems at least since the Second World War. Neoconstitutionalism contributed to this end by placing human dignity as a core principle to guide legal thinking and application. However, the conception of dignity as a universal human attribute seems to be at least a modern novelty. In classical antiquity, for instance, dignity was an attribute of social position, a distinctive feature<sup>3</sup>, p. 656. As such, it was exclusive rather than universal: “Dignity, thus, was tied up with honor and entitled some individuals to special treatment and privileges. In this sense, dignity presupposed a hierarchical society and denoted nobility, aristocracy, and the superior condition of some persons over others”<sup>4</sup>, p. 392.

It is true that modern liberal legal thought rejected immutable social hierarchies and upheld formal equality before the law. Yet, human status alone – that is, being a human person – was never enough to ensure actual access to rights legally recognized as universal<sup>5</sup>, p. 221, given that economic aspects modulate the capacity to enjoy rights in practice<sup>6</sup>. In other words:

<sup>1</sup> NEVES-SILVA, Priscila; MARTINS, Giselle Isabele; HELLER, Léo. “A gente tem acesso de favores, né?”. A percepção de pessoas em situação de rua sobre os direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, p. 1–10, 2018.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> McCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. *Boston College International & Comparative Law Review*, Boston, v. 35, p. 331–395, 2012.

<sup>5</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>6</sup> CASTRO, Marcus Faro de. A dimensão econômica da efetividade dos direitos fundamentais. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1–37, 2021.

While human rights are adjudicated on the basis of the status of a person as a member of humanity, that status is never enough for the active and material assertion of those rights. The real enjoyment of these universal rights takes place in the lives of persons through the flow of time, and amidst the changing relations of which they are a part.<sup>7, p. 42</sup>

Consequently, a distinction must thus be made. One thing is to formally uphold or recognize dignity as a universal tenet, attributable to all human beings. This is a *normative* or a *prescriptive* register of speech. Quite another is to ascribe dignity to all humans based solely on their status as human beings in a *descriptive* sense, because it is necessary to take into account what it takes for a person to actually be dignified. This leads us to the issue of the basic conditions of life as an integral component of human dignity<sup>8</sup>.

The concept of human dignity is polysemic<sup>9, p. 659</sup>. Despite definitional difficulties relating to the broad scope of a concept such as human dignity, due to its intrinsically open texture, there have been tentative definitions on its “minimum” or “core contents”<sup>10, p. 679</sup>. Barroso argues there are three elements at the core of human dignity: *intrinsic value*, *autonomy*, and *community value*<sup>11</sup>. The first relates to the intrinsic value of human beings, being directly related to Kant’s philosophical tenet of regarding humans as ends in themselves rather than as means to an end. In Barroso’s account, the first element of dignity relates to imperatives to safeguard the rights to life, equality, and integrity, both physical and psychical (or mental). Let the second element, *autonomy*, be put aside for a minute. The third element, *community value*, relates to necessary restrictions upon individual behavior harmful to legitimate social values and state interests. For instance, individual free speech limitations on nazi, racist, homophobic-transphobic content (and the like) do not undermine human dignity on account of legitimate community values.

What mostly interests us is, however, the aspect of individual autonomy as an element of human dignity. This is construed by Barroso as implying, first, *private autonomy*, “which expresses the right of every person, as a moral being and as a free and equal individual, to make decisions and pursue his own idea of the good life”<sup>12, p. 392</sup>. Secondly, *public autonomy*, meaning rights to political participation. Third, Barroso points out to a “fundamental social

<sup>7</sup> BALLESTERO, Andrea. What is in a percentage? Calculation as the poetic translation of human rights. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 21, n. 1, p. 27–53, 2014.

<sup>8</sup> At the outset, it is important to clarify that by “right to the basic conditions of life” this essay refers to that which in Brazilian constitutional legal thought is usually referred to as “mínimo existencial”, as per Daniel Sarmento’s translation. SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial / The right to basic conditions of life. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034>. Acesso em: 31 mar. 2023.

<sup>9</sup> MCCRUDDEN, Human dignity and judicial interpretation of human rights.

<sup>10</sup> BARROSO, Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. In this respect, Christopher McCrudden points out to the threefold minimum content pervasively found in accounts of human dignity: (i) an ontological claim, pertaining to the intrinsic worth of human beings; a relational claim, regarding the need for recognizing and respecting such worth by others, and (iii) a limited-state claim, which “requires that the state should be seen to exist for the sake of the individual human being, and not vice versa”. MCCRUDDEN, Human dignity and judicial interpretation of human rights.

<sup>11</sup> BARROSO, Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse.

<sup>12</sup> *Ibid.*

right to minimum living conditions (the existential minimum)<sup>13</sup>, p. 369, or “the basic right to the provision of adequate living conditions”<sup>14</sup>:

Equality, in a substantive sense, and especially autonomy (both private and public), are dependent on the fact that individuals are “free[...] from want”, meaning that their essential needs are satisfied. To be free, equal, and capable of exercising responsible citizenship, individuals must pass minimum thresholds of well-being, without which autonomy is a mere fiction. This requires access to some essential utilities, such as basic education and health care services, as well as some elementary necessities, such as food, water, clothing, and shelter. The existential minimum, therefore, is the core content of social and economic rights, whose existence as actual fundamental rights—not mere privileges dependent on the political process—is rather controversial in some countries. Its enforceability is complex and cumbersome everywhere.<sup>15</sup>

Barroso specially remarks “autonomy cannot exist where choices are dictated solely by personal needs”<sup>16</sup>, p. 373. This allows us to understand why the right to basic conditions of life is treated as an aspect of individual autonomy in the definition of the core content of human dignity. Autonomy is denied by want. Utterly, thus, human dignity itself is denied by material precariousness.

Basic conditions of life, or freedom from want, and its relation to human dignity is our key concern in this essay. We seek to understand possibilities for the formation of free will, corresponding to autonomy, in a comparative approach that mobilizes Kant and Maslow. We are moved by the issue presented in the first paragraph of the introduction, where economic deprivation unchained lack of access to water, which then resulted in practical denial of healthcare in a public hospital. Can Kant and Maslow help us understand the role of satisfaction of basic needs, or the basic conditions of life, in the structuring of human dignity in general, and in the formation of free will, in particular? The provocative question in the title, “how much for human dignity?”, seeks to capture the tension between formal universal affirmation of human dignity and concrete requirements for its coming into being in particular instances, in a world in which (human) status alone is not enough for the active and material assertion of rights.

Using the method of comparative textual analysis, the investigation explores intersections and disparities between Kant’s and Maslow’s perspectives on the role of basic human needs. Bibliographic research is the essential technique to pursue this question. The analysis involves examining aspects of selected texts to approach the formation of free will and dignity in Kant in relation to Maslow’s idea of self-actualization and its position in his hierarchy of human needs. The particular focus is on the portrayal of the impact of basic needs in these philosophical frameworks. The specific objects for our comparative analysis, taking into account the broader context of Kant’s and Maslow’s works, are detailed below.

Immanuel Kant centered his contributions to philosophy on the abstract foundations of human thought and action, determined *a priori*. This involved a search for *transcendental*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> BARROSO, Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse.

<sup>16</sup> *Ibid.*

criteria, underived from sensible experience<sup>17</sup>, p. 67–69. In a first moment, in his *Critique of pure reason*<sup>18</sup>, of 1781, Kant sought to define the transcendental structure or *a priori* nature of the human soul, enabling the formulation of indubitable judgments about empirical facts of nature. In a second moment, reaching beyond epistemology and into moral philosophy, he aimed to establish how to form human dispositions essentially free from sensible experience, through the publications of *Critique of practical reason*<sup>19</sup>, in 1785, and of *Groundwork of the Metaphysics of Morals*<sup>20</sup>, in 1788. Both pertain to moral philosophy and to Kant’s efforts in determining *transcendental* laws of freedom. However, it is in the latter that Kant articulates *the categorical imperative*, serving as the basis for the moral law and rational duty. Dignity, as section 1 emphasizes, has a pivotal role in this endeavor. In a third moment, Kant also sought to establish transcendental criteria for aesthetic judgment through the publication of *Critique of Judgment*<sup>21</sup> in 1790. For the purposes of the comparative analysis intended in this research, we are however especially interested in how autonomy is defined in opposition to heteronomy, external determinations that impede the formation of free will, an aspect he dealt with in his *Groundwork of the Metaphysics of Morals*.

We also consider Maslow’s work. Abraham Maslow initiated his career in experimental psychology, concentrating on empirical studies of primates, which emerged as the subject of his initial publications in 1932<sup>22</sup>, p. 190. Despite his roots in behaviorism, Maslow later emerged as one of its critics<sup>23</sup>, p. 6, contributing to the establishment of “humanistic psychology”. He envisioned this field as an alternative to both behavioral psychology and psychoanalysis<sup>24</sup>, p. 191. Humanistic psychology aimed to encompass the full spectrum of human experience and to overcome the fragmentary nature of competing psychological perspectives through a more comprehensive and integrative approach<sup>25</sup>, p. 192. Maslow’s research on human motivation pursued the development of a theory that could underpin our understanding of individuals within society, striving to consider the individual in relation to their social environment<sup>26</sup>, p. 6. His 1943 article, “A Theory of Human Motivation”<sup>27</sup>, is his most frequently cited work<sup>28</sup>, p. 7 and introduced key propositions for the theory of motivation. These ideas were further elaborated in his 1954 book, “Motivation and Personality”<sup>29</sup>. Later in his career, Maslow shifted his focus towards the study of what he termed “self-actualized” individuals and their implications for social change<sup>30</sup>, p. 193. Within the broader scope of Maslow’s contributions, the present paper

<sup>17</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Política e relações internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: UnB, 2005.

<sup>18</sup> KANT, Immanuel. *Critique of pure reason*. Cambridge: Cambridge University, 1998.

<sup>19</sup> KANT, Immanuel. *Critique of practical reason*. Cambridge: Cambridge University, 1997.

<sup>20</sup> KANT, Immanuel. *Groundwork for the metaphysics of morals*. Binghamton: Vail-Ballou Press, 2002.

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. *Critique of judgment*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1987.

<sup>22</sup> CASTELO BRANCO, Paulo Coelho; SILVA, Luísa Xavier de. Psicologia humanista de Abraham Maslow: recepção e circulação no Brasil. *Revista da Abordagem Gestáltica*, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 189-199, 2017.

<sup>23</sup> SAMPAIO, Jáder dos Reis. O Maslow desconhecido: uma revisão de seus principais trabalhos sobre motivação. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 33, n. 1, p. 5-16, 2009.

<sup>24</sup> CASTELO BRANCO; SILVA, Psicologia humanista de Abraham Maslow.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> SAMPAIO, O Maslow desconhecido.

<sup>27</sup> MASLOW, Abraham H. A theory of human motivation. *Psychological Review*, [S. l.], v. 50, n. 4, p. 370–396, 1943.

<sup>28</sup> SAMPAIO, O Maslow desconhecido.

<sup>29</sup> MASLOW, Abraham H. *Motivation and personality*. New York: Harper & Brothers, 1954.

<sup>30</sup> CASTELO BRANCO; SILVA, Psicologia humanista de Abraham Maslow.

focuses on how unsatisfied basic needs hinder self-actualization. This investigation is conducted within the framework of Maslow's conception of basic human needs, organized in a "hierarchy of relative prepotency", aiming to understand human motivation and the "active determinants or organizers of behavior"<sup>31</sup>, p. 375. We thus focus upon his 1943 seminal and most widely known work as the object of our study.

Both Kant's and Maslow's contributions highlight a tension between a higher purpose and aspects of the sensible world. In Kant, elements of the sensible world offset the autonomy associated with dignity. In Maslow, unattended basic needs thwart human self-actualization. The forthcoming conceptual dialogue between Kant and Maslow posits that individuals unburdened by economic hardship are more likely to experience freedom in the form of autonomy of the will and self-realization. Conversely, those who are engaged in a daily struggle for survival are also likely to be deprived of freedom and human flourishing.

The main contribution sought in this essay is ideational in nature. Colin Hay<sup>32</sup> emphasizes that political actors strategically appropriate a world full of institutions and ideas about them. For Hay, the perception regarding what is viable, legitimate, possible, and desirable is shaped both by the institutional environment and by existing paradigms and worldviews. Such elements, which correspond to *referential frameworks* or *ways of thinking*, operate, for Hay, as "cognitive filters" on the patterns of action of individuals, governments, and organizations<sup>33</sup>, p. 65. In the field of political science, the so called "ideational turn" opened up space for emphasis on ideas as relevant factors for explaining the construction, persistence, change, and rejection of institutions<sup>34</sup>. Accordingly, it is important to have a material understanding of freedom and dignity in contemporary times, in which economic means play a crucial role in overcoming *heteronomy* through the satisfaction of the basic needs that present themselves as preconditions for *autonomy*. This is legally significant, to the extent that human dignity is a legal tenet which incorporates autonomy as one of its elements, and freedom from want is one of its integral aspects. Legal actors and policymakers may use these elements as part of the "cognitive filters" used to understand the meaning and scope of human dignity in practice. Ideas and ideal interests – and not exclusively material interests – play a role in defining how people determine their behavior and engage with public issues<sup>35</sup>, p. 89.

Following the methodology delineated above, the rest of the essay is structured in two parts. The first part approaches aspects of the Kantian conception of autonomy and dignity. The second part is dedicated to elements of Maslow's contributions regarding the place of basic needs in his theory of human motivation. The two parts are followed by final remarks and a list of references.

---

<sup>31</sup> MASLOW, A theory of human motivation.

<sup>32</sup> HAY, Colin. Constructive institutionalism. In: RHODES, R. A. W.; BINDER, S. A.; ROCKMAN, B. A. (Org.). *The Oxford handbook of political institutions*. Oxford: Oxford University, 2006, p. 56–74.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> SCHMIDT, Vivien A. Discursive institutionalism: The explanatory power of ideas and discourse. *Annual review of political science*, San Mateo, v. 11, p. 303–326, 2008.

<sup>35</sup> EASTWOOD, Jonathan. The role of ideas in Weber's theory of interests. *Critical Review*, [S. l.], v. 17, n. 1–2, p. 89–100, 2005.

## 1 THAT WHICH HAS A PRICE CAN HAVE NO DIGNITY: KANT AND HETERONOMOUS DETERMINATION OF HUMAN ACTIONS

In the “*Groundwork for the metaphysics of morals*”, of 1785, Kant valued the “abstract foundations of thought and action, determined *a priori*” in defining the moral worth of human conduct. He aimed to develop a critical examination of the human mind’s activity focused on distancing itself from the circumstantial events of life. Moral value is rather derived from following transcendental criteria, “underived from sensible experience”, which he takes as transcendental laws of freedom, meaning “laws of human will ‘free’ from any dependence on elements arising from natural and social circumstances.” Such transcendental laws correspond to the categorical imperatives he puts forward as tenets for ascribing moral worth to human conduct. These amount to ethical laws which “concern the fundamental and ‘internal’ motivations of personality as the source of individual will to fulfill a moral ‘duty’, in which case such will remains exempt from any influence of elements connected to the ‘external’, as in the cases of inclination and interest.”<sup>36</sup>, p. 67–70

Kant endeavored to present a “pure moral philosophy” fully cleansed of anything empirical<sup>37</sup>, p. 5. He specifically stated the purpose of this *Groundwork* as “the search for and establishment of the supreme principle of morality”<sup>38</sup>p. 7, on entirely abstract foundations, that is, upon “pure reason”<sup>39</sup>, p. 7.

In casting aside empirical or material factors as the basis for moral worth of human conduct in the search for its abstract or pure foundations, Kant first discards utility or the consequences of actions as guides for morality: “good will is good not through what it effects or accomplishes, not through its efficacy for attaining any intended end, but only through its willing, i.e., good in itself”<sup>40</sup>, p. 5. Instincts, desires and other mobiles of human conduct are also rejected: if one acts out of inclinations rather than duties, the conduct lacks moral worth<sup>41</sup>, p. 10. The sensible world is no source of morality.

Where is it to be found, then? Three connected propositions set the tone of the rest of the book. First, Kant states that action has moral worth only if done from duty. Secondly, he states that

an action from duty has its moral worth not in the aim that is supposed to be attained by it, but rather in the maxim in accordance with which it is resolved upon; thus, that worth depends not on the actuality of the object of the action, but merely on the principle of the volition, in accordance with which the action is done, without regard to any object of the faculty of desire.<sup>42</sup>, p. 14

Moral worth is thus to be found in what guides the will: the principle of the volition. This entails shaping actions from duty, in complete abstraction from any “material principle”.

<sup>36</sup> CASTRO, *Política e relações internacionais: fundamentos clássicos*.

<sup>37</sup> KANT, Immanuel, *Groundwork for the metaphysics of morals*, Binghamton: Vail-Ballou Press, 2002.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

At this point, Kant presents the third proposition: “Duty is the necessity of an action from respect for the law”<sup>43, p. 15</sup>, which he then goes on to explain:

an action from duty is supposed entirely to abstract from the influence of inclination, and with it every object of the will, so nothing is left over for the will that can determine it except the law as what is objective and subjectively pure respect for this practical law, hence the maxim of complying with such a law, even if it infringes all my inclinations.<sup>44, p. 16</sup>

Human conduct conforms to duty when “nothing other than the representation of law in itself” determines the will<sup>45, p. 17</sup>. No consequences of the action, instincts, desires or material constraints should be taken into account; nothing that could entail doing something for an aim other than on pure, *a priori* grounds. Kant is not saying that natural instincts, desires and material factors – that is, aspects of the sensible world – do not influence the formation of the human will. They do. The issue is not empirical, but moral: reason has influence on the formation of the will, and its “true vocation” must be “to produce a will good in itself”<sup>46, p. 12</sup>, to be determined completely on “a priori grounds”<sup>47, p. 24</sup>. This means reaching “the pure representation of duty and the moral law in general, mixed with no alien addition from empirical stimuli”, that is, obtained “by way of reason alone”<sup>48, p. 27</sup>. Kant points out that “every thing in nature acts in accordance with laws”, but only a “rational being has the faculty to act in accordance with the representation of laws, i. e., with principles, or a will.”<sup>49, p. 29</sup> While many factors influence the will, and reason alone does not “sufficiently determine” it, he conceives that “the will is a faculty of choosing only that which reason, independently of any inclination, recognizes as practically necessary, i.e., good”<sup>50</sup>.

Here, Kant reaches the notion of a categorical imperative, as a command of reason that represents “an action as objectively necessary for itself, without any reference to another end.”<sup>51, p. 31</sup> After setting aside hypothetical imperatives as commands that “represent the practical necessity of a possible action as a means to attain something else which one wills”<sup>52</sup>, he then states that:

there is one imperative that, without being grounded on any other aim to be achieved through a certain course of conduct as its condition, commands this conduct immediately. This imperative is categorical. It has to do not with the matter of the action and what is to result from it, but with the form and the principle from which it results; and what is essentially good about it consists in the disposition, whatever the results may be. This imperative may be called that of morality.<sup>53, p. 33</sup>

---

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> KANT, Immanuel, *Groundwork for the metaphysics of morals*, Binghamton: Vail-Ballou Press, 2002.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

Accordingly, the first formulation of the categorical imperative is presented: “act as if the maxim of your action were to become through your will a universal law of nature”<sup>54</sup>, p. 38. In dealing with examples such as whether a promise could be broken out of convenience, or whether a merchant could take advantage of innocence and overcharge a child buying at his shop, Kant highlights that:

if we attend to ourselves in every transgression of a duty, then we find that we do not actually will that our maxim should become a universal law, for that is impossible to us, but rather will that its opposite should remain a law generally; yet we take the liberty of making an exception for ourselves, or (even only for this once) for the advantage of our inclination.<sup>55</sup>, p. 42

The idea of “an action as objectively necessary for itself” sets an absolute parameter for morality. Acting according to duty is an end in itself. The consideration of what is absolute or relative good leads Kant to the distinction between price and dignity, as he first remarks that the “purity of morals” stems from “the sublime worth of a will absolutely good in itself and elevated above all price”<sup>56</sup>, p. 43. The idea of price reflects relative worth, while dignity denotes “inner” or “absolute” worth. “What has a price is such that something else can also be put in its place as its equivalent; by contrast, that which is elevated above all price, and admits of no equivalent, has a dignity.”<sup>57</sup>, p. 53 Dignity is an attribute of that which “exists as an end in itself”, a quality that Kant attributes to “the human being, and in general every rational being”<sup>58</sup>, p. 46. This allows for a distinction between persons and things:

The beings whose existence rests now on our will but on nature nevertheless have, if they are beings without reason, only a relative worth as means, and are called things; rational beings, by contrast, are called persons, because their nature already marks them out as ends in themselves<sup>59</sup>.

Having established that rational nature in general, and human nature in particular, have dignity, Kant then provides an alternative formulation for the categorical imperative: “Act so that you use humanity, as much in your own person as in the person of every other, always at the same time as an end and never merely as a means”<sup>60</sup>, p. 46–47. Subsequently, Kant emphasizes the link between the “idea of the dignity of a rational being” and the aspect that such a being “obeys no law except that which at the same time it gives itself”<sup>61</sup>, p. 56. This entails the idea, as McCrudden puts it, of “dignity as autonomy”<sup>62</sup>, p. 659.

Giving oneself the laws that guide one’s conduct reflects the principle of the autonomy of the will<sup>63</sup>, p. 51, faced as “the supreme principle of morality”<sup>64</sup>, p. 58. “Autonomy of the will is the property of the will through which it is a law to itself (independently of all properties of

---

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> KANT, Immanuel, *Groundwork for the metaphysics of morals*, Binghamton: Vail-Ballou Press, 2002.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> McCRUDDEN, *Human dignity and judicial interpretation of human rights*.

<sup>63</sup> KANT, *Groundwork for the metaphysics of moral*.

<sup>64</sup> *Ibid.*

the objects of volition)<sup>65</sup>. In the third and final part of the *Groundwork*, Kant then goes on to establish an explicit link between autonomy and freedom, “for freedom and the will giving its own laws are both autonomy, hence reciprocal concepts”<sup>66</sup>, p. 66–67. And while freedom is linked to the use of reason, natural necessity is presented as a countering category:

freedom would be that quality of this causality by which it can be effective independently of alien causes determining it; just as natural necessity is the quality of the causality of all beings lacking reason, of being determined to activity through the influence of alien causes.<sup>67</sup>, p. 63

Acting to satisfy one’s desires, needs or instincts, for instance, does not amount to freedom. As Sandel<sup>68</sup>, p. 149 puts it while commenting Kant’s take: “if you didn’t choose those desires freely in the first place, how can you think of yourself as free when you’re pursuing them?” Empirical elements, things emanating from the senses, the sensible world: none of these can be the basis of free action, just as “all representations that come to us without our choice (like those of sense)”<sup>69</sup>, p. 67. In absence of a qualified choice, that is, one attaining to the pure use of reason, “independently of all properties of the objects of volition”, one is in the realm of heteronomy, the opposite of autonomy. Here, “the will does not give the law to itself, but rather an alien impulse gives it by means of the subject’s nature”<sup>70</sup>, p. 62.

Throughout the book, Kant mentions several heteronomous factors in shaping human conduct, that act as “alien impulses”: fear, inclinations<sup>71</sup>, p. 58, natural necessity<sup>72</sup>, p. 63, desire, natural instincts<sup>73</sup>, p. 75 and, generally, every action intended as a means to another end; those are all heteronomously determined. And thus, deprived of moral worth. These are all elements from the world of senses, the empirical world. And it must be remembered that Kant is putting forward a view of morality erected upon reason alone, purely on *a priori* grounds. Freedom and morality are aspects of the “world of understanding”, as opposed to the “world of sense”: “independence of determinate causes of the world of sense (such as reason must always attribute to itself) is freedom”<sup>74</sup>, p. 69. While the sensible world is linked to heteronomy,

freedom of the will is grounded on consciousness and the admitted presupposition of independence of reason from all merely subjectively determined causes, which together constitute that which belongs merely to sensation, hence under the general term “sensibility”<sup>75</sup>, p. 73

In summary, in Kant’s *Groundwork*, the moral value of an action is derived from being guided by duty, which, in turn, can only be possible through the exercise of autonomy. Human conduct can only really be free when it is pursued out of duty. That is, following categorical

---

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> SANDEL, Michael J. O que importa é o motivo: Immanuel Kant. In: *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 133–174.

<sup>69</sup> KANT, *Groundwork for the metaphysics of morals*.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

imperatives. However, autonomy is negated by heteronomy, exterior determinations closely associated with material wants rooted in the sensible world.

The Kantian perspective on how autonomy is thwarted by elements of the sensible world allows for considerations on how the right to basic conditions of life connects to the exercise of free will. Kant does not deny that the will is affected by the sensible world. Rather, he upholds that moral worth consists in using reason to be the sole determinant of the will, against instincts, inclinations or desire. That, however, seems impossible in the face of hunger, thirst, homelessness or economic anguish. Material precariousness sets a person outside the Kantian scope of freedom. Being dominated by sensible afflictions, one's will is bound to be determined heteronomously.

It is true that Kant means his moral philosophy to be articulated on purely *a priori* grounds, and that the present rationale brings his concepts back to *this* world. Kant meant to disregard or overcome “alien determinants” to the exercise of “pure reason” in defining moral worth. Here, we value his insight of heteronomy as an obstacle to the free use of reason in order to reflect on the conditions needed for the exercise of autonomy; thus, not on *a priori* grounds. Given that Kant presents freedom as presupposing the use of reason for determining the will without alien determinants, the practical (and not *a priori*) exercise of freedom and autonomy become paradoxically connected to external socioeconomic conditions. For instance: not having the mind bothered by starvation, not being consumed with daily struggles for survival and the like. Through those lenses, there is a Kantian quality in stating that “The hungry, homeless, and illiterate individual will not have the conditions to effectively exercise the freedoms of thought, expression, assembly, or association, as well as other rights”<sup>76</sup>, p. 235. As in Kant, impairments arising from the sensible world compromise autonomy and dignity, and thus connect to the Kantian issue of “determining the conditions of external freedom”<sup>77</sup>, p. 500.

In this regard, Pablo Gilabert's reading of the role of dignity in contemporary human rights discourse comes in handy. He explores a conceptual network involved in defining dignity. Gilabert uses “status dignity” to refer, much in Kantian fashion, to an ontological idea of dignity characterized as being inherent, non-instrumental, egalitarian, and of high priority<sup>78</sup>, p. 122. To this idea, Gilabert adds the notions of *conditions*, *circumstances* and *basis of dignity*, which, in Kantian terms, refer us to the realm of sensible experience. These notions entail attention to the contingent situations human beings are positioned in, and which are context specific<sup>79</sup>, p. 126-31. This amounts to recognizing that “When human beings have dignity, they have the deontic status of being owed (reasonable and feasible) support by every agent who can affect the fulfillment of their interests in retaining, developing, and exercising the human capacities that give rise to that dignity”<sup>80</sup>, p. 130.

It is true that Kant's conception of freedom takes place inside the individual's mind and in abstraction of everything sensible and empirical. It is, in that sense, otherworldly. Yet, when

<sup>76</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Liberdade. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>77</sup> MILOVIC, Miroslav. Emmanuel Kant. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 498–501.

<sup>78</sup> GILABERT, Pablo. *Human Dignity and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

read with a mind on what it takes to realize Kantian freedom *in this world*, his take on heteronomy can be presented as an implicit recognition that socioeconomic conditions matter to the practical exercise of freedom and autonomy.

Thus, just as Gilabert goes beyond exclusive attention to abstract notions such as “status dignity” to contextually rich aspects such as *conditions*, *circumstances* and *basis of dignity*, we seek to highlight a possibility of reading Kant’s contributions as entailing that, while his conception of freedom is inherently abstract and otherworldly, the practical realization of freedom in the tangible world requires factoring in socioeconomic conditions.

The daring scenario of water deprivation depicted in the introduction points us to the relevance of basic conditions to the empirical fruition of dignity. Lack of water hindered even its most fundamental aspects, such as recognition as a rights-bearing person. After all, the homeless person stated the belief that, in absence of a shower, they would not be granted the right to healthcare at a hospital, which the Brazilian Constitution recognizes as a universal fundamental right. This provides an example of lack of dignity being understood as entailing absence of a “decent life”. However, there is much more into human dignity. Just as Gilabert differentiates *basic* and *maximal* dignity through the emphasis on the achievement of a “flourishing life” rather than a merely “decent one”<sup>81</sup>, p. 205, we connect the issue of human dignity to Maslow’s pursuit of a hierarchy of needs leading up to self-actualization. This allows for a reading that connects the Kantian ideas of autonomy and dignity to Maslow’s ideas of self-actualization.

## 2 UNATTENDED BASIC NEEDS AS OBSTACLES TO SELF-ACTUALIZATION IN MASLOW

Abraham Maslow’s “*A theory of human motivation*”, of 1943, presented a hierarchy of needs suggesting that “humans are driven by innate needs for survival, safety, love and belonging, esteem, and self-realization, in that order.” His ideas have “resonated powerfully in scholarship across disciplines” and are well known beyond scholarly contexts<sup>82</sup>, p. 508.

The core of his contribution consists in arranging human needs according to a hierarchy of prepotency. In this setup, unattended needs at a more basic level hinder the feasibility of directing efforts to the satisfaction of higher needs<sup>83</sup>, p. 370. In this sense, the levels of needs determine what the individual will be most motivated to pursue<sup>84</sup>. The most basic needs, of highest pre-potency, are physiological needs. For instance, a person suffering from hunger directs all capacities “into the service of hunger-satisfaction”, prioritizing it over other needs:

Undoubtedly these physiological needs are the most prepotent of all needs. What this means specifically is, that in the human being who is missing everything in life in an extreme fashion, it is most likely that the major motivation would be the physiological needs rather than any others. A person who is

<sup>81</sup> GILABERT, Pablo. *Human Dignity and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

<sup>82</sup> ABULOF, Uriel. Introduction: Why We Need Maslow in the Twenty-First Century. *Society [S. I.]*, v. 54, n. 6, p. 508–509, 2017.

<sup>83</sup> MASLOW, A theory of human motivation.

<sup>84</sup> CAVALCANTI, Thiago Medeiros; GOUVEIA, Valdiney Veloso; MEDEIROS, Emerson Diógenes de; *et al.* Hierarquia das Necessidades de Maslow: Validação de um Instrumento. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Porto Alegre, v. 39, 2019.

lacking food, safety, love, and esteem would most probably hunger for food more strongly than for anything else.<sup>85 p. 373</sup>

Maslow then goes on to ask: “what happens to man’s desires when there is plenty of bread and when his belly is chronically filled?” At this moment, other needs emerge “and dominate the organism. And when these in turn are satisfied, again new (and still ‘higher’) needs emerge and so on.” According to Maslow, the satisfaction of physiological needs cause them to “cease to exist as active determinants or organizers of behavior”<sup>86, p. 375</sup>, thus opening the way for the focus on other, less prepotent needs.

Safety needs succeed physiological needs in Maslow’s hierarchy<sup>87, p. 376</sup>. This is a broad category, encompassing much more than safety from direct physical harm, as in threats from “wild animals”, “criminals”, of “assault and murder” and so on. Maslow includes in his account safety from “extremes of temperature” – thus resulting in the need for shelter – and other aspects which can be read as socioeconomic concerns. The key seems to be what makes a person feel endangered. Thus, a person whose immediate physiological needs are sated, but who is an “economic and social underdog”, has unattended safety needs which will become the main drive to motivation. Maslow sees the safety needs of humans reflected, for instance, in “the common preference for a job with tenure and protection, the desire for a savings account, and for insurance of various kinds (medical, dental, unemployment, disability, old age)”<sup>88, p. 379</sup>.

Further higher in hierarchical standing are love needs. “If both the physiological and the safety needs are fairly well gratified, then there will emerge the love and affection and belongingness needs”<sup>89, p. 380</sup>. Still further are esteem needs, related to feelings of self-confidence, worth, strength, capability and adequacy of being useful and necessary in the world<sup>90, p. 382</sup>. As to these, Maslow points out that:

All people in our society (with a few pathological exceptions) have a need or desire for a stable, firmly based, (usually) high evaluation of themselves, for self-respect, or self-esteem, and for the esteem of others. By firmly based self-esteem, we mean that which is soundly based upon real capacity, achievement and respect from others. These needs may be classified into two subsidiary sets. These are, first, the desire for strength, for achievement, for adequacy, for confidence in the face of the world, and for independence and freedom. Secondly, we have what we may call the desire for reputation or prestige (defining it as respect or esteem from other people), recognition, attention, importance or appreciation.<sup>91, p. 381–2</sup>

<sup>85</sup> MASLOW, A theory of human motivation.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> MASLOW, A theory of human motivation.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

These needs distance themselves from direct or indirect threats coming from the environment one lives in. Rather, they concern needs pertaining to human relations. They are, in this sense, “higher needs”<sup>92</sup>, p. 512.

Finally, highest in hierarchy, comes the need for self-actualization. Even if all needs are satisfied – physiological, safety, love and esteem needs – “we may still often (if not always) expect that a new discontent and restlessness will soon develop, unless the individual is doing what he is fitted for”<sup>93</sup>, p. 382. This is the scope of human flourishing, or *eudaimonia*<sup>94</sup>, p. 524. Maslow depicts self-actualization with an Aristotelian touch of fulfilling one’s purpose, of realization of one’s essence: “the desire to become more and more what one is, to become everything that one is capable of becoming”. Accordingly, a “musician must make music, an artist must paint, a poet must write, if he is to be ultimately happy. What a man can be, he must be. This need we may call self-actualization”<sup>95</sup>, p. 382. It is, in other words, the “individual need for fulfillment”<sup>96</sup>, p. 517.

Given, however, that there is a scale of prepotency in which unattended more basic needs drive priority and narrow the scope of concern towards higher needs, self-actualization is hardest to achieve. Maslow recognizes this as he states that “in our society, basically satisfied people are the exception, we do not know much about self-actualization”<sup>97</sup>, p. 383.

Maslow adds some exceptions to the rigidity in the hierarchical setup of basic needs. First, he warns that these needs are subject to temporary reversal in prepotency. Maslow exemplifies the point: a person may decide to quit his job rather than withstand humiliations at the workplace. This means the need for self-respect, and aspect of the need for esteem, overthrows the prepotency of the more basic need for safety. However, “a man who has given up his job rather than lose his self-respect, and who then starves for six months or so, may be willing to take his job back even at the price of losing his self-respect”<sup>98</sup>, p. 387.

Secondly, Maslow considers that the needs are subject to relative degrees of satisfaction. Rather than requiring full satisfaction of physiological needs for safety needs to become important, and so on, higher needs may drive human motivation upon partial satisfaction of lower needs:

We have spoken in such terms as the following: “If one need is satisfied, then another emerges”. This statement might give the false impression that a need must be satisfied 100 per cent before the next need emerges. In actual fact, most members of our society who are normal, are partially satisfied in all their basic needs and partially unsatisfied in all their basic needs at the same time. A more realistic description of the hierarchy would be in terms of

<sup>92</sup> ETZIONI, Amitai. The Moral Wrestler: Ignored by Maslow: I. Foundations. *Society* [S. l.], v. 54, n. 6, p. 512–519, 2017.

<sup>93</sup> MASLOW, A theory of human motivation.

<sup>94</sup> GRAHAM, Carol. The High Costs of Being Poor in the Land of the Dream: II. Society and Politics. *Society*, [S. l.], v. 54, n. 6, p. 524–526, 2017.

<sup>95</sup> MASLOW, A theory of human motivation.

<sup>96</sup> ETZIONI, The Moral Wrestler.

<sup>97</sup> ETZIONI, The Moral Wrestler.

<sup>98</sup> MASLOW, A theory of human motivation.

decreasing percentages of satisfaction as we go up the hierarchy of prepotency.<sup>99, p. 388</sup>

The exceptions introduced by Maslow suggest that his hierarchy of needs should be faced as a general scheme to the prepotency of human motivations, rather than a rigid or deterministic arrangement.

Maslow's theory provides valuable grounding for the right to basic conditions of life. Human flourishing is viewed as impaired by unattended basic needs. In particular, Maslow opens the way for economic and social rights when he alludes to safety needs as comprising more than absence of direct physical threats. Safety needs are met by not feeling endangered, which includes economic perils to one's foreseeable future, that is, "material precariousness"<sup>100, p. 534</sup>. Individuals who face daily stress often find it difficult to engage in long-term planning due to being overwhelmed by their immediate challenges. "Their focus is primarily on surviving each day rather than considering broader aspects of human well-being, such as experiencing a sense of fulfillment and purpose, known as *eudaimonia*"<sup>101, p. 524</sup>. His depiction of "economic and social underdogs"<sup>102, p. 379</sup> as persons whose safety needs are compromised allow for the emphasis on economic and social rights as necessary remedies. This also holds true in respect of physiological needs, which likewise directly relate to socioeconomic conditions. Maslow's theory, after all, recognizes the impact of socioeconomic factors on the possibilities of self-realization, that is, of human flourishing.

Thus, Maslow can be read as implying that psychological health and flourishing should be made possible as a result of a basic social contract aiming to provide for all. However, Whippman affirms that self-realization has been increasingly presented "as the result of individual effort, divorced from our circumstances or the societies in which we live"<sup>103, p. 528</sup>. This ideological stance, which Whippman depicts as a "cultural narrative around human well-being", inverts Maslow's pyramid, "positing self-realization not just as something to pursue when the basic fundamentals are in place, but as a viable alternative to those fundamentals"<sup>104, p. 527</sup>. In Maslow's account, material precariousness affects and hinders the possibility of self-realization. Yet, the "emphasis on individual control has led to an almost belligerent denial in recent years of the impact of social and political context on wellbeing"<sup>105, p. 528</sup>. Maslow's model, in this sense, also provides materials for a critical perspective on approaches that situate the individual as an *entrepreneur*, solely responsible, regardless of environmental conditions, for the pursuit of happiness, or the likeness of *eudaimonia*.

The stark reality of homelessness and water deprivation highlighted in the introduction underscores how material precariousness stands in the way of any possibility of human flourishing. The attention Maslow affords to the meeting of basic needs in order to allow for concern for higher human needs in his scale of prepotency provides an important intellectual

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> TRÉHU, Julia. The Shaky Foundations of Millennials' Basic Human Needs: III. Young Perspectives. *Society* [S. l.], v. 54, n. 6, p. 533–534, 2017.

<sup>101</sup> GRAHAM, The High Costs of Being Poor in the Land of the Dream.

<sup>102</sup> MASLOW, A theory of human motivation.

<sup>103</sup> WHIPPMAN, Ruth. Where were we while the Pyramid was Collapsing? At a Yoga Class: II. Society and Politics. *Society* [S. l.], v. 54, n. 6, p. 527–529, 2017.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> *Ibid.*

foundation for economic and social rights. The idea of a *scale* of needs, organized according to prepotency, also seems to fit well with Gilabert's differentiation between *basic* and *maximal* dignity by highlighting the pursuit of a "flourishing life" as opposed to a merely "decent one"<sup>106</sup>, p. 205.

Just as material precariousness in Maslow sets a person apart from the possibility of self-realization, our reading of Kant suggested that it places an individual outside the Kantian scope of freedom, and thus of human dignity. Our final remarks, presented below, underscore how the joint reading of Kant and Maslow may contribute to intellectual elaboration on the tension between formal universal affirmation of human dignity and concrete requirements for its coming into being in particular instances. This is relevant for the role played by economic and social rights in the material construction of freedom, dignity, and human flourishing.

## ■ FINAL REMARKS

How much for human dignity, after all? In the case presented at the introduction, economic deprivation of a homeless person resulted in lack of access to water, because it cost R\$ 8.00 at the bus station. Not being able to take a shower was next associated with practical denial of healthcare in a public hospital. It is necessary to take into account what it takes for a person to actually be dignified. Material deprivation is a threat to human dignity.

It is true that Kant presents human dignity as an intrinsic attribute of human beings due to their use of reason. The issue is, however, not normative. It does not concern ascribing dignity as an inherent feature of human existence stemming from human status alone, or "status dignity". In the case alluded to in the introduction, a person living in the streets of Belo Horizonte perceives that cognition as a recipient of the right to health does not automatically accrue from human status alone. The perception of an *undignified* human is a hindrance to the fruition of rights. There are certain basic conditions of life that stand as prerequisites for human dignity. Provocatively, it may be said: if only the person in question had R\$ 8.00 to pay for a shower at the bus station, he could have been recognized as a human being and granted treatment at the hospital. R\$ 8.00 seems to have been the price of dignity at this particular stance.

Without minimal conditions that allow for distancing from heteronomous factors affecting the formation of the will, there can be no autonomous use of reason. That is, individual autonomy assumes a minimum standard of material welfare. Kant advocates for the use of pure reason as the basis of autonomy and consequently as grounds for ascribing moral worth to human conduct. However, he acknowledges that factors stemming from the sensible world affect the formation of human will. His standard for moral value consists of using reason as the sole determinant of the will. That is, using reason independently of any instincts, inclinations or desires, of any "alien" causes, since the individual does not choose these elements. Acting out of pure reason seems impossible, however, in the face of extreme material deprivation. In that situation, the will cannot freely give the law to itself, as alien – or unchosen – impulses give such law to the individual. In other words, the use of reason cannot be "pure"

---

<sup>106</sup> GILABERT, *Human Dignity and Human Rights*.

when a person is facing hunger, for instance. We have sustained that, given that Kant presents freedom as presupposing the use of reason for determining the will without alien determinants, the practical (and not *a priori*) exercise of freedom and autonomy become paradoxically connected to external socioeconomic conditions. Autonomy cannot therefore take place where choices are determined by imperative personal needs<sup>107</sup>.

Maslow reinforces this perception. According to his theory of human motivation, humans are motivated by needs for survival, safety, love and belonging, esteem, and self-actualization, in that order. These needs form a hierarchical structure, where unmet lower-level needs hinder the pursuit of higher-level needs. For example, when physiological needs such as hunger are unfulfilled, they take priority over other needs. As lower-level needs are (at least partially) satisfied, higher-level needs emerge and become the focus of motivation. Given that socioeconomic factors are directly linked to the most basic needs (physiological and safety), Maslow's theory contributes to positioning basic conditions of life – through the affirmation of economic and social rights – as necessary to the path of human flourishing, or self-realization.

A parallel between the two approaches is possible. In Kant, human dignity derives from rational nature, and the use of reason is the key to achieving conduct that is simultaneously autonomously determined and therefore imbued with moral worth. However, obstacles from the sensible world – and here one can think of desires and instincts, but also more specifically of hunger, thirst, physical threats and the like – are heteronomous sources of motivation for human conduct, depriving it of moral worth if attended to. In Maslow, these elements of the sensible world are organized in a hierarchy of basic needs. At the top, self-actualization comes as the highest human need, also hindered by unsatisfied needs below it in hierarchy. In both authors, a higher purpose – autonomy in Kant, self-actualization in Maslow – is presented in tension to aspects of the sensible world – heteronomy in Kant, basic needs in Maslow. And, in particular, material precariousness can be positioned as an obstacle both to autonomous use of reason in Kant and to the path to self-realization in Maslow.

The proposed conceptual dialogue between Kant and Maslow also suggests that individuals that do not suffer the constraint of economic deprivation are closer to experiencing freedom as autonomy of the will and self-realization, while those who struggle for survival are also deprived from freedom and fulfillment in the sense outlined above. Autonomy, which Kant highlights as underlying dignity, is only truly possible upon the satisfaction of a minimum existential condition that includes basic, security, and social needs according to Maslow's hierarchy. Meeting these requirements is essential not only for autonomy, but also for human dignity. Therefore, the question of needs, which forms the core of the right to basic conditions, directly affects the capacity for freedom as autonomy and, consequently, reflects on human dignity itself. In the absence of minimum thresholds of well-being, formal affirmation of autonomy – and of dignity – is mere fiction.

<sup>107</sup> We therefore use Kant's premises but diverge from his conclusions. The distinction between autonomy and heteronomy of the will is incorporated. However, while Kant argues that moral worth stems from the use of pure reason in spite of heteronomous forces deriving from the sensible world, we posit that his take on heteronomy may as well lead to the conclusion that unattended basic material needs are a relevant impairment to the formation of free will. That is to say: Kant assumes a rational being capable of complete distance from the sensible world in determining their will; we do not.

## REFERENCES

ABULOF, Uriel. Introduction: Why We Need Maslow in the Twenty-First Century. *Society* [S. l.], v. 54, n. 6, p. 508–509, 2017.

BALLESTERO, Andrea. What is in a percentage? Calculation as the poetic translation of human rights. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 21, n. 1, p. 27–53, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Liberdade. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. *Boston College International & Comparative Law Review*, Boston, v. 35, p. 331–395, 2012.

CASTELO BRANCO, Paulo Coelho; SILVA, Luísa Xavier de. Psicologia humanista de Abraham Maslow: recepção e circulação no Brasil. *Revista da Abordagem Gestáltica*, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 189-199, 2017.

CASTRO, Marcus Faro de. A dimensão econômica da efetividade dos direitos fundamentais. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1–37, 2021.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. *Política e relações internacionais: fundamentos clássicos*. Brasília: UnB, 2005.

CAVALCANTI, Thiago Medeiros; GOUVEIA, Valdiney Veloso; MEDEIROS, Emerson Diógenes de; et al. Hierarquia das Necessidades de Maslow: Validação de um Instrumento. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Porto Alegre, v. 39, 2019.

EASTWOOD, Jonathan. The role of ideas in Weber's theory of interests. *Critical Review*, [S. l.], v. 17, n. 1–2, p. 89–100, 2005.

ETZIONI, Amitai. The Moral Wrestler: Ignored by Maslow: I. Foundations. *Society* [S. l.], v. 54, n. 6, p. 512–519, 2017.

GILBERT, Pablo. *Human Dignity and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

GRAHAM, Carol. The High Costs of Being Poor in the Land of the Dream: II. Society and Politics. *Society*, [S. l.], v. 54, n. 6, p. 524–526, 2017.

HAY, Colin. Constructive institutionalism. In: RHODES, R. A. W.; BINDER, S. A.; ROCKMAN, B. A. (Org.). *The Oxford handbook of political institutions*. Oxford: Oxford University, 2006, p. 56–74.

KANT, Immanuel. *Critique of pure reason*. Cambridge: Cambridge University, 1998.

KANT, Immanuel. *Critique of practical reason*. Cambridge: Cambridge University, 1997.

KANT, Immanuel. *Critique of judgment*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 1987.

KANT, Immanuel. *Groundwork for the metaphysics of morals*. Binghamton: Vail-Ballou Press, 2002.

MASLOW, Abraham H. A theory of human motivation. *Psychological Review*, [S. l.], v. 50, n. 4, p. 370–396, 1943.

MASLOW, Abraham H. *Motivation and personality*. New York: Harper & Brothers, 1954.

McCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of international Law*, Firenze, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

MILOVIC, Miroslav. Emmanuel Kant. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 498–501.

NEVES-SILVA, Priscila; MARTINS, Giselle Isabele; HELLER, Léo. “A gente tem acesso de favores, né?”. A percepção de pessoas em situação de rua sobre os direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 3, p. 1–10, 2018.

SANDEL, Michael J. O que importa é o motivo: Immanuel Kant. In: *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 133–174.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial / The right to basic conditions of life. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034>. Acesso em: 31 mar. 2023.

SAMPAIO, Jáder dos Reis. O Maslow desconhecido: uma revisão de seus principais trabalhos sobre motivação. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 33, n. 1, p. 5-16, 2009.

SCHMIDT, Vivien A. Discursive institutionalism: The explanatory power of ideas and discourse. *Annual review of political science*, San Mateo, v. 11, p. 303–326, 2008.

TRÉHU, Julia. The Shaky Foundations of Millennials’ Basic Human Needs: III. Young Perspectives. *Society* [S. l.], v. 54, n. 6, p. 533–534, 2017.

WHIPPMAN, Ruth. Where were we while the Pyramid was Collapsing? At a Yoga Class: II. Society and Politics. *Society* [S. l.], v. 54, n. 6, p. 527–529, 2017.



# DIREITOS HUMANOS, MIGRAÇÃO E SITUAÇÃO DE RUA: OS WARAO EM NATAL/RN

HUMAN RIGHTS, MIGRATION AND HOMELESSNESS: THE WARAO IN NATAL/RN

MARIA TERESA NOBRE\* | PEDRO LEVI LIMA OLIVEIRA\*\* | MARIANA MAIA DE MEDEIROS\*\*\*

## RESUMO

O artigo discute a migração de indígenas venezuelanos Warao para o Rio Grande do Norte, assentados em Natal e as políticas públicas que os atendem. Nele, apresentamos os serviços da rede socioassistencial e de direitos humanos voltados a este público, suas necessidades, demandas e o impacto sobre a população em situação de rua local. Foram usados como instrumentos metodológicos: questionários via plataforma google forms, entrevistas com profissionais da rede e com um representante do Movimento da População de Rua (MNPR/RN). Entre as demandas e necessidades dos Warao, destacam-se: a busca por trabalho, emprego e renda; cuidados com a saúde; regularização de documentos e outras questões junto à Justiça brasileira; inserção escolar; aprendizagem da língua portuguesa; obtenção de visto de permanência e preservação de suas práticas culturais. É notória a aproximação entre os Warao e pessoas em situação de rua quanto às violações ou não reconhecimento de direitos. Entretanto, ambas as populações necessitam de políticas públicas específicas. É preciso dar contorno a esses fenômenos populacionais, relacionados ao território e como habitá-lo, observando as diretrizes constitucionais de princípios de soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, que devem ser solo comum para pensar toda e qualquer abordagem às questões sociais.

**Palavras-chave:** Warao; Migração; População em situação de rua; Políticas públicas.

## ABSTRACT

This article discusses the migration of indigenous Venezuelan Warao to Rio Grande do Norte, settled in Natal, and the public policies that assist them. In it, we present the services of the social assistance and human rights network aimed at this public, their needs and demands and the impact on the local homeless population. The methodological tools used were questionnaires via the google forms platform and interviews with network professionals and a representative of the Street Population Movement (MNPR/RN). Among the demands and needs of the Warao, the following stand out: the search for work, employment and income; health care; regularization of documents and other issues with the Brazilian justice system; school integration; learning the Portuguese language; obtaining a residence visa and preserving their cultural practices. It is clear that the Warao and homeless people are closer in terms of violations or non-recognition of rights. However, both populations need specific public policies. These population phenomena need to be addressed in relation to the territory and how to inhabit it, observing the constitutional guidelines of the principles of sovereignty, citizenship and the dignity of the human person, which should be common ground for thinking about any approach to social issues.

**Keywords:** Warao; Migration; Homeless population; Publics policy.

\* Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC-2006) e Pós-doutorada na mesma área, também na UFC (2017). Professora Associada aposentada da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, a partir de 2012, é vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da UFRN.

*tnobre@hotmail.com*

<https://orcid.org/0000-0002-5085-4296>

\*\* Advogado Popular. Mestre em Ciências Sociais e Humanas (PPGCSH-UERN). Professor. Pesquisador em Direitos Humanos, Conflitos Fundiários e Políticas Sociais.

*pedrolevi.atendimento@gmail.com*

<https://orcid.org/0000-0003-1868-4407>

\*\*\* Psicóloga, redutora de danos, integrante da Comissão de Direitos Humanos do CRP-17

*psimaamariana@gmail.com*

<https://orcid.org/0000-0002-4477-0547>

Recebido em: 29.09.2023 | Aprovado em: 23.12.2023



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A MIGRAÇÃO DOS INDÍGENAS WARAO: DAS MARGENS DO RIO ORINOCO ÀS MARGENS DO RIO POTENGI; 2 O TRABALHO DE CAMPO E MODOS DE FAZER PESQUISA; 3 INDÍGENAS WARAO EM NATAL E A REDE DE ATENDIMENTO; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2023, o Brasil foi surpreendido com as notícias estarrecedoras acerca dos indígenas Yanomami encontrados na Amazônia em estado severo de desnutrição e fome, acometidos por doenças graves, porém evitáveis, que levaram à morte centenas deles. Os crimes cometidos contra essa população indígena - que a levaria ao extermínio caso as condições em que estavam vivendo perdurassem - tem relação direta com a presença do garimpo ilegal na área por ela habitada, que produz entre outras tragédias, a contaminação das águas, do solo e do ar por mercúrio, acarretando danos irremediáveis à saúde e à vida, além de outras doenças e agravos, entre os quais a prática corriqueira da violência e do estupro de mulheres e meninas Yanomami, a usurpação das suas terras, dos seus corpos e da sua cultura e vida.

Longe de ter sido negligência ou desconhecimento, os crimes contra os Yanomami que chocaram o país foram tema de amplo debate na mídia e motivo de inúmeras *fake news*, orquestradas por defensores e simpatizantes do governo do ex-presidente Jair Bolsonaro, que entre tantas mensagens, dispararam uma frase estarrecedora na rede social Instagram: “Não são Yanomami, são venezuelanos [...] fruto do comunismo de Maduro e Lula”<sup>1</sup>. O argumento é chocante por naturalizar as condições degradantes de vida em que poderia se encontrar uma população refugiada em solo brasileiro, embora seja, na sua grande maioria, igualmente formada por indígenas latino-americanos. O discurso “justifica” um possível extermínio dessa população, a quem, seja por qual motivo fosse, seria permitida a fome, a desnutrição, as doenças, a falta de assistência, a morte lenta ou violenta, até seu fim. Uma vez estrangeiros, estariam condenados à própria sorte, ao abandono pelo Estado, ao “deixar morrer” de que nos falou tantas vezes Foucault<sup>2</sup>. Seu desaparecimento e apagamento seriam não só tolerados, mas desejados, reportando à banalização do Mal, como discutido por Hannah Arendt<sup>3</sup>.

Dentre tantas outras notícias e *fake news* nesse contexto histórico de mudanças recentes na política brasileira, fizemos o recorte deste fato e discurso que nos surpreendeu, especialmente, dada a relação estreita com o trabalho que desenvolvemos junto a um grupo de indígenas venezuelanos/as da etnia Warao no Rio Grande do Norte, particularmente em Natal, capital do estado. Esse fenômeno também coloca no centro do debate o modo como vêm sendo violados os seus direitos, desde seu país de origem até as condições de migração e de permanência em solo brasileiro, que deveriam ser garantidas pelo Estado.

<sup>1</sup> A publicação foi retirada do ar. Anteriormente estava disponível em: <https://www.instagram.com/p/Cnu6FE-auppR/?igshid=NTU1Mzc3ZGM>.

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>3</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

A discussão aqui apresentada toma por base dados de uma pesquisa desenvolvida através de uma equipe de pesquisadores e pesquisadoras vinculados ao Centro de Referência em Direitos Humanos Marcos Dionísio da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (CRDH-MD/UFRN), que vem recebendo encaminhamentos e demandas das redes de assistência local, para atendimento a esta população. Neste sentido, a perspectiva da investigação segue uma proposição de uma pesquisa-intervenção, que busca conhecer para intervir e de intervir para conhecer<sup>4</sup>. A partir dessas demandas, nos mobilizamos a procurar conhecer as trajetórias e histórias de migração e refúgio, dificuldades e necessidades desta população em Natal e região metropolitana; quem as atende no âmbito das políticas públicas, como se caracterizam esses atendimentos e quais os investimentos do Estado (nos âmbitos estadual e municipais) frente a esse problema. De modo particular, também nos interessou conhecer os impactos da presença dos Warao sobre a população em situação de rua na cidade.

Este aspecto assume particular importância na investigação realizada, em função da nossa trajetória de estudos e pesquisas junto à população em situação de rua e assessoria à organização política do Movimento Nacional da População de Rua (MNPR), através do CRDH-MD/UFRN, desde 2012, como relatado por Nobre et al<sup>5</sup>.

Os fluxos migratórios regionais, nacionais e transnacionais do presente, decorrentes do avanço do capitalismo na sua face neoliberal e da globalização predatória, que produz a destruição do meio ambiente, o acirramento das questões demográficas, a violação de direitos humanos, o desemprego, as intolerâncias e perseguições, dentre outros efeitos, também têm produzido impactos diretos e indiretos sobre a população em situação de rua no Brasil e no mundo.

De acordo com Melo<sup>6</sup>, a partir das duas últimas décadas houve uma mudança no perfil da população em situação de rua no Brasil. Até então, o seu maior contingente era masculino, com faixa etária acima de 30 anos, formado por desempregados, ex-trabalhadores não mais aptos ao mercado de trabalho, alcoolistas crônicos, que viveram grande parte das suas vidas em orfanatos e outras instituições de reclusão ou por pessoas que perderam os vínculos parentais e muitos migrantes das zonas rurais. Agora, esse perfil é outro: a população de rua no Brasil é formada majoritariamente por jovens, entre 18 e 30 anos de idade, com a presença significativa de mulheres na mesma faixa de idade, sem experiência profissional e com alta incidência de dependência química, sobretudo decorrente do uso de crack, pessoas oriundas de favelas, afastadas do núcleo familiar por problemas decorrentes do uso da droga ou do seu comércio.

Alargando a discussão sobre o novo perfil da vida de quem vive nas/das ruas brasileiras, Medeiros et al<sup>7</sup>, em uma revisão integrativa de literatura acerca das políticas sociais de

<sup>4</sup> COSTA, Eduardo Pontes; COIMBRA, Cecília. Nem criadores, nem criaturas: éramos todos devires na produção de diferentes saberes. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 125-133, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822008000100014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/Nywm4PYXPW89NNLg3dGvvMc/?lang=pt>. Acesso em: 05 jun. 2023.

<sup>5</sup> NOBRE, Maria Teresa et al (Org.). *Vozes, imagens e resistência nas ruas: a vida pode mais!* Natal: EDURN, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/28193> Acesso em: 15 jun. 2023.

<sup>6</sup> MELO, Tomás Henrique de Azevedo Gomes. *Mundos que refugam, ruas como refúgio: reconfigurações no perfil social da população em situação de rua*. *Revista Florestan Fernandes*, São Carlos, v. 1, n. 3, p. 10-31, 2018.

<sup>7</sup> MEDEIROS, Fernanda Cavalcanti et al. *Entre a benesse e o direito: às políticas de atendimento à população em situação de rua na América Latina*. *Psicologia em Estudo*, v. 25, 2020. DOI: <https://doi.org/10.4025/psicoles-tud.v25i0.45025>. Acesso em: 10 jun. 2023.

atendimento à população de rua na América Latina, apontam que a população de rua é um fenômeno complexo e de múltiplas determinações, devendo ser considerados fatores econômicos, políticos e sociais, bem como a própria rua como espaço de sociabilidade, trabalho e/ou moradia. O/as autor/as chamam atenção para a diversidade desta população, que agrega homens, mulheres, idosos, crianças e adolescentes, famílias inteiras, sujeitos em sofrimento psíquico e/ou transtornos mentais, sujeitos de diferentes grupos étnicos, migrantes, profissionais do sexo, entre outras populações invisibilizadas.

Em concordância com o/as autor/as e com o trabalho desenvolvido por outros/as pesquisadores/as brasileiros/as<sup>8 9 10</sup>, acrescentamos ainda novas personagens a esses cenários, presentes nas ruas das cidades de médio e grande porte: além de mulheres e crianças (que, durante alguns anos nas décadas seguintes ao ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, diminuíram consideravelmente sua presença nas ruas), a população LGBTQIAPN+, pessoas com deficiência (sobretudo surdos e cadeirantes), pessoas com transtornos psíquicos decorrentes ou não do uso problemático das drogas e, nos últimos anos, imigrantes internacionais e refugiados.

Identificar necessidades e demandas comuns entre os Warao e pessoas em situação de rua, de modo a subsidiar ações de atendimento a esses públicos e fortalecer o trabalho de outros órgãos e políticas públicas que atendem a essas populações, numa perspectiva de trabalho em rede, foi o foco principal da pesquisa, que partiu das seguintes questões problematizadoras: Que impactos a presença de pessoas migrantes e refugiadas têm produzido na população em situação de rua? Há demandas e necessidades comuns entre pessoas refugiadas da etnia Warao e pessoas em situação de rua, de modo que se possa identificar pautas comuns para construção e/ou fortalecimento de políticas públicas e do movimento social?

Neste artigo, apresentamos dados desta investigação e as reflexões que temos produzido, colocando em discussão as condições oferecidas pelo Estado para o acolhimento, abrigamento e permanência dos Warao em terras potiguares e a relação deste fenômeno social com a população local em situação de rua.

## 1 A MIGRAÇÃO DOS INDÍGENAS WARAO: DAS MARGENS DO RIO ORINOCO ÀS MARGENS DO RIO POTENGI

De acordo com a ACNUR (Agência das Nações Unidas para Refugiados) e da OIM (Organização Internacional para as Migrações), o avanço da pandemia da Covid-19 na América Latina e no Caribe coincide com um aumento estrondoso no fluxo migratório de refugiados

<sup>8</sup> XIMENES, Veronica Moraes; ESERALDO, Andreia Ferreira Lima; ESERALDO FILHO, Carlos Eduardo. *Viver nas ruas: trajetórias, desafios e resistências*. Fortaleza: Expressão, 2022.

<sup>9</sup> NOBRE, Maria Teresa *et al.* (Org.). *Vozes, imagens e resistência nas ruas: a vida pode mais!* Natal: EDURN, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/28193>. Acesso em: 15 jun. 2023.

<sup>10</sup> RUI, Taniele; MARTINEZ, Mariana; FELTRAN, Gabriel de Santis (Org.). *Novas faces da vida nas ruas*. São Carlos: EdUFSCar/CEM, 2016.

venezuelanos e haitianos que se espalharam pelo continente e que vieram em massa para o Brasil <sup>11</sup>.

Dada a sua localização geográfica, o estado de Roraima é a principal entrada desses refugiados e imigrantes em território brasileiro, que também abrange o tráfego migratório de outras nacionalidades<sup>12</sup> em decorrência das graves crises políticas sociais e econômicas que atingem seus países, com impactos sobre a falta de alimentação e medicamentos, a presença constante da violência policial e de outros tipos, a ausência de proteção social e a violação de direitos sociais básicos. A grande maioria desses imigrantes permanece em Roraima, mas muitos se deslocam para outros estados brasileiros<sup>13</sup>.

Dentre os/as imigrantes venezuelanos/as destaca-se o grupo étnico de indígenas Warao. São oriundos do nordeste da Venezuela e habitantes seculares do delta do rio Orinoco, nos estados Delta Amacuro, Bolívar e Sucre. São tradicionalmente pescadores, agricultores/as, coletores/as, artesãos/ãs e carpinteiros/as. Tragédias ambientais decorrentes de intervenções estatais, como a obstrução do Rio Manamo, que inundou suas terras e tornou a água imprópria para o consumo das pessoas e para a reprodução das espécies, inviabilizando a pesca e a agricultura de subsistência, obrigou esses indígenas a se deslocarem para áreas urbanas em busca de sobrevivência, através do trabalho precário e da mendicância<sup>14</sup>.

O represamento do Rio Manamo foi um “genocídio, um etnocídio e um ecocídio, visto que seu resultado foram mortes (de seres humanos, culturas, costumes, animais, vegetais e muitos outros elementos) e o quase extermínio do povo indígena Warao”<sup>15</sup>. A deterioração das condições de subsistência e a invasão progressiva de suas terras por agricultores, pecuaristas, fazendeiros e mineradoras intensificaram, desde a década de 1970, o êxodo territorial dessa etnia para os centros urbanos da Venezuela, agravado nos últimos anos. Entre 2014 e 2016 esse êxodo passou a ser internacional devido às consequências dos embargos econômicos à Venezuela por governos estrangeiros que bloquearam a entrada de produtos básicos, gerando miséria e fome disseminada na população e tornando a vida local insustentável. Segundo Aníbal Pérez Cardona, refugiado Warao em Natal, em entrevista concedida a um periódico<sup>16</sup>, os primeiros grupos que chegaram a Boa Vista/Roraima buscaram ajuda para poder pagar as passagens a fim de que outras famílias pudessem vir, mas muitos vieram de carona ou mesmo a pé. Em solo brasileiro, buscaram apoio para viajar até Manaus, Belém e outras

<sup>11</sup> AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Número de refugiados e migrantes da Venezuela ultrapassa 4 milhões, segundo o ACNUR e a OIM*. 07 jun. 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/06/07/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-ultrapassa-4-milhoes-segundo-o-acnur-e-a-oim>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> BENTO, Halaine Cristina Pessoa; LIMA, Andie de Castro; BOMFIM, Zulmira Áurea Da Cruz. Um olhar socioambiental sobre a imigração venezuelana no Brasil: da situação de rua para o acolhimento institucional. In: XIMENES, Verônica Moraes; ESMEALDO, Andrei Ferreira Lima; ESMEALDO FILHO, Carlos Eduardo (Org.). *Viver nas ruas: trajetórias, desafios e resistências*. Fortaleza: Expressão, 2022, p. 161-182.

<sup>14</sup> PEREIRA, André Paulo dos Santos. O povo indígena Warao: um caso de imigração para o Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-21/mp-debate-povo-indigena-warao-imigracao-brasil>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>15</sup> MEDEIROS, J. P. V. O êxodo do povo Warao para o Brasil. *Revista IHU on-line*, Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, 09 mai. 2020. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/598788-o-exodo-do-povo-indigena-venezuelano-Warao-para-o-brasil-edicao>. Acesso em: 10 dez. 2021.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

idades. Hoje, há núcleos Warao em praticamente todos os estados da região norte, em quase toda a região Nordeste e em diversas outras cidades do Sudeste, do Sul e no Distrito Federal.

Enfrentando enormes precariedades referentes ao acesso à documentação, à língua, às informações, à falta de trabalho e moradia, a maioria encontra-se em abrigos provisórios, alojamentos e espaços emergenciais, geridos por órgãos estaduais, municipais ou ainda por ONGs, entidades filantrópicas, religiosas e universidades<sup>17</sup>, fazendo da mendicância um meio de sobrevivência e um modo de manter a coesão do grupo<sup>18</sup>.

Além das dificuldades para chegar ao país em termos de transportes e recursos, há fragmentação familiar, pois alguns não conseguem vir ou a família se separa ao chegar, indo para lugares diferentes, dificuldades no processo de regularização de permanência, falta de acesso ao mercado de trabalho, o que implica o risco de exploração e até de tráfico de pessoas. Apesar de esse quadro ser comum às pessoas refugiadas em geral, os indígenas Warao representam um desafio jurídico, sociológico e político, pois transcendem a condição imigrante e demandam proteção jurídica específica como indígenas<sup>19</sup>.

No Rio Grande do Norte, os Warao estão presentes desde o primeiro semestre de 2020, em Natal, cidade banhada pelo Rio Potengi, estabelecidos em dois bairros periféricos, passando posteriormente a habitar um abrigo provisório sob responsabilidade da Prefeitura de Natal e do Governo do Estado. Em Mossoró, no oeste potiguar, os Warao chegaram em 2019<sup>20</sup>.

Mesmo durante o período mais duro de isolamento social provocado pela pandemia da Covid-19, não foi raro encontrar esses/as indígenas, sobretudo as mulheres, pedindo ajuda (dinheiro, mantimentos e roupas) nas ruas e nos semáforos da capital potiguar. Não era difícil identificar essas pessoas e distingui-las de outras em condição de mendicância, devido suas vestimentas (roupas coloridas, chapéus e adereços), os modos como as mulheres carregam no colo ou nas costas as crianças pequenas e os cartazes com legendas em português onde declaravam sua nacionalidade: “somos venezuelanos” ou “somos indígenas venezuelanos”.

Embora a esses/as indígenas seja garantido pelo Estado um abrigo ou um teto e condições de segurança para sua permanência em solo brasileiro, muitos dependem das ruas para garantir seu sustento e suas condições de sobrevivência. Estas práticas evidenciam um modo ativo de estar no mundo e circular pela cidade, o que imprime modos de vida singulares aos espaços e tempos citadinos onde são praticadas, e retiram essas pessoas da condição de passividade e vitimização com a qual são geralmente identificadas, não obstante o extremo grau

<sup>17</sup> BENTO, Halaine Cristina Pessoa; LIMA, Andie de Castro; BOMFIM, Zulmira Áurea Da Cruz. Um olhar socioambiental sobre a imigração venezuelana no Brasil: da situação de rua para o acolhimento institucional. In: XIMENES, Veronica Moraes; ESMEALDO, Andrei Ferreira Lima; ESMEALDO FILHO, Carlos Eduardo (Org.). *Viver nas ruas: trajetórias, desafios e resistências*. Fortaleza: Expressão, 2022, p. 161-182.

<sup>18</sup> GARCIA CASTRO, Álvaro A. Mendicidad indígena: los Warao urbanos. *Boletín Antropológico*, Mérida, n. 48, jan./abr. 2000.

<sup>19</sup> PEREIRA, André Paulo dos Santos. O povo indígena Warao: um caso de imigração para o Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-21/mp-debate-povo-indigena-warao-imigracao-brasil>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>20</sup> DURAZZO, Leandro Marques. Os Warao: do Delta do Orinoco ao Rio Grande do Norte. *Povos Indígenas do Rio Grande do Norte*. 2020. Disponível em <http://www.cchla.ufrn.br/povosindigenasdorn>. Acesso em: 06 jun. 2023.

de vulnerabilidade em que se encontram, da xenofobia e do preconceito<sup>21</sup>. Neste sentido, a prática da mendicância – as quais os Warao chamam “coleta” em referência à atividade extrativista vegetal ou animal que faziam em suas comunidades originais como fonte de recursos para viver -, evidencia também uma prática cultural que tem como objetivo o ensino e transmissão dos seus costumes aos seus filhos.

A migração dos Warao e de outros venezuelanos integra o aumento no fluxo de refugiados e migrantes, que nos últimos anos cresceu de modo expressivo no Brasil. Pessoas originárias da Venezuela comparecem em primeiro lugar e são em torno de 4,6 milhões, seguidos por congolezes, sírios, haitianos, afegãos e ucranianos, dentre outros, em diversas regiões do país, segundo dados da ACNUR e da OIM, que atestam a presença desses migrantes e refugiados/as em 17 países da América Latina e do Caribe<sup>22</sup>. 80% dos refugiados venezuelanos permanecem na região latino-americana e caribenha, o que demanda grandes investimentos e esforços em ações humanitárias e um enorme desafio para as políticas públicas<sup>23</sup>.

A migração venezuelana e haitiana representa, ainda segundo estas entidades, o “maior êxodo populacional da história recente da América Latina”, agravada pelos efeitos socioeconômicos e sanitários adversos da Covid-19, o que exige dos países que os acolhem medidas emergenciais, por um lado, e a busca por soluções a longo prazo, por outro, que permitam a sua integração social. Estima-se que o número da população refugiada no Brasil chegue a 2 milhões de pessoas, sendo o Rio Grande do Norte o quinto estado brasileiro a contar com maior número de pessoas nesta condição, totalizando 14.349 migrantes internacionais, dos quais 288 são venezuelanos<sup>24</sup>.

## 2 O TRABALHO DE CAMPO E MODOS DE FAZER PESQUISA

A pesquisa que dá origem a este artigo foi realizada entre dezembro de 2021 e julho de 2023. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, na modalidade de uma pesquisa-intervenção, na medida em que pretende subsidiar as ações do CRDH MD/UFRN voltadas à garantia dos direitos humanos de pessoas refugiadas e migrantes e em situação de rua. A pesquisa-intervenção se caracteriza por conhecer uma realidade, ao mesmo tempo em que intervém sobre

<sup>21</sup> BENTO, Halaine Cristina Pessoa; LIMA, Andie de Castro; BOMFIM, Zulmira Áurea Da Cruz. Um olhar socioambiental sobre a imigração venezuelana no Brasil: da situação de rua para o acolhimento institucional. In: XIMENES, Veronica Moraes; ESMEALDO, Andrei Ferreira Lima; ESMEALDO FILHO, Carlos Eduardo (Org.). *Viver nas ruas: trajetórias, desafios e resistências*. Fortaleza: Expressão, 2022, p. 161-182.

<sup>22</sup> AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *ACNUR e OIM celebram o compromisso da comunidade internacional na mobilização de fundos para pessoas refugiadas e migrantes da Venezuela*. 17 jun. 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2021/06/17/acnur-e-oim-celebram-o-compromisso-da-comunidade-internacional-na-mobilizacao-de-fundos-para-pessoas-refugiadas-e-migrantes-da-venezuela>. Acesso em: 25 jun. 2023. e-fundos-para-pessoas-refugiadas-e-migrantes-da-venezuela. Acesso em 25 jun. 2023.

<sup>23</sup> BENTO; LIMA; BOMFIM, *op cit*.

<sup>24</sup> SÁ, Jana. RN vai coordenar Fórum de Conselhos e Comitês para Refugiados e Migrantes. *Saiba Mais*. 07 ago. 2022. Disponível em: <https://saibamais.jor.br/2022/08/rn-vai-coordenar-forum-de-conselhos-e-comites-para-refugiados-e-migrantes/#:~:text=Foi%20um%20momento%20muito%20especial,Rio%20de%20Janeiro%2C%20em%202023>. Acesso em 30 jun de 2023.

ela, de modo que conhecer e intervir são processos simultâneos, onde a intervenção é também processo de construção de dados, produção do conhecimento e vice-versa<sup>25</sup>. Deste modo, os achados da pesquisa-intervenção sobre este fenômeno têm como alvo uma contribuição ao fortalecimento de uma cultura de direitos humanos no Rio Grande do Norte e o fomento à autonomia e protagonismo social dos próprios sujeitos aos quais elas são dirigidas, correspondendo à missão e escopo que fundou e sustenta o CRDH MD/UFRN.

A construção dos dados teve como campo empírico três fontes: Órgãos governamentais que desenvolvam ações voltadas à atenção a pessoas migrantes e refugiadas; pessoas e instituições da sociedade civil que desenvolvem ações junto a este público; representante do movimento da população em situação de rua. A execução da pesquisa, se deu em três etapas:

- a) Aplicação de um questionário de sondagem, via plataforma *google forms*, para trabalhadores/as da rede socioassistencial, de saúde e de direitos humanos de Natal e região metropolitana, em que se objetivava mapear os serviços prestados e os/as profissionais responsáveis pelo acompanhamento de refugiados e migrantes no município;
- b) Realização de entrevistas para a compreensão de como os/as profissionais da rede e outras pessoas ligadas a pessoas refugiadas, migrantes e em situação de rua entendem e atuam diante das demandas e garantia de direitos a estas populações;
- c) Análise dos dados em diálogo com a literatura acadêmica pertinente e contemporânea acerca das temáticas da pesquisa e reunião devolutiva ao CRDH MD/UFRN dos achados da pesquisa, com discussão de possíveis caminhos de atuação e fomento à rede de atendimento.

Como previsto para a etapa inicial, foi aplicado um questionário de sondagem com pessoas que atuam nas políticas de assistência social, saúde e direitos humanos do poder executivo do RN e dos poderes executivos de Natal, Parnamirim, Mossoró e Caicó, municípios onde há população refugiada Warao. Ainda que o questionário tenha sido enviado a partir de grupos e redes de contato com servidores e pontos de referências em todos esses municípios, apenas 5 (cinco) representantes de Natal responderam: a) gestores e servidores da Secretaria Municipal de Igualdade Racial, Direitos Humanos, Diversidade, Pessoas Idosas e Pessoas com Deficiência (SEMDH); b) representantes da Secretaria Municipal de Trabalho e Assistência Social e do Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e Emergências (SEMTAS).

No âmbito estadual, houve resposta do Comitê Estadual Intersecretorial de Atenção aos Refugiados, Apátridas e Migrantes do Rio Grande do Norte (CERAM/RN). Este é um órgão colegiado, vinculado à Secretaria de Trabalho, Habitação e Assistência do Estado do Rio Grande do Norte, responsável pela construção da política estadual de apoio e atenção ao migrante e refugiado, além de desenvolver pesquisa e realizar acompanhamento de demandas individuais e coletivas dessa população.

Para conhecer e analisar as percepções de profissionais da rede e outras pessoas ligadas ao atendimento prestado às pessoas migrantes e refugiadas e à situação de rua do povo Warao, às suas necessidades e demandas, e sua relação com a população local em situação

<sup>25</sup>AGUIAR, Kátia Faria de; ROCHA Marisa Lopes da. Micropolítica e o exercício da pesquisa-intervenção: referenciais e dispositivos em análise. *Psicologia, Ciência e Profissão*, Brasília, v. 27, n. 4, p. 648-663, dez. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932007000400007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/pcp/a/ggt9ktnF6X7mVWYgJQck8DC/?lang=pt>. Acesso em: 15 jul. 2023.

de rua foram realizadas 6 (seis) entrevistas: três entrevistas com profissionais da SEMTAS indicado/as pelos gestores que responderam aos questionários ou por servidores que se disponibilizaram a discutir em profundidade as respostas dadas na primeira etapa (profissionais do Setor de Calamidades e Desastres, do Serviço Especializado em Abordagem Social (SEAS e SEMTAS) e da equipe de Alta Complexidade da SEMTAS; uma entrevista com um agente comunitário de saúde de uma Unidade Básica de Saúde (UBS) adscrita ao território de moradia de um dos grupos de indígenas Warao; uma entrevista com representante do CERAM; e uma entrevista com representante do Movimento da População em Situação de Rua (MNPR/RN).

As entrevistas foram semiestruturadas e gravadas, tendo sido assinado o RCLE (Registro de Consentimento Livre e Esclarecido), realizadas presencialmente ou *online* por membros da equipe da pesquisa e tiveram duração entre trinta minutos e uma hora. O roteiro de entrevista abordou o processo de migração e assentamento, relação dos usuários com o serviço, relação dos serviços com o território onde as pessoas vivem e as necessidades, demandas e dificuldades no atendimento.

Além dessas entrevistas foram realizadas duas conversas informais com outras profissionais: a gestora de uma Unidade Básica de Saúde do bairro Cidade da Esperança, zona oeste da cidade, onde vivem famílias Warao por meio de aluguéis sociais e uma pesquisadora, aluna do Mestrado em Psicologia da UFRN, que desenvolve trabalho voluntário com os Warao do abrigo situado na Zona Norte da cidade de Natal. Estas duas últimas entrevistas não foram gravadas e contribuem como dados complementares à pesquisa.

### 3 INDÍGENAS WARAO EM NATAL E A REDE DE ATENDIMENTO

A maioria das pessoas que respondeu aos questionários está diretamente envolvida com a política de assistência social. Este dado indica que, no município de Natal, a equipe mais próxima das demandas dos refugiados venezuelanos indígenas é parte da equipe da Secretaria Municipal de Assistência Social. Essa vinculação revela um diagnóstico de que grande parte das demandas dessa população diz respeito à assistência, alimentação, abrigo, trabalho e renda; funções amparadas por esta secretaria.

Outra demarcação importante que corrobora com a percepção mais próxima de trabalhadores da Assistência Social, diz respeito a que grande parte dos atendimentos e grupos monitorados estão em condição de refúgio, como o grupo de venezuelanos Warao. No que diz respeito ao refúgio, trata-se de um deslocamento forçado – portanto, não voluntário – estimulado pelas contradições de um capitalismo em crise, que deserdá territórios e reformula a lógica do trabalho e da renda de milhares de pessoas.

A Lei Federal nº 13.455, de 24 de maio de 2017, a Lei da Migração, “dispõe sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante”. A lei define, para efeitos de sua aplicação, as seguintes categorias:

- *imigrante*: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; *emigrante*: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior; *residente fronteira*: pessoa na-

cional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho; *visitante*: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional; *apátrida*: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado.

A Lei da Migração em vigência no País, que regula as migrações internacionais, como disposto acima, veio substituir o antigo Estatuto do Estrangeiro, baseada na Lei de Segurança Nacional, elaborada durante a ditadura militar. Concede a pessoas em situação de refúgio visto temporário, visando a sua acolhida humanitária e prevê, em seu Art. 120, a criação da Política Nacional de Migrações, Refúgio e Apátridas. A Lei da Migração está em conformidade com a Lei Federal nº 9.474, de 22 de julho de 1997, a Lei do Refúgio, que, no seu Art. 1º, reconhece como refugiado, toda pessoa que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Em 2019, o Governo do Estado do Rio Grande do Norte realizou uma importante medida nessa direção com a criação do Comitê Estadual Intersetorial de Atenção aos Refugiados, Apátridas e Migrantes (CERAM), através do Decreto Estadual nº 29.418, vinculado à Secretaria de Estado do Trabalho, da Habitação e da Assistência Social (SETHAS). O CERAM é um órgão colegiado de natureza consultiva, com objetivo de apoiar e monitorar as políticas destinadas aos refugiados, apátridas e migrantes. É composto pelo Poder Público estadual, universidades, organizações da sociedade civil, refugiados, apátridas e migrantes, que juntos devem “planejar ações e projetos com vistas à inclusão e acolhimento dessa população em território potiguar”<sup>26</sup>.

Apesar dos avanços dessas legislações – sobretudo a inserção da violação de direitos humanos no país de origem da pessoa refugiada ou solicitante de refúgio como condição para seu acolhimento em solo brasileiro, retirando do indivíduo a responsabilização por uma migração forçada e violenta -, essas regulamentações ainda não foram editadas, de modo que o Brasil não tem uma política pública, estruturada como tal, para a definição de ações organizadas e unificadas em nível nacional, com fluxos de atendimentos-padrão que constituam uma política migratória no Brasil<sup>27</sup>.

Nesse cenário, as pessoas que necessariamente utilizam o refúgio como direito chegam em novos territórios com demandas urgentes, em alta vulnerabilidade socioeconômica e com necessidades de cuidado e acolhimento.

<sup>26</sup> SÁ, Jana. RN vai coordenar Fórum de Conselhos e Comitês para Refugiados e Migrantes. *Saiba Mais*. 07 ago. 2022. Disponível em: <https://saibamais.jor.br/2022/08/rn-vai-coordenar-forum-de-conselhos-e-comites-para-refugiados-e-migrantes/#:~:text=Foi%20um%20momento%20muito%20especial,Rio%20de%20Janeiro%2C%20em%202023>. Acesso em 30 jun de 2023.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

Se o refúgio é um direito, para sua garantia é necessária uma articulação entre a rede e diversas instituições do Estado e da sociedade civil, no intuito de incluir os indivíduos e núcleos familiares nos serviços de proteção social. A Política Nacional de Assistência Social (PNAS) traz como objetivos:

Prover serviços, programas, projetos e benefícios de proteção social básica e, ou, especial para famílias, indivíduos e grupos que deles necessitem. Contribuir com a inclusão e a equidade dos usuários e grupos específicos, ampliando o acesso aos bens e serviços socioassistenciais básicos e especiais, em áreas urbana e rural. Assegurar que as ações no âmbito da assistência social tenham centralidade na família, e que garantam a convivência familiar e comunitária <sup>28</sup>.

Nesse contexto, diante da necessidade de proteção social, resta evidente que a Política Nacional de Assistência Social tem o objetivo de contribuir para a superação da desigualdade e para a inclusão dos usuários e grupos específicos, com equidade na garantia de direitos e sem exclusão de nacionalidades e etnias.

É importante reiterar que a assistência social deve ser parte da política municipal de garantia de direitos. No caso do Município de Natal, a Política Municipal de atenção a refugiados, apátridas e migrantes foi vetada pelo atual Prefeito. O Poder Executivo criou o Comitê Municipal Intersetorial de Atenção aos Refugiados, Apátridas e Migrantes de Natal (COMURE), órgão colegiado de natureza consultiva, com objetivo de apoiar e monitorar as políticas públicas destinadas aos refugiados, apátridas e migrantes no município de Natal, a fim de substituir a própria política. É possível identificar, também, que as pessoas que responderam ao questionário, representando a política municipal, fazem parte da COMURE.

Quanto aos serviços prestados pela assistência municipal executados pela SEMTAS, foram elencados nas respostas aos questionários: a) a execução de ações direcionadas ao acolhimento e acompanhamento das famílias; orientação social e jurídica auxiliando essa população na garantia de seus direitos, destacando-se a orientação e articulação de agendamento para obtenção de documentos (protocolos de refúgio, RNM, CPF, CTPS e certidão de nascimento, dentre outros); b) cadastramento e atualização no Cadastro Único para programas sociais; encaminhamentos e articulações com as demais políticas públicas de saúde, educação, trabalho e renda, dentre outras, visando a promoção de ações direcionadas à saúde, inclusão e renda; c) concessão de benefícios eventuais como aluguel social e de transferência de renda; d) concessão de gêneros alimentícios e produtos de higiene e limpeza; e) acompanhamento psicossocial.

Quanto às ações do CERAM, responsável pela política estadual, foram citadas: a) atendimento a demandas voltadas às políticas de assistência; b) acompanhamento aos migrantes estudantes universitários; c) encaminhamento para regularização de documentações de migrantes e refugiados de diversas nacionalidades. Além de pessoas venezuelanas, indígenas ou não, que constituem a grande maioria dos atendimentos e acompanhamentos, o CERAM também atende imigrantes da Bolívia, Cuba, Haiti, Argentina, Itália, Nigéria e de outros países africanos e asiáticos.

<sup>28</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Política Nacional de Assistência Social*. Brasília, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/handle/123456789/1034> Acesso em: 01 ago. 2022.

Na proteção social, de acordo com a PNAS e a NOB-SUAS (Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social)<sup>29</sup>, é garantido ao usuário, migrante, refugiado, apátrida e todo e qualquer cidadão: a acolhida, a garantia de renda, de convívio ou vivência familiar, o fortalecimento de seus vínculos, a garantia de autonomia individual e acompanhamento em situações de risco circunstanciais. No fluxo de assistência social, essa população é considerada como de alta complexidade, uma vez que requer uma série de serviços e especialidades para o devido acompanhamento, inclusive, da garantia ao direito ao abrigo.

Foi relatado, ainda, nas respostas aos questionários, que é função da Secretaria Municipal de Assistência Social de Natal a entrega de kits de higiene e alimentação às famílias Warao. Entretanto, é necessário um acompanhamento deste fornecimento para averiguar se esse direito vem sendo resguardado, além da sua frequência, organização e diretrizes. Uma vez que esta população é indígena, com cultura alimentar e com hábitos específicos e tradicionais de higiene e cuidado, requer uma observação mais próxima quanto às diretrizes da distribuição de alimentos e itens de higiene, que estejam de acordo com suas necessidades e hábitos culturais.

Quanto às nacionalidades de pessoas migrantes e refugiadas atendidas por esses serviços, destaca-se, nas respostas aos questionários, que tanto a política municipal, quanto a política estadual acompanham demandas de venezuelanos, indígenas e não indígenas, no município de Natal. Por ser o público quantitativamente que mais se destaca, é perceptível que há mais contato da rede com essa nacionalidade. Por outro lado, uma maior quantidade de nacionalidades é identificada nas respostas do Comitê Estadual Intersectorial de Atenção aos Refugiados, Apátridas e Migrantes do Rio Grande do Norte (CERAM/RN): africanos, asiáticos, europeus e outros povos latino-americanos.

Essa variedade pode ser identificada a partir da função distinta do próprio comitê, uma vez que faz acompanhamentos para além de demandas voltadas às políticas de assistência, desempenhando algum acompanhamento aos migrantes universitários além de ser demandado para a regularização de documentações de migrantes e refugiados de diversas nacionalidades.

Finalizando a apresentação das respostas da primeira fase da pesquisa, via questionário, é evidente que o atendimento aos venezuelanos, indígenas e não indígenas, tem relevância sobre outras nacionalidades. O fluxo migratório de venezuelanos, que buscam no Brasil condições de vida melhores das que encontram no país vizinho, teve início antes de 2015, mas se desenvolvia gradualmente em momentos anteriores, especialmente, nas fronteiras brasileiras, que sempre foram território de trocas de mercadorias. Além disso, suas principais demandas residem ainda na garantia de direitos básicos e na superação da extrema vulnerabilidade social, uma vez que a rede de assistência tem um fluxo, ao longo dos últimos anos, de disponibilizar alimentação, regularizar documentos e articular serviços de saúde e educação para essa população. Esses indicadores revelam que, quanto à situação de mendicância e “coleta”, não há serviços ou políticas específicas pensadas, por via do olhar e da política para a população em situação de rua, aplicadas e acompanhadas aos refugiados Warao no estado.

<sup>29</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social NOB/SUAS*. Brasília, 2012. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/snas/documentos/LIVRO%20NOB-RH%20SUAS%20Anotada%20e%20Comentada.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

A seguir, apresentamos os dados obtidos pelas entrevistas, agrupados em quatro categorias:

- a) Processo de migração e assentamento;
- b) Dificuldades, necessidades e demandas;
- c) Relação dos usuários com os serviços;
- d) Relação com a população em situação de rua.

O processo de migração dos indígenas Warao é identificado pelos entrevistados como autônomo: famílias já em Natal dialogam por meio de grupos de mensagem no WhatsApp com aquelas que ainda se encontram na Venezuela.

No contexto do Rio Grande do Norte, o espaço de abrigo pensado foi denominado de Centro de Acolhida e Referência para Refugiados, Apátridas e Migrantes (CARE/RN), coordenado pelo CERAM/RN, que já teve duas sedes. O primeiro abrigo foi criado em caráter de urgência, utilizando a estrutura física de um prédio de propriedade da Secretaria de Estado da Educação, da Cultura, do Esporte e do Lazer (SEEC), cedido à Secretaria de Estado do Trabalho, da Habitação e da Assistência Social (SETHAS). O prédio estava fechado, sem qualquer utilização, pois precisava de reparos físicos. Entretanto, devido ao seu amplo espaço e pelo caráter de urgência, o prédio foi cedido ao CERAM/RN para sua utilização como abrigo temporário para todos os indígenas que se encontravam em Natal.

No primeiro prédio do CARE, havia espaço suficiente para os núcleos familiares ocuparem quartos distintos, o que garantia mais privacidade, sendo a cozinha e banheiro de uso coletivo. Havia também muito espaço ao ar livre e muitas árvores, o que permitia a realização de atividades como cozinhar em fogo de lenha, armar redes e maior liberdade para as brincadeiras das crianças. Entretanto, o prédio tinha problemas de ligação elétrica, além de infiltrações e danos estruturais. Durante o período de chuvas na cidade de Natal no mês de julho de 2022, o prédio foi inundado e precisou ser desocupado de forma emergencial.

A partir da desocupação deste espaço, o abrigo através do CARE, foi transferido para a Zona Norte da cidade, para onde se deslocaram seis famílias residentes. Em 2022, os Warao entraram no prédio e com autogestão utilizam o espaço desde então para o abrigo das famílias. As demais famílias, em número de sete, passaram a residir no bairro Cidade da Esperança, Zona Oeste da cidade, agrupadas em seis famílias que residem em uma mesma vila, por meio do aluguel social, e uma família residindo fora da vila, também por meio do aluguel social. Ao todo, há treze famílias de indígenas venezuelanos na capital potiguar, totalizando cerca de 50 pessoas.

A rodoviária de Natal tem sido a principal porta de entrada dos Warao no Rio Grande do Norte, que chegam pelos ônibus comerciais, alugam pousadas próximas e passam a fazer as “coletas” (atividade de angariar dinheiro, alimentos e roupas) nos semáforos.

O trabalho é considerado desafiador pelos/as profissionais. A falta de suporte do Governo Federal deixa “os municípios e estados tendo que se virar” no atendimento aos refugiados, afirma um dos entrevistados. “O refúgio é um direito, pois a necessidade de se deslocar forçadamente muda completamente a vida dessa população”, diz outro, que identifica como principais entraves para a garantia de direitos: a burocracia, as dificuldades quanto à documentação, assistência e educação, além das dificuldades causadas pelas diferenças de língua da etnia Warao e o não conhecimento da língua portuguesa pela grande maioria.

As condições de moradia e a manutenção do abrigo (CARE) e do aluguel social são hoje a principal demanda dessa população. Embora metade das famílias esteja vivendo em aluguel social, a política municipal de concessão desse benefício demanda que as famílias estejam residindo em Natal por no mínimo dois anos para serem contempladas, o que dificulta o acesso a este benefício pelos que chegam à cidade.

Na rede de assistência, os/as entrevistados/as destacaram ações voltadas à assistência social, trabalho, educação e saúde.

Dentro da assistência social, o trabalho tem sido entender as diferentes demandas dos Warao para adaptação do serviço, como, por exemplo, na alimentação, em que as cestas básicas são referentes ao padrão alimentar brasileiro, com demandas dos indígenas por alimentos à base de milho, goma e peixe. Por isso, apontam os/as entrevistados/as, é necessário um acompanhamento mais de perto e sistemático, uma vez que esta população é indígena, com cultura alimentar e com hábitos específicos e tradicionais de cuidado, requerendo uma observação mais acurada quanto às diretrizes da distribuição de alimentos e kits de higiene.

Há um Termo de Cooperação entre a SEMTAS e a SETHAS, que correspondem respectivamente às instâncias municipal e estadual, para dividir as responsabilidades em relação às famílias Warao que chegaram a Natal desde o ano de 2020. O estado se encarrega de indicar e fazer a manutenção do prédio onde essas pessoas serão abrigadas e cabe ao município a garantia da alimentação, dos materiais de higiene e limpeza e o acompanhamento familiar. Ainda dentro da política de assistência, profissionais do serviço de Abordagem Social informaram que os principais canais oficiais do serviço são através de dois telefones celulares, em que a população e os órgãos públicos e da rede socioassistencial podem ligar, caso identifiquem uma pessoa em situação de rua que precise de orientações e encaminhamentos. “Com os migrantes não tem sido diferente. Na rodoviária existem agentes que lá trabalham e seja migrante, seja pessoa desorientada ou perdida, idoso, criança, jovem, mulher, esses agentes entram em contato com o serviço para dar orientações e acolhimento”, se for o caso, diz uma entrevistada.

A principal necessidade apontada está no trabalho e na geração de renda, pois “quando o responsável familiar migra e encontra trabalho, espaço, abrigo, acolhimento seguro, ele traz a sua família”. A migração se dá para garantir as melhores condições de vida. É possível identificar as famílias em várias zonas da cidade durante os momentos de “coleta”. Entretanto, o rendimento obtido por essa prática é insuficiente, uma vez que a coleta não garante a sobrevivência financeira dos Warao. Sendo assim, há uma necessidade premente de políticas de geração de emprego e renda. Entrevistados/as mencionam o potencial de trabalho em artesanato das mulheres Warao e as habilidades no trabalho com a pesca e com a terra, indicando que projetos nessas áreas seriam possibilidades de geração de renda e autonomia financeira de muitas famílias.

Quanto à educação, as crianças das famílias alocadas no CARE têm sido inseridas em uma escola vizinha ao abrigo. As crianças das famílias na Zona Oeste não estão matriculadas em nenhuma escola da região, o que implica uma grande dificuldade para sua inserção social.

A busca pelos serviços de saúde só se dá em situações de urgência, não há um trabalho de “prevenção em saúde”. Entretanto, as questões sanitárias são os principais causadores das demandas de saúde, havendo carência no acompanhamento de gestantes, com casos de do-

enças descobertas apenas durante a gravidez. Entrevistados/as também relatam casos de desnutrição e verminoses nas crianças, problemas respiratórios, infecciosos e cardíacos em adultos e idosos.

A UBS referência para o abrigo é distante do atual endereço do CARE, o que leva os Warao a não procurarem a unidade. Há muitas dificuldades em acessar os serviços, principalmente por questões de transporte, pois não há essa garantia por parte do Município. Neste sentido, o profissional entrevistado entende que “há violação de direitos desta população, uma vez que a assistência não é garantida”. Diz que “há muita resistência por parte dos profissionais da rede, que usam a territorialização como justificativa para o não acompanhamento”. Por outro lado, a UBS nunca realizou visita formal ao abrigo, de modo que o contato com os Warao se dá na rua, pois alguns fazem “coletas” no semáforo em frente à UBS. Outra entrevistada menciona dificuldades quanto às diferenças culturais entre os modos de concepção e tratamento de doenças e as práticas da biomedicina ofertadas pela rede de saúde. Relatou um caso grave de hospitalização de uma criança, onde os conflitos com os Warao foram intensos e a equipe de saúde não teve um bom manejo da situação, diante da necessidade de pajelança e outros ritos religiosos para a cura da enfermidade, apontada pelos/as indígenas. Uma entrevistada refere, também, modos singulares de controle da natalidade, que precisam ser conhecidos e respeitados pelas equipes e serviços de saúde. Outros/as profissionais mencionam problemas de violência doméstica e alcoolismo, práticas que precisam ser problematizadas no âmbito da saúde pública e comunitária, a partir de uma escuta aberta aos/às indígenas, para entender os significados atribuídos pelo grupo a estas práticas e os possíveis tensionamentos em relação a uma educação em direitos humanos e cidadania.

No que diz respeito à relação com a população local em situação de rua, há uma divergência entre os/as profissionais entrevistados/as sobre a concepção de os Warao estarem “em situação de rua” ou não. Alguns consideram que o fato de estarem abrigados em moradias, ainda que provisórias, não configura esta situação, enquanto outros, incluindo o representante do MNPR/RN, identificam os Warao como pessoas em situação de rua por tirarem dela seu sustento, por habitarem moradias precárias ou abrigos e por viverem nessa condição grande parte do dia<sup>30</sup>, comparando inclusive a situação de “coleta” dos indígenas”, com o “manguear”<sup>31</sup> da população de rua.

Segundo o representante do MNPR/RN a presença dos Warao impactou grandemente o aumento de pessoas em situação de rua no estado e no País, de modo geral. Diz que há mais “tolerância” das pessoas em geral, com os/as indígenas do que com a população de rua local, quanto à vivência, trabalho e “mangueio”. Isso se refere tanto a um menor preconceito e discriminação relacionados à atividade de “coleta”, à aparência e, sobretudo, à existência de mulheres com crianças, considerando que as primeiras não correm risco de perderem seus filhos por ações da Justiça, como é comum com “as mulheres da pop rua”. Reconhece que ambas as populações vivem situação de extrema vulnerabilidade, que têm pautas comuns, como moradia e trabalho, mas que precisam de políticas específicas. Considera o diálogo entre as duas

<sup>30</sup> A Política Nacional para a População em Situação de Rua, instituída pelo Decreto 7.053/2009, define a população em situação de rua como “grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória”.

<sup>31</sup> O mangueio está relacionado à prática cotidiana de pedir, convencer ou sensibilizar o outro para a coleta de dinheiro e/ou alimentos junto a transeuntes nas ruas.

populações muito importante e aponta como falha a ausência do CERAM nas reuniões do CIAMP/Rua (Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional da População em Situação de Rua), onde tem assento.

Do ponto de vista da política estadual, segundo informado na entrevista com o representante do CERAM, são realizados mais de mil atendimentos de refugiados por ano, no Rio Grande do Norte. Avalia que a criação do comitê, em 2019, traz a perspectiva da existência de uma política pública e de interlocução com as universidades e outros órgãos para apoio e produção de conhecimento sobre a construção das pautas dos refugiados, apátridas e migrantes. Como dificuldades e demandas, aponta: a) muitos pedidos de regularização da situação de refúgio junto à Polícia Federal e outras questões burocráticas (como, por exemplo, abertura de contas em bancos); b) questões orçamentárias e equipe pequena para as atividades de CERAM; c) inexistência de dados oficiais sobre a população de migrantes e refugiados e a necessidade de um censo estadual sobre a população indígena Warao; d) falta de recursos do governo do estado para implementação da política e ausência de uma política nacional para refugiados e migrantes.

O entrevistado sinaliza que, no caso da população em situação de rua, há uma política minimamente estruturada, com diretrizes e cartilhas para a conduta de atendimento nos serviços, o que não existe para migrantes e refugiados. Enxerga como uma disputa de espaço os tensionamentos nas políticas públicas que dizem respeito aos migrantes e às pessoas em situação de rua e ressalta os graves impactos psicológicos de ser uma pessoa refugiada. Menciona que o Rio Grande do Norte avançou muito e vem apresentando relevância a nível federal na estruturação das políticas públicas relacionadas aos migrantes, o que também é importante “para fazer a defesa dos que são migrantes nordestinos no centro-sul do país”. Por outro lado, aponta as fragilidades da política, a falta de recursos e outros dados já informados nas respostas ao questionário.

Esses tensionamentos evidenciam a fragilidade das políticas que existem ou estão em construção para as populações vulnerabilizadas e denunciam como a máquina pública e os serviços de território precisam de outras ferramentas para dar conta das demandas, começando por identificá-las. Isso torna imprescindível uma instrumentalização que deve necessariamente passar pela compreensão das especificidades dessas populações, exigindo formação e capacitação dos profissionais que, em menor ou maior proximidade, trabalhem com essas pessoas. Ao serem comparados os relatos dos/as entrevistados/as, é notório e lastimoso que migrantes/refugiados e pessoas em situação de rua se aproximem no que diz respeito a violações ou não reconhecimento de direitos. É preciso dar contorno, dentro das políticas públicas, a esses fenômenos populacionais, que dizem respeito ao território e como habitá-lo. Faz-se válido ressaltar que no Brasil há diretrizes constitucionais de princípios de soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana, que invariavelmente devem ser solo comum para pensar toda e qualquer ação ou abordagem às questões de cunho social.

## ■ CONCLUSÕES

As pessoas que foram consultadas para responder aos questionários e às entrevistas atuam nas políticas de assistência social, saúde e direitos humanos do poder executivo do estado do Rio Grande do Norte e do município de Natal, possibilitando elencar um conjunto

de demandas dos refugiados indígenas Warao, destacando: a busca por trabalho, emprego e renda, cuidados com a saúde, regularização de documentos e de questões judiciais junto à Justiça brasileira, inserção escolar de crianças e adolescentes, aprendizagem da língua portuguesa, obtenção de visto de permanência e articulações para a manutenção e preservação de suas práticas culturais tradicionais.

Entretanto, o acesso a serviços e a consequente garantia de direitos e acolhimento de tais demandas acontece de forma desproporcional e heterogênea no estado do Rio Grande do Norte. Isso porque há dois grupos que mais demandam hoje da rede de assistência, saúde e direitos humanos: indígenas venezuelanos Warao que estão em abrigo e indígenas venezuelanos Warao que não estão abrigados. Quanto aos que estão no abrigo, é verificado que há o acompanhamento de equipes multiprofissionais da assistência municipal e, de algum modo, acompanhamento da saúde; todas as crianças e adolescentes estão matriculados na escola e há mediações dos conflitos por parte da equipe do CERAM/RN, órgão estatal. Diferentemente, as famílias que não estão em abrigo citam que não recebem com a mesma frequência a visita dos órgãos competentes; há crianças não matriculadas na escola e relatam maior dificuldade de acesso aos serviços.

Essa diferenciação aponta para um acesso a serviços e formas diferentes de garantia de direitos. Apesar de ser um grupo com características semelhantes, de mesma etnia e que sofreram um processo de refúgio, os conflitos entre as famílias são mediados de forma institucional apenas para aqueles que estão abrigados, mesmo que com autogestão do prédio. Enquanto as famílias que precisaram sair do abrigo, não receberam o mesmo suporte. O acesso a direitos ficou mediado, assim, a partir da estrutura física de abrigo e não necessariamente pela situação de vulnerabilidade socioeconômica dessas famílias.

Foi perceptível ainda que a única nacionalidade acompanhada efetivamente, tanto pela política municipal, quanto pela política estadual de assistência, tanto através dos questionários, quanto das entrevistas, é o povo venezuelano, seja ele indígena ou não. O CERAM refere atendimento a estudantes universitários com relação à documentação e condições de permanência no país, notadamente africanos/as, o que indica outra vertente de ações. Entretanto, este aspecto não foi explorado por nós, por extrapolar o escopo da pesquisa.

Quanto ao atendimento aos Warao, todas as pessoas ouvidas na pesquisa indicam como principais necessidades e demandas: a garantia de direitos básicos e a superação da extrema vulnerabilidade social. A rede de assistência social, ao longo dos últimos anos, tem como função regular disponibilizar alimentação e insumos de higiene pessoal, mas tem evidenciado muitas dificuldades para encaminhar a regularização de documentos e articular serviços de saúde e educação para essa população. Esses indicadores revelam que não há serviços ou políticas específicas aplicadas e acompanhadas aos indígenas Warao no estado.

Também ficou patente a existência de dificuldades institucionais para a realização do trabalho devido à complexidade e multiplicidade das demandas; falta de recursos humanos e materiais; falta de um fluxo no atendimento entre as secretarias, os serviços e as redes estadual e municipal; e à própria conformação dos serviços com equipes pequenas, rotatividade dos profissionais, licenças e transferências frequentes e ausência de equipes técnicas específicas para acompanhar as famílias Warao.

São apontadas como necessidades para suporte do trabalho em rede: uma orientação federal sobre a política de atendimento às pessoas migrantes e refugiadas, para que os estados e os municípios possam melhorar a oferta desse serviço; recursos do orçamento público

precisam ser direcionados para a criação e o fortalecimento dos dispositivos de atendimento e acolhimento de migrantes e refugiados; implantação de centrais de informações para migrantes e refugiados nos principais terminais rodoviários, como existe no estado de São Paulo, por exemplo; formação dos profissionais relacionada às condições de migração e refúgio dos Warao e que contemple aspectos da diversidade cultural e da educação em direitos humanos, além da aprendizagem da língua portuguesa pelos Warao. A necessidade de capacitação continuada de profissionais que atuam na ponta dos serviços, também é evidente em relação à população em situação de rua local.

A não existência de uma política nacional migratória, com diretrizes e recursos orçamentários repassados aos estados, são fatores que dificultam os processos de regularização de documentos e da situação dos refugiados no estado.

Garantir a inclusão e visibilidade dessas pessoas nos dispositivos da rede socioassistencial, de justiça, de educação e de saúde (incluindo a rede de atenção psicossocial) e nos serviços do território parece ser a dimensão mais urgente para garantir os direitos humanos e de cidadania de migrantes, refugiados e pessoas em situação de rua.

Apesar da proximidade das demandas e necessidades de pessoas em situação de rua e dos indígenas Warao, observamos que não há identificação entre essas populações quanto aos modos de vida e práticas culturais, apontando à necessidade da construção de políticas específicas e urgentes, para ambos os grupos. Nesta direção, a aproximação da população Warao dos indígenas potiguares, parece ser uma linha de intervenção mais efetiva.

Por fim, ressaltamos que a pesquisa realizada por nós e aqui discutida, considerou aspectos macropolíticos do fenômeno da migração e assentamento dos indígenas Warao na capital potiguar, com foco nas políticas públicas que os atendem. Entretanto, é necessário entender o entendimento deste fenômeno também aos aspectos micropolíticos, voltando-se à escuta da experiência dos Warao por eles mesmos, e o olhar para seus modos de vida e práticas do cotidiano, aos sentidos a elas atribuídas, às redes afetivas e à relação com as instituições. Concluimos apontando a necessidade dessa frente de investigação, considerando que a gestão da população e do território perpassa processos políticos, econômicos, históricos e de subjetivação<sup>32</sup>.

A garantia e defesa dos direitos humanos, dentre os quais o direito à cidade, demanda a criação de políticas públicas e de outras redes de sociabilidade que possam garantir às pessoas condições de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito à cidade deve ter relação com os laços sociais, com os estilos de vida, com a natureza, com tecnologias e valores estéticos desejados, o que implica rever coletivamente os projetos de uma urbanidade capitalista, assentada na lógica individualista neoliberal, concernente à concepção de cidade como mercadoria, usufruída por poucos<sup>33</sup>.

A garantia desses direitos depende da implantação e implementação de políticas públicas que funcionem em rede, numa perspectiva intersetorial e interseccional, que contemplem as questões de raça/etnia, gênero, classe, geração e território. Entretanto, o êxito na implantação dessas políticas e de outras ações, está diretamente ligado à necessidade de conhecer melhor as pessoas que são a razão da sua existência, suas dificuldades e necessidades,

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*: Curso dado no Collège de France (1981 - 1982). São Paulo: WMF Martins Fontes. 2018.

<sup>33</sup> HARVEY, David. O direito à cidade. *Lutas Sociais*, São Paulo, n. 29, p. 73-89, 2012.

seus modos de vida, seus valores e crenças, suas percepções, desejos e projetos, a partir das suas próprias narrativas, numa interseção entre macro e micropolítica.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Número de refugiados e migrantes da Venezuela ultrapassa 4 milhões, segundo o ACNUR e a OIM*. 07 jun. 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/06/07/numero-de-refugiados-e-migrantes-da-venezuela-ultrapassa-4-milhoes-segundo-o-acnur-e-a-oim>. Acesso em: 20 jun. 2023.

AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). *ACNUR e OIM celebram o compromisso da comunidade internacional na mobilização de fundos para pessoas refugiadas e migrantes da Venezuela*. 17 jun. 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2021/06/17/acnur-e-oim-celebram-o-compromisso-da-comunidade-internacional-na-mobilizacao-de-fundos-para-pessoas-refugiadas-e-migrantes-da-venezuela>. Acesso em: 25 jun. 2023.

AGUIAR, Kátia Faria de; ROCHA Marisa Lopes da. Micropolítica e o exercício da pesquisa-intervenção: referenciais e dispositivos em análise. *Psicologia, Ciência e Profissão*, Brasília, v. 27, n. 4, p. 648-663, dez. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-98932007000400007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/ggt9ktnF6X7mVWygJQck8DC/?lang=pt>. Acesso em: 15 jul. 2023.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BENTO, Halaine Cristina Pessoa; LIMA, Andie de Castro; BOMFIM, Zulmira Áurea Da Cruz. Um olhar socioambiental sobre a imigração venezuelana no Brasil: da situação de rua para o acolhimento institucional. In: XIMENES, Veronica Morais; ESMERALDO, Andrei Ferreira Lima; ESMERALDO FILHO, Carlos Eduardo (Org.). *Viver nas ruas: trajetórias, desafios e resistências*. Fortaleza: Expressão, 2022, p. 161-182.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Política Nacional de Assistência Social*. Brasília, 2004. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/handle/123456789/1034> Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social NOB/SUAS*. Brasília, 2012. Disponível em: <https://aplicacoes.mds.gov.br/snas/documentos/LIVRO%20NOB-RH%20SUAS%20Anotada%20e%20Comentada.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

COSTA, Eduardo Pontes; COIMBRA, Cecília. Nem criadores, nem criaturas: éramos todos devires na produção de diferentes saberes. *Psicologia & Sociedade*, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p. 125-133, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822008000100014>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/Nywm4PYXPW89NNLg3dGvvMc/?lang=pt>. Acesso em: 05 jun. 2023.

DURAZZO, Leandro Marques. Os Warao: do Delta do Orinoco ao Rio Grande do Norte. *Povos Indígenas do Rio Grande do Norte*. 2020. Disponível em <http://www.cchla.ufrn.br/povosindigenasdorn>. Acesso em: 06 jun. 2023.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*: Curso dado no Collège de France (1981 - 1982). São Paulo: WMF Martins Fontes. 2018.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

GARCIA CASTRO, Álvaro A. Mendicidat indígena: los Warao urbanos. *Boletín Antropológico*, Mérida, n. 48, jan./abr. 2000.

HARVEY, David. O direito à cidade. *Lutas Sociais*, São Paulo, n. 29, p. 73-89, 2012.

MEDEIROS, Fernanda Cavalcanti et al. Entre a benesse e o direito: as políticas de atendimento à população em situação de rua na América Latina. *Psicologia em Estudo*, v. 25, 2020. DOI: 10.4025/psicoestud.v25i0.45025. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/wtr5f3NMBgd6RnnHYJnYBKz/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2023.

MEDEIROS, J. P. V. O êxodo do povo Warao para o Brasil. *Revista IHU on-line*, Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, 09 mai. 2020. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/598788-o-exodo-do-povo-indigena-venezuelano-Warao-para-o-brasil-edicao>. Acesso em: 10 dez. 2021.

MELO, Tomás Henrique de Azevedo Gomes. Mundos que refugam, ruas como refúgio: reconfigurações no perfil social da população em situação de rua. *Revista Florestan Fernandes*, São Carlos, v. 1, n. 3, p. 10-31, 2018.

NOBRE, Maria Teresa et al. (Org.). *Vozes, imagens e resistência nas ruas: a vida pode mais!* Natal: EDURN, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/28193>. Acesso em: 15 jun. 2023.

PEREIRA, André Paulo dos Santos. O povo indígena Warao: um caso de imigração para o Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-21/mp-debate-povo-indigena-warao-imigracao-brasil> Acesso em: 20 jun. 2023.

RUI, Taniele; MARTINEZ, Mariana; FELTRAN, Gabriel de Santis (Org.). *Novas faces da vida nas ruas*. São Carlos: EdUFSCar/CEM, 2016.

XIMENES, Verônica Moraes; ESMERALDO, Andreia Ferreira Lima; ESMERALDO FILHO, Carlos Eduardo. *Viver nas ruas: trajetórias, desafios e resistências*. Fortaleza: Expressão, 2022.



# ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO: PROJETOS PEDAGÓGICOS DAS FACULDADES EM FRANCA/SP

PUBLIC POLICY STUDIES IN LAW: ANALYZING EDUCATIONAL PROJECTS AT  
UNIVERSITIES IN FRANCA/SP

ANA PAULA BAGAILO M. BARBOSA\* | LUCIANA LOPES CANAVEZ\*\* | FABIO GARCIA LEAL FERRAZ\*\*\*

## RESUMO

Na sociedade atual têm sido constantes as discussões que se relacionam ao desapego ao individualismo próprio do século passado, afigurando-se cada dia mais relevante a preocupação com o bem-estar dos indivíduos que a integram. Essa preocupação diz respeito tanto àqueles que aqui se encontram como àqueles que ainda virão, numa busca por assegurar condições de vida digna às gerações atuais e futuras. Nesse sentido, ganha relevância a discussão acerca das políticas públicas. Essa questão, na medida em que se projeta também para o futuro, passou a merecer espaço no ambiente acadêmico, notadamente em relação às ciências sociais. É sabido, porém, que o Direito ainda resguarda certa dose de apego ao positivismo e à dogmática e daí a necessidade da discussão deste tema no âmbito dos cursos que se prestam ao seu estudo. Ganha destaque, nesse momento, a cidade de Franca/SP, que dispõe de quatro instituições de ensino superior que oferecem o curso de Direito, instituições estas que serão objeto de investigação do presente estudo, cujo objetivo é analisar seus respectivos projetos pedagógicos a fim de inferir até que ponto elas têm contribuído – ou não – para a formação profissional preocupada com a identificação, criação de diretrizes e solução de problemas sociais.

**Palavras-chave:** políticas públicas no ensino jurídico; cursos de Direito em Franca/SP; projeto pedagógico.

## ABSTRACT

The discussion related to detachment from the individualism of the last century have been constant in the modern society, which is concerned with the well-being of the individuals and the generations to come, that's why the question of decent living conditions and development is urgent. In this sense, the discussion about public policies gains relevance. This question, to the extent that it is also projected into the future, has come to deserve special attention in the academic environment, notably in relation to the social sciences. It is known, however, that the law is still attached to positivism and dogmatics and hence the need to discuss this topic within the scope of the courses that are suitable for its study. At this moment, the city of Franca / SP, which has four higher education institutions offering the Law course, stands out. These institutions will be investigated in the present study, whose objective is to analyze their respective pedagogical projects in order to infer to what extent they have contributed - or not - to graduate professionals concerned with the identification, creation of public policies and solution of social problems.

**Keywords:** public policies in legal education; law courses in Franca/SP; pedagogical project.

\*Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). Professora Colaboradora da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP).

*apbagaiolomoraes@gmail.com*  
<https://orcid.org/0000-0003-4137-6576>

\*\*Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2012). Professora da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), Campus Franca/SP.

*luciana.canavez@unesp.br*  
<https://orcid.org/0000-0002-3953-7433>

\*\*\*Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor colaborador e pesquisador da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP)

*fabio@bernardinadvogados.com.br*  
<https://orcid.org/0009-0000-0708-9202>

Recebido em: 07-10-2023 | Aprovado em: 20-11-2023



## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO; 1 ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DOS PROJETOS PEDAGÓGICOS DAS FACULDADES DE DIREITO DA CIDADE DE FRANCA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

#### ■ INTRODUÇÃO

Hodiernamente muito se fala sobre políticas públicas e de sua necessidade na promoção do bem-estar social.

Apesar disso, o próprio conceito e aplicação desse instituto nem sempre possui contornos bem definidos, já que, conforme pontuam Reis<sup>1</sup> e Arretche<sup>2</sup>, p. 7-9, ainda que o crescimento das pesquisas na área já sejam uma realidade, ainda há um grande distanciamento da pesquisa acadêmica na área de políticas públicas, ficando, tal discussão, ainda a cargo dos gestores públicos.

Assim, enquanto a figura do Estado, por intermédio do governo, ainda anda divorciada da análise científica peculiar da academia de projetos voltados para a consecução de ações efetivas em prol do bem-estar social, a identificação dos problemas públicos de acordo com os melhores interesses da sociedade civil, bem como a sua análise para a proposição de diretrizes para o enfrentamento do problema público, torna-se distantes.

Nesse sentido, Reis<sup>3</sup>, p. 186 atenta para “[...] a importância da dimensão teórica subjacente às questões de pesquisa” e, nesse sentido, sinaliza para uma necessária mudança da forma como enxergamos a relação entre o Estado nacional, o mercado e a sociedade, algo que poderia dar um norte para agendas de pesquisa e temas para a comunidade científica.

Outro problema pontuado é o fato de que esse instituto ainda não dispõe de um acúmulo sistematizado de conhecimento, já que se trata, até o presente momento, de um tema que gera múltiplas análises nas mais diversas áreas do conhecimento, e que ainda não se propõe a investigar de maneira prática com a proposição de efetivas medidas, atentando-se mais ao processo decisório do que à implementação dessas políticas públicas<sup>4</sup>.

A aderência dessas ideias se mostra mais real a partir da análise de Faria<sup>5</sup>, que, acerca da implementação das políticas públicas, demonstra a crescente criação de programas de pós-graduação e cursos de graduação com a conexão das políticas públicas nas áreas das ciências sociais aplicadas e das ciências sociais, todavia ainda destaca a fragmentação de informações,

<sup>1</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>2</sup> ARRETCHÉ, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51.

<sup>3</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>4</sup> ARRETCHÉ, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51, p. 7-9.

<sup>5</sup> FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Implementação: ainda o “elo perdido” da Análise de Políticas Públicas no Brasil?. In: FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). *Implementação de Políticas Públicas – Teoria e Prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012.

monopólio de dados e dificuldade de seu acesso, portanto, apesar do lapso temporal entre os trabalhos de Reis<sup>6</sup>, Arretche<sup>7</sup> e Faria<sup>8</sup>, a necessidade de uma efetiva agenda de investigação da área de políticas públicas ainda se faz muito contemporânea.

Portanto, os trabalhos de Arretche<sup>9</sup>, p. 7-9, Reis<sup>10</sup>, Souza (2007) e Faria<sup>11</sup> têm, em comum, a preocupação com uma agenda de estudos voltados para políticas públicas nas mais diversas áreas científicas, razão pela qual foram utilizados como parâmetro neste trabalho, em especial pela sua metodologia utilizada, como ponto de partida diante da fragmentação e da heterogeneidade que foram identificadas para a análise de políticas públicas. O presente trabalho utilizou-se também da Lei de Diretrizes e Bases, Lei n. 9.394/1996, dos projetos pedagógicos disponibilizados pelas respectivas instituições de ensino superior e, finalmente, para o estabelecimento da metodologia de análise dessas informações, o procedimento proposto por Oliveira e Mendes<sup>12</sup>.

Assim, para que fosse possível inferir se políticas públicas estariam sendo adotadas no ensino de direito das faculdades localizadas na cidade de Franca/SP, foi utilizada a metodologia da pesquisa documental exploratória dos projetos pedagógicos e das grades curriculares dos cursos de direito disponibilizados pelas respectivas instituições de ensino superior, semelhantemente ao que foi feito no trabalho desenvolvido por Oliveira e Mendes<sup>13</sup>.

O levantamento inicial realizado foi no sentido de identificar quais Instituições de Ensino Superior (IES) ofereciam curso de graduação em Direito na cidade de Franca, no estado de São Paulo, e que dispunham de credenciamento junto ao Ministério da Educação (MEC), o que se fez possível diante de busca parametrizada na consulta avançada do sistema e-MEC (2020), na qual foi inserida a opção “curso de graduação” no item “buscar por”; “direito” na opção “curso”; “São Paulo” no item “UF” e “Franca” para “Município”. A pesquisa resultou na seguinte tabela:

---

<sup>6</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>7</sup> ARRETCHÉ, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51, p. 7-9.

<sup>8</sup> FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Implementação: ainda o “elo perdido” da Análise de Políticas Públicas no Brasil?. In: FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). *Implementação de Políticas Públicas – Teoria e Prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012.

<sup>9</sup> ARRETCHÉ, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51.

<sup>10</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>11</sup> FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Implementação: ainda o “elo perdido” da Análise de Políticas Públicas no Brasil?. In: FÁRIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). *Implementação de Políticas Públicas – Teoria e Prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Patrícia Santos de; MENDES, Enicéia Gonçalves. Análise do projeto pedagógico e da grade curricular dos cursos de licenciatura em educação especial. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 263-279, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-9702201605145723>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Patrícia Santos de; MENDES, Enicéia Gonçalves. Análise do projeto pedagógico e da grade curricular dos cursos de licenciatura em educação especial. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 263-279, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-9702201605145723>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Resultado da Consulta Por : CURSO									
<a href="#">Histórico de índices</a> <a href="#">Exportar Detalhado</a> <a href="#">Exportar Excel</a>									
Instituição - IES	Sigla	Curso	Grau	Modalidade	Índices	Vagas Anuais	Data Início		
(56) UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO	UNESP	(3136) DIREITO	Bacharelado	Presencial	CC: - CPC: 4(2018) ENADE: 5(2018) IDD: 2(2018)	110	27/12/1983		
(59) FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA	FDF	(3484) DIREITO	Bacharelado	Presencial	CC: - CPC: 3(2018) ENADE: 4(2018) IDD: 3(2018)	300	28/02/1958		
(496) UNIVERSIDADE DE FRANCA	UNIFRAN	(10160) DIREITO	Bacharelado	Presencial	CC: 4(2014) CPC: 4(2018) ENADE: 3(2018) IDD: 3(2018)	730	06/03/1995		
(21693) Faculdade Anhanguera Franca <b>Unificação de Mantidas:</b> Processo nº 201912374	FAF	(1386315) DIREITO	Bacharelado	Presencial	CC: 5(2017) CPC: - ENADE: - IDD: -	100	18/02/2019		

Fonte: Plataforma e-MEC<sup>14</sup>.

Foram identificadas, portanto, quatro IES que oferecem, na cidade de Franca, o curso de Direito, sendo que a Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) é classificada como gratuita, enquanto todas as demais são pagas.

Alterando a busca avançada para o critério IES, a fim de que fosse possível identificar suas respectivas categorias administrativas, a Faculdade de Direito de Franca (FDF) foi classificada como faculdade pública municipal, a Faculdade Anhanguera Franca e a Universidade de Franca (UNIFRAN) como IES privadas com fins lucrativos, sendo aquela faculdade e esta universidade e, por fim, a UNESP, universidade pública estadual.

Todas elas foram consideradas para a presente pesquisa, portanto passou-se para a segunda etapa, na qual foram consultadas as páginas oficiais de cada uma em busca de seus respectivos projetos pedagógicos de curso e matrizes curriculares, todavia apenas a Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”<sup>15</sup> e a Faculdade de Direito de Franca<sup>16</sup> disponibilizam esse documento através da internet.

Na tentativa de conseguir os projetos pedagógicos de curso das demais instituições, foram realizados contatos telefônicos e por e-mail com a coordenação e secretaria da Faculdade Anhanguera Franca e da Universidade de Franca, todavia somente aquela respondeu e disponibilizou o documento, enquanto esta não deu acesso aos documentos.

Há que se registrar, todavia, que o art. 47, §1º da Lei n. 9.394/1996 determina que os programas dos cursos e demais componentes curriculares devem ser divulgadas pela internet em sites oficiais das instituições de ensino, algo que nem sempre é cumprido nos parâmetros legais, conforme se vislumbra no presente trabalho.

Desta feita, três das quatro IES que oferecem o curso de Direito puderam ser analisadas para a pesquisa em tela, passando-se, assim, para a terceira etapa do estudo: a análise textual cuidadosa dos planos de ensino e das matrizes curriculares em busca de disciplinas que trabalhem, direta ou transversalmente, assuntos relacionados a políticas públicas.

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério da Educação. *Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior Cadastro e-MEC*. Disponível em: <https://emec.mec.gov.br/>. Acesso em: 09 nov. 2020.

<sup>15</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Projeto pedagógico do curso de bacharelado em direito*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Graduacao37/dir-projeto-pedagogico.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020b. .

<sup>16</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Direito - Perfil do Profissional – STG*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/#!/ensino/graduacao/cursos/direito/>. Acesso em: 09 nov. 2020a.

O conceito de políticas públicas passa por uma análise interdisciplinar, e, embora Bucci<sup>17</sup> traga um conceito jurídico para esse tema, buscando, com isso aproximar a questão do dia a dia do jurista, utilizou-se como parâmetro justamente uma abordagem mais ampla, que contemple aspectos para além da visão estadista, que considera que entes privados também podem atuar como atores na promoção de políticas públicas, visão multicêntrica defendida especialmente por Secchi<sup>18</sup>, utilizado como referencial para essa investigação.

Assim, o presente trabalho se propõe a analisar como as quatro faculdades de Direito da cidade de Franca/SP aliam ou não, em seus projetos pedagógicos, o ensino de políticas públicas, a fim de contribuir com a discussão sobre a colaboração da Academia para a reflexão crítica e científica dessa matéria entre os alunos de direito da mencionada cidade, cuja escolha se baseia no fato de o Município concentrar quatro instituições de ensino desse curso superior, sendo elas a Faculdade de Ciências Jurídicas de Franca, da Faculdade Anhanguera Franca; a Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais; a Faculdade de Direito de Franca e, por fim, a Universidade de Franca (UNIFRAN).

## 1 ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DOS PROJETOS PEDAGÓGICOS DAS FACULDADES DE DIREITO DA CIDADE DE FRANCA

O conceito de políticas públicas, de acordo com Bucci<sup>19</sup>, p. 1, representa:

[...] temática oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública. Seu campo de interesse – as relações entre a política e a ação do Poder Público – tem sido tratado até hoje, na Ciência do Direito, no âmbito da Teoria do Estado”, algo que acaba por limitar esse estudo, quando feito sob a perspectiva jurídica, ao direito público e “[...] inteiramente permeado pelos valores e pela dinâmica da política.

Portanto, o autor não coaduna com a necessária interdisciplinaridade que esse instituto demanda.

É árdua a tarefa dos docentes em conseguir trabalhar essa temática fora do positivismo jurídico, que é própria da formação dos operadores do direito até os dias atuais, sobretudo com um olhar voltado “[...] às demandas sociais que fundamentam a construção das formas jurídicas”<sup>20</sup>, p. 2, mas, sem dúvida alguma, trata-se de uma preocupação em busca de uma educação que não seja baseada apenas na transmissão de conteúdo por meio de aula expositiva<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

<sup>18</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas*. Conceitos, Esquema de análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage, 2014.

<sup>19</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

<sup>20</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

<sup>21</sup> KLAFKE, Guilherme Forma; FEFERBAUM, Marina. *Metodologias ativas em direito: guia prático para o ensino jurídico participativo e inovador*. São Paulo: Atlas, 2020.

Sendo assim, a graduação em direito passa - ou deveria passar - pela análise e discussão do conceito de cidadania, e, destacando os ensinamentos de Reis<sup>22, p. 14</sup>, questões referentes a afirmação da cidadania gera uma ampla gama de temas a serem estudados e debatidos “[...] tanto no interior da área de políticas públicas como no âmbito da ciência política como um todo. Isto é, essa discussão diz respeito ao próprio escopo da cidadania hoje, tema que se situa no cerne da teoria social e política.”, ou seja, é imprescindível que o futuro profissional de todas as áreas e, em especial do Direito, seja capaz:

[...] de pensar no desenvolvimento social, na sustentabilidade das soluções, no diálogo entre culturas e perspectivas de mundo diferentes; profissionais que possam trabalhar com pessoas diversas, com a interdisciplinaridade inerente a problemas complexos, com o processo de tentativa e erro, com a inovação e a reflexão crítica.<sup>23, p. 12</sup>

Nesse cenário entra, portanto, a importância da inserção de disciplinas que trabalhem conceitos de políticas públicas para o Direito e, em especial, de maneira não engessada, mas considerando, conforme descreve Reis<sup>24</sup>, o fato de que hodiernamente não é possível restringir os atores relevantes para a prática das políticas públicas, algo que inclui empresas, sociedade civil e outros atores relevantes, ainda que se considere, sob a visão estadista<sup>25</sup>, que o Estado permanece sendo “[...] o principal formulador das políticas de desenvolvimento”<sup>26, p. 143</sup>, em virtude de seu papel primordial para a promoção do desenvolvimento.

Se Arretche<sup>27</sup>, Reis<sup>28</sup> e Faria<sup>29</sup> apontam lacunas de estudos na área de políticas públicas, ressaltando a falta de base organizacional de dados, o monopólio das informações e a fragmentação e heterogeneidade para tratar do tema, que carece de “pressupostos teóricos que sustentam suas análises”<sup>30, p. 9</sup>, demonstrando, portanto, uma tendência a estudos que não cuidam da implementação de políticas públicas, com um viés atento ao seu ciclo completo, mas apenas ao seu processo decisório<sup>31</sup>, tal análise, sob a perspectiva do Direito, certamente é ainda mais carente, tanto por trata-la apenas com o recorte do direito público e sem interdisciplinaridade – quando tratada - como, ainda, porque normalmente o ensino jurídico

<sup>22</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>23</sup> KLAFKE, Guilherme Forma; FEFERBAUM, Marina. *Metodologias ativas em direito: guia prático para o ensino jurídico participativo e inovador*. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>24</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>25</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas*. Conceitos, Esquema de análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage, 2014.

<sup>26</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

<sup>27</sup> ARRETCHÉ, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51, p. 7-9.

<sup>28</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>29</sup> FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Implementação: ainda o “elo perdido” da Análise de Políticas Públicas no Brasil?. In: FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Implementação de Políticas Públicas – Teoria e Prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012.

<sup>30</sup> ARRETCHÉ, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51.

<sup>31</sup> ARRETCHÉ, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51, p. 7-9.

universitário ainda é centrado em um profissional do passado, algo que a Resolução CNE/CES nº 5 de 17 de dezembro de 2018 do CNE/CES, ao fixar novos parâmetros regulatórios para o curso de Direito, tende a dirimir caso seja implementada pelas instituições de ensino superior<sup>32</sup>.

Passa-se, portanto, à análise de como as três unidades de ensino em Direito do município de Franca tem, portanto, abarcado essa temática.

A criteriosa leitura do Plano Pedagógico da Faculdade de Ciências Jurídicas de Franca, da Faculdade Anhanguera Franca, identificou que o curso pretende:

[...] formar um profissional com senso crítico e reconhecida capacidade em articular os conceitos para resolver problemas, agindo de forma ética e com competência, criatividade, autonomia, determinação, objetividade, sensibilidade e sociabilidade, competências essas tão reconhecidas e valorizadas pelo vasto “mundo” do trabalho.<sup>33, p. 12</sup>

Para tanto, preocupa-se em moldar seu projeto conforme os melhores interesses sociais e políticas públicas<sup>34</sup>.

Não foi identificada nenhuma disciplina que trabalhe exclusivamente a temática, mas no primeiro semestre do curso, na disciplina denominada “Homem, Cultura e Sociedade” traz políticas públicas transversalmente, relacionando-as às ações afirmativas, direitos humanos, diversidade sexual, às questões de gênero e à pessoa com deficiência<sup>35</sup>.

Igualmente a disciplina “Ética, Política e Cidadania”, oferecida no segundo semestre, traz, em seu bojo, a discussão da participação do Estado para a minimização dos efeitos nefastos da globalização e do neoliberalismo por meio das políticas públicas, incluindo em sua bibliografia indicada obras que dela tratam juntamente às ações afirmativas<sup>36, p. 96</sup>.

Há ainda mais duas disciplinas oferecidas no 10º semestre que se ocupam de novamente trabalhar essa temática, a denominada “Direitos Humanos”, que o faz com ênfase maior em seu controle judicial e, ainda, “Direito, Proteção e Inclusão Social”, que se propõe a conceituar e apresentar teorias sobre políticas públicas, bem como seu papel para a inclusão social.

Destaca-se, acerca dos estudos que envolvem as políticas públicas, que

<sup>32</sup> FARIA, Adriana Ancona de; LIMA, Stephane Hilda Barbosa. As novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito: processo de construção e inovações. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (Org.). *Educação jurídica no século XXI: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 11-23.

<sup>33</sup> FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE FRANCA. Projeto pedagógico do curso de direito. Faculdade Anhanguera, 2017.

<sup>34</sup> FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE FRANCA. Projeto pedagógico do curso de direito. Faculdade Anhanguera, 2017.

<sup>35</sup> FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE FRANCA. Projeto pedagógico do curso de direito. Faculdade Anhanguera, 2017.

<sup>36</sup> FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE FRANCA. Projeto pedagógico do curso de direito. Faculdade Anhanguera, 2017.

Ademais, as disciplinas Teoria Geral do Direito Constitucional, Direito Constitucional e Direito Internacional permitem ao egresso realizar estudos para desenvolver competências relacionadas à defesa do meio ambiente e à educação ambiental no âmbito nacional e internacional. Por sua vez, a disciplina Direitos Humanos permite ao egresso, face à transdisciplinaridade e aos temas atuais, verificar a relação entre o direito ao ambiente saudável, a definição de políticas públicas e o desenvolvimento do Estado.<sup>37, p. 194</sup>

Há, portanto, uma preocupação por parte do plano pedagógico da instituição em comento no sentido de propiciar ao estudante a oportunidade de estar em contato com disciplinas relacionadas aos temas que tocam políticas públicas com a necessária interdisciplinaridade, mas, conforme destacado anteriormente, ainda falta aqui uma visão menos estadista<sup>38</sup> e voltada para a integração de novos atores diante a atual dinâmica que os estudos na área demandam.

A Faculdade de Direito de Franca, por seu turno, não traz no bojo de seu Projeto Pedagógico uma disciplina específica para políticas públicas e tampouco relaciona, transversalmente, tal discussão a alguma das disciplinas oferecidas. Há em sua lista de disciplinas oferecidas uma tendência maior a trabalhar dentro do positivismo jurídico, embora matérias propeuticas sejam também oferecidas<sup>39</sup>.

Destacam-se a disciplina “Ciência Econômica e Política”, oferecida no primeiro ano, que se propõe a trabalhar a Ciência Econômica e a Ciência Política, dando, assim, margem para o assunto de políticas públicas, em especial quando relaciona “[...] o Direito, as instituições, o Estado, os poderes, o governo, a democracia, os sistemas de governo, os sistemas eleitorais, os partidos políticos, o processo legislativo e os direitos fundamentais”<sup>40, p. 30</sup>, havendo, portanto, uma oportunidade para que o tema seja problematizado entre os discentes.

Outras duas disciplinas que também podem potencialmente tocar nesses pontos são “Direito Constitucional”, oferecida no segundo ano, e “Direito Administrativo”, disponibilizada no quarto. A primeira delas descreve o seguinte:

Espera-se, deste modo, empreender um estudo de Direito Constitucional de modo interdisciplinar que é inerente ao estudo deste ramo do direito, face à estreita relação que possui com áreas como a Ciência Política, Teoria do Estado, Sociologia, Economia, Filosofia, Ética, dentre outros, fazendo assim, com que o aluno possa compreender a insuficiência do estudo meramente dogmático, desenvolvendo no mesmo uma consciência crítica do papel do direito na sociedade em transformação, e fazer com que o mesmo esteja preparado para operar o direito dentro de contornos éticos e comprometido sempre com a justiça e a inclusão social.<sup>41, p. 36</sup>

Assim, sob a perspectiva de trabalhar de modo correlato o Direito Constitucional e o Estado, há a possibilidade de que seja abarcada a temática das políticas públicas, ainda que

<sup>37</sup> FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE FRANCA. Projeto pedagógico do curso de direito. Faculdade Anhanguera, 2017.

<sup>38</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas*. Conceitos, Esquema de análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage, 2014.

<sup>39</sup> FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. Projeto pedagógico. Disponível em: <http://direitofranca.br/images/arquivos/documentos-institucionais/ProjetoPedagogico-FDF-2019-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>40</sup> FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. Projeto pedagógico. Disponível em: <http://direitofranca.br/images/arquivos/documentos-institucionais/ProjetoPedagogico-FDF-2019-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>41</sup> FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. Projeto pedagógico. Disponível em: <http://direitofranca.br/images/arquivos/documentos-institucionais/ProjetoPedagogico-FDF-2019-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

sob o viés estadista, contudo, pela divisão dos temas dentro do conteúdo programático que consta no Plano de Ensino, o presente estudo não tem como definir de que modo isso seria possível.

No que tange à segunda disciplina elencada, caberia, sob o escopo do primeiro bimestre, tratar dos atores de políticas públicas no conteúdo programático previsto no primeiro bimestre nos estudos referentes à “Administração Pública, Estrutura e Órgãos Públicos”<sup>42</sup>, p. 126, que, na atividade administrativa, tem condições tocar no ciclo de políticas públicas e seu exercício pelas instituições.

O item “8.19.8 Intercomplementaridade Disciplinar” confere, ainda, a possibilidade de um diálogo com outras áreas do conhecimento, algo que igualmente viabiliza um tratamento razoável das políticas públicas<sup>43</sup>, p. 131.

Desta feita, assim como na instituição de ensino anteriormente trabalhada, as perspectivas de tratamento das políticas públicas aqui previstas são, ainda, muito ligadas à visão estadista, embora a intercomplementaridade prevista pela disciplina de Direito Administrativo se proponha a relacionar seus estudos com o direito privado e possa, com isso, abranger uma perspectiva próxima das organizações voluntárias, instituições filantrópicas e outras parcerias entre o poder público e a iniciativa privada na promoção de políticas públicas.

Tendo em vista que a Universidade de Franca (UNIFRAN) não pôde disponibilizar seu projeto pedagógico para a análise do presente estudo, resta a última instituição, a Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”<sup>44</sup> para inspeção de sua tratativa de temas relacionados a políticas públicas.

O Projeto Pedagógico disponibilizado no site da instituição até-m-se a discutir, por seu teor rigorosamente lido, a alterar algumas nomenclaturas das disciplinas, atualizando-os, além de fornecer o nome do quadro docente<sup>45</sup>.

Há ainda menção à matriz curricular, mas sem a identificação das ementas de cada uma delas, o que prejudicaria, a princípio, a obtenção de dados confiáveis, todavia, há que se destacar que nos respectivos departamentos de Direito Público e de Direito Privado essas mesmas informações são facilmente obtidas, informação obtida a partir do contato com os servidores da universidade.

A despeito disso, a análise do presente estudo será feita, no que diz respeito a essa instituição de ensino, a partir das informações que são publicamente disponibilizadas no sítio eletrônico.

A partir do perfil do aluno dessa universidade, que se transcreve abaixo, é possível inferir que há uma preocupação com o profissional do futuro, que atue do seguinte modo:

<sup>42</sup> FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. Projeto pedagógico. Disponível em: <http://direitofranca.br/images/arquivos/documentos-institucionais/ProjetoPedagogico-FDF-2019-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>43</sup> FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. Projeto pedagógico. Disponível em: <http://direitofranca.br/images/arquivos/documentos-institucionais/ProjetoPedagogico-FDF-2019-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

<sup>44</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Projeto pedagógico do curso de bacharelado em direito*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Graduacao37/dir-projeto-pedagogico.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020b.

<sup>45</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Projeto pedagógico do curso de bacharelado em direito*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Graduacao37/dir-projeto-pedagogico.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020b.

Em termos gerais, portanto, o perfil esperado do aluno visa a atender os seguintes aspectos:

- (1) a formação humanística e enciclopédica do bacharel, bem como a formação técnico-jurídica e prática, indispensáveis à compreensão do fenômeno jurídico numa sociedade em transformação, marcada por profundas clivagens sociais;
- (2) a formação interdisciplinar, capaz de proporcionar ao bacharel uma visão crítica que o habilite a enxergar o fenômeno jurídico para além dos limites estreitos do legalismo positivista, identificando o direito, na verdade, como fenômeno sócio-jurídico-político;
- (3) capacidade de compreender e operar criativamente o direito não só como instrumento de controle, mas também, e, sobretudo, como instrumento de promoção e transformação social;
- (4) formação axiológica e desenvolvimento do senso ético profissional, vinculado ao compromisso social com o aprofundamento dos direitos básicos do homem, com a libertação deste último e com a construção de uma sociedade justa e democrática;
- (5) a aptidão para equacionar problemas e conflitos, sobretudo os novos conflitos coletivos, típicos das sociedades contemporâneas de massas, buscando as soluções adequadas para os mesmos em harmonia com as exigências sociais e com os critérios do bem comum;
- (6) a capacidade de situar-se no mundo globalizado onde o bacharel vai operar seu saber/fazer jurídico, manejando adequadamente a moderna tecnologia posta a serviço do direito;
- (7) capacidade de conciliar o exercício da vida profissional com o exercício da cidadania, na perspectiva de um uso do direito que possa contribuir para com o alargamento dos canais de acesso à justiça e de participação política.<sup>46</sup>

Ademais, destaca-se também a criação da disciplina “[...] Direito, Questão Social e Políticas Públicas que trata de um tema em voga no direito que são as políticas públicas, trazendo um conteúdo importantíssimo para as pesquisas na área jurídica.”<sup>47</sup>, p. 8 e que, dentro do que se propõe, dialoga com a formação voltada para a agenda de políticas públicas concebida por Arretche<sup>48</sup> e Reis<sup>49</sup>, apta, portanto, a pesquisar sua implementação, juntamente com as disciplinas de Ciência Política e Economia Política na matriz curricular<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Projeto pedagógico do curso de bacharelado em direito*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Graduacao37/dir-projeto-pedagogico.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020b.

<sup>47</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Projeto pedagógico do curso de bacharelado em direito*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Graduacao37/dir-projeto-pedagogico.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020b.

<sup>48</sup> ARRETCHÉ, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51, p. 7-9.

<sup>49</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>50</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Projeto pedagógico do curso de bacharelado em direito*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Graduacao37/dir-projeto-pedagogico.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020b.

Acerca do diálogo com outros atores além do Estado para a promoção de políticas públicas, também preconizada por Arretche<sup>51</sup> e Reis<sup>52</sup>, importante destacar a busca pela interdisciplinaridade entre os estudos realizados pelos departamentos de Direito Público e Privado, o que certamente promove uma visão holística acerca dos inúmeros possíveis atores para a consecução das políticas públicas:

[...] as alterações atendem a já apontada preocupação com a atualização do currículo, mantendo-o em conformidade com os avanços da Ciência do Direito e sua interdisciplinaridade. Quanto a este último aspecto, merece relevo o aprimoramento do currículo atual no que se refere à distribuição das disciplinas nas duas grandes áreas principais do Direito: Direito Público e Direito Privado. A oferta de disciplinas propedêuticas ofertadas pelo Departamento de Educação, Ciências Sociais, Políticas Públicas proporcionaram uma perspectiva interdisciplinar e sistêmica do direito. No processo de avaliação do curso, realizado no ano de 2018 pelos docentes e discentes do curso, foram apontadas várias sugestões que também estão contidas nesta proposta, das quais destacamos a junção de conteúdos de disciplinas e maior ênfase para a interdisciplinaridade. Entende-se que a nova proposta atende às demandas que se colocam e mantém o que de melhor existe na atual estrutura do curso.<sup>53, p. 4</sup>

A esse respeito, destacam-se também os trabalhos de extensão realizados pela universidade, dentre os quais o projeto “Cidades saudáveis e sustentáveis – políticas públicas urbanas em matéria de meio ambiente e saúde” se mostra bastante próximo ao objetivo de propiciar a experiência discente voltada para o serviço à comunidade, ensino e pesquisa a partir das políticas públicas, haja vista que esses trabalhos:

[...] inserem-se, assim, na produção do conhecimento para a transformação da sociedade, visando ao desenvolvimento científico, tecnológico, social, cultural, econômico e sustentável. Nessa mesma perspectiva, os projetos estabelecem um profícuo diálogo entre a Universidade e diferentes setores da sociedade, como as escolas de ensino fundamental e médio, as organizações não-governamentais ambientais, os sindicatos de trabalhadores, os movimentos sociais em defesa dos direitos dos presos e outras entidades da sociedade civil organizada.<sup>54</sup>

Desta feita, há a possibilidade de diálogo com outros atores sociais para a promoção das políticas públicas, algo que pode beneficiar os discentes da graduação e também da pós-graduação, já que se propõe a dialogar com os mais diversos segmentos da sociedade.

Mister salientar, ainda que para pesquisas futuras, que a cidade de Franca contempla dois programas de pós-graduação *stricto sensu* que se propõem a pensar políticas públicas: Mestrado Profissional Interdisciplinar em Planejamento e Análise de Políticas Públicas, da Uni-

<sup>51</sup> ARRETCHE, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. Revista Brasileira de Ciências Sociais, fev. 2003, v. 18, n. 51, p. 7-9.

<sup>52</sup> REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

<sup>53</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Projeto pedagógico do curso de bacharelado em direito*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Graduacao37/dir-projeto-pedagogico.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020b.

<sup>54</sup> UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Roteiro para Apresentação do Projeto Político Pedagógico (2021)*. Disponível em: [https://www.franca.unesp.br/Home/ensino/graduacao/roteiro-para-apresentacao-do-ppp\\_09112022.docx-1.pdf](https://www.franca.unesp.br/Home/ensino/graduacao/roteiro-para-apresentacao-do-ppp_09112022.docx-1.pdf). Acesso em: 23 abr. 2023.

versidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” e o Mestrado Acadêmico em Desenvolvimento Regional do Centro Universitário UNI-FACEF, que, sob a perspectiva local e regional, tem trabalhado essa temática.

Há, portanto, espaço para investigar como tem sido a produção desses programas e suas respectivas ligações com a perspectiva jurídica para que, com isso, seja possível inferir se a produção acadêmica dos profissionais do Direito, discentes desses Programas, colaboram ou não com a agenda de políticas públicas propostas pelo referencial teórico em questão e, ainda, se os egressos das faculdades locais têm ou não propensão a perseguir temas a elas relacionados.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente trabalho se propôs a estudar o conceito de políticas públicas sob uma perspectiva interdisciplinar, e, a partir dela, inferir se há ou não espaço para a formação de profissionais da área jurídica - dentro de cada uma das instituições de ensino superior que oferece o curso de Direito na cidade de Franca/SP - voltada para uma visão que problematiza e busca diretrizes para o enfrentamento de problemas públicos pela visão estadista e/ou multicêntrica citadas por Secchi<sup>55</sup>.

Deixando de cumprir com a normativa prevista pelo art. 47, §1º da Lei n. 9.394/1996 (BRASIL, 1996), nem todas as faculdades ou universidades fornecem de forma ampla e irrestrita o acesso aos seus respectivos planos de ensino, o que dificultou a apresentação de resultados mais precisos por parte do presente estudo.

Inferiu-se, pela análise dos projetos pedagógicos disponíveis, que embora haja uma preocupação uníssona com a formação do profissional do direito do futuro, nem todas as instituições de ensino se voltaram a dar diretrizes, a partir de seus planos de ensino, sobre como seus discentes poderão estudar políticas públicas.

Espera-se que a partir Resolução CNE/CES nº 5 de 17 de dezembro de 2018 do CNE/CES e diante das dinâmicas transformações que a sociedade tem passado, haja a real implementação das mudanças previstas para os currículos dos cursos de Direito, algo que certamente colaborará para uma formação menos tecnicista e mais crítica e consciente do profissional da área jurídica, algo que ainda é um desafio a se enfrentar.

Para as instituições nas quais foi possível encontrar estudos acerca das políticas públicas em suas ementas, vislumbrou-se ainda uma visão estadista e divorciada do que se espera na agenda de estudo e pesquisa de políticas públicas, que certamente consideram novos atores para sua consecução, demandando, tal como inferido pela análise das alterações promovidas pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, um estudo interdisciplinar, o que certamente beneficiaria os acadêmicos da graduação em direito em geral.

O presente estudo deixa, portanto, mais dúvidas do que respostas, conclamando, assim, que pesquisadores da área jurídica em sede de graduação de outras localidades se pro-

<sup>55</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas*. Conceitos, Esquema de análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage, 2014.

ponham, igualmente, a desafiar o ensino jurídico posto, prezando, assim, por novas abordagens preocupadas com a análise das políticas públicas de maneira integral e em franco diálogo com outras áreas do conhecimento.

Deixa-se ainda outra provocação, questionando a produção acadêmica voltada para esse tema produzida pelos programas de pesquisa *stricto sensu* da cidade de Franca (o Mestrado Profissional Interdisciplinar em Planejamento e Análise de Políticas Públicas, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” e o Mestrado Acadêmico em Desenvolvimento Regional do Centro Universitário UNI-FACEF), especialmente a produzida pelos profissionais formados por essas mesmas instituições de ensino superior em direito que ora foram estudadas, porque isso poderá trazer parâmetros mais precisos sobre o impacto das políticas públicas na formação em direito dos ingressantes em mestrado.

## REFERÊNCIAS

- ARRETCHE, Marta. Dossiê agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, fev. 2003, v. 18, n. 51, p. 7-9.
- BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior Cadastro e-MEC*. Disponível em: <https://emec.mec.gov.br/>. Acesso em: 09 nov. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.
- FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE FRANCA. *Projeto pedagógico do curso de direito*. Faculdade Anhanguera, 2017.
- FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA. *Projeto pedagógico*. Disponível em: <http://direito-franca.br/images/arquivos/documentos-institucionais/ProjetoPedagogico-FDF-2019-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- FARIA, Adriana Ancona de; LIMA, Stephane Hilda Barbosa. As novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito: processo de construção e inovações. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (Org.). *Educação jurídica no século XXI: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades*. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 11-23.
- FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Implementação: ainda o “elo perdido” da Análise de Políticas Públicas no Brasil?. In: FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org). *Implementação de Políticas Públicas – Teoria e Prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012.
- KLAFKE, Guilherme Forma; FEFERBAUM, Marina. *Metodologias ativas em direito: guia prático para o ensino jurídico participativo e inovador*. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Patrícia Santos de; MENDES, Enicéia Gonçalves. Análise do projeto pedagógico e da grade curricular dos cursos de licenciatura em educação especial. *Revista Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 263-279, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-9702201605145723>. Acesso em: 08 nov. 2020.

REIS, Elisa P. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, fev. 2003, p. 11-14 e 186.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas*. Conceitos, Esquema de análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage, 2014.

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Direito - Perfil do Profissional – STG*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/#!/ensino/graduacao/cursos/direito/>. Acesso em: 09 nov. 2020a.

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Projeto pedagógico do curso de bacharelado em direito*. Disponível em: <https://www.franca.unesp.br/Home/Graduacao37/dir-projeto-pedagogico.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020b.

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO (UNESP). *Roteiro para Apresentação do Projeto Político Pedagógico (2021)*. Disponível em: [https://www.franca.unesp.br/Home/ensino/graduacao/roteiro-para-apresentacao-do-ppp\\_09112022.docx-1.pdf](https://www.franca.unesp.br/Home/ensino/graduacao/roteiro-para-apresentacao-do-ppp_09112022.docx-1.pdf). Acesso em: 23 abr. 2023.



# A INTERFERÊNCIA DO ORÇAMENTO SECRETO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL (2020-2022)

THE INTERFERENCE OF THE SECRET BUDGET IN THE EXECUTION OF PUBLIC POLICIES AT THE MINISTRY OF REGIONAL DEVELOPMENT (2020-2022)

BRENA CHRISTINA FERNANDES DOS SANTOS\* | ULISSES LEVY SILVÉRIO DOS REIS\*\*

## RESUMO

Este artigo investiga a questão: a transferência de recursos para estados e municípios através das emendas do relator interferiu na execução de políticas públicas do Ministério do Desenvolvimento Regional no período de 2020 a 2022? Para abordar esse problema, a pesquisa está dividida em três seções. A primeira traz uma revisão de literatura sobre planejamento estadual, orçamento público, emendas parlamentares e execução de políticas públicas. A segunda oferece uma análise sobre as dinâmicas de poder e a sua influência na execução de políticas públicas. A terceira propõe uma abordagem exploratória de dados sobre a interferência das emendas de relator na execução das políticas públicas do MDR. A pesquisa justifica-se por sua relevância temática e contemporaneidade, envolvendo aspectos constitucionais e democráticos, e pela importância deste Ministério para o desenvolvimento nacional, com foco em temas de grande relevância, como saneamento básico e prevenção de desastres ambientais. A conclusão aponta que há uma correlação entre a utilização do orçamento do Ministério para a execução de emendas do relator e o déficit na execução de políticas públicas. O trabalho lança luz sobre o impacto dessas alterações na eficácia e eficiência das ações administração pública, destacando a necessidade de maior controle e transparência.

**Palavras-chave:** Orçamento Público; Emendas de Relator; Políticas Públicas; Poderes da República.

## ABSTRACT

This article investigates the question: did the transfer of resources to states and municipalities through rapporteur's amendments interfere with the execution of public policies by the Ministry of Regional Development during the period from 2020 to 2022? To address this issue, the research is divided into three sections. The first presents a literature review on state planning, public budget, parliamentary amendments, execution of public policies, and involved power dynamics. The second provides an exploratory data analysis on the interference of rapporteur's amendments in the execution of the Ministry's public policies during its years of implementation. The research is justified by its thematic relevance and contemporaneity, involving constitutional and democratic aspects, as well as the importance of this Ministry for national development, focusing on key issues such as basic sanitation and prevention of environmental disasters. The conclusion indicates that there is a correlation between the use of the Ministry's budget for the execution of rapporteur's amendments and the deficit in the execution of public policies. The work sheds light on the impact of these changes on the effectiveness and efficiency of public administration actions, highlighting the need for greater control and transparency.

**Keywords:** Public Budget; Rapporteur's Amendments; Public Policies; Powers of the Republic.

\*Advogada. Controladora Geral do Município de Lajes, RN. Mestre em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA)

*brenafsantos@gmail.com*

<https://orcid.org/0009-0007-0257-7179>

\*\*Professor Adjunto C-2 da Universidade Federal Rural do Semiárido (Ufersa). Membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (nível Mestrado Acadêmico) da Ufersa (PPGD/Ufersa)

*ulissesreis@gmail.com*

<https://orcid.org/0000-0003-1476-416X>

Recebido em: 01-08-2023 | Aprovado em: 14-09-2023



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 PLANEJAMENTO ESTATAL NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS; 1.1 PLANEJAMENTO ESTATAL E ORÇAMENTO PÚBLICO; 1.2 EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS; 2 AS DINÂMICAS DE PODER ESTABELECIDAS E SUA INFLUÊNCIA NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS; 3 ANÁLISE EXPLORATÓRIA DOS DADOS: EMENDAS DE RELATOR E POLÍTICAS PÚBLICAS NO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL; 3.1 COLETA DE DADOS E ANÁLISE EXPLORATÓRIA; 3.2 IMPLICAÇÕES TEÓRICO-PRÁTICAS DAS EMENDAS DE RELATOR NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

O planejamento estatal, sendo uma das ferramentas empregadas pelo Estado para a concretização de suas metas de políticas públicas, exige a elaboração de estratégias articuladas. Essas estratégias viabilizam uma implementação satisfatória das políticas, mantidas, por sua vez, conforme disponibilidade de recursos financeiros substanciais e devidamente gerenciados. Neste cenário, o orçamento público se apresenta como um instrumento crucial. Ele é usado pelo Estado não apenas para planejar e fiscalizar suas finanças, mas também para estabelecer a prioridade das despesas.

Um orçamento público adequado deve ser transparente e detalhado, permitindo que a sociedade tenha conhecimento sobre como o Estado está gastando o dinheiro arrecadado dos tributos e outras fontes de receita. Além disso, é fundamental que o orçamento seja executado de forma eficiente e eficaz, ou seja, que os recursos sejam aplicados de maneira a maximizar os resultados das políticas públicas.

No Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR)<sup>1</sup>, a intervenção das emendas de relator, que consistem em recursos públicos destinados a projetos escolhidos por parlamentares sem critérios técnicos definidos e transparência na sua destinação, pode ameaçar a implementação e execução das políticas públicas previamente definidas como prioritárias. Isto se deve ao fato de que a alocação de recursos públicos sem a expectativa de transparência pode resultar em desvios de propósito e favorecimentos indevidos, comprometendo o cumprimento das metas das políticas públicas.

Diante desta perspectiva, surge a questão central da pesquisa: a transferência de recursos para estados e municípios através das emendas do relator interferiram na execução de políticas públicas do MDR no período de 2020 a 2022? Para responder essa questão, projetase realizar uma análise exploratória de resultados prévios disponíveis em fontes oficiais acerca da execução de políticas públicas delineadas no Plano Plurianual (2020-2023) do MDR, confirmando ou negando a interferência das emendas de relator na execução dessas atividades estatais.

<sup>1</sup> O Ministério do Desenvolvimento Regional foi assim denominado durante o governo de Jair Bolsonaro (2019-2022). Atualmente, com a reforma administrativa executada pelo Governo Lula III (2023 – atual), recebe o nome de Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional.

Com isso, o objetivo geral desta pesquisa é analisar se as transferências de recursos via emendas de relator afetaram a execução de políticas públicas do MDR entre 2020 e 2022. É importante compreender como essa interferência influencia a efetividade das políticas públicas em um órgão destinado ao desenvolvimento regional do país.

Na primeira seção, o trabalho tem como objetivo realizar uma revisão da literatura sobre planejamento estatal, orçamento e implementação de políticas públicas. Em seguida, o foco é analisar como as dinâmicas de poder afetam a execução dessas mesmas políticas. Ao final, busca-se explorar os dados referentes às emendas de relator e execução das políticas públicas do MDR nos anos de 2020 a 2022, com o objetivo de observar se as emendas de relator interferiram na implementação das políticas públicas estrategicamente planejadas a partir da perspectiva de sua inexecução.

A justificativa desta pesquisa reside na relevância temática, abrangendo aspectos constitucionais e democráticos, bem como a contemporaneidade do assunto. As emendas de relator recentemente foram objeto de consideração que culminaram em sua revisão pelo Supremo Tribunal Federal, restringindo o *modus operandi* inicialmente projetado pelos congressistas. O período de análise (2020 a 2022) foi definido em concordância com a vigência da emenda de relator e a escolha de observar o MDR se deu por dois fatores: primeiro, a importância do órgão para o desenvolvimento do país, com políticas públicas voltadas a temas sensíveis como saneamento básico e prevenção de desastres ambientais; e, segundo, o alto comprometimento de valores relacionados às emendas de relator retirados desta pasta.

## 1 PLANEJAMENTO ESTATAL NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A estrutura da Administração Pública Federal brasileira é delineada pelo Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, originário do período ditatorial brasileiro e posteriormente recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Este instrumento normativo promove para as entidades administrativas uma estrutura organizacional pautada em preceitos de gestão corporativa e administração descentralizada. Esta diretriz impulsionou a implementação e execução de políticas públicas diretamente por entidades e órgãos que integram a administração indireta do Estado, fortalecendo o escopo de ação destes organismos no cenário público<sup>2</sup>.

Nesta seção, será realizada uma revisão da literatura abordando a estrutura e o planejamento estatal, o orçamento público e a execução de políticas públicas no contexto da estrutura federal. Esta revisão visa fornecer o embasamento teórico necessário para compreender como a apropriação de um orçamento estrategicamente planejado, por meio das Emendas de Relator, pode exercer impacto negativo na consecução de políticas públicas.

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA, M. A. S. de. *O planejamento estatal como instrumento para a efetividade da política pública de saneamento básico: um estudo sobre os serviços de esgotamento sanitário no município de Fortaleza/CE*. 2019. 181 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

## 1.1 PLANEJAMENTO ESTATAL E ORÇAMENTO PÚBLICO

As alterações frequentes na estrutura estatal impactam a execução de políticas públicas, concretizadas via orçamento. É crucial entender como este é operacionalizado e como as modificações promovidas pelas Emendas Constitucionais, especialmente a Emenda Constitucional n. 86/2015, que alterou os arts. 165, 166 e 198, tornando obrigatória a execução de indicação de emendas parlamentares, afetaram o planejamento estatal.

A Constituição Federal (1988) surge como marco regulatório e propulsor do planejamento estatal, instrumentalizado em duas leis chaves: o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Até então, apenas a Lei Orçamentária Anual, que estimava receitas e fixava despesas, era considerada. A entrada desses novos instrumentos trouxe uma camada adicional de planejamento para as metas e prioridades do Estado.

Nesse sentido, o planejamento estatal migrou para um ambiente mais democrático, com maior transparência e controle dos gastos públicos<sup>3</sup>. O orçamento público surge como ferramenta essencial de organização e execução de programas governamentais. Sua função engloba o planejamento, gestão e controle, considerados indivisíveis e complementares<sup>4</sup>.

Para Costa<sup>5</sup>, o orçamento público é um documento formal instrumentalizado por leis específicas, as quais contém previsão de receitas e despesas, fundamentada por meio de estudos e informações.

É no orçamento que a política pública será inserida em forma de programa de gestão, tendo como características a determinação e o diagnóstico da situação, a apresentação de soluções, os objetivos definidos, a identificação de ações necessárias para satisfazer esses objetivos, a definição dos recursos humanos, materiais, técnicos, institucionais ou de terceiros necessários, e a sua expressão monetária alocada<sup>6</sup>.

Todos esses elementos estão inseridos nas leis orçamentárias, que fazem parte do ciclo de planejamento estatal, a curto e médio prazo, estabelecidos na Constituição Federal. São elas: o Plano Plurianual (PPA), que deve congrega as ações de uma agenda estratégica governamental com diretrizes, objetivos e metas para serem seguidas durante um quadriênio, vinculando a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que define, considerando as ações do PPA, as prioridades de execução no exercício financeiro seguinte e orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA), documento legal que define as estimativas de receitas e despesas compatíveis com o PPA e LDO.

A definição de prioridades é de elevada importância, uma vez que os governos não possuem recursos infinitos para serem trabalhados. Na verdade, a finitude desses recursos invia-

<sup>3</sup> BERCOVICI, G. Estado, Planejamento e Direito Público no Brasil Contemporâneo. In: CARDOSO JR., J. C.; SANTOS, E. A. V. (org.). *PPA 2012 - 2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Brasília: IPEA, 2015.

<sup>4</sup> SCHICK, A. The Road to PPB: The Stages of Budget Reform. *Public Administration Review*, Constança, v. 26, n. 4, p. 243–258, 1966. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/973296?origin=crossref>. Acesso em: 10 maio 2023.

<sup>5</sup> COSTA, W. P. da. Orçamento público: a importância do orçamento participativo na gestão pública. *Revista Controle - Doutrina e Artigos*, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 210–234, 2018. DOI: 10.32586/rcda.v15i2.389. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/389>. Acesso em: 13 jul. 2023.

<sup>6</sup> NOBLAT, P. L. D.; BARCELOS, C. L. K.; SOUZA, B. C. G. *Orçamento Público: Conceitos Básicos*. Brasília: ENAP, 2014.

biliza a execução de todos os projetos. A sua viabilização só é possível com o correto planejamento durante o processo de elaboração do orçamento do ente ou órgão, que passa por um necessário processo de escolhas e renúncias<sup>7</sup>.

A concretização do orçamento passa por várias etapas<sup>8</sup>, incluindo a elaboração da proposta, a aprovação da lei, a execução orçamentária e financeira, e o controle e avaliação da execução. Este processo é complexo e envolve constantes negociações entre o Executivo e o Legislativo.

Nesse processo de elaboração deve ser considerado, sobretudo, que o orçamento é um produto com dimensões políticas, econômicas, gerenciais e legais. Ou seja, a sua elaboração conta com interesses diversos e acordos multipartidários para a definição de prioridades, devendo ser consideradas as limitações econômicas e legais, a partir de um gerenciamento que conta com um planejamento estratégico.

A compreensão das etapas inerentes ao processo orçamentário é essencial para o entendimento da elaboração e implementação das políticas públicas a partir de uma perspectiva burocrática. É necessário reconhecer que a realidade prática da gestão de políticas supera em complexidade e rigor as promessas efêmeras feitas durante as campanhas eleitorais. Tais promessas, muitas vezes, são caracterizadas pela inclusão de projetos e programas nas plataformas de governo sem a realização de estudos prévios de viabilidade.

Essa dinâmica pode levar a população a perceber a execução de políticas públicas como uma questão adstrita à vontade pessoal do governante eleito. Portanto, ressalta-se a importância de se abordar a elaboração e execução de políticas públicas a partir de uma perspectiva pragmática, enfatizada com as complexidades práticas e burocráticas que permeiam este campo de estudo.

## 1.2 EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A concepção de política pública engloba a interação de múltiplos atores políticos engajados nas questões públicas, que operam por meio de ações entrelaçadas com debates de natureza orçamentária, gerencial, econômica e política. A formação deste contexto contemporâneo se estende a diversas áreas, que incluem saúde, educação, segurança, questões de gênero, disparidades raciais, infância e adolescência, entre outras questões cruciais para a vida dos cidadãos<sup>9</sup>.

Essas articulações estão intrinsicamente ligadas a ações ou omissões estatais ao tratar dos problemas previamente identificados. Quando tais questões ganham atenção governamental, passam a compor sua agenda e, a partir desse momento, se estruturam em uma sequência de ações que visam sua resolução por meio da implementação de uma ou várias políticas públicas.

<sup>7</sup> MORAIS, J. V. *Efeitos das emendas parlamentares sobre o planejamento orçamentário das políticas de infraestrutura rodoviária federais*. 2022. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Empresas) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2022.

<sup>8</sup> GIACOMINI, J. *Orçamento Governamental: Teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019.

<sup>9</sup> FARAH, M. F. S. Teorias de política pública. *Revista @mbienteeducação*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 631-665, 2021. DOI: 10.26843/v14.n3.2021.1103. p. 631-665. Disponível em:

<https://publicacoes.unicid.edu.br/ambienteeducacao/article/view/1103>. Acesso em: 13 jul. 2023.

O ciclo de políticas públicas é o conjunto de etapas que, ao serem cumpridas satisfatoriamente, projetam na sociedade ou em seus beneficiários uma política pública eficiente e capaz de atingir os objetivos pretendidos. Compõem o ciclo: a identificação do problema, a formação da agenda, a formulação de alternativas, a tomada de decisão, a implementação, a avaliação e a extinção da política pública<sup>10</sup>.

A jornada para que um tema se torne parte da agenda governamental se desenvolve na esfera pública, por meio de debates entre atores políticos relevantes para a inclusão ou remoção deste problema. Desta forma, questões relacionadas, por exemplo, a grupos minoritários, são incluídas ou excluídas da agenda. Em alguns governos, esses temas são mais aceitos; em outros, são parcialmente considerados ou completamente descartados. Essa movimentação acontece, dentro do ciclo de políticas públicas, da identificação do problema à tomada de decisão. Para Soares<sup>11</sup> é nesse momento que, a partir do interesse em intervir, considerando as questões pertinentes (beneficiados, agentes envolvidos, possíveis impactos), decide-se por qual caminho seguir para a implementação.

Ao atingir o momento da implementação, através de regulamentação, se integra a política pública à estrutura administrativa e, refletindo no processo de planejamento com o objetivo de elaborar alternativas para uma resposta ao problema em questão, busca-se uma conexão palpável entre problema e solução. Com esta definição, a política pública é estruturada e integrada ao orçamento da entidade ou órgão.

O PPA é o primeiro instrumento orçamentário que abriga a política pública, fornecendo diretrizes para sua implementação nos próximos quatro anos de governo. A LDO definirá o período de execução, estabelecendo essa política como prioridade para o próximo exercício fiscal. A política pode ser apresentada de forma contínua ou fragmentada, e, finalmente, na LOA se determina o montante que o governo está autorizado a investir para resolver o problema identificado inicialmente.

Exemplificando com o Ministério do Desenvolvimento Regional (2019-2022), as políticas públicas foram determinadas no PPA 2020-2023 a partir de eixos estratégicos, como o saneamento básico. As prioridades das ações a serem executadas nessa política pública foram definidas nas LDOs dos exercícios financeiros correspondentes ao PPA a que estão vinculadas, e o montante a ser investido nessa política é descrito na LOA de cada ano. É essencial que todos esses instrumentos estejam em harmonia e compatibilidade, permitindo que as ações governadas possam ser instrumentalizadas e executadas de forma estratégica e eficiente.

Diante disso, tem-se que o investimento realizado em cada ação deve ser compatível com a capacidade financeira do Estado, considerando a receita calculada para cada exercício fiscal, e o grau de prioridade definido pelo governo democraticamente eleito. Entretanto, cabe ressaltar que a execução de políticas públicas se insere na arena política e é influenciada diretamente pelas dinâmicas de poder estabelecidas.

<sup>10</sup> SECCHI, L. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

<sup>11</sup> SOARES, M. I. B. *Licitação e Política Pública de Gênero: Propostas para o Rio Grande do Norte*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, 2023.

Nesta ótica, é necessário examinar como essas dinâmicas projetadas atuam na elaboração do orçamento governamental e como a concretização do jogo político interfere na execução de políticas públicas estrategicamente planejadas. A interação desses fatores é crucial para que se compreenda a concretização da implementação e o resultado das políticas públicas. Isso se deve ao fato de que a política, o planejamento estratégico e a alocação de recursos estão indissociavelmente ligados à governança eficaz.

## 2 AS DINÂMICAS DE PODER ESTABELECIDAS E SUA INFLUÊNCIA NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O sistema orçamentário brasileiro passou por experiências durante a Constituinte de 1987-1988, que aprimorou a Lei Orçamentária de 1964 introduzindo elementos de planejamento estatal e promovendo o compromisso com a implementação de políticas públicas planejadas. No entanto, a Constituição, sendo um documento evolutivo, pode adaptar-se às mudanças na sociedade e acomodar as dinâmicas estabelecidas entre os atores políticos que compõem os Poderes da República. Isto foi evidenciado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 86 (2015), que modificou os artigos 165, 166 e 198 da Constituição Federal, tornando obrigatória a execução de emendas parlamentares.

No momento da aprovação da referida emenda, o país estava imerso em um período de intensa instabilidade política, culminando no impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff (PT), instaurado em dezembro de 2015 e finalizado em agosto de 2016. Durante este período, tornou-se aparente a ineficácia das estratégias de coalizão convencionais, conforme teorizado por Abranches<sup>12</sup>.

Ao examinar os comportamentos das coalizões governamentais, Bertholini e Pereira<sup>13</sup> constatam que, desde as administrações de Fernando Henrique Cardoso I e II até Dilma I, houve um aumento significativo nos seus custos, tornando as práticas agregativas convencionais inviáveis. Um dos motivos citados pelos pesquisadores foi a fragmentação partidária progressiva no Congresso Nacional, imputando aos governos a adoção de novas estratégias de governabilidade.

Este foi o cenário que o ex-presidente Jair Bolsonaro encontrou durante a sua gestão iniciada em 2019, dificultando a governabilidade. Cumulado a esse fator havia o seu discurso político de repúdio a negociações com o centrão, termo utilizado para designar um bloco informal de partidos que vinculam o seu apoio ao governo a partir da disponibilização de cargos, emendas parlamentares ou outros tipos de favorecimento<sup>14</sup>.

A instabilidade política presente no primeiro ano de gestão do ex-presidente Jair Bolsonaro, com a presença de constantes ameaças de abertura de processos de *impeachment*, pavimentou a aprovação da Emenda Constitucional n. 100 (2019), que ampliou a obrigatoriedade na execução de emendas parlamentares às emendas de bancada estadual.

<sup>12</sup> ABRANCHES, S. H. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Dados, 1988.

<sup>13</sup> BERTOLINI, F.; PEREIRA, C. Pagando o preço de governar: custos de gerência de coalizão no presidencialismo brasileiro. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 528-550, 2017.

<sup>14</sup> BEZERRA, G. M. L.; VIEIRA, M. P. C. Interpretações e poderes em disputa: o ressurgimento do Centrão na política brasileira. *Caderno Eletrônico de Ciências Sociais*, Vitória, v. 10, n. 1, p. 36-59, 2022.

Além da Emenda, a LDO do exercício de 2020, elaborada e aprovada ainda em 2019, reintroduziu as emendas de relator na execução orçamentária federal, designadas como RP-9 e, posteriormente, rotuladas pela crítica jornalística como "orçamento secreto". A partir de uma série de matérias jornalísticas iniciadas em 2021, Breno Pires, pelo Estadão, descortinou esquemas de corrupção envolvendo as emendas de relator e a compra de tratores superfaturados a partir de recursos do MDR<sup>15</sup>; posteriormente, em 2022, agora pela Revista Piauí, o jornalista publicou nova reportagem em que demonstrou a utilização dessas emendas de maneira desproporcional no âmbito do Sistema Único de Saúde a partir de falsificações no número de atendimentos ambulatoriais<sup>16</sup>.

Na prática, o poder de distribuição discricionário do orçamento da União foi concedido ao relator geral do orçamento por meio da indicação de emendas parlamentares em troca de coalizões para aprovações de pautas caras ao chefe do executivo federal, bem como para paralisar a tentativa de abertura de processos de *impeachment* contra o Presidente da República.

Em 2020, com o início da pandemia do Covid-19 e a governabilidade fragilizada, marcada por intensos conflitos entre os Poderes da República, a conjuntura política sofreu modificações, imputando ao chefe do Executivo um modelo presidencialista aberto a negociações intensas e custosas sob aspectos políticos e econômicos, possibilitada, em grande medida, pela utilização das emendas de relator para negociações diretas com parlamentares

Gouvêa e Branco<sup>17</sup> argumentam que, com as emendas do relator, os recursos públicos começaram a ser usados para interesses pessoais, prejudicando a coletividade, sem a observância de critérios mínimos definidos em lei e comprometendo a execução de políticas públicas planejadas pelo governo federal. Na prática, os parlamentares, através da cooptação de quotas orçamentárias destinadas a manter alianças políticas, passaram a desempenhar funções típicas do Poder Executivo na execução de ações governamentais, utilizando a discricionariedade oferecida para a alocação orçamentária de receitas e despesas sem respeitar a finalidade primordial de execução de políticas públicas planejadas.

A sistemática perdurou durante os anos de 2020 a 2022. A sua primeira derrota ocorreu em 5 de novembro de 2021, a partir de uma decisão liminar da Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, que suspendeu a execução das emendas do relator. Essa decisão foi ratificada pelo Plenário da Corte mais de um ano depois, em 19 de dezembro de 2022<sup>18</sup>. Dentre os pontos destacados pela Ministra estava a ausência de transparência necessária e a falta de padrões mínimos de equidade e eficiência na execução desse tipo de emenda, sem critérios objetivos para a destinação de recursos realizados pela indicação de um grupo privilegiado de parlamentares.

<sup>15</sup> PIRES, B. Orçamento secreto bilionário de Bolsonaro banca trator superfaturado em troca de apoio no Congresso. *O Estado de S. Paulo*, 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/bolsonaro-cria-orcamento-secreto-em-troca-de-apoio-do-congresso/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

<sup>16</sup> PIRES, B. *Farra Ilimitada*. Revista Piauí, Edição 190, julho de 2022. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/farra-ilimitada/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

<sup>17</sup> GOUVÊA, C. B.; BRANCO, P. H.; VILLAS, B. C. Os superpoderes do Relator-Geral do Orçamento: as emendas parlamentares (RP-9) no Brasil e as earmarks nos Estados Unidos da América. *Revista do ILP*, São Paulo, v. 4, n. 5, p. 47-65, 2023.

<sup>18</sup> A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ocorre em momento posterior às eleições presidenciais de 2022, em que o então presidente Jair Bolsonaro sofre uma derrota para o atual presidente Lula, que iniciou em 2023 a sua terceira gestão à frente do Poder Executivo Federal.

Vieira e Lima<sup>19</sup> afirmam que, considerando a situação atual de recursos limitados para a execução das atividades de agenda de governo, o uso desses recursos insuficientes com base em critérios estritamente políticos resulta em extensos danos, agravando as desigualdades e provocando uma utilização ineficiente do orçamento. Esta perspectiva é coerente ao analisar a estrutura do Estado e a maneira como o orçamento é elaborado, baseando-se em estudos, pesquisas e dados, levando em conta as regionalidades e as deficiências em áreas específicas.

Deste modo, levando em conta as dinâmicas de poder estabelecidas entre os congressistas e o Chefe do Poder Executivo federal desde a aprovação da Emenda Constitucional n. 86 (2015) até a implementação das emendas do relator, uma análise exploratória foi realizada sobre a cooptação de recursos orçamentários no MDR em detrimento da execução de políticas públicas entre 2020 e 2023.

### **3 ANÁLISE EXPLORATÓRIA DOS DADOS: EMENDAS DE RELATOR E POLÍTICAS PÚBLICAS NO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL**

A metodologia da pesquisa foi desenvolvida em duas etapas principais. Feita a revisão da literatura pertinente ao campo de estudos, essa segunda etapa envolveu a coleta e análise de dados relativos às previsões de receitas e despesas para o MDR, bem como o que foi empenhado e gasto com Emendas de Relator. Por fim, foi realizado um levantamento sobre as políticas públicas planejadas pelo Ministério e determinadas no Plano Plurianual 2020-2023.

Para observar se essas políticas públicas estão sendo executadas com êxito, foi realizada a observação e análise de algumas políticas públicas de cada Eixo Estratégico (Mobilidade e Desenvolvimento Urbano, Planejamento e Desenvolvimento Produtivo e Regional, Habitação, Segurança Hídrica, Proteção e Defesa Civil, e Saneamento Básico) constante no PPA do Ministério; foram estudadas, ao todo, a execução de oito políticas públicas, a partir de dados oficiais divulgados por órgãos e entidades. A escolha dessas políticas se deu com base nas informações disponíveis.

Os dados que fundamentaram essa pesquisa foram extraídos dos sites oficiais do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) dos períodos objeto desse estudo.

#### **3.1 COLETA DE DADOS E ANÁLISE EXPLORATÓRIA**

A partir de dados das leis orçamentárias anuais referente aos exercícios financeiros de 2020 a 2022, foram extraídas informações sobre o que foi planejado/autorizado pelo Governo Federal para a execução de políticas públicas referente à pasta do MDR e o que foi efetivamente empenhado, isto é, comprometido do orçamento e o que foi pago pelo Governo:

---

<sup>19</sup> VIEIRA, F. S.; LIMA, L. D. Distorções das emendas parlamentares à alocação equitativa de recursos federais ao PAB. *Revista de Saúde Pública*, v. 56, n. 123, p. 1-13, 2022.

Tabela 1  
Previsão do Planejado, Empenhado e Pago no MDR

Ano/Tipo	Autorizado	Empenhado	Pago
2020	R\$ 20,1 bilhões	R\$ 19,7 bilhões	R\$ 7,01 bilhões
2021	R\$ 16,8 bilhões	R\$ 16,7 bilhões	R\$ 10,4 bilhões
2022	R\$ 8,67 bilhões	R\$ 8,64 bilhões	R\$ 11,5 bilhões

Fonte: Elaborada pelos Autores.

Na coluna “Autorizado” estão inclusos os valores referentes à previsão da despesa fixada na LOA e as alterações promovidas no decorrer do exercício financeiro correspondente. Em “Empenhado” estão todos os valores comprometidos do que foi autorizado, ou seja, são todas aquelas despesas que tiverem os seus recursos “assegurados” para a sua execução, impossibilitando que esses recursos fossem utilizados para outra finalidade. E, em “Pago”, está o efetivo desembolso.

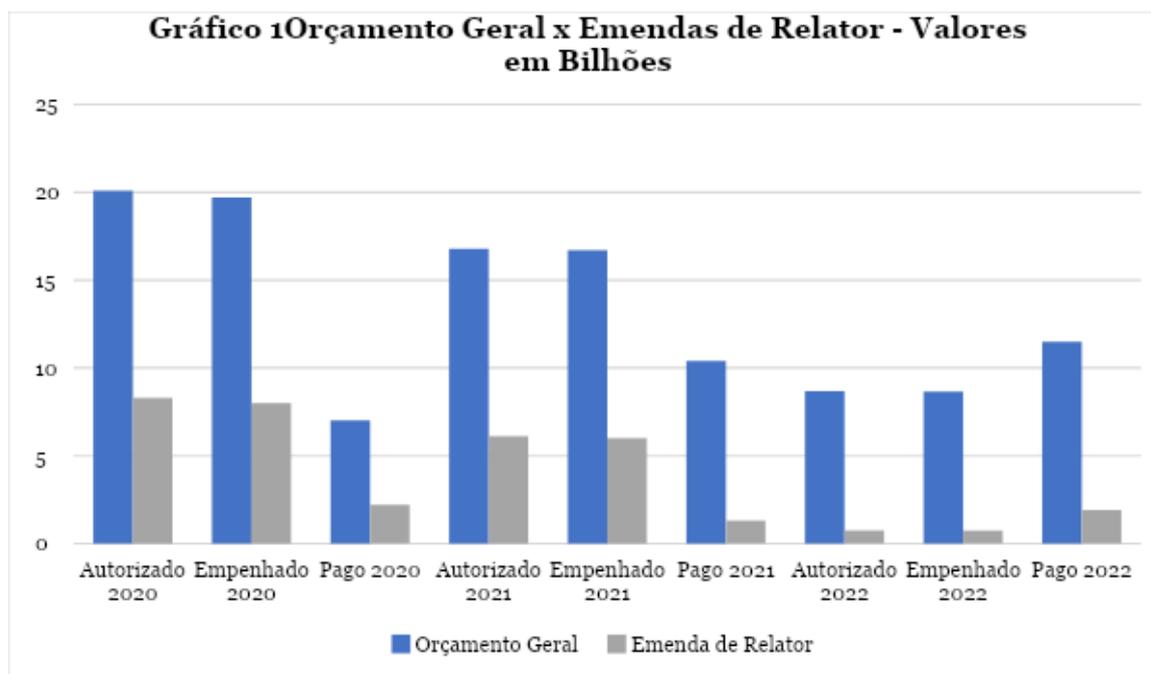
Diante dessas considerações, foram coletados dados referentes aos valores empenhados e pagos dessas despesas para viabilizar a execução de Emendas de Relator:

Tabela 2  
Valor Total Autorizado, Empenhado e Pago em Emendas de Relator no MDR

Ano/Tipo	Autorizado	Empenhado	Pago
2020	R\$ 8,3 bilhões	R\$ 8 bilhões	R\$ 2,2 bilhões
2021	R\$ 6,1 bilhões	R\$ 6 bilhões	R\$ 1,3 bilhões
2022	R\$ 740,4 milhões	R\$ 736 milhões	R\$ 1,9 bilhões

Fonte: Elaborada pelos Autores.

Como se observa, no exercício de 2020 foram empenhados R\$ 8 bilhões de R\$ 19,7 bilhões empenhados em sua totalidade para o MDR, correspondendo a 40,72% comprometidos para a execução de Emendas de Relator. Em 2021, o percentual foi de 36,14% e, em 2022, de 8,52%. Esses percentuais representam a parcela de efetivo comprometimento das atividades planejadas estrategicamente durante a construção do orçamento da União para a execução de políticas públicas. O gráfico abaixo mostra uma visão geral do que foi autorizado, empenhado e pago quando comparado com o destinado para emendas de relator dentro da pasta do Ministério do Desenvolvimento Regional:



De acordo com o PPA 2020-2023, o MDR é responsável pela execução dos programas finalísticos: Desenvolvimento Regional, Territorial e Urbano; Gestão de Riscos e Desastres; Mobilidade Urbana; Moradia Digna; Recursos Hídricos; e Saneamento Básico.

No Relatório de Planejamento Estratégico referente ao PPA 2020-2023<sup>20</sup>, o Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional traz um tratamento específico para Políticas Públicas, com Eixo Estratégico, Subeixo Estratégico, Objetivo Estratégico, Indicador Estratégico e Meta Estratégica.

As políticas públicas definidas não se constituem como elemento abstrato nas leis orçamentárias. Ao contrário, possuem metas previamente definidas e que devem ser alcançadas por meio de ações, a partir do levantamento de receitas disponíveis e despesas projetadas.

Há de se ressaltar que, apesar das políticas públicas elencadas serem de implementação progressiva e contínua, o PPA 2020-2023 traz metas específicas a serem alcançadas nesse período.

Considerando os dados oficiais disponibilizados pelo Governo Federal, órgãos de controle e associações, foram elencadas e observadas algumas políticas públicas constantes nos eixos estratégicos do MDR para o período em destaque, concomitante à execução das emendas de relator. Para facilitar a compreensão, essas políticas foram agregadas em uma só tabela para posterior análise<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. *Plano Estratégico Institucional MDR Sumário Executivo 2020-2023*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento-estrategico-institucional/SumrioExecutivoPlanoEstrategicoMDRDez.2021.v2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>21</sup> Todas as metas constantes no Plano Plurianual do Ministério do Desenvolvimento Regional dependem, necessariamente, de esforço orçamentário, caso contrário, constituiriam apenas objetivos estratégicos de gestão. Deste modo, todas as metas elencadas ultrapassam o mero esforço administrativo e constituem elementos essenciais da execução orçamentária.

Tabela 3  
Políticas Públicas do MDR para o período de 2020 a 2023

Eixo Estratégico	Política Pública	Meta
Mobilidade e Desenvolvimento Urbano	Percentual de municípios com Plano de Mobilidade Urbana elaborado dentre aqueles considerados obrigatórios	Aumentar de 11% para 25% a proporção dos municípios que possuem Plano de Mobilidade Urbana elaborado até 2023 dentre aqueles obrigatórios
Planejamento e Desenvolvimento Produtivo e Regional	Área total irrigada	Ampliar para 9.200.000 ha. a área irrigada do país até 2023
Segurança Hídrica	Quantidade de municípios com Índice de Segurança Hídrica, na dimensão humana, mínimo ou baixo beneficiados com a ampliação da oferta hídrica	Ampliar a oferta hídrica em 132 dos 717 municípios com Índice de Segurança Hídrica, na dimensão humana, mínimo ou baixo
Proteção e Defesa Civil	Tempo médio ajustado entre o pedido e o reconhecimento federal	Reduzir para 6 dias o tempo médio ajustado entre a solicitação de reconhecimento federal e a publicação da portaria de reconhecimento federal
	Tempo médio ajustado entre a solicitação de recursos e a transferência de recurso para socorro e assistência humanitária	Reduzir para 8 dias o tempo médio ajustado entre o reconhecimento federal e a transferência de recursos para socorro e assistência humanitária
	Tempo médio ajustado entre a solicitação de recursos e a transferência de recurso para restabelecimento de serviços essenciais	Reduzir para 30 dias o tempo médio ajustado de reconhecimento federal e a transferência de recurso para restabelecimento de serviços essenciais
Saneamento Básico	Taxa de domicílios urbanos servidos por rede coletora ou fossa séptica para os excretas ou esgotos sanitários	Alcançar a taxa de 84,8% dos domicílios urbanos servidos por rede coletora ou fossa séptica para os excretas ou esgotos sanitários até 2023

Fonte: Elaborada pelos Autores.

Como se pode observar, o Ministério do Desenvolvimento Regional é uma pasta estratégica junto ao desenvolvimento urbano e rural, com políticas voltadas para práticas de prevenção e repressão de diversos problemas das regiões.

Nesse contexto, o Plano de Mobilidade Urbana, regulamentado pela Lei n. 12.587/2012, determina que municípios com mais de 20 mil habitantes e integrantes de regiões metropolitanas, regiões integradas de desenvolvimento econômico e aglomerações urbanas com população total superior a 1.000.000 (um milhão) de habitantes são obrigados a elaborar o Plano,

sendo estes os que estão inclusos na Política Pública do MDR. Os prazos para elaboração determinados por Lei foram até 12 de abril de 2022 para municípios com mais de 250 mil habitantes e até 12 de abril de 2023 para municípios com menos de 250 mil habitantes.

De acordo com dados fornecidos pelo MDR<sup>22</sup>, é possível observar o status de elaboração dos planos de mobilidade. Atualmente, 2026 municípios são obrigados a elaborar e, des- ses, apenas 346 fizeram o Plano, ou seja, 17% de 25% da meta estabelecida para a Política Pública a ser alcançada no período de análise. A última atualização dos dados foi feita em fevereiro de 2023.

Apesar de subentender um esforço municipal para a realização dessa meta, a unidade responsável à época era da Secretaria Nacional de Mobilidade e Desenvolvimento Regional e Urbano (SMDRU). Ocorre que a unidade da Administração Federal funciona como uma entidade de incentivo, auxílio, controle e monitoramento da execução da política pública. São esses os motivos que justificam a meta constar no orçamento da União, uma vez que o esforço orçamentário é papel fundamental na execução da política por proporcionar a estrutura necessária para a implementação e monitoramento da meta junto aos municípios.

Por outro lado, ao analisar a política de irrigação no Brasil, em que o Ministério do Desenvolvimento Regional é o responsável pela condução da Política Nacional de Irrigação, consolidada pelo Programa Nacional de Agricultura Irrigada a ser executado entre os anos de 2019 e 2029, observou-se também um déficit na meta.

O Programa tem como objetivo obter a ampliação a área irrigada da agricultura no Brasil. Para tanto, o Programa tem como um dos seus eixos de atuação a gestão de projetos, visando a ampliação da área, a partir da utilização de verbas para o incentivo e eficiência dessa política pública. O eixo é focado na melhoria da exploração e de infraestruturas já existentes. Além disso, outras frentes de atuação do Programa é a formação de profissionais e o incentivo ao desenvolvimento de pesquisas. Todas essas práticas necessitam não apenas de planejamento como também da destinação de verbas, que são oriundas do Ministério analisado e, por esse motivo, constam como meta no PPA.

De acordo com a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)<sup>23</sup>, a partir do trabalho setorizado do Atlas Irrigação, atualmente, o Brasil possui cerca de 8,2 milhões de hectares fertirrigados (2,9Mha) e irrigados (5,3Mha). Deste modo, nota-se que a meta da Política Pública “Área total irrigada” não obteve o êxito planejado, que era o de chegar a 9,2 milhões de hectares.

Ainda falando em águas, mas dessa vez em segurança hídrica da população, conforme dados levantados pela ANA<sup>24</sup>, o Índice de Segurança Hídrica Urbana (ISH-U) aponta que 4% da população urbana vive com segurança hídrica alta, 42% com segurança hídrica média, 26% com segurança baixa e 1% na mínima decorrente da fragilidade na produção e/ou distribuição

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério das Cidades. *Levantamento sobre a situação dos Planos de Mobilidade Urbana*. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/assuntos/mobilidade-urbana/planejamento-da-mobilidade-urbana/levantamento-sobre-a-situacao-dos-planos-de-mobilidade-urbana>. Acesso em: 17 abr. 2023.

<sup>23</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Atlas Irrigação*. Disponível em: <https://portal1.snirh.gov.br/ana/apps/dashboards/911d339de2944eb79e4f0b8a96e65b8b>. Acesso em: 17 abr. 2023.

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Boletins de Monitoramento do PNSH*. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/seguranca-hidrica/plano-nacional-de-seguranca-hidrica/boletins-de-monitoramento-do-pnsh-1>. Acesso em: 18 abr. 2023.

de água. Esses dados correspondem a 785 sedes urbanas com ISH baixa ou mínimo, atingindo 50,8 milhões de habitantes e são referentes ao ano de 2021, ou seja, o que demonstra uma ampliação de municípios com insegurança hídrica.

Além disso, o último Boletim de monitoramento de segurança hídrica do Plano Nacional de Segurança Hídrica estimou a necessidade de investimento de ordem de R\$ 678 milhões para estudos e projetos e R\$ 26,9 bilhões voltados para a execução de obras, além de R\$ 1,2 bilhão para a manutenção e operação de infraestruturas, que são inseridas nas políticas públicas de competência do Ministério do Desenvolvimento Regional, por intermédio das Secretarias Nacionais de Segurança Hídrica e de Saneamento<sup>25</sup>. Até a finalização deste artigo, não foram encontrados dados referentes ao exercício de 2023.

Nesse sentido, enquanto a meta era de ampliar a oferta hídrica em 132 dos 717 municípios com Índice de Segurança Hídrica, na dimensão humana, mínimo ou baixo, houve, na verdade, um aumento na insegurança hídrica da população.

Ao adentrar na seara da Proteção e Defesa Civil, a ineficiência das políticas públicas seguem o mesmo parâmetro anteriormente mostrado. De acordo com o Atlas Digital<sup>26</sup> do Ministério do Desenvolvimento Regional, entre 2020 e 2022, foram registradas 7.630 ocorrências de desastres no Brasil, 532 óbitos, 851,65 mil desabrigados e desalojados, com 35,33 milhões de afetados.

A função do Ministério frente a essa situação é diversificada. Contudo, para identificar as melhores estratégias frente ao problema, a Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec), do Ministério de Desenvolvimento Regional (MDR), em parceria Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais (Cemaden) do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações realizou um diagnóstico<sup>27</sup> de necessidades e capacidades de órgãos municipais para lidar com os desastres, a partir de três eixos: estruturação, capacitação governança. Uma das constatações do material produzido foi a necessidade de recursos para permitir melhor estruturação dos órgãos municipais de proteção e defesa civil.

Apesar de os órgãos do Governo Federal não divulgarem dados relacionados à efetividade da política pública, o Tribunal de Contas da União<sup>28</sup> realizou uma avaliação sobre ações de prevenções e respostas a desastres naturais em áreas afetadas por chuvas em 2021 e 2022 nos estados da Bahia, de Minas Gerais, de São Paulo, do Rio de Janeiro e de Pernambuco.

Foi verificado pelo Tribunal que o tempo médio para o reconhecimento da situação de emergência e estado de calamidade foi de 17,7 dias (a meta era de 6 dias) e para a efetiva

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *2º Boletim de Monitoramento*. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/seguranca-hidrica/plano-nacional-de-seguranca-hidrica/boletins-de-monitoramento-do-pnsh/2o-boletim-20-07-2020-pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. *Atlas Digital*. Disponível em: <http://atlasdigital.mdr.gov.br/paginas/mapa-interativo.xhtml>. Acesso em: 18 abr. 2023.

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil. *Diagnóstico de capacidades e necessidades municipais em proteção e defesa civil*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Regional: Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2021.

<sup>28</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU avalia ações de prevenção e resposta a desastres naturais em cinco estados brasileiros. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 31 mar. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-acoes-de-prevencao-e-resposta-a-desastres-naturais-em-cinco-estados-brasileiros.htm#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Contas%20da,gerais%2C%20S%C3%A3o%20Paulo%2C%20Rio%20de>. Acesso em: 18 abr. 2023.

liberação de recursos o prazo foi de 39 dias (a meta era de 8 dias). Para as ações de reestabelecimento dos serviços essenciais, o período de espera chegou a 102 dias (a meta era de 30 dias). Isso demonstra que a política pública não atingiu o seu objetivo de redução de prazos para reconhecimento e resposta à situação emergencial e de calamidade.

Por fim, com relação aos dados referentes ao melhoramento do saneamento básico no Brasil, a meta era de alcançar, até o fim de 2023, a taxa de 84,8% dos domicílios urbanos servidos de rede coletora ou fossa séptica para os excretas ou esgotos sanitários.

De acordo com Relatório – Avaliação de Resultado Regulatório elaborado pela Secretaria Nacional de Saneamento do Ministério do Desenvolvimento Regional<sup>29</sup>, no período de 2007 a 2020, o atendimento de toda a população com rede coletora de esgotos teve um acréscimo em torno de 13%, com um índice total de tratamento de esgotos sanitários de R\$ 50,8%, sendo 21,4% na região Norte, 34,1% no Nordeste, 58,6% no Sudeste, 46,7% no Sul e 58,5% no Centro-Oeste.

A partir de informações extraídas da ANA – Atlas Esgoto, 43% da população possui esgoto coletado e tratado e 12% utilizam a fossa séptica, totalizando 55% da população com tratamento adequado de esgotamento sanitário. Além disso, 18% têm seu esgoto coletado, porém não tratado, considerado um tratamento precário; e 27% da população não possuem coleta nem tratamento. Isso demonstra que a política pública não logrou êxito.

Considerando todas as políticas públicas analisadas nesta pesquisa, é possível observar uma ineficiência do MDR na condução dos objetivos estratégicos de gestão.

### 3.2 IMPLICAÇÕES TEÓRICO-PRÁTICAS DAS EMENDAS DE RELATOR NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As concepções teóricas levantadas e os dados obtidos e explorados objetivaram discutir os desafios decorrentes do uso de emendas de relator e como isso interfere na execução de políticas públicas. Optou-se por focar no Ministério do Desenvolvimento Regional por ser uma das pastas de destaque na captura de orçamento da União para a execução de emendas de relator, bem como por ser uma área estratégica no desenvolvimento do país. Esta subseção investiga tanto as ramificações teóricas quanto as consequências práticas desta influência, enfatizando a importância que o orçamento possui na efetivação das políticas governamentais.

Para Perelles, Oliveira, Vicentin e AllonDuenhas<sup>30</sup>, o planejamento estatal deve ser compreendido como um processo de contínuas negociações e conflitos entre o Estado e a sociedade, que resulta na utilização de receitas provenientes da renda da população em metas pré-fixadas a partir de prazos aferíveis.

<sup>29</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. *Sistemática do Processo Seletivo de Contratação de Operações de Crédito no âmbito do Programa Saneamento para Todos – Mutuários Públicos*, 2022.

<sup>30</sup> PERELLES, P.; OLIVEIRA, A. G.; VICENTIN, I. C.; ALLONDUEHAS, R. A participação do Poder Legislativo no Planejamento Público Municipal: Análise das Propostas de Emendas Parlamentares às Leis Orçamentárias de Curitiba. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, Presidente Prudente, v. 22, 2020. DOI: <https://doi.org/10.22296/2317-1529.rbeur.202036pt>.

As políticas públicas definidas estão inseridas nesse contexto de intensa disputa, que visam, sobretudo, o interesse coletivo, em que a alocação de valores e prazos para a sua execução resulta nas leis orçamentárias já tratadas neste trabalho. Ocorre que, apesar da prerrogativa de participação popular na construção desse orçamento, a execução possui características centralizadora e hierarquizada.

Deste modo, mesmo com o modelo desenhado pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais, a destinação final do orçamento depende do Chefe do Poder Executivo, com interferência dos parlamentares a partir das indicações de emendas parlamentares. Esse fenômeno fica ainda mais centralizado quando se adentra na seara das emendas de relator, ante a concentração do poder de indicação de grandes cifras orçamentárias para o congressista Relator da Lei Orçamentária Anual no resultado do processo orçamentário.

Ao se fazer uma análise sobre o efeito das emendas parlamentares nas políticas públicas de infraestrutura rodoviária federal, uma das conclusões alcançadas por Morais<sup>31</sup> é que, apesar da tentativa do ordenamento jurídico brasileiro em sistematizar princípios e regras para integrar o planejamento ao orçamento, observou-se que as tratativas entre os atores políticos envolvidos – do Executivo e Legislativo – que resultaram em proposições de emendas, apesar de resultar em um aumento orçamentário para a área, as suas motivações foram desvinculadas da racionalidade administrativa, e mais voltadas a demandas políticas individuais que traziam visibilidade para os parlamentares envolvidos. Deste modo, as metas direcionadas a essa política pública foram consideradas ineficientes.

Na área do MDR, foram capturados 40,72% em 2020, 36,14% em 2021 e 8,52% em 2022 do orçamento para serem executados via emendas de relator, excluindo-se desse montante a parcela constitucional destinada às emendas impositivas (1,2% para deputados e senadores e 1% para as bancadas estaduais). Essa captura não significa dizer que o Ministério ficou em déficit desses valores, mas que eles foram remanejados para outros propósitos que não necessitariam ter qualquer vinculação com as metas planejadas inicialmente pelo Poder Executivo federal.

Nesse sentido, a grande área do desenvolvimento regional permaneceu com os valores orçamentários inicialmente designados, mas o planejamento submergiu aos interesses de cada deputado com influência para indicar emendas junto ao Relator Geral do orçamento. A possibilidade de descaracterizar as metas previamente definidas é oriunda de peças orçamentárias sem caráter impositivo, mas sim autorizativo. Isso quer dizer que as leis orçamentárias autorizam a utilização daquelas quantias alocadas em determinadas ações, mas não impõem ao Executivo a sua efetiva utilização daquela forma, podendo este, inclusive, remanejar valores durante a sua execução.

Este aspecto do orçamento autorizativo permite uma maior flexibilidade na gestão financeira, mas também exige uma governança fiscal cuidadosa para garantir que os recursos sejam utilizados de maneira eficiente e eficaz. Essa característica permitiu, como demonstrado no Gráfico 1, que 40,72% do valor empenhado para a execução de políticas públicas pelo MDR para o exercício de 2020 fosse comprometido com emendas de relator.

<sup>31</sup> MORAIS, J. V. *Efeitos das emendas parlamentares sobre o planejamento orçamentário das políticas de infraestrutura rodoviária federais*. 2022. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Empresas) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2022.

Este exemplo ilustra a forma como o caráter autorizativo do orçamento pode influenciar na execução das políticas públicas. Com quase metade do valor comprometido para a execução das políticas públicas no MDR sendo redirecionado para emendas de relator, demonstrou-se o potencial de desvios substanciais na distribuição dos recursos orçamentários originalmente planejados.

A falta de transparência necessária na execução dessas emendas traz a exigência de avaliar se a realocação desse orçamento foi empregada em programas e projetos estabelecidos no Plano Plurianual de 2020-2023.

Quando esses recursos são transferidos para estados e municípios, a clareza sobre a utilização desses fundos se torna ainda mais nebulosa. A ausência de transparência pode abrir espaço para a deturpação dos objetivos originalmente propostos, de acordo com a margem fornecida pela Emenda Constitucional n. 105/2019.

Nesse sentido, ao permitir, por meio da Emenda, a transferência direta de recursos sem a vinculação a um projeto ou atividade específica da União, fomentou-se a condição favorável para o uso não planejado desses recursos. O dinheiro, originalmente destinado a políticas públicas delineadas no PPA, pode ser aplicado de maneira discrepante do propósito inicial.

Por outro lado, os valores autorizados, empenhados e liquidados sob a denominação de "orçamento secreto" apresentam somas substanciais capazes de financiar a consecução de metas para as ações estratégicas do Ministério do Desenvolvimento Regional. Essa afirmativa leva em consideração que os valores empenhados entre 2020 e 2022 – isto é, assegurados para a execução das emendas do relator –, correspondem a mais de R\$ 14 bilhões, montante suficiente para financiar a totalidade dos projetos prioritários do Ministério do Desenvolvimento Regional previstos para o exercício de 2022, conforme demonstrado na Tabela 1.

Esta constatação levanta uma série de questionamentos sobre a evolução dos recursos orçamentários e a sua aplicação. Com tais quantias sendo alocadas para a execução de emendas de relator, cuja transparência é questionável, será que os projetos prioritários, que visam ao bem-estar coletivo, estão recebendo atenção e financiamento adequados? A redistribuição de tão expressivos recursos financeiros poderia ser a chave para a realização de metas estratégicas fundamentais, se estivessem correta e transparentemente alocados.

## ■ CONCLUSÃO

A efetiva execução de políticas públicas é consequência de diversos fatores, desde a capacidade administrativa para conduzir os objetivos da gestão até a destinação dos recursos necessários. Nessa perspectiva, não há como elencar um só fator gerador da má execução das políticas observadas. Entretanto, pode-se afirmar que as peças orçamentárias formuladas durante uma gestão estabelecem prioridades de execução, com orçamentos específicos destinados à condução das atividades.

Associar a qualidade da administração à gestão adequada dos recursos públicos com ênfase nas prioridades determinadas no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual é a diretriz necessária para a execução das políticas públicas definidas. A ausência de cumprimento desses elementos pode comprometer a execução orçamentária.

O que se observou durante a gestão 2020-2022 do Ministério do Desenvolvimento Regional foi uma administração voltada a prioridades alheias às peças orçamentárias, o que comprometeu 40,72% do orçamento em 2020, 36,14% em 2021 e 8,52% em 2022 apenas para a execução das emendas de relator. Ao se optar por esse tipo de diretriz, diversas políticas planejadas tiveram que ser sacrificadas, uma vez que os recursos orçamentários são finitos, para priorizar tratativas individuais com parlamentares.

Mesmo diante da impossibilidade de realizar associações diretas entre as políticas públicas citadas nessa pesquisa com o comprometimento orçamentário realizado para outras pautas, é possível constatar o elevado sequestro de valores orçamentários, gerando uma fragilidade financeira no MDR. Afinal, como executar uma política com o custo de R\$ 100 milhões, por exemplo, se R\$ 40,72 milhões foi retirado para o repasse financeiro por meio de emendas de relator?

Essa constatação é significativa por várias razões. Em primeiro lugar, destaca-se a importância da transparência e da aplicação de critérios técnicos na alocação de recursos públicos. Este estudo mostrou que a falta de transparência e a ausência de critérios claros podem minar a eficácia na implementação das políticas públicas, levando a possíveis desvios de efeito e favorecimentos indevidos.

Em segundo lugar, os achados destacam a necessidade de uma maior fiscalização do uso e gerenciamento das emendas de relator. Enquanto essas emendas podem ser um instrumento vital para assegurar que os recursos públicos atendam às necessidades locais, o risco de desvios de objetivos e a falta de critérios podem prejudicar a sua eficácia.

Os resultados sinalizam para a necessidade de se instaurar instrumentos de controle mais robustos, a fim de garantir a utilização transparente e efetiva dos recursos públicos. Para os legisladores e as autoridades encarregadas da execução do orçamento, os resultados deste estudo oferecem um importante instrumento de análise para a elaboração e implementação de políticas futuras.

Além disso, a pesquisa destacou a importância de uma reflexão aprofundada sobre as dinâmicas e práticas de planejamento e execução orçamentária. Isso reforça a necessidade de se ampliar a compreensão sobre como esses processos ocorrem e de buscar formas de otimizar a aplicação dos recursos públicos, a fim de assegurar que as metas traçadas sejam de fato alcançadas e que o bem-estar da sociedade seja promovido de maneira eficiente e sustentável.

Nesse sentido, após analisar as Emendas Constitucionais n. 86/2015, n. 100/2019 e n. 105/2019, e as emendas de relator reimplementadas na LDO de 2020, sobre a execução de políticas públicas, em particular as relacionadas ao Ministério do Desenvolvimento Regional, constatou-se que as alterações no manejo do orçamento ocasionaram consequências que só poderiam ser concretamente medidas com a divulgação efetiva de dados relacionados à execução de emendas, bem como a respeito dos resultados das políticas planejadas.

Além disso, a característica autorizativa e não vinculante do orçamento favoreceu o redirecionamento expressivo do valor destinado à execução de políticas públicas para as emendas do relator. Esta realidade, aliada à falta de transparência e à inexistência de critérios claros na distribuição desses recursos, suscita preocupações acerca da eficiência na implantação das políticas públicas previamente planejadas.

Com a efetivação dos mecanismos acima expostos, o gerenciamento de políticas públicas poderia ser melhor acompanhado pela população e pelos órgãos de controle. Os recursos destinados à execução de emendas de relator poderiam ter propiciado o alcance de metas estratégicas se o orçamento fosse alocado e gerenciado da maneira como foi inicialmente planejado, uma vez que as elevadas somas envolvidas e transferidas via emendas evidenciam o potencial desses recursos para influenciar positivamente a execução das políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, S. H. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Dados, 1988.
- BERCOVICI, G. Estado, Planejamento e Direito Público no Brasil Contemporâneo. In: CARDOSO JR., J. C.; SANTOS, E. A. V. (org.). *PPA 2012 - 2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Brasília: IPEA, 2015.
- BERTOLINI, F.; PEREIRA, C. Pagando o preço de governar: custos de gerência de coalizão no presidencialismo brasileiro. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 528-550, 2017.
- BEZERRA, G. M. L.; VIEIRA, M. P. C. Interpretações e poderes em disputa: o ressurgimento do Centrão na política brasileira. *Caderno Eletrônico de Ciências Sociais*, Vitória, v. 10, n. 1, p. 36-59, 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Fiscalize o Orçamento*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/fiscalize>. Acesso em: 10 abr. 2023.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Plano Plurianual (PPA)*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/plano-plurianual-ppa>. Acesso em: 15 abr. 2023.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. *Plano Estratégico Institucional MDR Sumário Executivo 2020- 2023*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/planejamentoestrategico-institucional/SumrioExecutivoPlanoEstratgicoMDRDez.2021.v2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.
- BRASIL. Ministério das Cidades. *Levantamento sobre a situação dos Planos de Mobilidade Urbana*. Disponível em: <https://www.gov.br/cidades/pt-br/assuntos/mobilidade-urbana/planejamento-da-mobilidadeurbana/levantamento-sobre-a-situacao-dos-planos-de-mobilidade-urbana>. Acesso em: 17 abr. 2023.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Atlas Irrigação*. Disponível em: <https://portal1.snirh.gov.br/ana/apps/dashboards/911d339de2944eb79e4f0b8a96e65b8b>. Acesso em: 17 abr. 2023.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *Boletins de Monitoramento do PNSH*. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/seguranca-hidrica/plano-nacional-de-seguranca-hidrica/boletinsde-monitoramento-do-pnsh-1>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. *2º Boletim de Monitoramento*. Disponível em: <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/seguranca-hidrica/plano-nacional-de-seguranca-hidrica/boletins-demonitoramento-dopnsh/2o-boletim-20-07-2020-pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. *Atlas Digital*. Disponível em: <http://atlasdigital.mdr.gov.br/paginas/mapa-interativo.xhtml>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. *Sistemática do Processo Seletivo de Contratação de Operações de Crédito no âmbito do Programa Saneamento para Todos – Mutuários Públicos*, 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil. *Diagnóstico de capacidades e necessidades municipais em proteção e defesa civil*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Regional: Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. *Plano Estratégico Institucional MDR Sumário Executivo 2020-2023*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/planejamento-estrategico-institucional/SumrioExecutivoPlanoEstratgicoMDRDez.2021.v2.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Siga Brasil*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>. Acesso em: 10 abr. 2023.

COSTA, W. P. da. Orçamento público: a importância do orçamento participativo na gestão pública. *Revista Controle – Doutrina e Artigos*, [S. l.], v. 15, n. 2, p. 210–234, 2018. DOI: 10.32586/rcda.v15i2.389. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/389>. Acesso em: 13 jul. 2023.

FARAH, M. F. S. Teorias de política pública. *Revista @ambienteeducação*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 631–665, 2021. DOI: 10.26843/v14.n3.2021.1103. p. 631-665. Disponível em: <https://publicacoes.unicid.edu.br/ambienteeducacao/article/view/1103>. Acesso em: 13 jul. 2023

GIACOMINI, J. *Orçamento Governamental: Teoria, sistema, processo*. São Paulo: Atlas, 2019.

GOUVÊA, C. B.; BRANCO, P. H.; VILLAS, B. C. Os superpoderes do Relator-Geral do Orçamento: as emendas parlamentares (RP-9) no Brasil e as earmarks nos Estados Unidos da América. *Revista do ILP*, São Paulo, v. 4, n. 5, p. 47-65, 2023.

MORAIS, J. V. *Efeitos das emendas parlamentares sobre o planejamento orçamentário das políticas de infraestrutura rodoviária federais*. 2022. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Empresas) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2022.

NOBLAT, P. L. D.; BARCELOS, C. L. K.; SOUZA, B. C. G. *Orçamento Público: Conceitos Básicos*. Brasília: ENAP, 2014.

OLIVEIRA, M. A. S. de. *O planejamento estatal como instrumento para a efetividade da política pública de saneamento básico: um estudo sobre os serviços de esgotamento sanitário no município de Fortaleza/Ce*. 2019. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

PERELLES, P.; OLIVEIRA, A. G.; VICENTIN, I. C.; ALLONDUENHAS, R. A participação do Poder Legislativo no Planejamento Público Municipal: Análise das Propostas de Emendas Parlamentares às Leis Orçamentárias de Curitiba. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, Presidente Prudente, v. 22, 2020. DOI: <https://doi.org/10.22296/2317-1529.rbeur.202036pt>.

PIRES, B. Orçamento secreto bilionário de Bolsonaro banca trator superfaturado em troca de apoio no Congresso. *O Estado de S. Paulo*, 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/bolsonaro-cria-orcamento-secreto-em-troca-deapoio-do-congresso/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

PIRES, B. Farra Ilimitada. *Revista Piauí*, Rio de Janeiro, ed. 190, julho de 2022. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/farra-ilimitada/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

SCHICK, A. The Road to PPB: The Stages of Budget Reform. *Public Administration Review*, Constança, v. 26, n. 4, p. 243–258, 1966. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/973296?origin=crossref>. Acesso em: 10 maio 2023.

SECCHI, L. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SOARES, M. I. B. *Licitação e Política Pública de Gênero: Propostas para o Rio Grande do Norte*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU avalia ações de prevenção e resposta a desastres naturais em cinco estados brasileiros. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 31 mar. 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-acoes-de-prevencao-e-resposta-a-desastres-naturais-em-cincoestadosbrasileiros.htm#:~:text=O%20Tribunal%20de%20Contas%20da,Gerais%2C%20S%3%A3o%20Paulo%2C%20Rio%20de>. Acesso em: 18 abr. 2023.



# REDES SOCIAIS NO DEBATE POLÍTICO: O PROJETO DE LEI Nº 2.630/2020 COMO COMBATE ÀS FAKE NEWS

SOCIAL MEDIA IN THE POLITICAL DEBATE: THE BILL Nº 2.630/2020 AS A FORM OF COMBAT FAKE NEWS

GUILHERME MARINHO DE A. MENDES\* | CLAUDYVAN JOSÉ DOS S. N. SILVA\*\* | ANA PAULA BASSO\*\*\*

## RESUMO

Em uma democracia, a comunicação não se constitui apenas de uma forma de interação humana, mas uma estrutura de poder. A valorização da veracidade do conteúdo dos argumentos em detrimento da mera habilidade persuasiva é uma questão que permeia o ambiente filosófico desde a Grécia antiga, no debate entre sofistas e retóricos. Nesse contexto, o presente ensaio tem por objetivo refletir acerca dos impactos das fake news no ambiente político brasileiro. Utilizou-se do método hipotético-dedutivo para esta pesquisa, privilegiando a revisão da literatura acadêmica sobre as fakes news e a legislação política no contexto brasileiro, enfatizando uma análise de documentos oficiais, incluindo o Projeto de Lei nº 2.630/2020. Empregando o método qualitativo, esta pesquisa tem por escopo compreender a complexidade do fenômeno das fake news na esfera política, oferecendo abordagens conceituais alinhadas aos princípios legais capazes de equilibrar a liberdade de expressão e a necessidade de regulamentação. Com a evolução tecnológica, depara-se com a sociedade em rede, com interações que transcendem fronteiras, e as redes sociais geram impactos na vida política. Fenômenos como “câmaras de eco”, bolha epistêmica e desordem informacional surgem no ambiente virtual e causam enfraquecimento da democracia, indagando-se sobre a necessidade de regular as redes sociais. Conclui-se que as redes sociais possuem influência sobre a vida política e constituem-se de uma nova realidade social que conseqüentemente demanda uma nova regulamentação específica. O PL nº 2.630/2020 demonstra-se apenas uma regulamentação inicial.

**Palavras-chave:** Redes sociais. Política. Fake News. PL nº 2.630/2020. Regulamentação.

## ABSTRACT

In a democracy, communication isn't merely a form of human interaction, but a power structure. The emphasis on argument content over mere persuasive ability is a debate that has permeated philosophical discourse since ancient Greece, evident in the debate between sophists and rhetoricians. In this context, this essay aims to generally analyze the repercussions of fake news in the Brazilian political sphere. The hypothetical-deductive method was employed, prioritizing a review of academic and legal literature on fake news and political legislation within the Brazilian context, emphasizing an analysis of official documents, including the Bill No. 2.630/2020. Employing qualitative methods, this research seeks to comprehend the complexity of the fake news phenomenon in the political sphere, offering theoretical foundations grounded in legal and ethical principles. With technological advancements, society encounters a networked environment, transcending boundaries, where social media generates impacts in political life. Phenomena such as "echo chambers," epistemic bubbles, and informational disorder arise in the virtual environment, weakening democracy and prompting inquiries about the need to regulate social media. It is concluded that social media significantly influences political life, representing a new social reality that consequently demands specific new regulations. The Bill No. 2.630/2020 is seen as an initial regulation, signaling the need for further development.

**Keywords:** Social networks. Policy. Fake News. PL No. 2.630/2020. Regulation.

\*Doutorando em Ciências Jurídicas pela UFPB. Professor de Direito (substituto) na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

[guilhermemarin@outlook.com](mailto:guilhermemarin@outlook.com)

<https://orcid.org/0000-0002-1034-4486>

\*\*Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE/FMN – 2015)

[claudyvansilva@gmail.com](mailto:claudyvansilva@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0001-7201-5146>

\*\*\* Professora do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Doutora em "Dottorato di Ricerca in Diritto Tributario Europeo - ALMA MATER STUDIUM "Università di Bologna" e em "Derecho Tributario Europeo (Interuniversitario) pela Universidade de Castilla-La Mancha". Professora visitante da Universidade de Liaoning.

[anapaula.basso@gmail.com](mailto:anapaula.basso@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0001-9119-5832>

Recebido em: 02-09-2023 | Aprovado em: 26-12-2023



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 A RETÓRICA COMO ARTE DE PERSUADIR E CONVENCER NO CONTEXTO DISCURSIVO POLÍTICO; 2 REFLEXOS DAS REDES SOCIAIS NO DEBATE POLÍTICO; 3 PROJETO DE LEI Nº 2630/2020 COMO COMBATE ÀS FAKE NEWS E REGULAÇÃO DE INTERAÇÕES NA INTERNET; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

### ■ INTRODUÇÃO

O convencimento no discurso político é inerente à democracia na tomada de decisão acerca das questões relevantes da esfera pública. A retórica, como arte da persuasão e convencimento, assume importância numa sociedade democrática na articulação de discursos e conceitos no âmbito político.

Nesse contexto, o presente ensaio tem por objetivo refletir acerca dos impactos das *fake news* no ambiente político brasileiro. Com o propósito de apresentar e explicar as complexidades das *fake news* no âmbito político, esta pesquisa utilizou-se do método hipotético-dedutivo. A partir de hipóteses iniciais sobre o impacto dessas notícias falsas, foram extraídas conclusões fundamentadas na análise da literatura e na revisão dos documentos legais.

Guiado por uma abordagem qualitativa, foi feita uma reflexão crítica a partir de uma análise profunda da temática. Buscando apresentar uma reflexão crítica do instituto, optou-se por concentrar a análise na revisão bibliográfica e na análise documental, entrelaçando conceitos teóricos aos fundamentos legais, buscando alcançar uma compreensão que pudesse contribuir com o debate em torno do fenômeno das *fake news* na esfera política.

Não obstante a democracia como sistema político que requer a participação dos cidadãos, uma nova era com o advento da internet transforma as interações, as formas de comunicação e o fluxo de informações, e conseqüentemente, a vida política. Novas estruturas de organização social, num mundo globalizado, fazem surgir uma sociedade em rede, continuamente conectada e de rápido compartilhamento de informações.

Em destaque, a popularização do uso das redes sociais transformou o cidadão em emissor e receptor ativo de informações, em que as interações digitais permitem a exposição e contato com ideias, valores e opiniões, bem como faz reunir pessoas com perfil em comum. Os reflexos políticos culminam na influência do posicionamento, formação de opinião e tomada de decisões (como o voto) dos cidadãos, a partir dessas interações virtuais.

As notícias falsas têm o poder de persuadir e influenciar indivíduos. Ao serem criadas para parecerem autênticas, apelando para emoções, preconceitos ou desejos do público-alvo, acabam por distorcer a percepção da realidade, levando as pessoas a tomarem decisões baseadas nessas informações falsas.

Para alcançar os objetivos propostos, o presente ensaio se inicia apresentando os fundamentos da retórica, explorando seus elementos essenciais, visando refletir acerca da sua relevância e aplicação na comunicação persuasiva. Ao estabelecer os alicerces da retórica,

busca-se não apenas delinear seus princípios fundamentais, mas contextualizar sua importância histórica e apresentar como a arte da argumentação pode influenciar as percepções e decisões humanas.

Em seguida será explorada a conexão entre a popularização da internet, o advento das redes sociais e a crescente polarização política, fatores interligados que impulsionam a propagação das *fake news*. Nesse tópico serão analisadas as dinâmicas que geram essas informações distorcidas, disseminadas facilmente, criando bolhas informativas e minando a confiança na veracidade das notícias. Esse fenômeno desafia a integridade do debate público, tornando essencial a implementação de regulamentações eficazes para preservar a democracia.

Por último, frente ao desafio das *fake news*, o texto abordará o Projeto de Lei nº 2630/2020, destacando seu papel no combate à desinformação e na regulamentação das interações online. Essa proposta busca mitigar a disseminação de informações falsas, promovendo maior transparência e responsabilidade nas plataformas digitais, visando fortalecer a integridade do ambiente virtual.

Diante da nova realidade tecnológica, sociedade em rede e mundo globalizado, novos problemas surgem e o desafio é de como regular o ambiente virtual para que não ocorra abusos, enfraquecimento da democracia e violação de direitos. A complexidade verifica-se no equilíbrio da regulação, entre a preservação dos direitos e garantias fundamentais (principalmente nas formas de liberdade) e inibição dos excessos.

## 1 A RETÓRICA COMO ARTE DE PERSUADIR E CONVENCER NO CONTEXTO DISCURSIVO POLÍTICO

Aristóteles define a retórica como “a capacidade de descobrir o que é adequado [...] com o fim de persuadir”<sup>1</sup>, examinada em cada caso. Trata-se de uma arte que tem como objeto próprio a possibilidade de instruir e de persuadir, estruturando um discurso, assim, com elementos capazes de impactar seus ouvintes em um determinado ambiente.

Nesse contexto, o objetivo deste tópico é apresentar os pilares da retórica, investigando seus elementos primordiais para analisar sua importância e uso na comunicação persuasiva. Além de delinear-los, esse tópico tem por objetivo contextualizar sua relevância histórica e demonstrar como a habilidade argumentativa pode moldar percepções e direcionar escolhas humanas.

Em uma construção retórica, a estrutura discursiva pode ser pré-organizada de maneira a influenciar, convencer pela exposição de argumentos, comum na vida social e política, para que ideias sejam veiculadas socialmente. Há um sentido próprio na construção da credibilidade e da confiança, construída “a partir de raciocínios, lugares-comuns, tópicos compartilhados por este ou aquele grupo que, ao serem enunciados, produzem imediatamente um reconhecimento entre orador e auditório”<sup>2</sup>, p. 57

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.

<sup>2</sup> PATRIOTA, Murilo Henrique Barrantes. *A definição de retórica em Platão e Aristóteles*. 2022. 82 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022.

O jogo retórico, entrelaçando os discursos, funciona na medida em que o cidadão pode livremente expressar suas ideias conforme as leis e respeito nas relações intersubjetivas, para uma construção efetiva da sociedade e aprimoramento de suas leis norteadoras<sup>3</sup>, p. 61. Nesse sentido, a participação na vida política de uma sociedade democrática tem como pressuposto a comunicação entre os cidadãos para a escolha daqueles que devem governar. Nessas interações, proferir discursos e conseguir adesão versa sobre ato político e exercício de poder.

Examinar esses discursos e fazer uma interpretação de seu contexto é habilidade social fundamental dos tempos hodiernos. Uma capacidade que vá além da compreensão imediata das palavras proferidas, envolvendo a decifração das intenções subjacentes e dos desígnios políticos. A análise criteriosa dos discursos permite uma compreensão mais ampla das motivações por trás das palavras, identificando sutilezas e contradições.

Esta abordagem crítica desencadeia uma atitude mais ativa na participação política. Observar os discursos com agudeza de percepção capacita os indivíduos a distinguirem entre argumentos sólidos e artifícios de retórica vazia, incentivando um engajamento mais esclarecido e consciente na esfera política<sup>4</sup>, p. 37. Isso não apenas amplia a transparência no ambiente político, mas também estimula uma cidadania mais analítica e responsável.

Dessa maneira, compreender a importância contemporânea da retórica política no Brasil não somente nos fornece uma visão mais profunda da influência dos discursos, mas também nos habilita a sermos agentes mais ativos e bem-informados na arena política, aproximando-nos das reais intenções por trás das palavras e fortalecendo a democracia por meio do discernimento e da análise crítica<sup>5</sup>, p. 39.

A linguagem possui poder, com carga histórica, preenchendo conteúdo de ideias importantes para a sociedade como “justiça”, “liberdade”, “igualdade”, “Estado”. Poder como linguagem ao definir sentido e orientar as condutas das pessoas, seja para obedecer ou desobedecer.<sup>6</sup> p. 516

Ciente do aporte retórico dos discursos, sobretudo políticos, os quais são estruturados como embate para alcançar, exercer e manter determinado grupo ou pessoa no poder, é essencial eficiente retórica nos discursos para perpetuar-se na posição hegemônica política. Os conceitos do que é “verdade”, “justo”, “certo”, “bom”, amoldam-se com constantes narrativas, as quais dotadas de alguma verossimilhança, são repetidas com a frequência necessária para consolidar as crenças e fazer o interlocutor reproduzir o conteúdo do discurso.

Aristóteles<sup>7</sup>, p.38-39 observa que a pessoa que fala, o assunto abordado e a pessoa a quem se dirige o discurso são elementos que possuem relevância na retórica. Se aquele que discursa passa a impressão de confiança, o convencimento é mais eficaz e rápido, digno de aceitação (*ethos*). Por outro lado, também se obtém a persuasão dos ouvintes se o discurso

<sup>3</sup> LIMA, Marcos Aurélio de. *A retórica em Aristóteles: da orientação das paixões ao aprimoramento da eupraxia*. Natal: IFRN, 2011. Disponível em: <https://memoria.ifrn.edu.br/bitstream/handle/1044/1063/A%20reto%CC%81rica%20em%20Aristo%CC%81teles%20-%20Ebook.pdf?sequence=1&isAllo-wed=y>. Acesso em: 19 abr. 2023.

<sup>4</sup> DA SILVA GOMES, Wilson; DOURADO, Tatiana. Fake news, um fenômeno de comunicação política entre jornalismo, política e democracia. *Estudos em Jornalismo e Mídia*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 33-45, 2019.

<sup>5</sup> DA SILVA GOMES; DOURADO. *Op. Cit.*

<sup>6</sup> ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem – a arte retórica de Aristóteles. Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 22, n. 71, 1995.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

os leva sentir paixão, seja alegria, aflição, ódio ou amizade, o sentimento despertado irá influenciar o juízo do interlocutor (*pathos*). Enquanto o conteúdo em si, o que soa como verdade ou parece ser verdade, constitui a argumentação racional (*logos*).

Na concepção aristotélica, o *ethos*, *pathos* e *logos* representam pilares fundamentais do discurso retórico, oferecendo uma estrutura para analisar sua carga persuasiva. A forma, conteúdo e quem emite a mensagem têm um impacto significativo no ouvinte, levando a reações e influenciando seu posicionamento subjetivo em relação ao discurso proferido. Esses elementos não apenas moldam a persuasão, mas também orientam as respostas emocionais e racionais da audiência, fundamentais para compreender a eficácia e o impacto de qualquer argumentação.

A retórica, para Aristóteles<sup>8 p. 46</sup>, comporta três gêneros: o gênero deliberativo, o gênero demonstrativo (ou epidictico) e o gênero judiciário. Na deliberação, posta-se uma questão em particular, aconselhando ou desaconselhando sobre esta, enquanto na ação judiciária, a dinâmica consiste em de um lado a acusação e de outro a defesa. Já o gênero demonstrativo busca-se o elogio ou censura.

Na dinâmica da retórica, mesmo com as posições em constante movimento ao longo da interação, há a relação essencial do orador e do ouvinte (ou múltiplos ouvintes). No contexto político democrático, o gênero deliberativo ganha um papel crucial, visto que representa diretamente a população, ainda que de forma indireta, por meio de seus representantes. Essas questões políticas são amplamente discutidas e influenciadas por diferentes segmentos da população, agindo como múltiplos auditórios que participam ativamente do jogo político.

Perelman<sup>9 p. 22</sup> define o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação, percebendo que o orador, em maior ou menor grau, tem consciência daqueles que busca persuadir e dirigir seus discursos. Além disso, essa construção prévia do auditório não pode ser tão distante da realidade, sendo então o conhecimento acerca dos ouvintes uma condição para argumentação eficaz, realizando ajustes de eloquência.

Saber a quem se dirige o discurso, qual é o auditório e sua extensão, influencia a qualidade da argumentação e o comportamento do orador, para se obter a eloquência e assim persuadir e convencer. É o que se pode definir como “auditório particular”<sup>10 p. 22</sup>. O grande desafio que é apresentado pela filosofia perelmaniana é a relação do orador com o “auditório universal”.

O aprofundamento desse conceito é questão central na Nova Retórica perelmaniana, que busca estabelecer critérios universais de argumentação, baseados em uma lógica argumentativa sólida, formuladas em premissas aceitáveis que poderiam ser aceitos por qualquer audiência racional. Tal debate se coloca como fundamental, especialmente quando apresentada à retórica com o discurso público.

O argumento de Perelman indica uma via média entre o universalismo e o contextualismo na produção do discurso, defendendo a tese de que existem certos elementos comuns

<sup>8</sup> ARISTÓTELES, Op. Cit.

<sup>9</sup> PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermentina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>10</sup> PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermentina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

e princípios fundamentais que podem persuadir qualquer indivíduo ou grupo, independentemente de sua cultura, crenças ou valores específicos. Nesse contexto, a adesão se dá em caráter coercitivo em relação ao leitor, pois a evidência basilar do discurso possui validade intemporal, absoluta, para além de questões locais ou históricas<sup>11, p. 35</sup>.

Contudo, é importante ressaltar que, apesar de sua aspiração universal, a noção de um Auditório Universal tem limitações. A teoria do auditório universal trata-se de um ideal argumentativo que supera as particularidades dos auditórios e se põe além das eventuais objeções e expectativas subjetivas<sup>12p. 12</sup>. O contexto cultural, experiências pessoais e sistemas de crenças individuais ainda desempenham um papel significativo na interpretação e aceitação de argumentos<sup>13</sup>.

De fato, pode-se concluir que os pilares da retórica, como ethos, pathos e logos, revelam a complexidade do “fazer persuasivo”. A tese do Auditório Universal proposto por Perelman aspira a uma base argumentativa imparcial, mas esbarra nas diferenças culturais e individuais na interpretação de argumentos. Contexto e experiências moldam a aceitação de ideias, mostrando que uma audiência universalmente persuasível é uma aspiração, ainda que em certos contextos não seja uma realidade prática. Reconhecer essas limitações remete à reflexão sobre a diversidade de perspectivas e a importância cada vez maior da construção de uma consciência crítica capaz de avaliar discursos propostos no ambiente público.

## 2 REFLEXOS DAS REDES SOCIAIS NO AMBIENTE POLÍTICO BRASILEIRO

O uso das redes sociais como *instagram*, *Twitter*, *Facebook*, *Whatsapp*, *Telegram*, os quais já atingiram a marca de bilhões de usuários ao redor do mundo. A crescente popularização da internet ocorrida no século XXI gerou impactos significativos nas formas de interação e organização social, bem como o novo paradigma tecnológico de comunicação e informação resultou em transformações em diversos âmbitos da sociedade brasileira, como o econômico e o político. Nesse contexto, o objetivo do presente tópico é analisar os impactos da crescente popularização da internet, refletindo acerca das consequências sociais que a evolução tecnológica gerou no ambiente político brasileiro.

Castells e Cardoso<sup>14, p.17</sup> afirmam que atualmente é possível nomear a comunidade global como uma sociedade em rede, uma organização social com novas capacidades que possui uma forma de comunicar que não está limitada as fronteiras geográficas, estabelecendo interações a nível global de capital, bens, serviços, comunicação, informação e tecnologia. A evolução tecnológica atual permite novas capacidades de interação e de transmissão da informação impactando diretamente no desenvolvimento da ciência moderna.

<sup>11</sup> PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. Cit*

<sup>12</sup> MAZZALI, G. C. RETÓRICA: DE ARISTÓTELES A PERELMAN. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/158>. Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>13</sup> ALVES, Marco Antônio Sousa. Balanço crítico da noção de auditório universal de Chaïm Perelman. *Páginas de Filosofia*, São Bernardo do Campo, v. 1, n. 2, p. 61-78, 2009.

<sup>14</sup> CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à ação política*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006. Disponível em: [https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ane-xos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf). Acesso em: 25 abr. 2023.

As mídias atuais representam uma nova dinâmica em comparação com os formatos tradicionais de massa, como o rádio, que se limitavam a uma comunicação unilateral, direcionada a destinatários e consumidores passivos de informação. Atualmente, com a mídia digital, os usuários da internet e das redes sociais podem também serem remotes e produtores ativos, o que ocasiona um aumento enorme na quantidade de informação<sup>15p. 23</sup>.

A constante rotulação da sociedade atual como uma sociedade da informação ou do conhecimento gera discussões relevantes sobre o papel e a essência desses conceitos. Apesar de serem frequentemente tratados como sinônimos, há uma distinção fundamental entre eles<sup>16, p.17</sup>. A informação, sendo os dados brutos disponíveis, constitui a matéria-prima, enquanto o conhecimento vai além, abarcando a interpretação, a compreensão e a aplicação desses dados<sup>17</sup>. A equação direta entre ambos simplifica demasiadamente o intrincado processo intelectual humano. Compreender essa discrepância torna-se vital para uma análise mais aprofundada da dinâmica social, sobretudo no ambiente político brasileiro, onde a interpretação e aplicação do conhecimento têm implicações de grande envergadura.

Apesar da vasta amplitude das interações que um indivíduo pode obter por meio da internet, principalmente com as redes sociais, surgiram novas relações de isolamento dos diferentes e formação de grupos particularizados que condensam seus semelhantes. O fluxo de informação se estreita e a comunicação acontece num agrupamento semelhante a uma “bolha”, composta por ideias e valores semelhantes, repudiando ou se distanciando daquilo que é diferente<sup>18, p. 30-31</sup>. Uma forma de tribalismo emerge no mundo digital.

É preciso estar atento que as redes sociais, como verdadeiros universos digitais, são muito mais do que simples espaços de interação. Por trás das postagens e curtidas, há uma complexa teia de algoritmos e estratégias ocultas que moldam a experiência dos usuários. Essas plataformas, com suas intrincadas arquiteturas de dados e sistemas algorítmicos, não apenas organizam os conteúdos visíveis, mas também delineiam o que não é visto, filtrando e direcionando informações de maneira sutil<sup>19, p. 72</sup>. Nesse contexto, cada clique é meticulosamente registrado. Detalhes minuciosos sobre comportamentos e gostos são capturados, criando retratos digitais que podem ser utilizados de diversas maneiras, uma delas é o reforço de determinados gostos e comportamentos. Essas representações podem inadvertidamente reforçar uma estranha forma de segregação virtual, criando muros sutis que nos impedem de nos depararmos com opiniões ou informações que vão além do que já conhecemos e aceitamos.

Essas estruturas, por mais encobertas que possam parecer, influenciam profundamente nossa experiência online, limitando, muitas vezes, a nossa exposição a diferentes perspectivas. Não apenas as práticas dos usuários compõem autonomamente as redes sociais e seus fluxos de interações, já que existe um mecanismo de funcionamento das plataformas

<sup>15</sup> HAN, Byung-Chul. *No exame: perspectivas do digital*. Trad. Lucas Machado. Petrópolis: Vozes, 2018.

<sup>16</sup> CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.), *Op. Cit.*

<sup>17</sup> XAVIER, Rodolfo Coutinho Moreira; COSTA, Rubenildo Oliveira da. Relações mútuas entre informação e conhecimento: o mesmo conceito?. *Ciência da informação*, Brasília, v. 39, p. 75-83, 2010.

<sup>18</sup> LÉ, J. B.; ANECLETO, Úrsula C.; RIBEIRO, A. E. Saindo das bolhas de pós-verdade: Ética da informação para fluência digital e combate às fake news. *Revista Linguagem em Foco*, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 29-48, 2022. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/linguagememfoco/article/view/9292>. Acesso em: 23 dez. 2023.

<sup>19</sup> MARTELETO, Regina Maria. Análise de redes sociais: aplicação nos estudos de transferência da informação. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 71-81, jan./abr. 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/6Y7Dyj4cVd5jdRkXJVxhxqN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 abr. 2023.

imbricado com diversas tecnológicas de estruturação de bancos de dados, algoritmos, interfaces, marketing, bem como estratégias comerciais e políticas. Capta-se metadados de comportamentos por meio do uso dos dispositivos para retratar aspectos da vida e do mundo.<sup>20</sup>  
p. 3

Susnstein<sup>21</sup>, p. 5 menciona a existência de “câmaras de eco” em que a pessoa escuta tão somente o eco da própria voz, sem debates ou contatos com o diferente, constituindo-se então uma imagem homogênea e reforço de crenças. A dinâmica é oposta da sociedade democrática que tem composição heterogênea, com variados grupos, em que os diferentes debatem e trocam informação para assim construir as decisões políticas.

Nas “câmaras de eco” há um filtro (impulsionado por algoritmos) de qual informação, de qual notícia, o usuário vai ter acesso e sua opinião será apenas reforçada, contribuindo para uma fragmentação social e polarização política, bem como enfraquecimento do debate democrático, já que não há o exercício de ponderação deliberativa entre os diversos.<sup>22</sup>, p.5-6

Nesse cenário, as redes sociais contribuem para a polarização, reunindo e categorizando os grupos para então “mapear” qual tipo de conteúdo informativo deve ser destinado de forma personalizada. O acesso à rede, acaba sendo semelhante a um espelho e a verdade toma uma forma conveniente, confortável, ao mesmo tempo que plausível. Notícias, discursos políticos, produtos e serviços, conteúdos banais, e variadas formas de representação (políticos, *influencers*, celebridades) são direcionados particularmente para aquele perfil de usuário.

Em momentos de grande polarização política, entre as diversas categorias existentes, a classificação polar entre “esquerda” e “direita” é bastante utilizada. Ocorre que essa simplificação parece tentar condensar toda a diversidade de pensamentos em apenas dois extremos, deixando de lado uma riqueza de opiniões que se encontram entre esses polos. É como se quisessem resumir uma imensidão de perspectivas em uma visão limitada, ignorando o vasto leque de ideias e valores existentes entre essas duas categorias. Isso por vezes obscurece a verdadeira diversidade de crenças e pensamentos que coexistem na sociedade.

Outro fenômeno no ambiente digital é a formação de bolhas epistêmicas. Uma bolha epistêmica trata-se de “uma estrutura social cognitivana qual outras vozes relevantes foram deixadas de fora, até mesmo acidentalmente”<sup>23</sup>, p. 2. Enquanto a câmara de eco é uma exclusão ativa ou desacredita-se do que é diferente, desconfiando das fontes externas (destaca-se aqui a desinformação), a bolha epistêmica versa sobre um fechamento extremo a ponto do usuário não ter a exposição aos argumentos contrários às suas crenças<sup>24</sup>, p. 2.

O reforço de crenças e ideias via repetição contínua com o contato com a mesma vertente de conteúdo, artificialmente homogênea, e a exclusão do contato com o diferente são

<sup>20</sup> FERREIRA, S. R. da S. Repensar a esfera pública política a partir das Câmaras de Eco: conceitos e questões metodológicas. *Liinc em Revista*, [S. l.], v. 18, n. 2, 2022. DOI: 10.18617/liinc.v18i2.6067. Disponível em: <https://revista.ibict.br/liinc/article/view/6067>. Acesso em: 1 maio 2023.

<sup>21</sup> SUNSTEIN, Cass. *Republic.com* – Divided democracy in the age of social media. New Jersey: Princeton University, 2017. Disponível em: <http://assets.press.princeton.edu/chapters/s10935.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2023.

<sup>22</sup> SUNSTEIN, *Op. Cit.*

<sup>23</sup> FERREIRA, S. R. da S. Repensar a esfera pública política a partir das Câmaras de Eco: conceitos e questões metodológicas. *Liinc em Revista*, [S. l.], v. 18, n. 2, 2022. DOI: 10.18617/liinc.v18i2.6067. Disponível em: <https://revista.ibict.br/liinc/article/view/6067>. Acesso em: 1 maio 2023.

<sup>24</sup> FERREIRA, S. R. da S. Repensar a esfera pública política a partir das Câmaras de Eco: conceitos e questões metodológicas. *Liinc em Revista*, [S. l.], v. 18, n. 2, 2022. DOI: 10.18617/liinc.v18i2.6067. Disponível em: <https://revista.ibict.br/liinc/article/view/6067>. Acesso em: 1 maio 2023.

fatores que contribuem para a formação distorcida da realidade, já que não representa a diversidade social como é. Impende frisar que ao mesmo tempo que a bolha dinamicamente estreita e dirige conteúdo “sob medida” para o usuário, o usuário tem a sua subjetividade moldada pelos reforços produzidos pela bolha.

Reduz-se a sensibilidade ao debate e o usuário das redes sociais fica condicionado a sempre destinar atenção ao que lhe convém. Os auditórios particulares se tornam mais robustos e resistentes ao diferente, bem como há um pré-convencimento posto a partir de nichos, cabendo aos oradores fazer a produção de conteúdo discursivo para angariar mais seguidores e formar audiências.

Lidar com as bolhas epistêmicas e a redução do debate nas redes sociais exige um olhar atento. É fundamental promover uma abordagem diversificada, para romper com essas estruturas que nos afastam do diferente. Uma possível saída envolve repensar os algoritmos, tornando-os mais transparentes e equilibrados. Assim, seria como abrir janelas para uma vista mais ampla, permitindo que diferentes perspectivas e opiniões sejam apresentadas aos usuários. Além disso, investir em programas educacionais que ensinem habilidades críticas e ofereçam ferramentas para analisar as informações pode trazer luz a essa escuridão de visões restritas<sup>25</sup>. Essa mudança pode possibilitar que as pessoas avaliem de forma mais completa e justa o que é compartilhado, quebrando as barreiras das opiniões isoladas.

Outro ponto sensível no que tange ao fluxo de informações e reflexos políticos das redes sociais é a denominada “Fake News”. Embora não exista um consenso conceitual, a literatura (destaca-se o relatório “*Information Disorder*” como referência, encomendado pelo Conselho Europeu, formulado por Wardle e Derakhshan em 2017) tende a relacionar com a “desordem informacional” que possui três dimensões: o compartilhamento não intencional de informações erradas (*misinformation*), a utilização de informações verdadeiras, porém manipuladas para enganar (*malinformation*), e a desinformação em si, que possui uma ampla variedade de técnicas intencionadas para disseminar informações falsas e com a finalidade de confundir ou causar danos (*disinformation*).<sup>26, p. 4-5</sup>

A expressão “Fake News” teve popularização durante a campanha presidencial dos Estados Unidos de 2016, que nos dias atuais, muito além da tradução literal de “notícias falsas”, pode fazer referência a conteúdo em formato jornalístico, memes maldosos ou difamatórios, ou simplesmente ser uma informação que diverge da convicção de alguém. Sem consenso se a difusão é intencional ou não, o cerne é que a campanha desinformativa é estruturada por diversos elementos, como visual ou de áudio, para reforçar o convencimento e alcance da mensagem.<sup>27, p. 6</sup>

Se a desordem informacional é empregada às câmaras de eco e bolhas epistêmicas, a desinformação, seja qual for seu nível ou conteúdo, irá se alastrar e obter amplo alcance.

<sup>25</sup> KELLNER, Douglas; SHARE, Jeff. Educação para a leitura crítica da mídia, democracia radical e a reconstrução da educação. *Educação & sociedade*, Campinas, v. 29, p. 687-715, 2008.

<sup>26</sup> FORSTER, R.; MONTEIRO DE CARVALHO, R.; FILGUEIRAS, A.; AVILA, E. Fake News: O que é, como se faz e por que funciona?. *SciELO Preprints*, [S. l.], 2021. DOI: 10.1590/SciELOPreprints.3294. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/3294>. Acesso em: 1 maio 2023.

<sup>27</sup> FORSTER, R.; MONTEIRO DE CARVALHO, R.; FILGUEIRAS, A.; AVILA, E. Fake News: O que é, como se faz e por que funciona?. *SciELO Preprints*, [S. l.], 2021. DOI: 10.1590/SciELOPreprints.3294. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/3294>. Acesso em: 1 maio 2023.

Eventuais informações divulgadas com o intuito de corrigir o equívoco informacional podem não ter a mesma eficiência, gerando assim prejuízos imensuráveis.

O cidadão que participa de uma sociedade democrática deve ter a postura crítica de questionar a informação postada nas redes sociais, buscar verificar a autenticidade e a veracidade informacionais para se posicionar a respeito de relevantes questões públicas. A quantidade e velocidade das informações no mundo atualmente globalizado, marcado pelo avanço tecnológico, coloca o uso das redes sociais como fonte de conteúdo informativo, num caminho sem volta, em que as discussões políticas se farão presentes no âmbito digital, pelo vasto alcance.

Jürgen Habermas<sup>28, p. 93</sup> explica que o espaço ou esfera pública é uma rede de comunicação de conteúdos, formação de posicionamentos e opiniões, que ao passo dos fluxos comunicacionais serem filtrados e sintetizados, há o condensamento de opiniões sobre temas específicos. Esse fenômeno social forma uma estrutura do processo político deliberativo, em que há a comunicação entre diversos atores participantes de interações de influência e constituição do poder político.

Diante da complexidade das *fake news* no cenário político, emerge a necessidade de investir na educação midiática nesse ambiente contra o embate de informações enganosas<sup>29, p. 695</sup>. A educação midiática pode ser visto como um instrumento importante de capacitação dos indivíduos para deciframos entre as sombras da desinformação.

A relevância desta abordagem se estende para além da mera compreensão das manchetes, adentrando nos meandros da construção da informação, revelando o poder das palavras e sua capacidade de moldar o entendimento coletivo. Integrar essa educação nos alicerces do sistema educacional é um ato de construção sólida. Desde os bancos escolares até a universidade, essa estrutura se torna a base para a construção de um olhar crítico, capaz de discernir entre o real e o ilusório, entre a verdade e a falsidade proclamada. Somente despejar conteúdos nas salas de aula não garante um direito à educação efetivo.

Assim, a promoção da educação midiática não só fornece a construção de uma consciência sobre a responsabilidade ética, mas também confere a capacidade de discernir aquilo que deve ser crido daquilo que deve ser posto em dúvida. Essa abordagem torna-se, portanto, não apenas uma ferramenta, mas sim um mecanismo de proteção para a sociedade, fortalecendo-a contra as informações distorcidas.

A esfera pública política deve ter discussões abertas e de amplo acesso para a deliberação de questões de interesse comum e tomada das decisões de interesse público, em que a conversação de diferentes públicos e suas reivindicações sejam ouvidas. Entretanto, uma sociedade mediatizada que a mídia tem a função fundamental de estruturar o repertório comum do que se deve debater e reunir sujeitos em torno de pautas (formação de agenda), a lógica comercial desses veículos midiáticos perpassa a formação de opinião, informação, ideias, imagens e o que terá visibilidade.<sup>30, p. 6</sup>

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia* – entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>29</sup> KELLNER; SHARE. *Op. Cit*

<sup>30</sup> FERREIRA, S. R. da S. Repensar a esfera pública política a partir das Câmaras de Eco: conceitos e questões metodológicas. *Liinc em Revista*, [S. l.], v. 18, n. 2, 2022. DOI: 10.18617/liinc.v18i2.6067. Disponível em: <https://revista.ibict.br/liinc/article/view/6067>. Acesso em: 1 maio 2023.

Portanto, pode-se concluir que a sociedade em rede se apresenta como nova lógica interativa. A influência das redes sociais na esfera pública não apenas molda a formação de opinião, mas também afeta a qualidade do debate político. É essencial desenvolver uma postura crítica em relação à informação veiculada, buscar a veracidade das fontes e promover uma participação ativa e diversificada nos espaços digitais para garantir uma esfera pública democrática e plural. Para tanto, o último tópico abordará o exame do Projeto de Lei nº 2630/2020, iniciativa que visa regular as interações na internet.

### 3 PROJETO DE LEI Nº 2630/2020 COMO COMBATE ÀS FAKE NEWS E REGULAÇÃO DE INTERAÇÕES NA INTERNET

A popularização nas redes sociais, como Instagram, Twitter e Facebook, reflete a sociedade em rede, interligando indivíduos globalmente. Contudo, essa conectividade não garante uma interação democrática e plural. Tem-se observado uma formação de "bolhas" e "câmaras de eco", onde ideias similares se reforçam, limitando o debate e fragmentando a sociedade. A estrutura das plataformas, aliada a algoritmos, direciona conteúdos, reforçando convicções e isolando usuários de perspectivas diferentes. Esse isolamento não apenas reduz a sensibilidade ao debate, mas também contribui para a disseminação de desinformação, amplificada pelas "fake news".

O Projeto de Lei nº 2.630/2020, chamado de "Lei das Fake News", proposto pelo Senador Alessandro Viera (CIDADANIA/SE) possui como ementa a instituição da "Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet". Em primeira análise, observa-se os elementos retóricos que permitem ampla discussão sobre seu conteúdo, extensão e definição: o que é "liberdade", "responsabilidade" e "transparência", gerando margem para questionar em quais termos esses elementos serão postos.

O Projeto toca um ponto sensível sobre a intervenção estatal que regula comportamentos e a liberdade de expressão. Se de um lado a regulação estatal visa coibir abusos de conduta do particular; por outro, restringe em certa medida, padroniza, fiscaliza e mantém a possibilidade de sancionar. Por esse motivo, regulamentar é uma tarefa complexa que busca o equilíbrio de combater os excessos e não violar direitos fundamentais sobre liberdade.

Uma das abordagens para equilibrar o controle sobre o discurso sem incorrer em práticas censórias consiste na implementação de políticas baseadas na transparência e na responsabilidade<sup>31, p. 132</sup>. Estabelecer diretrizes claras sobre o que constitui uma informação verídica, promovendo a divulgação de fontes confiáveis e a identificação transparente de conteúdos potencialmente enganosos, pode ser uma estratégia eficiente<sup>32, p. 46</sup>.

Além disso, o fortalecimento da educação e da capacidade crítica dos indivíduos, já citadas neste artigo, tornam-se essenciais. Investir em programas de educação midiática desde as etapas iniciais da educação até o ensino superior é crucial para capacitar as pessoas

<sup>31</sup> SANTOS, Felipe Rocha Lima. Ética da crença, fake news e responsabilidade. *Perspectiva Filosófica*, Recife, v. 46, n. 1, p. 128-158, 2019.

<sup>32</sup> AMATO, Lucas Fucci. Fake news: regulação ou metarregulação? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril\\_v58\\_n230\\_p29](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29). Acesso em: 25 dez. 2023.

a discernirem entre informações falsas e verdadeiras, capacitando-as a verificar fontes e a compreender a construção da informação.

Observa-se que o Projeto de Lei n° 2.630/2020 não só propõe regulamentar mecanismos de combate à “*Fake News*”, como o nome popular sugere, mas a regulação abarca vários aspectos quanto ao próprio uso da internet. A proposta é medida em complemento ao Marco Civil da Internet (Lei n° 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção Dados Pessoais (Lei n° 13.709/2018), expandindo assim a legislação brasileira que regulamenta especificamente a internet.

Inicialmente, a versão aprovada no Senado Federal, o Projeto de Lei n° 2.630/2020 aduzia que a nova legislação instituiria normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada, com a finalidade de garantir segurança, ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.

O texto inicial do artigo 1° tinha como foco a instituição da legislação para desestimular o abuso ou manipulação no âmbito das redes sociais e dos serviços de mensageria privada através da internet com o potencial de dar causa a danos individuais ou coletivos. No entanto, a alteração teve por fim forçar retoricamente em valores como segurança, liberdade de expressão e liberdade da manifestação do pensamento, privilegiando discursivamente os direitos fundamentais dos cidadãos.

A promoção de plataformas que favoreçam a diversidade de opiniões, mas que também garantam a verificação e moderação responsável do conteúdo compartilhado é medida que se impõe, posto que “uma boa sociedade prospera a partir de uma diversidade de culturas que enriquece a vida das pessoas”<sup>33</sup>, p. 53. Estabelecer mecanismos de autorregulação, que visem à moderação e à identificação de informações inverídicas sem comprometer a livre expressão, é um caminho a ser considerado.

A proposta de lei não tem a aplicabilidade sobre provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada que ofertem serviços ao público brasileiro com menos de 2.000.000 (dois milhões) de usuários registrados (art. 1°, §1°). Nesse sentido, a legislação teria aplicação sobre todas as redes sociais mais populares atualmente utilizadas no Brasil como WhatsApp (169 milhões de usuários), Youtube (142 milhões de usuários), Instagram (113 milhões de usuários), Facebook (109 milhões), TikTok (82 milhões) e Twitter (24 milhões).<sup>34</sup>

O art. 3° do Projeto de Lei n° 2.630/2020 aduz que a possível nova legislação será pautada em princípios como o da liberdade de expressão e de imprensa (I); o do respeito ao usuário em sua livre formação de preferências políticas e de uma visão de mundo pessoal (II); o da responsabilidade compartilhada pela preservação de uma esfera pública livre, plural, diversa e democrática (III); dentre outros. Os princípios mencionados merecem destaque, vez que expressamente se preocupam com a qualidade do exercício da cidadania e participação política.

Fica nítido que se busca tutelar a esfera pública para que seja garantida a diversidade, pluralidade, democracia, bem como almeja-se que a formação de preferências políticas e de visão de mundo sejam livres. Ao mesmo tempo, pretende-se que a liberdade de expressão e

<sup>33</sup> ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade*. Trad. João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019.

<sup>34</sup> DATAREPORTAL. *Digital 2023: Brazil*. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-brazil>. Acesso em: 1 maio 2023.

de imprensa sejam respeitadas e exercidas, já que tais fatores são intrínsecos ao regime democrático. Porém, o desafio é conseguir que a amplitude de princípios tenha aplicação mais concreta e fidedigna possível para não se limitar à uma mera abstração ou intenção legislativa. Promover o diálogo entre governos, plataformas digitais e sociedade civil para criar diretrizes que protejam contra informações falsas sem infringir a liberdade de expressão. Estabelecer um diálogo colaborativo e transparente pode resultar em políticas mais equilibradas e eficazes.

O Projeto de Lei nº 2.630/2020 consigna que a nova legislação tem como objetivo (art. 4º) o fortalecimento do processo democrático, combatendo o comportamento inautêntico, redes de distribuição artificial de conteúdo, bem como fomentar o acesso à diversidade de diversidade de informações na internet no Brasil (inciso I).

Atenta-se que esse objetivo em especial se relaciona diretamente à redução das bolhas sistêmicas, formação de “câmaras de eco” e intervenção dos algoritmos no acesso dos usuários, os quais enfraquecem o processo democrático.

Outros objetivos da proposta de nova legislação envolvem impedimento de censura online (inciso II), maior transparência acerca da moderação de conteúdos postados, garantindo o contraditório e ampla defesa (inciso III), bem como demonstrar informações sobre conteúdos impulsionados e publicitários disponibilizados (inciso IV).

O PL nº 2.630/2020 prima pela transparência dos mecanismos de funcionamento por trás das redes sociais. O art. 13 do Projeto determina que os provedores de redes sociais devem produzir relatórios trimestrais de transparência, em português, abertamente em seus sites, divulgando informações e implementando as medidas dispostas em lei.

Ademais, o PL nº 2.630/2020 visa instituir o dever dos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada vedar o funcionamento de contas inautênticas, vedar contas automatizadas não identificadas como tal, assim como identificar todos os conteúdos impulsionados e publicitários pagos ao provedor (art. 6º, incisos de I a III).

O Projeto de Lei nº 2.630/2020 também propõe regular os serviços de mensageria privada (políticas de uso, armazenamento de mensagens veiculadas em encaminhamentos em massa, pelo prazo de 3 anos, limitar divulgação massiva de mensagens, e vedação do uso e comercialização de dados), bem como regulamentar o cadastro de contas, procedimentos de moderação e sanções para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada (que além de não excluir a responsabilidade civil, criminal ou administrativa, pode ensejar advertência, com prazo para adotar medidas corretivas, ou multa de até 10% do faturamento).

Frisa-se que o PL nº 2.630/2020 também propõe a criação de um Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet, a ser criado pelo Congresso Nacional (art. 25), que teria a atribuição de elaborar um código de conduta para redes sociais e serviços de mensageria privada, promover estudos e debates para compreender a desinformação e suas formas de combate nas redes sociais e internet, além de outras atribuições de fiscalização e implementação das medidas instituídas na legislação. A composição do Conselho (art. 26) seria variada, contando com 21 integrantes, desde órgãos estatais, representantes de provedores até representantes da sociedade civil.

É importante ter em vista que a regulação proposta pelo PL nº 2.630/2020 já prevê a expansão regulatória desde sua concepção, com a criação posterior de um código de conduta

para redes sociais e serviços de mensageria privada, normatizada pelo Conselho de Transparência. A justificativa apoia-se na complexidade das formas de combater a desinformação e ilicitudes nas redes sociais, assim como instituir boas práticas no mundo digital, e mais uma vez recordando, sem ferir os direitos fundamentais do particular (liberdade de expressão, livre manifestação de consciência, privacidade).

Buscando dar eficácia e controle, o Projeto de Lei propõe uma série de medidas, como a obrigatoriedade de identificação em redes sociais, transparência na veiculação de anúncios políticos e a criação de mecanismos para identificar e remover conteúdos falsos ou manipulados. Tais propostas podem contribuir para um ambiente mais transparente e responsável nas plataformas digitais, buscando mitigar a disseminação de desinformação.

No entanto, questionamentos quanto à possibilidade de efeitos nocivos advindos desse projeto são válidos. Um dos debates centrais é a questão que trata da privacidade e liberdade de expressão. Medidas que exigem identificação podem colocar em risco a privacidade dos usuários, levantando discussões sobre até que ponto essa exigência é justificável em prol do combate às *fake news*. A possível centralização do poder de moderação e remoção de conteúdo nas mãos das plataformas, o que poderia resultar em decisões unilaterais e potencialmente enviesadas, sem um devido processo transparente e participativo.

Portanto, o PL nº 2.630/2020 apresenta potencial para oferecer soluções na luta contra as *fake news*, mas também suscita preocupações significativas quanto à privacidade, liberdade de expressão e possíveis concentrações de poder nas mãos das plataformas digitais. A busca por um equilíbrio entre a eficácia no combate à desinformação e a preservação dos direitos individuais é fundamental para a efetividade e legitimidade de qualquer legislação nesse campo.

Dessa forma, combater as *fakes news* sem incorrer na censura exige um esforço conjunto, que inclui políticas transparentes, investimento na capacidade crítica dos indivíduos, promoção de plataformas responsáveis e o estabelecimento de diálogo entre os diversos atores envolvidos. Encontrar esse equilíbrio entre regulação e liberdade de expressão é um desafio complexo, porém crucial para a preservação da democracia e da integridade informacional na sociedade contemporânea.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade em rede, continuamente conectada e sem fronteiras, é uma realidade social com novas estruturas e novas formas de interações. As redes sociais claramente geram reflexos nas interações humanas, sobretudo no campo político.

Cada vez mais, há quem critique a ideia de que a internet pode ser concebida como um ambiente neutro, isento de intervenções pelas próprias plataformas e pelos mecanismos de funcionamento. Vários são os estudos que demonstram que as redes sociais não funcionam

de maneira livre<sup>35</sup> <sup>36</sup>. Cada vez mais torna-se difícil acreditar que a ausência de regramento legal implica em liberdade e maior autonomia do usuário.

O presente ensaio iniciou apresentado os fundamentos da retórica, explorando de maneira abrangente seus elementos essenciais. Ao analisar a retórica, não apenas delineamos seus princípios fundamentais, mas também contextualizamos sua significância histórica, evidenciando como a arte da argumentação influencia de forma concreta percepções e decisões humanas.

Em seguida foi analisada a conexão intrínseca entre a popularização da internet, o surgimento das redes sociais e a crescente polarização política. Esta análise permitiu a compreensão das dinâmicas que alimentam informações distorcidas, facilmente disseminadas e responsáveis por criar bolhas informativas, abalando a confiança na veracidade das notícias. Esse fenômeno desafiou de maneira contundente a integridade do debate público, corroborando a necessidade premente de regulamentações eficazes para preservar a democracia.

Por último, frente ao desafio das *fake news*, foi abordado o impacto do Projeto de Lei nº 2630/2020. Deu-se ênfase nos impactos que uma implementação efetiva pode reforçar no combate à desinformação e na regulamentação das interações online. Essa proposta se destaca por mitigar com eficácia a disseminação de informações falsas, promovendo transparência e responsabilidade nas plataformas digitais, fortalecendo assim a integridade do ambiente virtual.

Como pode-se verificar, os provedores de internet utilizam mecanismos para coleta e armazenamento de dados dos usuários, que podem ser utilizados para fins comerciais em estratégias de marketing, impulsionando vendas de bens e serviços. Além das informações e estratégias para fins comerciais, há a possibilidade de utilização para objetivos políticos.

A presença dos algoritmos, continuamente padronizando e buscando pela eficiência, conforme dados e informações, influencia nas interações virtuais, bem como na maneira como o usuário se informa, se posiciona, forma sua própria opinião, compartilha ideias, toma decisões e reúne-se em grupo. As interações estão cada vez mais automatizadas, padronizadas e rápidas, principalmente no âmbito das redes sociais.

Os fenômenos apontados como “câmaras de eco” e bolhas epistêmicas geram impacto na participação política dos cidadãos, por meio do reforço de crenças a partir de filtros e exclusão do diferente, enfraquecendo a democracia e a qualidade do debate público. Há o desestímulo ao debate político e ponderação entre posicionamentos diferentes, atingindo polarizações políticas em níveis maniqueístas, com empobrecimento de repertório.

Por sua vez, a desordem informacional pode ter o alcance em massa, e uma vez compartilhada nas redes sociais, os prejuízos podem ser imensuráveis e irreversíveis. As “*Fake News*” tem a possibilidade de destruir reputações e disseminar informações falsas, que atualmente estão sendo utilizadas no campo político para confundir, enganar ou causar danos. Desse modo, é um reflexo negativo das redes sociais que fragiliza a democracia e enfraquece a esfera pública.

<sup>35</sup> REIS, R.; ZANETTI, D.; FRIZZERA, L. A conveniência dos algoritmos: o papel do YouTube nas eleições brasileiras de 2018. *Revista Compólitica*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 35-58, 2020.

<sup>36</sup> KAUFMAN, D.; SANTAELLA, L. O papel dos algoritmos de inteligência artificial nas redes sociais. *Revista FAMECOS*, [S. l.], v. 27, n. 1, 2020. DOI: 10.15448/1980-3729.2020.1.34074. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/revistafamecos/article/view/34074>. Acesso em: 23 dez. 2023.

Assim, considera-se que a regulação para inibir excessos e tutelar a democracia nessa nova realidade tecnológica, a regulação das redes sociais, serviços de mensageria privada e a da internet já constitui uma necessidade social. Embora as polêmicas e divergências acerca do tema existam, e de fato sejam complexas, não é mais possível negar a necessidade de combater os abusos e regradar as formas de atuação na esfera digital.

Novas realidades e novos problemas exigem novas regulações, inclusive defender a ausência de regulação legal implica em defender uma forma de regulação (regramento feito por aqueles que tem maior poder tecnológico e econômico). Todavia, essa regulação complexa deve buscar ao máximo conservar direitos e garantias fundamentais, especialmente no tocante à liberdade (liberdades de expressão, de manifestação, de imprensa, religiosa, política).

Da análise do Projeto de Lei nº 2.630/2020 (“Lei das Fake News”), verifica-se que de fato a regulação do Projeto busca regradar as redes sociais, serviços de mensageria privada e complementar a legislação da internet. Porém, a proposta de lei traz um regramento claramente inicial, contendo objetivos, princípios e medidas iniciais a serem adotadas pelos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada (aqueles que ofertem serviços ao público brasileiro com mais de dois milhões de usuários registrados), dentre outras formas de funcionamento regradado, transparência e responsabilização.

O Projeto de Lei nº 2.630/2020 prevê a instituição de um Conselho de Transparência e Responsabilidade na Internet, pelo Congresso Nacional, para promover estudos, fiscalizar e regulamentar a conduta nas redes sociais e serviços de mensageria privada. A justificativa da regulação repousa principalmente em conceitos de liberdade, transparência e responsabilidade na internet, com o objetivo especial de combater abusos, assim como enfrentar a desinformação e aclarar os mecanismos por trás do funcionamento do mundo digital.

A participação política do cidadão livre envolve integridade das informações e autonomia na formação de opinião para que haja a deliberação sobre questões importantes da esfera pública, sem distorções ou confusões intencionalmente criadas. A retórica, como exposição da estrutura argumentativa voltada ao convencimento e persuasão, fortalece o debate político e democracia. Porém, os mecanismos utilizados nas redes sociais devem ser descortinados para que de fato a liberdade de escolha seja feita de maneira consciente.

## REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. Fake news: regulação ou metarregulação? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril\\_v58\\_n230\\_p29](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p29). Acesso em: 25 dez. 2023.

ALVES, Marco Antônio Sousa. Balanço crítico da noção de auditório universal de Chaïm Perelman. *Páginas de Filosofia*, São Bernardo do Campo, v. 1, n. 2, p. 61-78, 2009.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005.



CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A sociedade em rede: do conhecimento à ação política*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006. Disponível em: [https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a\\_sociedade\\_em\\_rede\\_-\\_do\\_conhecimento\\_a\\_acao\\_politica.pdf](https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf). Acesso em: 25 abr. 2023.

DA SILVA GOMES, Wilson; DOURADO, Tatiana. Fake news, um fenômeno de comunicação política entre jornalismo, política e democracia. *Estudos em Jornalismo e Mídia*, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 33-45, 2019.

DATAREPORTAL. *Digital 2023: Brazil*. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2023-brazil>. Acesso em: 1 maio 2023.

ETZIONI, Amitai. *A terceira via para a boa sociedade*. Trad. João Pedro Schmidt. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019.

FERREIRA, S. R. da S. Repensar a esfera pública política a partir das Câmaras de Eco: conceitos e questões metodológicas. *Liinc em Revista*, [S. l.], v. 18, n. 2, 2022. DOI: 10.18617/liinc.v18i2.6067. Disponível em: <https://revista.ibict.br/liinc/article/view/6067>. Acesso em: 1 maio 2023.

FORSTER, R.; MONTEIRO DE CARVALHO, R.; FILGUEIRAS, A.; AVILA, E. Fake News: O que é, como se faz e por que funciona?. *SciELO Preprints*, [S. l.], 2021. DOI: 10.1590/SciELOPreprints.3294. Disponível em: <https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/3294>. Acesso em: 1 maio 2023.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Trad. Lucas Machado. Petrópolis: Vozes, 2018.

KAUFMAN, D.; SANTAELLA, L. O papel dos algoritmos de inteligência artificial nas redes sociais. *Revista FAMECOS*, [S. l.], v. 27, n. 1, 2020. DOI: 10.15448/1980-3729.2020.1.34074. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/revistafamecos/article/view/34074>. Acesso em: 23 dez. 2023.

KELLNER, Douglas; SHARE, Jeff. Educação para a leitura crítica da mídia, democracia radical e a reconstrução da educação. *Educação & sociedade*, Campinas, v. 29, p. 687-715, 2008.

LÉ, J. B.; ANECLETO, Úrsula C.; RIBEIRO, A. E. Saindo das bolhas de pós-verdade: Ética da informação para fluência digital e combate às fake news. *Revista Linguagem em Foco*, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 29–48, 2022. DOI: 10.46230/2674-8266-14-9292. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/linguagememfoco/article/view/9292>. Acesso em: 23 dez. 2023.

LIMA, Marcos Aurélio de. *A retórica em Aristóteles: da orientação das paixões ao aprimoramento da eupraxia*. Natal: IFRN, 2011. Disponível em: <https://memoria.ifrn.edu.br/bitstream/handle/1044/1063/A%20reto%CC%81rica%20em%20Aristo%CC%81teles%20-%20Ebook.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 abr. 2023.

MARTELETO, Regina Maria. Análise de redes sociais: aplicação nos estudos de transferência da informação. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 71-81, jan./abr. 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ci/a/6Y7Dyj4cVd5jdRkXJVxhxqN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MAZZALI, G. C. RETÓRICA: DE ARISTÓTELES A PERELMAN. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/158>. Acesso em: 20 abr. 2023.

PATRIOTA, Murilo Henrique Barrantes. *A definição de retórica em Platão e Aristóteles*. 2022. 82 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermentina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REIS, R.; ZANETTI, D.; FRIZZERA, L. A conveniência dos algoritmos: o papel do YouTube nas eleições brasileiras de 2018. *Revista Compólitica*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 35-58, 2020.

ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem – a arte retórica de Aristóteles*. *Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 22, n. 71, 1995.

SANTOS, Felipe Rocha Lima. Ética da crença, fake news e responsabilidade. *Perspectiva Filosófica*, Recife, v. 46, n. 1, p. 128-158, 2019.

SUNSTEIN, Cass. *Republic.com – Divided democracy in the age of social media*. New Jersey: Princeton University, 2017. Disponível em: <http://assets.press.princeton.edu/chapters/s10935.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2023.

XAVIER, Rodolfo Coutinho Moreira; COSTA, Rubenildo Oliveira da. Relações mútuas entre informação e conhecimento: o mesmo conceito?. *Ciência da informação*, Brasília, v. 39, p. 75-83, 2010.



# A VULNERABILIDADE DO DIREITO À MORADIA E O PODER JUDICIÁRIO: O CASO DE GOIÂNIA

THE VULNERABILITY OF THE RIGHT TO HOUSING AND THE JUDICIARY: THE CASE OF GOIÂNIA

MAIUME SUZUE COELHO\* | YCARIM MELGAÇO BARBOSA\*\*

## RESUMO

Este artigo objetivou investigar como o Poder Judiciário do estado de Goiás decide os processos litigiosos que atingem o direito à moradia, no âmbito das ações envolvendo o município de Goiânia. Para tanto, procedeu-se à revisão de literatura e à pesquisa documental acerca de processos judiciais. Inicialmente, foram apresentados o conceito e o histórico do direito à moradia. Com relação ao Direito Internacional, tomou-se como base a Declaração Universal de Direitos Humanos; e, no plano interno, abordou-se, em especial, o artigo 6º da Constituição de 1988. Após, tratou-se da função jurisdicional e da estrutura do Poder Judiciário do estado de Goiás e, também, do direito à propriedade. Por fim, foram analisadas 55 ações e o conteúdo das suas decisões judiciais. Dentre os autores utilizados no presente trabalho, destacaram-se: David Harvey, que aborda a expansão capitalista no meio urbano, e Ermínia Maricato, que investiga a desigualdade social no território urbano. Como resultado alcançado, este artigo verificou a vulnerabilidade do direito à moradia frente à propriedade, mesmo após duas décadas da inclusão daquela como direito fundamental.

**Palavras-chave:** direito fundamental; propriedade; desigualdade.

## ABSTRACT

This article aimed to investigate how the Judiciary of the state of Goiás decides on litigious cases that impact the right to housing within actions involving the municipality of Goiânia. To do so, a literature review and documentary research on judicial processes were carried out. Initially, the concept and historical background of the right to housing were presented. Regarding International Law, the Universal Declaration of Human Rights served as the basis, and at the domestic level, particular attention was given to Article 6 of the 1988 Constitution. Subsequently, it addressed the jurisdictional function and the structure of the Judiciary of the state of Goiás, as well as the right to property. At last, 55 actions and the content of their judicial decisions were analyzed. Amongst the authors used in this work, notable figures included David Harvey, who addresses capitalist expansion in urban areas, and Ermínia Maricato, who investigates social inequality in urban territory. As a result, this article verified the vulnerability of the right to housing in relation to property, even two decades after its inclusion as a fundamental right.

**Keywords:** fundamental right; property; inequality.

\* Mestranda em Desenvolvimento e Planejamento Territorial pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

Procuradora do Município de Goiânia e advogada

*maiume\_suzue@hotmail.com*

<https://orcid.org/0009-0005-1169-4196>

\*\* Pós-doutor em Economia-Unicamp e em Administração de Organizações na FEA-RP USP.

*ycarim@gmail.com*

<https://orcid.org/0000-0002-8038-1581>

Recebido em: 30-09-2023 | Aprovado em: 17-11-2023



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 REVISÃO DE LITERATURA; 1.1 DO DIREITO À MORADIA (O DIREITO À MORADIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE); 1.2 O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO À PROPRIEDADE; 2 METODOLOGIA; 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO; 3.1 ASPECTOS GERAIS DAS AÇÕES; 3.2 DESCRIÇÃO GERAL DO CONTEÚDO DAS DECISÕES; CONCLUSÕES.**

### ■ INTRODUÇÃO

O Brasil tem uma das maiores riquezas do mundo tendo em vista seu Produto Interno Bruto (PIB). Em valores correntes, o PIB brasileiro atinge a 10ª posição no *ranking* das 15 maiores economias do mundo, com US\$ 2,082 trilhões. No entanto, apesar desses elevados dados econômicos, essa riqueza concentra-se nas mãos de poucas pessoas, assim, a maioria da população, por exemplo, encontra-se em condição de vulnerabilidade e de risco. Nesse contexto de desigualdade de patrimônio e de renda reside a crise de moradia.

Para Arlete Moysés Rodrigues, a crise habitacional está presente sempre que se considera a capacidade de pagar dos compradores, pois, “para quem conta com recursos limitados, a oferta de imóveis no mercado não é compatível com seus salários. Para quem conta com recursos limitados, a crise habitacional não é nova”.<sup>1, p. 12</sup>

A última pesquisa da Fundação João Pinheiro aponta que o Brasil tinha um déficit habitacional de 5,876 milhões de moradias em 2019, mas esses dados ainda não preveem o período de pandemia, em que houve incremento no número de pessoas despejadas. Conforme o levantamento da “Campanha Despejo Zero”, entre agosto de 2020 e maio de 2022, houve aumento de 333% no número de famílias despejadas no Brasil.<sup>2</sup>

Por meio do Informe Técnico 10, o Instituto Mauro Borges (IMB) trouxe dados do Déficit Habitacional do Estado de Goiás, como base nos dados do Cadastro Único (CadÚnico), de 2021. De acordo com o levantamento do IMB, cerca de 6% da população goiana sofre com algum tipo de déficit em suas casas.<sup>3</sup> Por outro lado, ainda segundo o Instituto, por meio do

<sup>1</sup> RODRIGUES, Arlete Moyses. *Moradia nas cidades brasileiras*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2023.

<sup>2</sup> HABITAT BRASIL. *Déficit habitacional no Brasil, entenda os números*. Disponível em: [https://habitatbrasil.org.br/deficit-habitacional-brasil/?utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&gclid=Cj0KCQjw6KunBhDxARIsAK-FUGs8oF8o4MXIliyZ6Nx4qrI225kpaqKqvV4L62eKk1bCY9UyFVhNOL1gaAl-NEALw\\_wcB](https://habitatbrasil.org.br/deficit-habitacional-brasil/?utm_source=google&utm_medium=cpc&gclid=Cj0KCQjw6KunBhDxARIsAK-FUGs8oF8o4MXIliyZ6Nx4qrI225kpaqKqvV4L62eKk1bCY9UyFVhNOL1gaAl-NEALw_wcB). Acesso em: 27 ago. 2023.

<sup>3</sup> GUERRA, G. R.; CRUVINEL, E. C.; MACEDO, M. R. Déficit habitacional com base nos dados do CadÚnico 2021. *Informe Técnico 10 – IMB – Instituto Mauro Borges*, Goiânia, dez. 2022. Disponível em: [https://www.imb.go.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2382:10-deficit-habitacional-com-base-nos-dados-do-cadunico-2021&catid=15&Itemid=191](https://www.imb.go.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2382:10-deficit-habitacional-com-base-nos-dados-do-cadunico-2021&catid=15&Itemid=191). Acesso em: 20 jun. 2023.

Informe Técnico 5, 411,1 mil pessoas, no estado de Goiás, residem em domicílios próprios, mas não possuem documentos que comprovem a propriedade das moradias.<sup>4</sup>

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), no *caput* do artigo 6º, estabelece o direito à moradia como direito fundamental e social. Entretanto, apesar da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a efetivação do direito social depende da realização de políticas públicas. A elaboração e a execução dessas políticas são de competência, respectivamente, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, contudo, em razão das ações ou omissões do poder público, o Poder Judiciário tem se imiscuído na proteção do direito à moradia. Faz-se necessário, portanto, investigar como o Poder Judiciário tem atuado quando demandado a solucionar lides que envolvam o direito à moradia.

Nesse sentido, a presente pesquisa, de natureza preponderantemente quantitativa, teve como objetivo analisar a jurisprudência da Justiça Estadual do Estado de Goiás em relação ao direito à moradia de pessoas que residem em imóveis de propriedade pública municipal sem documentação que comprove a propriedade.

Parte-se da abordagem do controle jurisdicional dos direitos fundamentais, proposta por Vanice Regina Lírio do Valle.<sup>5</sup> Para tanto, propõe-se, como recorte metodológico, o estudo das decisões judiciais em Primeira Instância, exaradas pelo Poder Judiciário do estado de Goiás, cujo objeto da lide envolva o direito à moradia e a propriedade do bem público municipal.

Justifica-se o recorte escolhido pela inexistência de pesquisa sobre o tema no âmbito do Poder Judiciário do estado de Goiás e, também, devido à experiência de um dos pesquisadores como Procuradora do município de Goiânia, na área de Patrimônio Imobiliário, nos anos de 2019 e 2020, período em que atuou diretamente com as questões propostas.

A estrutura do artigo é composta por Introdução, com a delimitação do problema e do objetivo; Revisão de Literatura, momento em que serão apresentados o conceito jurídico e o histórico do direito à moradia, além de breves apontamentos sobre o Poder Judiciário e o processo judicial, com “Do direito à moradia (o direito à moradia e a função social da cidade)” e “O Poder Judiciário e o direito à propriedade”; Metodologia, com a definição dos critérios da pesquisa realizada; Resultados e Discussão, com “Aspectos gerais das ações” e “Descrição geral do conteúdo das decisões”; e, por fim, a Conclusão, com as considerações finais obtidas através da pesquisa.

<sup>4</sup> LIMA, A. F. R. *et al.* Perfil dos domicílios sem documento que prove sua propriedade: resultados a partir da PNAD-Contínua. *Informe Técnico 5 – Instituto Mauro Borges*, Goiânia, ano XI, n. 5, set. 2021. Disponível em: [https://www.imb.go.gov.br/files/docs/publicacoes/informes-tecnicos/2021/Perfil\\_moradias\\_PNAD.pdf](https://www.imb.go.gov.br/files/docs/publicacoes/informes-tecnicos/2021/Perfil_moradias_PNAD.pdf). Acesso em: 30 set. 2023.

<sup>5</sup> VALLE, V. R. L. *Políticas públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1405>. Acesso em: 10 jun. 2023.

## 1 REVISÃO DE LITERATURA

### 1.1 DO DIREITO À MORADIA (O DIREITO À MORADIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE)

No plano do Direito Internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), promulgada em 1948, traz, em seus artigos XXII, XXIII e XXV, a proteção dos grupos sociais mais fracos ou necessitados, que se concretiza por meio da seguridade e da assistência social.<sup>6</sup>

Visando assegurar direitos econômicos, sociais e culturais, em 1966, foi aprovado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), que assim dispõe:

#### ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.<sup>7</sup>

Numa abordagem funcional, o ordenamento das funções sociais da cidade constitui-se na materialização dos direitos fundamentais através de uma política de desenvolvimento urbano com o objetivo de proporcionar o bem-estar de seus habitantes através da melhoria da qualidade de vida a todos aqueles que nela habitam ou dela usufruem.<sup>8</sup>

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; [...].<sup>9</sup>

<sup>6</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal do Direitos Humanos*. [S.l.], ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>7</sup> BRASIL. *Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>8</sup> BERNARDI, J. L. *Funções sociais da cidade: conceitos e instrumentos*. 2006. 136 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Urbana) – Centro de Ciências Exatas e Tecnologia, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. p. 48. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp000951.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2001]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm). Acesso em: 30 set. 2023.

O capitalismo fundamenta-se, como nos diz Marx, na eterna busca de mais-valia (lucro). Contudo, para produzir mais-valia, os capitalistas têm de produzir excedentes de produção. Isso significa que o capitalismo está eternamente produzindo os excedentes de produção exigidos pela organização. A relação inversa também se aplica. O capitalismo precisa da urbanização para absorver o excedente de produção que nunca deixa de produzir.<sup>10, p. 30.</sup>

A absorção do excedente por meio da transformação urbana tem, contudo, um aspecto ainda mais sombrio, uma vez que implica uma grande recorrência de reestruturação urbana por meio de uma “destruição criativa”. Quase sempre isso tem uma dimensão de classe, pois em geral são os pobres, os desprivilegiados e marginalizados do poder político os que sofrem mais que quaisquer outros com esse processo.<sup>11, p. 49-50</sup>

However much we might wish rights to be universal—as the declaration of the universal rights of man first envisaged—it requires the protection of the state apparatus to enforce those rights. But if political power is not willing, then notions of rights remain empty. Rights in this instance are fundamentally derivative of and conditional upon citizenship and territorialized power (primarily but not uniquely expressed as state power).<sup>12</sup>

[o] direito à moradia abrange medidas que são necessárias para evitar a falta de moradia, as remoções forçadas e as discriminações, focando nos grupos marginalizados e vulneráveis e garantindo a segurança da posse e a habitação adequada de todos. Essas medidas exigem a intervenção governamental em vários níveis: administrativo, legislativo e judicial.<sup>13</sup>

[s]omente os que desfrutam de determinada renda ou salário podem morar em áreas bem servidas de equipamentos coletivos, em casas com certo grau de conforto. Os que não podem pagar, vivem em arremedos de cidades, nas extensas e sujas ‘periferias’ ou nas áreas centrais ditas ‘deterioradas’.<sup>14, p. 12</sup>

<sup>10</sup> HARVEY, D. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

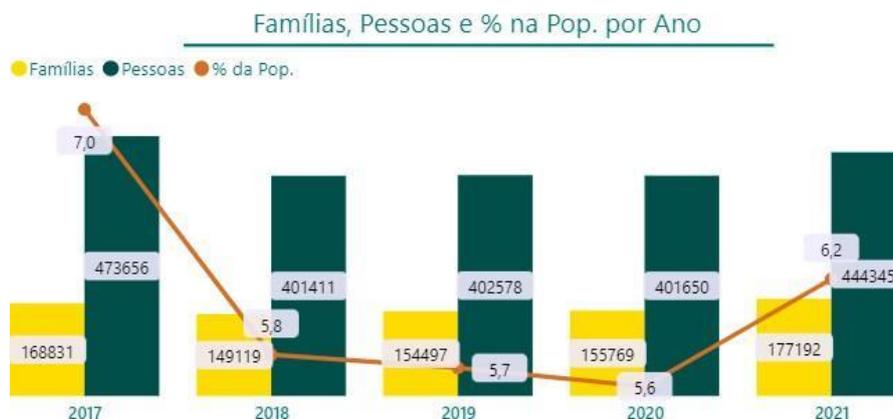
<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> HARVEY *apud* MARCUSE, P. et al. *Searching for the Just City*. [S.l.]: Taylor and Francis, 2009. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1695516/searching-for-the-just-city-debates-in-urban-theory-and-practice-pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

<sup>13</sup> ROZAS, L. B. *Direito à moradia: âmbito, limites e controle no ordenamento jurídico nacional*. 2016. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 27-28.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Arlete Moyses. *Moradia nas cidades brasileiras*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2023.

Figura 1 – Número de famílias, pessoas e percentual de participação de pessoas, na população total do estado de Goiás, em situação de déficit – 2017 a 2021



Fonte: Ministério da Cidadania/CadÚnico. Elaboração: Instituto Mauro Borges/Secretaria Geral da Governadoria).<sup>15</sup>

Destaca-se também a diferença na faixa de renda per capita de mais de  $\frac{1}{4}$  até  $\frac{1}{2}$  salário-mínimo (21,3% dos responsáveis de domicílios sem documento nessa faixa, contra 10,5% entre os responsáveis domiciliares com documento) e os informais em relação a força de trabalho dos maiores de 14 anos, com maior presença nos domicílios sem documento (34,9% ante 25%).<sup>16</sup>

Sobre isso, Maricato explica que a população trabalhadora pobre se instala em áreas rejeitadas pelo mercado imobiliário privado e em áreas públicas, isto é, em beira de córregos, encostas dos morros, terrenos sujeitos a enchentes ou a outros tipos de riscos, regiões poluídas e áreas de proteção ambiental.<sup>17</sup> Áreas, portanto, não regularizadas perante o poder público.

Nota-se, nesse contexto, que a abstenção do poder público municipal em cumprir – total ou parcialmente – o seu dever de implementar políticas públicas, a fim de garantir o acesso à moradia, viola direito fundamental previsto expressamente no *caput* do artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, levando, muitas vezes, o problema até o Poder Judiciário.

<sup>15</sup> RODRIGUES, Arlete Moyses. *Moradia nas cidades brasileiras*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2023.

<sup>16</sup> LIMA, A. F. R. *et al.* Perfil dos domicílios sem documento que prove sua propriedade: resultados a partir da PNAD-Contínua. *Informe Técnico 5 – Instituto Mauro Borges*, Goiânia, ano XI, n. 5, set. 2021. Disponível em: [https://www.imb.go.gov.br/files/docs/publicacoes/informes-tecnicos/2021/Perfil\\_moradias\\_PNAD.pdf](https://www.imb.go.gov.br/files/docs/publicacoes/informes-tecnicos/2021/Perfil_moradias_PNAD.pdf). Acesso em: 30 set. 2023.

<sup>17</sup> MARICATO, E. MetrÓpole, legislação e desigualdade. *Estudos Avançados*, [S.l.], v. 17, n. 48, p. 151-166, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9928>. Acesso em: 20 jun. 2023.

## 1.2 O PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO À PROPRIEDADE

A despeito da discussão acadêmica quanto à possibilidade, ou não, de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, Valle destaca que as conclusões têm sido favoráveis à admissibilidade em si da *judicial review*, devido à inexistência de alternativa para a proteção dos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

O processo judicial inicia-se por iniciativa do interessado, que entrega ao Poder Judiciário a resolução de determinada demanda. Via de regra, possui duas fases: a de conhecimento e a de execução. Em função do recorte metodológico proposto, importa ao presente estudo, apenas, a fase de conhecimento.

Desse modo, proposta a demanda, são definidas as partes que possuem interesse jurídico no processo, estabelecendo o contraditório – com o direito de serem informadas sobre o processo –, com a possibilidade de se posicionar e de influenciar a formação do convencimento do juiz; por fim, é proferida uma sentença. Todavia, devido à probabilidade do direito e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, o juiz pode conceder, logo de início, medidas acautelatórias, ou seja, as tutelas sumárias.

Segundo Marinoni, Arenhardt e Mitidiero, “sentença é o momento em que ocorre a interpretação e a aplicação do direito no processo judicial. O juiz, a partir do diálogo com as partes, interpreta e aplica o direito, a fim de resolver a controvérsia apresentada em juízo”.<sup>19</sup>

Dessa forma, para uma adequada compreensão das razões jurídicas que justificam as manifestações judiciais, é necessário que se pondere tanto o acesso das partes ao Poder Judiciário como, também, as disposições legislativas sobre o tema.

Conforme pontuado, a atividade jurisdicional é influenciada por quem acessa a justiça, seja iniciando o processo, seja através do contraditório. Boaventura de Souza Santos, ao analisar a dimensão jurídico-material de uma favela denominada de Pasárgada, identificou que o estatuto de ilegalidade da ocupação da terra acaba bloqueando o acesso dos ocupantes aos tribunais.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> VALLE, V. R. L. *Políticas públicas*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 109. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1405>. Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>19</sup> MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Manual de Processo Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 357-358.

<sup>20</sup> SANTOS, B. S. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: Souza Jr., J. G. (org.). *Introdução crítica ao Direito*. Brasília: UnB, 1993. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2711643&forceview=1>. Acesso em: 20 jun. 2023.

Ademais, os dados levantados pelo Instituto Mauro Borges identificaram que 51,6% das pessoas que habitam os domicílios próprios sem documentos que comprovem a propriedade possuem grau de escolaridade fundamental incompleto ou equivalente, e 21,3% dos responsáveis de domicílios estão na faixa de renda *per capita* entre  $\frac{1}{4}$  até  $\frac{1}{2}$  salário-mínimo.<sup>21</sup>

Com base em tais perspectivas, infere-se que as pessoas que residem em áreas públicas não acessam ou não têm acesso ao Poder Judiciário, seja pelo obstáculo criado pelo estatuto de ilegalidade, seja por desconhecerem seus direitos – dentre eles, a representação pela Defensoria Pública.

Tendo como norte o objeto de análise do presente artigo, necessária a contraposição do direito à moradia, analisado no tópico anterior, com o direito à propriedade, a fim de identificar as razões jurídicas que sustentam as decisões do Poder Judiciário do estado de Goiás. Inicialmente, ressalta-se que, ao tratar do tema propriedade, tratamos apenas da propriedade imobiliária e suas formas de apropriação e utilização.

Diferentemente do direito à moradia, o direito à propriedade esteve previsto em todas as constituições brasileiras como direito fundamental, sendo o direito mais tradicional do ordenamento jurídico. Na Constituição de 1988, o direito à propriedade está inserido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Sua previsão expressa está no *caput* do artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.<sup>22</sup>

O direito de propriedade é considerado um direito fundamental de liberdade, um direito de prestação negativa, que, ao contrário do direito à moradia, exige uma abstenção do Estado, protegendo o indivíduo contra intervenções indevidas deste. Outra característica importante de se mencionar, desse direito, é que se trata de um direito real, ou seja, “o titular se acha vinculado diretamente à coisa, podendo exercer imediatamente o seu direito real sem dependência da prestação de outra pessoa”.<sup>23</sup> Assim, uma vez registrada a propriedade imobiliária, no Cartório de Registro de Imóveis, a pessoa se torna proprietária do imóvel, devendo ser respeitado por todos o seu direito de propriedade.

<sup>21</sup>LIMA, A. F. R. *et al.* Perfil dos domicílios sem documento que prove sua propriedade: resultados a partir da PNAD-Contínua. *Informe Técnico 5 – Instituto Mauro Borges*, Goiânia, ano XI, n. 5, set. 2021. Disponível em: [https://www.imb.go.gov.br/files/docs/publicacoes/informes-tecnicos/2021/Perfil\\_moradias\\_PNAD.pdf](https://www.imb.go.gov.br/files/docs/publicacoes/informes-tecnicos/2021/Perfil_moradias_PNAD.pdf). Acesso em: 30 set. 2023.

<sup>22</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>23</sup>COSTA, D. J. O conceito de direito real. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 71, out./dez. 1999.

O Código Civil de 1916 previa, em seu artigo 505,<sup>24</sup> a possibilidade de discussão em juízo da “melhor posse”, porém, quando uma das partes no processo judicial fosse o proprietário, e não houvesse dúvida quanto a esse direito, o juiz era impedido de julgar a manutenção ou a reintegração de posse contra ele. Destarte, estabeleceu-se um critério legal para a solução das disputas relativas à posse e à propriedade urbana.

Em 1973, foi instituído o Código de Processo Civil, que, por meio da redação original de seu artigo 923, também vedava ao juiz julgar a ação possessória em desfavor daquele que não possuía o domínio.<sup>25</sup> A referida redação foi alterada pela Lei n. 6.820/1980,<sup>26</sup> suprimindo a vedação, entretanto, permanecia inalterada a redação do Código Civil, revogada apenas no ano de 2002, com a promulgação da Lei n. 10.406.<sup>27</sup>

Plausível, portanto, inferir que a historicidade e a relevância do direito à propriedade, a vigência do artigo 505 Código Civil de 1916 por quase um século, e, ainda, a falta de acesso dos moradores de áreas públicas ao Poder Judiciário modularam o exercício da jurisdição no estado de Goiás.

## 2 METODOLOGIA

Segundo Creswell e Creswell, a maior decisão em uma pesquisa é a de definir qual é a abordagem mais apropriada para investigar um tópico.<sup>28, p. 3</sup> Considerando o objeto deste estudo, adotou-se, preponderantemente, o método quantitativo, tendo sido os dados levantados a partir da análise de 55 processos judiciais entre o município de Goiânia (defendendo a propriedade dos bens públicos) e os particulares (moradores de áreas públicas).

A escolha da propriedade pública municipal, como contraponto ao direito à moradia, se dá pelo fato de o poder público municipal ser, ao mesmo tempo, o responsável por assegurar o direito e o agente de sua violação. Nesse contexto, os processos foram selecionados a

<sup>24</sup> “Art. 505. Não obsta a manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.” (BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1916]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 30 set. 2023).

<sup>25</sup> “Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento do domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.” (BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [1973]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em: 30 set. 2023).

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei n. 6.820, de 16 de setembro de 1980*. Dá nova redação ao art. 923 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L6820.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6820.htm). Acesso em: 30 set. 2023.

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 30 set. 2023.

<sup>28</sup> CRESWELL, J. W.; CRESWELL, J. D. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. Porto Alegre: Penso, 2021.

partir do sistema de Inteligência Processual Estratégica (IPE), desenvolvido pela Secretaria Municipal de Inovação, Ciência e Tecnologia (Sictec) e pela Procuradoria-Geral do Município (PGM), ambos órgãos do município de Goiânia.

Procedeu-se à seleção dos processos analisados a partir da lista de processos gerada pelo sistema IPE. Como o sistema está integrado ao Projudi, sistema do TJ-GO, foi possível selecionar os processos dos quais o Município de Goiânia faz parte e que envolvem a temática abordada (propriedade, posse, moradia). Ressalta-se que o levantamento das ações utilizadas pode ser realizado diretamente no *site* do TJ-GO, por meio da consulta de jurisprudências. Optou-se pela utilização da lista gerada pelo sistema IPE, a fim de dar mais celeridade à pesquisa e, também, visibilidade ao sistema.

A lista gerada pelo IPE, em abril de 2023, continha 1.554 processos relacionados à área de Patrimônio Imobiliário, com a temática da posse aparecendo em 152 deles. Em sequência, considerando o recorte material da pesquisa, foram excluídos os processos referentes à invasão de área pública que não envolvessem o direito à moradia, quais sejam: i) processos de invasão por empresas, igrejas e associações; ii) processos cujo objeto se tratava de invasão de área pública para a construção de muros, garagens, toldos, etc.; iii) conflitos entre particulares ou irregularidades em programa habitacional; iv) processos que tratassem de Parcelamento do Solo Urbano; v) ações de usucapião entre particulares; vi) recursos interpostos no TJ-GO sobre regularização fundiária; e vii) processos em segredo de justiça. Por fim, chegou-se ao total de 55 processos judiciais nos quais a propriedade do bem público afrontava o direito à moradia.

Esses processos foram individualmente analisados, a partir de um formulário teste, com 17 itens para resposta. A obtenção e a análise dos processos judiciais no PROJUDI foram realizadas mediante acesso via “usuário”, da pesquisadora principal deste estudo, que é Procuradora do município de Goiânia. Ademais, o anonimato e o sigilo das informações contidas nos processos foram garantidos durante toda a pesquisa.

Assim sendo, coletou-se o seguinte conjunto de dados:

- indicadores do processo (número judicial);
- indicadores do tipo de ação;
- identificadores do juízo processante (Varas da Fazenda Pública);
- indicadores do autor da ação;
- indicadores da causa factual determinante da demanda;
- das decisões de Primeiro Grau;
- identificadores da representação processual.

Durante esse levantamento, empregou-se a ferramenta/aplicativo *Google Forms*, cujo acesso é gratuito, livre e intuitivo, com o objetivo de coletar as informações, na forma de

questionário/formulário de registro. A escolha desse aplicativo ocorreu em virtude da facilidade de seu manuseio e por criar automaticamente uma planilha, em diversos formatos (.xlsx; .ods; .pdf; .html; .csv; e .tsv), com as respostas.

Após *download* da planilha em Excel (.xlsx), passou-se à análise dos dados, com vistas a elaborar gráficos. Objetivou-se obter informações consolidadas e coletar evidências científicas decorrentes delas.

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados apresentados são de natureza descritiva. Segundo Valle e Dias, a análise puramente descritiva permite construir um terreno mais sólido em relação ao fenômeno, sendo esse o ponto de partida para uma análise mais profunda acerca do conflito social que reside nas referidas demandas.<sup>29</sup>, p. 238

#### 3.1 ASPECTOS GERAIS DAS AÇÕES

Dentre os aspectos mais relevantes para análise da atuação do Poder Judiciário, dentro do recorte metodológico proposto, podem ser citados o tipo de ação envolvida e a parte demandante da ação, ou seja, quem provocou a atuação jurisdicional.

Como mostra a Figura 2, dos 55 processos individualmente analisados, 47 são ações de reintegração de posse propostas pelo município de Goiânia, o que corresponde a 85,5% (oitenta e cinco vírgula cinco por cento) do quantitativo. Somente seis ações foram propostas por particulares e duas ações civis públicas foram propostas pelo Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO).

As ações propostas pelo MP-GO contrariam o esperado de um órgão, cuja função constitucional é a de defesa dos interesses sociais,<sup>30</sup> pois as referidas ações visam à desocupação da área pública municipal e não pleiteiam a concessão de moradia ou a inscrição dos residentes em programa habitacional.

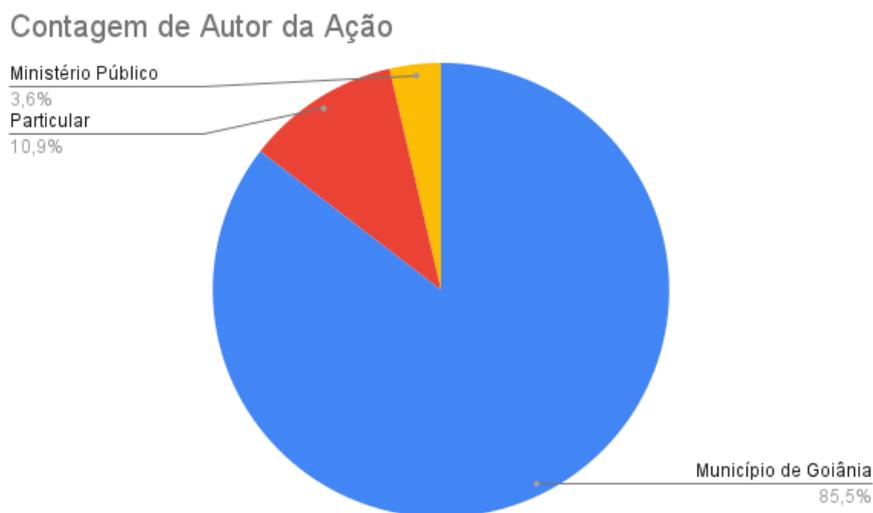
Os dados referentes aos aspectos gerais das ações demonstram a preferência do uso das demandas individuais em face das demandas coletivas. Como a maioria das demandas foram propostas pelo município de Goiânia, os dados sugerem estratégia por parte da Fazenda Pública Municipal em pulverizar as ações, mesmo quando relacionadas ao mesmo objeto,

<sup>29</sup> VALLE, V. R. L.; DIAS, P. E. S. O. A litigiosidade na proteção ao direito fundamental à moradia: o caso do Município do Rio de Janeiro. In: PENALVA, A. et al. (org.). *Rio de Janeiro: uma abordagem dialógica sobre o território fluminense*. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018.

<sup>30</sup> Artigo 127 da Constituição Federal (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 jun. 2023).

como no caso das ações propostas para a realização de obras de infraestrutura, a fim de obter respostas jurisdicionais não isonômicas e aumentar a taxa de êxito nas desocupações.

Figura 2 – Autor da ação



Fonte: Dados da pesquisa.

No tocante à assistência das partes perante o Poder Judiciário, a Figura 3 revela que, em 31 dos processos analisados (56,4%), a causa foi patrocinada por advogados particulares; em 13 (23,6%), houve o patrocínio por parte da Defensoria Pública do Estado de Goiás (DPEGO); e, em 11 processos (20%), a parte não se manifestou majoritariamente, pela prevalência do direito à propriedade em detrimento do direito à moradia.

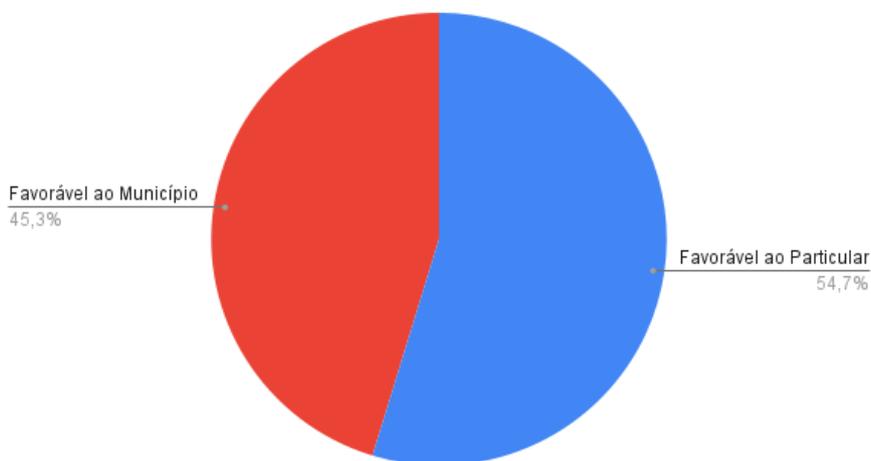
Figura 3 – Representação judicial



Fonte: Dados da pesquisa.

Figura 4 – Tutela liminar/tutela de urgência

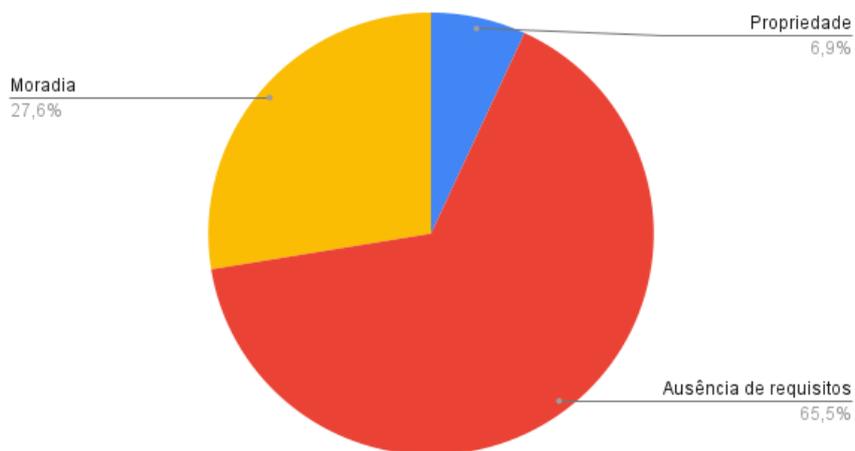
Contagem de Tutela liminar/tutela de urgência



Fonte: Dados da pesquisa.

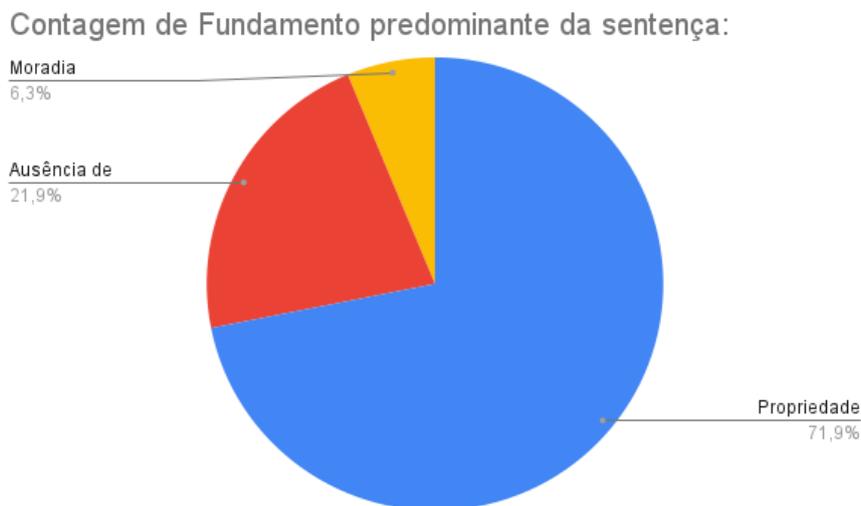
Figura 5 – Fundamento predominante das decisões de tutela liminar/tutela de urgência

Contagem de Fundamento predominante:



Fonte: Dados da pesquisa.

Figura 6 – Fundamento predominante das sentenças



Fonte: Dados da pesquisa.

Ao analisar detidamente o conteúdo de 26 sentenças – retirados os processos em que a parte não fora assistida por advogado ou pela Defensoria Pública, uma vez que não seria possível ao Poder Judiciário manifestar-se quanto ao direito à moradia –, a fim de averiguar como o direito à moradia é tratado nas manifestações judiciais, constatou-se que, em 17 delas, os juízes trataram do direito em questão.

Mesmo prevalecendo o direito à propriedade, em 7 de 17 sentenças, o magistrado, em algum grau, resguardou o direito à moradia; em seis sentenças, os magistrados entenderam pela incompetência do Poder Judiciário em ingerir em políticas públicas; e, em quatro delas, conceituaram a fundamentalidade do direito à moradia, porém, na análise do caso concreto, afastaram-no, em função da propriedade do bem público.

## ■ CONCLUSÕES

Tendo como base a revisão de literatura e os dados coletados das ações, identifica-se, facilmente, a vulnerabilidade do direito à moradia, seja pela tardança em seu reconhecimento como direito fundamental, se comparado ao direito à propriedade, seja pela necessidade de uma atuação positiva do Estado para a sua concretização, enquanto o direito à propriedade necessita, apenas, de um “não fazer” estatal.

A vulnerabilidade do direito à moradia fica ainda mais evidente com a análise dos dados levantados. Infere-se que a baixa procura pelo Poder Judiciário por parte de particulares, residentes das áreas públicas municipais, ocorre em razão do fator bloqueante, como descrito

por Santos,<sup>31</sup> isto é, pela suspeita dos habitantes de que a ilegalidade do seu *status* residencial afetaria desfavoravelmente o modo como o conflito será processado pelos tribunais.

Infere-se, ainda, a baixa atuação da Defensoria Pública do Estado de Goiás nos processos analisados, o que pode se justificar pela sua recente estruturação, e, também, a falta de atuação do Ministério Público do Estado de Goiás na defesa do interesse social no tocante à moradia.

O conteúdo das decisões analisadas neste artigo revela que, mesmo após duas décadas da inclusão da moradia como direito fundamental, no artigo 6º da CF/88, por meio da EC n. 26/2000<sup>32</sup> e da promulgação do Novo Código Civil, o direito à propriedade continua se sobrepondo ao direito à moradia, uma vez que, na colisão entre os dois direitos fundamentais, o Poder Judiciário tende a excluir o direito à moradia.

Tal percepção indica que os órgãos públicos não têm o direito à moradia como direito fundamental autônomo, capaz de prevalecer ou coexistir com outros direitos fundamentais, e sim como um direito acessório ao direito à propriedade, pois, ausente a propriedade, afasta-se o direito à moradia.

A judicialização do direito à moradia revela a necessidade dos órgãos públicos – mais especificamente o Poder Executivo municipal, os tribunais de justiça, o Ministério Público e as defensorias públicas – se atentarem à nova ordem constitucional, a fim de garantir a efetividade do direito à moradia digna e adequada, e evitar a minimização desse direito quando em confronto com os demais, em especial, o direito à propriedade.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, A. F. *Poder Judiciário e o direito à moradia*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BERNARDI, J. L. *Funções sociais da cidade: conceitos e instrumentos*. 2006. 136 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Urbana) – Centro de Ciências Exatas e Tecnologia, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp000951.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>31</sup> SANTOS, B. S. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUZA Jr., J. G. (org.). *Introdução crítica ao Direito*. Brasília: UnB, 1993. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2711643&forceview=1>. Acesso em: 20 jun. 2023.

<sup>32</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000*. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, [2000]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm#1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm#1). Acesso em: 20 jun. 2023.

COSTA, D. J. O conceito de direito real. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 71-80, out./dez. 1999.

CRESWELL, J. W.; CRESWELL, J. D. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. Porto Alegre: Penso, 2021.

GUERRA, G. R.; CRUVINEL, E. C.; MACEDO, M. R. Déficit habitacional com base nos dados do CadÚnico 2021. *Informe Técnico 10 – IMB – Instituto Mauro Borges*, Goiânia, dez. 2022. Disponível em: [https://www.imb.go.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2382:10-deficit-habitacional-com-base-nos-dados-do-cadunico-2021&catid=15&Itemid=191](https://www.imb.go.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2382:10-deficit-habitacional-com-base-nos-dados-do-cadunico-2021&catid=15&Itemid=191). Acesso em: 20 jun. 2023.

HABITAT BRASIL. *Déficit habitacional no Brasil, entenda os números*. Disponível em: [https://habitatbrasil.org.br/deficit-habitacional-brasil/?utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&gclid=Cj0KcQjw6KunBhDxARIsAK-FUGs8oF8o4MXIiyZ6Nx4qrI225kpaqKqvV4L62eKk1bCY9UyFVhNOL1gaAl-NEALw\\_wcB](https://habitatbrasil.org.br/deficit-habitacional-brasil/?utm_source=google&utm_medium=cpc&gclid=Cj0KcQjw6KunBhDxARIsAK-FUGs8oF8o4MXIiyZ6Nx4qrI225kpaqKqvV4L62eKk1bCY9UyFVhNOL1gaAl-NEALw_wcB). Acesso em: 27 ago. 2023.

LIMA, A. F. R. *et al.* Perfil dos domicílios sem documento que prove sua propriedade: resultados a partir da PNAD-Contínua. *Informe Técnico 5 – Instituto Mauro Borges*, Goiânia, ano XI, n. 5, set. 2021. Disponível em: [https://www.imb.go.gov.br/files/docs/publicacoes/informes-tecnicos/2021/Perfil\\_moradias\\_PNAD.pdf](https://www.imb.go.gov.br/files/docs/publicacoes/informes-tecnicos/2021/Perfil_moradias_PNAD.pdf). Acesso em: 30 set. 2023.

MARCUSE, P. *et al.* *Searching for the Just City*. [S.l.]: Taylor and Francis, 2009. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1695516/searching-for-the-just-city-debates-in-urban-theory-and-practice-pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

MARICATO, E. MetrÓpole, legislação e desigualdade. *Estudos Avançados*, [S.l.], v. 17, n. 48, p. 151-166, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9928>. Acesso em: 20 jun. 2023.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Manual de Processo Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal do Direitos Humanos*. [S.l.], ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 jun. 2023.

ROZAS, L. B. *Direito à moradia: âmbito, limites e controle no ordenamento jurídico nacional*. 2016. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RODRIGUES, Arlete Moyses. *Moradia nas cidades brasileiras*. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2023.

SANTOS, B. S. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. *In*: Souza Jr., J. G. (org.). *Introdução crítica ao Direito*. Brasília: UnB, 1993. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2711643&forceview=1>. Acesso em: 20 jun. 2023.

VALLE, V. R. L. *Políticas públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1405>. Acesso em: 10 jun. 2023.

VALLE, V. R. L.; DIAS, P. E. S. O. A litigiosidade na proteção ao direito fundamental à moradia: o caso do Município do Rio de Janeiro. *In*: PENALVA, A. *et al.* (org.). *Rio de Janeiro: uma abordagem dialógica sobre o território fluminense*. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018. p. 233-253.



# DECOLONIALIDADE AMBIENTAL PARA A CONSERVAÇÃO DA SOCIOBIODIVERSIDADE

ENVIRONMENTAL DECOLONIALITY FOR SOCIOBIODIVERSITY CONSERVATION

CLARA DE OLIVEIRA ADÃO\*

## RESUMO

O trabalho aborda a conservação da sociobiodiversidade no Brasil e a necessidade de analisar o sistema de áreas protegidas, em respeito às peculiaridades do país. Partiu-se de uma perspectiva decolonial, cujo referencial teórico escolhido é majoritariamente latino-americano. O objetivo geral da pesquisa é discutir os meios para uma decolonialidade ambiental na conservação da sociobiodiversidade no Brasil. Os objetivos específicos são a discussão acerca da conservação da biodiversidade do Brasil e seu modelo atual; a abordagem sobre o histórico da exclusão territorial e o ideal de paraíso colonial. Foi feita a pesquisa bibliográfica e documental, com um caráter exploratório. A pesquisa aponta para a necessidade de reformular o Sistema Nacional de Unidades de Conservação com relação à categoria de proteção integral, para adequar à realidade brasileira e assegurar os direitos socioculturais dos povos e comunidades indígenas, tradicionais e quilombolas, uma vez que a manutenção de lugares supostamente intocados destoam da realidade socio-territorial do país e corresponde a uma categoria norte-americana e europeia de conservação da biodiversidade.

**Palavras-chave:** Sistema Nacional de Unidade de Conservação. Áreas Protegidas no Brasil. Decolonialidade Ambiental. Conservação da Sociobiodiversidade

## ABSTRACT

The work addresses issues of socio-biodiversity conservation in Brazil and the need to analyze the system of protected areas, due to the peculiarities of the territory. We start from a decolonial perspective, with a mostly Latin American theoretical framework. The general objective of the research is to discuss the means for an environmental decoloniality in the conservation of socio-biodiversity in Brazil. The specific objectives are the discussion about the conservation of biodiversity in Brazil and its current model; the approach to the history of territorial exclusion and the ideal of a colonial paradise. A bibliographical and documentary research was carried out, with an exploratory character. The research points to the need to reformulate the National System of Conservation Units regarding to the category of protectionism, to adapt to the Brazilian reality and ensure the socio-cultural rights of indigenous, traditional and quilombola peoples and communities, since the maintenance of supposedly untouched areas is at odds with the socio-territorial reality of the country and corresponds to a North American and European category of biodiversity conservation.

**Keywords:** National System of Conservation Units. Protected Areas. Environmental Decoloniality. Socio-biodiversity Conservation.

\*Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Bolsista FUNCAP/CE em dedicação exclusiva. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa DITERRA - Direito, Território & Amazônia (UNIR/RO). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas Sobre Situação de Rua (NESP/SR/UFJF/MG).

*claraadolli@gmail.com*

<https://orcid.org/0000-0001-5754-3813>

Recebido em: 28-07-2023 | Aprovado em: 05-01-2024



## SUMÁRIO

### INTRODUÇÃO; 1 CONSERVAÇÃO DA SOCIOBIODIVERSIDADE NO BRASIL; 2 A EXCLUSÃO TERRITORIAL E A IDEIA COLONIAL DE PARAÍSO SEM HUMANOS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

#### ■ INTRODUÇÃO

As teorias decoloniais surgiram daquilo que não se expurgou quando da independência dos países colonizados, ou seja, os resquícios do modo de produção colonial na sociedade e suas consequências. Desta forma, a decolonialidade busca uma liberdade epistêmica que autoriza outros modos de ser, fazer e estar no mundo, para além da liberdade político-econômica.

Conforme afirma Jessé Souza, a colonização foi caracterizada pela violência genocida, ao mesmo passo que outro artifício utilizado para manutenção do poder colonial era a sedução, consistente em estabelecer a Europa como um modelo a ser seguido e almejado<sup>1</sup>. Assim, os colonizadores se tornaram o nosso espelho de civilização, de organização social, de estilo de vida, por meio de um elaborado processo estético.

As consequências do exercício desse poder estético são a dificuldade de criação, manutenção e existência de modelos sociais que ameacem a hegemonia europeia. Isso impacta a ordenação territorial, a proteção do meio ambiente, o modo de vida, de trabalho, a vestimenta e a reprodução de nossos imaginários sociais.

No que tange aos impactos na salvaguarda da natureza, é possível observar a imposição, por parte dos países europeus aos países da América Latina, de modelos de conservação que não aduzem à constituição territorial destes países, o que acarreta diversos conflitos fundiários. É o que ocorre com o sistema de áreas protegidas instituído pelo mundo como principal chave para a conservação da biodiversidade. Exemplos desses conflitos são a sobreposição de áreas especialmente protegidas a territórios tradicionalmente ocupados, como no Parque Nacional da Serra da Canastra, Parque Nacional de Jericoacoara, Estação Ecológica Serra Geral do Tocantis, dentre outros.

Ao passo que os países da União Europeia são caracterizados por um ambientalismo moderado, impõe-se, por meio de ameaças de embargos econômicos, incentivos e financiamentos, e por meio da colonialidade epistêmica, que o Brasil (e demais países da América Latina), por outro lado, acatem um modelo mais rígido e preservacionista de proteção ambiental.

Após o extrativismo que exterminou populações inteiras, que gerou extinção em massa de espécies de fauna e flora, além do enriquecimento e desenvolvimento dos países colonizadores, os países do Sul Global sofrem severas restrições de uso de seus recursos naturais, cuja destruição não foram eles próprios que deram causa.

<sup>1</sup> SOUZA, Jessé. *Subcidadania Brasileira*: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

O que se pretende, a partir de tais críticas, é inferir como pode se dar a decolonialidade no âmbito da conservação da sociobiodiversidade, com valorização dos contextos locais e das realidades territoriais e ambientais tangíveis às populações que vivem próximas aos ambientes naturais. Os demais objetivos desta pesquisa, aduzem especificamente à discussão acerca da conservação da biodiversidade do Brasil e a abordagem sobre o histórico da exclusão territorial e o ideal de paraíso colonial.

Para tanto, o método de pesquisa é o hipotético-dedutivo, com uma orientação paradigmática do Direito enquanto prática discursiva. Ou seja, resgata-se a imagem edênica colonial como um instituto persistente no Direito Ambiental brasileiro, cuja consequência é o atual Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

O discurso da materialidade do paraíso na América Latina, em especial no Brasil, que é o recorte teórico deste trabalho, originou-se no período da colonização, mas ainda é reproduzido nos imaginários jurídico e social, por meio da eleição de lugares a serem especialmente protegidos, que é o debate que se enfrentará ao longo do trabalho. Ademais, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, consistente na análise legislativa.

## 1 CONSERVAÇÃO DA SOCIOBIODIVERSIDADE NO BRASIL

A conservação da biodiversidade consiste na ampla proteção dos ecossistemas, para viabilizar a reprodução dos ciclos naturais e das espécies e seus habitats. Segundo Castro Junio et. al., o que ensejou a grande preocupação com esse tipo de proteção ambiental foi, primeiramente, a percepção da capacidade de destruição dos seres humanos pós-guerras; um processo acelerado de extinção de espécies de fauna e flora nos trópicos no final do século XX; e a descoberta da possibilidade de aproveitamento da diversidade biológica no âmbito da biotecnologia e outras atividades econômicas<sup>2</sup>.

Para assegurar o intento de proteção ambiental a partir dessa consciência da destruição, o principal mecanismo de conservação da biodiversidade se tornou o sistema de áreas especialmente protegidas, consistente na separação de espaços sob tutela jurídica diferenciada, em que se diminui a possibilidade de utilização dos recursos naturais, direta ou indiretamente.

O reflexo dessa consternação pela recém-descoberta esgotabilidade dos recursos naturais, foi a imposição da Europa aos países do Sul Global um modelo de conservação da biodiversidade que praticamente inadmita a ação antrópica na natureza. Tal imposição ocorreu por meio de ameaças de embargos econômicos e por pressões internacionais para que os países da América Latina, em especial, acatassem às políticas ambientais indicadas pelos Estados Unidos e pelos países da Europa<sup>3</sup>.

A adoção do sistema de áreas protegidas para conservação da biodiversidade remonta a dois eventos principais: 1) a criação da Reserva Natural Siebengebirge na Alemanha oitocentista (1836) que conciliava a proteção de um castelo em ruínas, representando a valorização

<sup>2</sup> CASTRO JUNIOR, Evaristo de; COUTINHO, Bruno Henriques; FREITAS, Leonardo Esteves de. Gestão da biodiversidade e áreas protegidas. In: GUERRA, Antonio José Teixeira; COELHO, Maria Célia Nunes (Org). *Unidades de Conservação: abordagens e características geográficas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2012.

<sup>3</sup> WALDMAN, Maurício. *Meio Ambiente e Antropologia*. São Paulo: Senac, 2006.

cultural em razão do momento de grande expressão nacionalista no país, bem como a proteção do meio ambiente, já que havia a delimitação da área natural no entorno que deveria ser preservada<sup>4</sup> e; 2) a criação do Parque Nacional de Yellowstone nos Estados Unidos em 1872, que efetivamente inaugurou o modo de proteção do meio ambiente por meio de áreas protegidas, com a pretensa ideia de democratização do acesso aos espaços naturais.

A política estadunidense se popularizou rapidamente, não pelos resultados na conservação da biodiversidade, mas porque os Estados Unidos agiram contundentemente para que mais países aderissem ao modelo de proteção, a exemplo da visita do então presidente do país, Theodore Roosevelt, aos países da América Central e América do Sul, para incentivar – e pressionar – na criação de Parques<sup>5</sup>.

Roosevelt tinha como objetivo, nessas viagens, fomentar o panamericanismo, sugerindo a adoção de uma visão comum entre os países da América, a fim de proporcionar mais desenvolvimento socioeconômico, frente aos avanços das Revoluções Industriais europeias<sup>6</sup>.

Assim, a proposta de instituição de Parques Nacionais vinha com a promessa do desenvolvimento regional, valorizando talvez o único aspecto com o qual a Europa não poderia fazer frente: a natureza “selvagem”<sup>7</sup>. Entretanto, a questão discursiva implícita nessa escolha de conservação por meio de áreas protegidas é a ideia de que ambientes naturais só podem ser preservados na ausência dos seres humanos, cujo estilo de vida é sempre nocivo ao meio ambiente. Há que se destacar que essa visão homogênea as diferentes sociedades e comunidades humanas, como se todas as relações entre seres humanos e natureza fossem negativas, enquanto a história dos povos originários demonstra o oposto<sup>8</sup>.

Quando da instituição dos Parques nos Estados Unidos, houve um grande conflito fundiário com populações indígenas, o que acarretou não somente na expulsão dos seus territórios, mas em conflitos que lhes ceifaram a vida, gerando o perecimento de diversos indígenas de várias etnias<sup>9</sup>.

Essa política de conservação é pautada na exclusão territorial, ou seja, ainda que os espaços a que se destinam a proteção sejam passíveis de apropriação humana, é feita uma opção legislativa que impede que qualquer ser humano se aproprie diretamente de tais recursos naturais<sup>10</sup>. Não é de se surpreender que esse impedimento inaugure conflitos fundiários, principalmente em países em que há populações que vivem próximas aos meios naturais

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Carmélia; SALGADO, André Augusto Rodrigues; LOPES, Frederico Wagner de Azevedo; CASTRO, Paulo de Tarso Amorim. Geoconservação e Patrimônio geológico: uma discussão sobre a relevância das quedas d'água. *Caderno de Geografia*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, 23, nov 2017. DOI: 10.5752/p.2318-2962.2017v27nesp2p201. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/321274281\\_Geoconservacao\\_e\\_Patrimonio\\_geologico\\_uma\\_discussao\\_sobre\\_a\\_relevancia\\_das\\_quedas\\_d'agua](https://www.researchgate.net/publication/321274281_Geoconservacao_e_Patrimonio_geologico_uma_discussao_sobre_a_relevancia_das_quedas_d'agua). Acesso em: 14 jun. 2022.

<sup>5</sup> ZUSMAN, Perla Brigida. Panamericanismo y conservacionismo en torno al viaje de Theodore Roosevelt a la Argentina (1913). *Modernidades*, Córdoba, v. 11, ago. 2011, p. 1-17. Disponível em: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/193716>. Acesso em: 28 jul. 2023.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> FRANCO, José Luiz de Andrade; SCHITTINI, Gilberto de Menezes; BRAZ, Vivian da Silva. História da conservação da natureza e das áreas protegidas: panorama geral. *Historiæ*, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 233-270, 2016.

<sup>8</sup> QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. O Campesinato Brasileiro. 2 ed. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1976.

<sup>9</sup> BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

<sup>10</sup> HAESBAERT, Rogério. *Viver no Limite: território e multi/transterritorialidade em tempos de in-segurança e contenção*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

e dependem de seus recursos como subsistência, mas também como um direito existencial, que se relaciona ao seu modo de vida.

Ainda que fossem noticiados os conflitos fundiários desde a criação desse modelo nos Estados Unidos<sup>11</sup>, essa política de conservação oriunda do Parque de Yellowstone foi replicada ao redor do mundo, engendrando diversas disputas na área e no entorno dos Parques e demais modalidades de áreas protegidas.

O Brasil recepcionou tardiamente a conservação ambiental através de áreas protegidas, mas o fez, como dito, em decorrência da pressão internacional a que foi submetido nos séculos XIX e XX<sup>12</sup>. Primeiramente, a pressão vinha dos Estados Unidos, que queria alastrar sua política conservacionista por toda a América. Posteriormente, com a destruição pós-guerras no território Europeu, os países que constituem a Europa central passaram a pressionar os países da América Latina a aderirem à “preocupação verde”.

A partir de então, o Brasil passou por diferentes tutelas jurídicas das áreas protegidas. A princípio abordadas por meio do Código Florestal de 1934, as áreas especialmente protegidas só ganharam caráter constitucional a partir da Constituição de 1988. Tal previsão culminou na vigente Lei 9.985/2000, conhecida como Sistema Nacional de Unidades de Conservação, que disciplina a criação, gestão e manutenção das áreas protegidas, denominadas de Unidades de Conservação<sup>13</sup> (UC), criando duas categorias de proteção: proteção integral e uso sustentável.

As Unidades de Conservação de proteção integral são aquelas onde é inadmitida a utilização direta dos recursos naturais. São, em regra, espaços em que se faz necessária a desapropriação ou reassentamento, já que não há compatibilidade com o fator humano. São áreas públicas e geridas pelo Poder Público. Já as UC's de uso sustentável são uma categoria mais flexível, que tenta compatibilizar o modo de vida tradicional com a conservação da biodiversidade, com a valorização do manejo e dos processos engendrados pelas comunidades tradicionais. Podem ser áreas públicas ou privadas e a gestão pode se dar por meio do Poder Público, ou não.

Existem cinco tipos de Unidade de proteção integral e sete de uso sustentável. Ainda que haja atualmente um número maior de UC's de Uso Sustentável instituídas no Brasil, esse número só subsiste se consideradas as áreas privadas e de gestão privada, tal como as Reservas Particulares de Patrimônio Natural (RPPN). Excetuada essa modalidade, é possível perceber que a política pública de conservação privilegia espaços naturais intocados e intocáveis<sup>14</sup>.

A priorização da proteção integral resulta em diversos conflitos fundiários, que sobreponem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado aos direitos sociais e culturais

<sup>11</sup> FRANCO, José Luiz de Andrade; SCHITTINI, Gilberto de Menezes; BRAZ, Vivian da Silva. História da conservação da natureza e das áreas protegidas: panorama geral. *Historiæ*, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 233-270, 2016.

<sup>12</sup> WALDMAN, Maurício. *Meio Ambiente e Antropologia*. São Paulo: Senac, 2006.

<sup>13</sup> O Brasil é o único país que identificamos que usa a expressão “unidades de conservação” para designar áreas protegidas. São praticamente sinônimos, apesar da ausência de correspondência em outros países. Por isso, utilizaremos ora “áreas protegidas”, ora “unidades de conservação”.

<sup>14</sup> ADÃO, Clara de Oliveira. Primeiro o Belo, depois o importante: o Direito Constitucional Ambiental no Brasil. In: RODRIGUES, Wagner de Oliveira; LIMA, Roberta Oliveira (Org.). *Direito Ambiental: questões socioambientais em tempos urgentes*. Salvador: Studio Sala de Aula, 2021.

dos povos e comunidades indígenas, tradicionais e quilombolas<sup>15</sup>. Tais princípios são colocados em oposição, olvidando-se de que o ser humano é indissociável do conceito de natureza e de biodiversidade<sup>16</sup>.

Embora desde a década de 1980 se questione o modelo de conservação da biodiversidade por meio da seleção de espaços naturais a serem protegidos sob um regime jurídico-ambiental diferenciado, persiste tal disposição no ordenamento jurídico pátrio. O que se questiona nessa eleição de áreas a serem separadas do uso social para a proteção é a efetividade de se restringir as ações predatórias somente nesses espaços, enquanto os demais seguem com um uso desenfreado e característico das sociedades ocidentais e ocidentalizadas.

Para uma verdadeira conservação da biodiversidade, é necessária a integração dos ecossistemas. Segundo Nurit Bensusan, uma proteção eficiente das áreas protegidas requer, além das Unidades de Conservação, “uma série de outros espaços especialmente protegidos, como terras indígenas, áreas de preservação permanente e reservas legais, que funcionassem como elementos de conectividade entre as unidades”<sup>17</sup>. Ademais, destaca a relevância de se proteger o entorno das UC’s e de integrar as populações que residem próximas às unidades nas decisões, com participação e engajamento efetivos.

Aliado a isso, é preciso destacar que o Brasil possui a maior biodiversidade do mundo. Talvez a diversidade cultural seja equivalentemente plural, dado o processo de formação do país e as interações entre os povos originários, diaspóricos, tradicionais, bem como a recepção – imposta e violenta – dos modos de vida ocidentalizados. Desta forma, são numerosas as populações que vivem em meio aos espaços naturais e dependem dos territórios como condição de sobrevivência, de forma que a manutenção do modelo de conservação anti-humano gera *epistemicídios*.

A sobreposição de Unidades de Conservação a territórios tradicionalmente ocupados é um problema que se impõe desde o surgimento do sistema de áreas protegidas no Brasil<sup>18</sup>. Isso porque a realidade e a diversidade cultural dos grupos que habitam os territórios secularmente não era levada em consideração para fins de estudo ecológico precedente à instituição das áreas protegidas previstas no SNUC<sup>19</sup>.

A participação das comunidades tradicionais, povos indígenas e quilombolas no manejo e conservação dos recursos naturais precisa ser abrangida no que se concebe por conservação da biodiversidade, que deve abranger não só a manutenção dos ciclos naturais, mas dos modos de vida que viabilizaram a proteção dos ecossistemas até a contemporaneidade.

<sup>15</sup> BENATTI, José Heder. A criação de Unidades de Conservação em áreas de apossamento de Populações Tradicionais: um problema agrário ou ambiental? *Novos Cadernos NAEA*, Belém, v. 1, n. 2, 1998. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/view/7/7>. Acesso em: 14 abr. 2022.

<sup>16</sup> BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

<sup>17</sup> BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

<sup>18</sup> LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: direito ao meio ambiente equilibrado e direitos culturais diante da criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habit.* 2007. 357 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável), Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

<sup>19</sup> BENATTI, José Heder. A criação de Unidades de Conservação em áreas de apossamento de Populações Tradicionais: um problema agrário ou ambiental? *Novos Cadernos NAEA*, Belém, v. 1, n. 2, 1998. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/view/7/7>. Acesso em: 14 abr. 2022.

A prática dos conhecimentos de manejo dos ecossistemas por partes das comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas é o que se chama de etnoconhecimento, ou seja, o conhecimento adquirido a partir da observação dos ciclos naturais e da interação dos seres humanos com a natureza, que é propriamente um dos pilares garantidores da larga biodiversidade brasileira. Segundo Nelson e Serafin, a biodiversidade, afinal, é o resultado da interrelação dos seres humanos com os ciclos naturais, fazendo intervenções ao longo do tempo que resultaram nos complexos processos biológicos atuais<sup>20</sup>.

Nesse sentido, acolhendo as críticas à conservação da biodiversidade no Brasil, adotamos o termo “sociobiodiversidade”, como forma de resgatar a relevância do papel das comunidades tradicionais, povos indígenas, quilombolas e demais povos que moram próximos aos ambientes naturais no contexto da conservação ambiental.

A conservação da sociobiodiversidade, é, portanto, valorizar tanto a segurança e manutenção dos processos biológicos, quanto do etnoconhecimento das populações no manejo dos recursos naturais. Nos termos do Plano Nacional de Promoção das Cadeias de Produtos da Sociobiodiversidade, elaborado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério do Meio Ambiente e Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, pode-se definir a sociobiodiversidade como: “conceito que expressa a inter-relação entre a diversidade biológica e a diversidade de sistemas socioculturais”<sup>21</sup>, p. 10.

A manutenção dos modelos de conservação da categoria de proteção integral, em sua maioria, são entraves à efetividade desse ideal de sociobiodiversidade, por incorporar à realidade brasileira uma política ambiental que não corresponde à nossa realidade territorial. É o que assevera Sérgio Buarque de Holanda: “trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam”<sup>22</sup>, p. 160.

Em resumo, a conservação da sociobiodiversidade é uma questão de justiça ambiental, uma vez que as comunidades que são excluídas das áreas protegidas suportam um ônus desigual, ao deixarem de ser moradores de suas terras tradicionalmente ocupadas, para que as pessoas dos centros urbanos-industriais, responsáveis pela destruição, se tornem visitantes da natureza<sup>23</sup>.

Um avanço neste cenário foi o parecer elaborado por Frederico Rios Paula no âmbito da procuradoria especializada do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, Parecer n. 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU, que assegura a permanência de povos tradicionais em área de conservação de proteção integral, por entender que isso não fere a conservação ambiental<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> NELSON, J.G; SERAFIN, R. Assessing biodiversity: a human ecological approach. *Ambio*, [S.l.].v. 21, n. 3. 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4313930>. Acesso em: 01 fev. 2023.

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Ministério do Meio Ambiente. Ministério do Desenvolvimento Social. *Plano Nacional de Promoção das Cadeias de Produtos da Sociobiodiversidade*. Brasília, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/1024/1/Plano%20Sociobiodiversidade.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2023.

<sup>22</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque. *Visão do paraíso*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>23</sup> DIEGUES, Antônio Carlos Sant’Ana. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: Hucitec, Nupaub, 2004.

<sup>24</sup> PAULA, Frederico Rios. PARECER n. 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU. 20 set. 2021.

Por todo o exposto, opina-se pela releitura da Lei nº 9.985/2000, especialmente as regras relativas ao seu art. 42, passando por um filtro constitucional e convencional e interpretação sistemática em relação ao ordenamento jurídico vigente, no sentido de se considerar a possibilidade de manutenção permanente (ou sem prazo determinado) das populações tradicionais inerentes à diversidade biocultural afeta à unidade de conservação, que precisam e dependem desse espaço necessário e inamovível para sua identidade ser afirmada, conforme fundamentação do presente parecer. A partir dessa mudança de paradigma, a Administração deve buscar a resolução dos conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais, considerando as medidas e instrumentos de gestão propostos. Essa releitura impõe à Administração: (1) a reavaliação dos termos de compromisso até então celebrados com populações tradicionais inerentes, sob a lógica da transitoriedade (regime de transição), sem que se frustre a confiança legítima depositada nos atos administrativos já praticados; e (2) a conformação no plano de manejo, emzoneamento específico, da gestão e do manejo dos recursos naturais do espaço territorial em regime de dupla afetação - ou dupla proteção.<sup>125</sup><sup>25</sup>, p. 21.

Este documento é válido como instrução na atuação dos agentes do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade frente aos conflitos fundiários. Entretanto, é preciso destacar que não possui natureza vinculante, tampouco força impositiva. É necessário que haja no mínimo regulamentação interna por meio de portaria, mas em termos de segurança jurídica a revisão da legislação torna-se impositiva.

Neste sentido, a permissão de permanência em área de unidade de conservação compreendida no Parecer 175/2021 do ICMBIO trata-se de medida paliativa, que joga luz sobre o problema, mas não o resolve definitivamente. Para soluções concretas e a longo prazo, a reforma do Sistema Nacional de Unidades de Conservação é imprescindível, a começar pela revisão do conceito da proteção integral, da forma que discutiremos no tópico a seguir.

## 2 A EXCLUSÃO TERRITORIAL E A IDEIA COLONIAL DE PARAÍSO SEM HUMANOS

Por exclusão territorial compreende-se o gesto político de expulsar todos os seres humanos de um dado espaço, seja porque é impossível se apropriar de um território em razão da destruição ambiental ou porque algum espaço é separado para objetivos de conservação<sup>26</sup>.

Nota-se que o que acontece no SNUC, no que tange a categoria de Unidades de Conservação de proteção integral, é a própria definição de exclusão territorial. Espaços que podem ser apropriados, e de fato eram, por povos e comunidades tradicionais, passam a figurar como espaços supostamente intocados para fins de proteção ambiental.

A conservação da sociobiodiversidade, tal como narrado no tópico acima, não requer, de plano, o afastamento dos seres humanos do meio natural para garantir a proteção dos ecossistemas, o que ressalta o caráter político da escolha pela proteção integral.

Diante dos problemas apontados, a manutenção da política de conservação que tem como requisito basilar de sua existência a exclusão dos seres humanos, mostra-se inviável

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> HAESBAERT, Rogério. *Viver no Limite: território e multi/transterritorialidade em tempos de in-segurança e contenção*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

para assegurar uma efetiva e passível de ser verificada conservação da (socio)biodiversidade no Brasil. Mas a recepção de tal tipo de conservação, é, na verdade, uma reprodução de imaginários coloniais que subsistem na atualidade.

Quanto à colonialidade na conservação ambiental, é preciso ressaltar alguns pontos, que serão detalhados em sequência: 1) o período das grandes navegações, que culminou na invasão e colonização das Américas, foi caracterizado por um misticismo e religiosidade, cujo imaginário de um paraíso perdido era buscado pelos navegadores; 2) o Direito Ambiental, enquanto disciplina, foi decorrente da destruição em território europeu. Fora recepcionado forçosamente no Brasil, em razão de pressão internacional, com mandamentos que destoam da realidade social e territorial do país; 3) as Unidades de Conservação representam, atualmente, a preservação desse ideal colonial de paraíso.

Primeiramente, sobre a busca de um paraíso quando das navegações, Sarah Aoun explica que o paraíso original descrito na bíblia tem características específicas bem delineadas<sup>27</sup>. Consistiria em um jardim, fértil e belo, com abundância de água, grande variedade da flora, um clima que mantenha a natureza exuberante e que propicie a comunhão do homem com a natureza e os animais.

Ao se deparar com o Novo Mundo, os navegadores espanhóis, que chegaram primeiramente à região caribenha, acreditaram ter encontrado o paraíso que habitava seus imaginários. Malcom Ferdinand descreve que nos documentos enviados por Cristóvão Colombo à coroa espanhola, o navegador relata ter encontrado o paraíso. Isso porque além da exuberância da paisagem, os nativos, num primeiro momento, eram “dóceis” e amigáveis, o que transmitiu a sensação da comunhão buscada pelo mito bíblico<sup>28</sup>.

Aliado a isto, a ideia de um paraíso na Terra, ou seja, o paraíso perdido, era difundido como se houvesse um espaço ainda não descoberto pelos seres humanos, que guardasse todas essas características. O modo de produção colonial fora caracterizado pelo extrativismo, que importou não apenas na extração desenfreada de recursos naturais, mas no tratamento dos povos originários das Américas também como um recurso a ser explorado<sup>29</sup>. O mandamento de um paraíso inacessível aos humanos tornou-se, na verdade, um paraíso impossível para povos não europeus.

Com o extermínio quase completo dos povos do Caribe na colonização, o ideal paradisíaco se reconstrói: trata-se de um paraíso que não permite moradores, não admite pertencimento. Admite-se apenas visitantes. O que se torna implícito nesse processo é que, em que pese o contexto bíblico aborde os desafios de se alcançar tal paraíso, os europeus, por meio do uso da força, assinalam que esse acesso lhes é exclusivo.

De fato, a violência colonial assegurou que os povos nativos não experienciassem um paraíso, mas uma tormenta infundável, que acarretou um perecimento biológico de todos aqueles que foram exterminados no empreendimento genocida, além de um apagamento sociocultural. A imposição dos modos de ser, viver e fazer foi outra violência engendrada pela busca do paraíso.

<sup>27</sup> AOUN, Sabáh. *A procura do paraíso no universo do turismo*. 2. ed. Campinas: Papirus, 2001.

<sup>28</sup> FERDINAND, Malcom. *Uma ecologia decolonial: pensar a partir do mundo caribenho*. Trad. Letícia Mei. São Paulo: Ubu, 2022.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

Para Sergio Buarque de Holanda, tal percepção e postura não se limitou aos espanhóis e ao Caribe, pois quando da invasão do Brasil, os portugueses demonstraram uma crença inabalável na materialidade do Éden<sup>30</sup>. Afinal, quais não foram as consequências pela forma que se deu a ocupação pelos europeus nas Américas, imbuídas da imagem edênica? Para o referido autor, a pretensão de se buscar tais concepções no início do período colonial tem o condão de melhor compreender o passado brasileiro. Mas é preciso destacar que embora o sistema colonial tenha sido desfeito, a estrutura político-epistemológica ainda sofre com a reprodução de diversos ideários coloniais.

A questão do paraíso no Brasil não importou apenas numa reprodução do mito bíblico, mas na construção de um sistema que hierarquiza o valor dos territórios, a partir de suas atribuições estéticas e de recursos naturais. Os lugares bonitos, portanto, receberam especial tratamento ao longo do tempo, em benefício primeiramente da monarquia (quando da separação de ambientes para realização do esporte de caça), e estendendo-se às elites e a classe média a partir da distribuição desigual dos (b)ônus ambientais.

Esse ponto atinge justamente o segundo motivo pelo qual pode-se falar de colonialidade ambiental no Brasil: os horrores e a devastação causados durante a colonização não foram suficientes para suscitar a criação de normas a fim de proteger a natureza. Foi preciso que a degradação atingisse a burguesia europeia, por meio da Revolução Industrial Inglesa, para que se começasse a abordar juridicamente questões ambientais<sup>31</sup>.

Desta feita, a legislação ambiental que começou a ser formulada não dizia respeito à realidade do Brasil recém independente, caracterizado ainda por populações rurais e agrárias, conflitos fundiários decorrentes das desigualdades perpetuadas pelos latifúndios, dificuldade de absorção dos trabalhadores recém-libertos. As questões socioeconômicas que assolavam o país eram profundamente distintas da realidade do desenvolvimentismo europeu, fomentado pelo extrativismo de nossos recursos e da escravização de indígenas e de negros sequestrados da África.

Por esse motivo – aliado a outros fatores sociojurídicos – houve uma grande demora para que o Brasil incorporasse ao seu ordenamento jurídico, as normas ambientais recém-criadas na Europa. Aos poucos, tutelou-se de maneira esparsa algumas matérias que diziam respeito ao aproveitamento econômico dos recursos naturais, aos atributos estéticos, até que no século XX começou, de fato, a haver uma tutela jurídica sistematizada, principalmente após a segunda metade do século<sup>32</sup>.

O Brasil não tinha como prioridade desenvolver um aparato legal próprio de Direito Ambiental até aquele momento. Havia movimentos ambientalistas, mas que tinham pouca influência na formulação de normas. A pressão internacional foi mais contundente e exitosa ao impelir o Brasil a legislar sobre matéria ambiental, o que ocorreu sem respeitar as particularidades do país, adotando mandamentos legais que já eram aplicados em outros países, sem fazer um filtro da conveniência da implementação interna desses preceitos legais. É preciso

<sup>30</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque. *Visão do paraíso*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>31</sup> ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Trad. B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010.

<sup>32</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ressaltar que a Europa pressionou intensamente os demais países, em especial os países das Américas, a aderir à “preocupação verde”, sob pena de sofrerem embargos econômicos<sup>33</sup>.

Outro fator de extrema relevância consiste na colonialidade do poder e do saber, consistentes na imposição de sistemas de mundo que apagam construções e saberes que não correspondem à lógica ocidental europeia<sup>34</sup>. É o que Marcia Tiburi nomeia de complexo vira-lata<sup>35</sup>, o que Maria Rita Kehl chama de bovarismo<sup>36</sup>: o fato de os brasileiros interiorizarem o cânone europeu, e terem o acesso aos seus bens culturais dificultado, bem como a (auto)desvalorização de todo o produto nacional – intelectual ou artefato. Assim, o estilo de vida, as formas de conhecimento, os modos de fazer oriundos dos países colonizadores, serão julgados como superiores, como modelos a serem seguidos.

Nesse contexto, a recepção de uma legislação ambiental que não condiz com a realidade brasileira não ocorre só porque fomos pressionados, mas porque acreditamos na superioridade das políticas propostas por outros países.

Adentrando ao terceiro motivo da colonialidade ambiental, destaca-se que uma das primeiras medidas ambientais do Brasil, em termos de legislação sistematizada, foi o Código Florestal de 1934, que culminou, por meio de suas previsões, na criação do Parque Nacional de Itatiaia, na divisa de Minas Gerais e Rio de Janeiro, em 1937. A primeira área protegida do Brasil, tal qual nos Estados Unidos, foi um Parque Nacional, da categoria de proteção integral, ou seja: “o ser humano ali seria um visitante, nunca um morador”<sup>37</sup>, p. 13.

Com a adoção da conservação da biodiversidade por meio de áreas protegidas o que ocorre é a continuidade do mito colonial do paraíso, lembrando que a concepção colonial reforça a impossibilidade de convivência dos seres humanos nesse espaço natural, que deve ser mantido intocado e intocável, como exposto anteriormente no texto.

Um Sistema Nacional de Unidades de Conservação que pugna pela separação dos seres humanos do meio ambiente, importa, portanto, em uma releitura do paraíso do imaginário colonizador, em que os povos nativos devem ser deslocados, forçadamente, em prol dos visitantes: ora colonizadores, agora turistas.

Os Parques, em especial, carregam essa carga em razão de terem como requisito à sua instituição, ser um lugar dotado de beleza cênica. Mesmo em um universo de 12 categorias, os Parques representam a modalidade mais conhecida pelos Brasileiros<sup>38</sup> e a prioridade do Poder Público em termos quantitativos<sup>39</sup>, mostrando uma clara preferência por proteger lugares bonitos e intocáveis, ou seja: o paraíso.

<sup>33</sup> WALDMAN, Maurício. *Meio Ambiente e Antropologia*. São Paulo: Senac, 2006.

<sup>34</sup> QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y Modernidad/ Racionalidad. *Perú Indígena*, [S.l.], v. 13, n. 29, p. 11-20, 1992.

<sup>35</sup> TIBURI, Marcia. *Complexo de vira-lata: análise da humilhação brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2021.

<sup>36</sup> KEHL, Maria Rita. *Bovarismo Brasileiro*. São Paulo: Boitempo, 2018.

<sup>37</sup> BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

<sup>38</sup> INSTITUTO SEMEIA. *Parques do Brasil: percepções da população*. Semeia, 2022.

<sup>39</sup> ADÃO, Clara de Oliveira. “Onde em nós a casa mora”: o direito ao território às comunidades tradicionais. 2021. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, 2021. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/14966>. Acesso em: 24 ago. 2022.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito trabalhado ao longo do texto a respeito da sociobiodiversidade necessita de tratamento prioritário, se se almeja a diminuição dos conflitos fundiários em razão de políticas de conservação, além de uma maior efetividade na conservação dos processos naturais, biológicos e socioculturais que compõem a natureza.

Desta forma, é incompatível a manutenção da conservação da biodiversidade prioritariamente por meio de áreas protegidas; a existência de categorias de conservação que inadmitem a interrelação humana de forma direta e o preterimento do aspecto social e cultural quando se intenta a proteção da natureza.

Primeiramente, acerca da insuficiência das áreas protegidas para a efetiva conservação da (socio)biodiversidade, foi exposto que a eleição de espaços a serem tutelados por regimes jurídicos diferenciados não barra a destruição em larga escala nos demais territórios onde não subsiste tal tutela. Assim, criam-se ilhas de conservação, quando, na verdade, o que garante a manutenção dos ecossistemas é justamente a gestão integrada, tratando os biomas e suas características transversalmente.

O sistema de áreas protegidas deve vir acompanhado de outras medidas, que sejam devidamente implantadas, que dizem respeito à proteção do meio ambiente mesmo em cenário urbano; que protejam as zonas de amortecimento das unidades de conservação; que garantam o equilíbrio ambiental mesmo em áreas que não são juridicamente protegidas. É importante romper com o contraste entre área intocada e áreas completamente devastadas, a partir de uma proposição de sustentabilidade em todos os níveis de proteção – seja por áreas protegidas ou outros instrumentos.

O outro ponto principal, correspondente à uma forma de decolonizar a conservação da sociobiodiversidade, além de potencialmente aumentar a efetividade de proteção ambiental, diz respeito à diminuição das categorias existentes no Sistema Nacional de Unidades de Conservação, em especial àquelas de proteção integral.

O regime de proteção integral é incompatível com a proteção dos direitos sociais e culturais dos povos indígenas, tradicionais e quilombolas, ao impor como condição da implementação da UC, a exclusão territorial em toda a extensão a ser protegida. A desapropriação e o reassentamento previstos para assegurar a existência da proteção integral são entraves à efetividade da proteção a qual se propõe.

Manter unidades de conservação sem seres humanos, tal como ocorre na categoria da proteção integral, promove, na verdade, a releitura da busca edênica da época das navegações. Reproduz-se um ideário de paraíso anti-humanos, o qual só pode ser apropriado indiretamente, pelos turistas e visitantes, nunca por moradores.

O discurso desse paraíso acessível a poucos ressoou no período colonial como a escusa necessária aos europeus para a concretização da colonização. Na contemporaneidade, o discurso do paraíso intocado e intocável pode ser analisado por meio do afastamento dos seres humanos das unidades de conservação de proteção integral.

É necessário, sobretudo, que as unidades de conservação se proponham a proteger os aspectos socioculturais, numa conservação da sociobiodiversidade, sem causar apagamentos

culturais e interferência no modo de vida dos povos originários e tradicionais. Assim, a compatibilidade do uso dos recursos naturais de forma tradicional e sustentável com a proteção ambiental deve ser uma prioridade nas políticas de conservação e não a proteção integral.

Pensar um modelo próprio à realidade social e territorial do Brasil é indispensável na busca pela efetividade da conservação da sociobiodiversidade. Tal modelo deverá ter como compromisso, a defesa dos direitos sociais e culturais que são olvidados no atual paradigma da proteção integral. Para isso, o propósito deve ser o de revisar o SNUC, em especial a proteção integral, para adequar os modelos de conservação no Brasil, sem gerar danos às populações indígenas, tradicionais e quilombolas.

## REFERÊNCIAS

ADÃO, Clara de Oliveira. “Onde em nós a casa mora”: o direito ao território às comunidades tradicionais. 2021. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, 2021. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/14966>. Acesso em: 24 ago. 2022.

ADÃO, Clara de Oliveira. Primeiro o Belo, depois o importante: o Direito Constitucional Ambiental no Brasil. In: RODRIGUES, Wagner de Oliveira; LIMA, Roberta Oliveira (Org.). *Direito Ambiental: questões socioambientais em tempos urgentes*. Salvador: Studio Sala de Aula, 2021.

AOUN, Sabáh. *A procura do paraíso no universo do turismo*. 2. ed. Campinas: Papyrus, 2001.

BENATTI, José Heder. A criação de Unidades de Conservação em áreas de apossamento de Populações Tradicionais: um problema agrário ou ambiental? *Novos Cadernos NAEA*, Belém, v. 1, n. 2, 1998. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/view/7/7>. Acesso em: 14 abr. 2022.

BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Ministério do Meio Ambiente. Ministério do Desenvolvimento Social. *Plano Nacional de Promoção das Cadeias de Produtos da Sociobiodiversidade*. Brasília, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/1024/1/Plano%20Sociobiodiversidade.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2023.

CASTRO JUNIOR, Evaristo de; COUTINHO, Bruno Henrique; FREITAS, Leonardo Esteves de. Gestão da biodiversidade e áreas protegidas. In: GUERRA, Antonio José Teixeira; COELHO, Maria Célia Nunes (Org). *Unidades de Conservação: abordagens e características geográficas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2012.

DIEGUES, Antônio Carlos Sant’Ana. *O mito moderno da natureza intocada*. São Paulo: Hucitec, Nupaub, 2004.

ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Trad. B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010.

- FERDINAND, Malcom. *Uma ecologia decolonial: pensar a partir do mundo caribenho*. Trad. Letícia Mei. São Paulo: Ubu, 2022.
- FRANCO, José Luiz de Andrade; SCHITTINI, Gilberto de Menezes; BRAZ, Vivian da Silva. História da conservação da natureza e das áreas protegidas: panorama geral. *Historiæ*, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 233-270, 2016.
- HAESBAERT, Rogério. *Viver no Limite: território e multi/transterritorialidade em tempos de insegurança e contenção*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Visão do paraíso*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- INSTITUTO SEMEIA. *Parques do Brasil: percepções da população*. Semeia, 2022.
- KEHL, Maria Rita. *Bovarismo Brasileiro*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Natureza e cultura: direito ao meio ambiente equilibrado e direitos culturais diante da criação de unidades de conservação de proteção integral e domínio público habit.* 2007. 357 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável), Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NELSON, J.G; SERAFIN, R. Assessing biodiversity: a human ecological approach. *Ambio*, [S.l.]v. 21, n. 3. 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4313930>. Acesso em: 01 fev. 2023.
- OLIVEIRA, Carmélia; SALGADO, André Augusto Rodrigues; LOPES, Frederico Wagner de Azevedo; CASTRO, Paulo de Tarso Amorim. Geoconservação e Patrimônio geológico: uma discussão sobre a relevância das quedas d'água. *Caderno de Geografia*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, 23, nov 2017. DOI: 10.5752/p.2318-2962.2017v27nesp2p201. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/321274281\\_Geoconservacao\\_e\\_Patrimonio\\_geologico\\_uma\\_discussao\\_sobre\\_a\\_relevancia\\_das\\_quedas\\_d'agua](https://www.researchgate.net/publication/321274281_Geoconservacao_e_Patrimonio_geologico_uma_discussao_sobre_a_relevancia_das_quedas_d'agua). Acesso em: 14 jun. 2022.
- PAULA, Frederico Rios. PARECER n. 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU. 20 set. 2021.
- QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. *O Campesinato Brasileiro*. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y Modernidad/ Racionalidad. *Perú Indígena*, [S.l.], v. 13, n. 29, p. 11-20, 1992.
- SOUZA, Jessé. *Subcidadania Brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.
- TIBURI, Marcia. *Complexo de vira-lata: análise da humilhação brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2021.
- WALDMAN, Maurício. *Meio Ambiente e Antropologia*. São Paulo: Senac, 2006.
- ZUSMAN, Perla Brigida. Panamericanismo y conservacionismo en torno al viaje de Theodore Roosevelt a la Argentina (1913). *Modernidades*, Córdoba, v. 11, ago. 2011, p. 1-17. Disponível em: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/193716>. Acesso em: 28 jul. 2023.



# FEMINISMO CRÍTICO: INTERSECCIONALIDADE COMO FERRAMENTA PARA “LUGAR DE FALA” OU “ESFERA PÚBLICA”?

CRITICAL FEMINISM: INTERSECTIONALITY AS A TOOL FOR THE "PLACE OF SPEECH" OR "PUBLIC SPHERE"?

GABRIELA DE SOUSA MOURA\* | ALEXANDRE GUSTAVO M. DE F. M. BAHIA\*\* | LUIZ CARLOS GARCIA\*\*\*

## RESUMO

Pensar a opressão é sempre tarefa árdua, principalmente quando tal análise se dá em espacializações onde cada indivíduo pode ser atravessado por diversos fatores sociais que isoladamente já possuem o condão de gerar situações de subalternização e sujeição social. Destacar os atores sociais a partir da condição de legitimidade para falar, emerge como um problema a ser analisado aprofundadamente. Assim, a problematização a partir da ferramenta da interseccionalidade como lente capaz de jogar luzes sobre situações de marginalização social, e trazer para o texto os conceitos de “lugar de fala”, que tem se desgarrado nos debates em geral de sua condição de elemento da Análise do Discurso e de “esfera pública” como espaços que incluem todos como participantes possíveis na qualidade de agentes do discurso, pode fornecer direções para os processos socialmente emancipatórios. Uma compreensão teoricamente sustentável dos elementos como “interseccionalidade”, “lugar de fala” e “esfera pública”, não podem se limitar à uma analítica conceitual formal, mas demanda a assimilação da expansão de seus efeitos pragmáticos também para que as lutas concretas tenham efetividade no contexto democrático. Esse é o pano de fundo da reflexão em que o trabalho opera e se propõe como uma contribuição para um feminismo crítico.

**Palavras-chave:** Emancipação Social; Esfera pública; Feminismo; Lugar de fala; Interseccionalidade.

## ABSTRACT

Thinking about oppression is always an arduous task, especially when such an analysis takes place in spatializations where each individual can be crossed by several social factors that alone already have the power to generate situations of subalternization and social subjection. Highlighting social actors from the condition of legitimacy to speak emerges as a problem to be analyzed in depth. Thus, the problematization based on the tool of intersectionality as a lens capable of shedding light on thrombi of social marginalization, and bringing to the text the concepts of “place of speech”, which has been straying from debates in general regarding its condition as an element of Discourse Analysis and the “public sphere” as spaces that include everyone as possible participants as discourse agents, can provide directions for socially emancipatory processes. A theoretically sustainable understanding of elements such as “intersectionality”, “place of speech” and “public sphere”, cannot be limited to a formal conceptual analysis, but demands the assimilation of the expansion of its pragmatic effects also so that concrete struggles have effectiveness in the democratic context. This is the background of the reflection in which the work operates and proposes itself as a contribution to a critical feminism.

**Keywords:** Place of speech; intersectionality; Feminism; Public sphere; Social Emancipation.

\* Professora universitária. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG.

*gabrielasmoura@gmail.com*

<https://orcid.org/0000-0001-7005-749X>

\*\* Professor da Universidade Federal de Ouro Preto-UFOP. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG.

*alexprocesso@gmail.com*

<https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>

\*\*\* Professor de Direito Privado junto a Universidade Federal do Tocantins - UFT. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

*luizcg.dir@gmail.com*

Recebido em: 10-09-2023 | Aprovado em: 21-11-2023



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 O QUE É A INTERSECCIONALIDADE; 1.1 GÊNERO, RAÇA (COR) E CLASSE; 2 LUGAR DE FALA; 3 AS ORIGENS TEÓRICAS DO FEMINIST STANDPOINT E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA UMA CARTOGRAFIA DOS SUBALTERNOS; 4 ESFERA PÚBLICA E DISCURSIVIDADE (TEORIA DA DISCUSSÃO); 5 ENTRE O LUGAR DE FALA OU ESFERA PÚBLICA: ONDE A INTERSECCIONALIDADE TEM SUA MAIOR POTENCIALIDADE?; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

Com arranjos sociais cada vez mais complexos e a busca por compreender fenômenos e luta por direitos, a necessidade de se perscrutar ferramentas e novas formas de análise torna-se fundamental para todos os campos das ciências humanas e sociais. Nesse contexto insere-se a interseccionalidade, enquanto maneira de se mapear intersecções que formam e definem os papéis sociais dos/das indivíduos.

Sob a perspectiva de que cada um possui atravessamentos que são definidores de sua vivência enquanto ser social e isso lhe impõem opressões variadas e única, muitas pessoas tentam descredibilizar as lutas desses grupos e negar que discriminações e violências existem, razão pela qual, falar sobre lugar de fala é igualmente fundamental. Entretanto, tal teoria, que analisa que grupos socialmente vulneráveis precisam ser ouvidos, por serem eles a sofrer diariamente com o preconceito e os processos de naturalização que oprimem e vitimizam pessoas na sociedade, carece ser pensada também em espaços deliberativos plurais e amplos, dotados de potenciais normativos socialmente emancipatórios. Para tanto, é fundamental que se leve em conta a inclusão, no sentido do acesso ou não acesso aos espaços discursivos deliberativos, de modo que eles não se convertam em ferramentas de silenciamento dentro de grupos a fim de possibilitar a manifestação dos consensos e divergências de posicionamentos variados, ante pautas comuns, como um caminho discursivamente legítimo e apto a auxiliar na promoção de alterações daquilo que é estruturado socialmente para opressões.

Pensando nesta complexa combinação de elementos teóricos como interseccionalidade, “lugar de fala” e “esferas públicas” discursivas, e seus desdobramentos para a compreensão de questões sociais relevantes é que o presente trabalho problematiza não apenas a relação do binômio interseccionalidade/lugar de fala, mas também como tais teorias se aplicam ao feminismo de forma crítica e comprometida com a eficiência tanto para o acesso das mulheres ao reconhecimento social, à distribuição e aos direitos equanimente.

Importante ressaltar que as lutas/pautas feministas não são apenas para mulheres, mas questionam toda uma estrutura que oprime e massacra utilizando de processos naturalizados, que incluem instrumentos variados que permeiam aspectos psicológicos, financeiros, culturais e de força.

Neste sentido, por meio da compreensão e da adequada aplicação das teorias sociais que reivindicam por emancipação, emerge uma possibilidade de contribuição para romper com processos culturais que, em movimento pendular, ora ou outra, voltam a ganhar força e renovar preceitos de opressão comprometidos com a violação de direitos e com a marginalização de grupos historicamente segregados. Logo, a coerência de tais discursos somados a

práticas concretas igualmente razoáveis é a única garantia de que lutas por igualdade e pela não violência continuem e ganhem as disputas narrativas.

## 1 O QUE É A INTERSECCIONALIDADE?

A Interseccionalidade não é um campo epistemológico ou uma teoria do conhecimento. Pode ser definida como uma ferramenta que possibilita ao conhecimento mapear zonas de intersecção entre gênero, classe e raça (cor), dentre outros atravessamentos e a partir disso, visualizar pessoas posicionadas em situações de invisibilidade e silenciamento. Como ferramenta, além de localizar aqueles grupos eclipsados ou silenciados, fornece capacidade para entender os processos ou mecanismos que levaram a essas posições subalternas e ainda possibilita direcionar para soluções que atribuam aos grupos oprimidos a condição de sujeitos de direitos, iguais em dignidade, respeito e consideração.

Como categoria conceitual/analítica, a *Interseccionalidade* foi utilizada pela primeira vez na literatura pela jurista Kimberlé Crenshaw, em 1989, ao desenvolver suas teorias críticas de feminismo negro, para designar a interdependência de questões engendradas estruturalmente sob gênero, classe e raça (cor). E, originariamente, foi manuseada para compreender contextos problemáticos que envolviam principalmente as questões correlacionadas entre gênero e raça, mas sem excluir a dimensão da classe. No entanto, na obra “Mulheres, Raça e Classe”<sup>1</sup>, Angela Yvonne Davis, antes mesmo do termo Interseccionalidade ter sua significação cunhada pela própria Crenshaw, já traz efetiva em sua narrativa um potencial interseccional<sup>2</sup>.

Em referida publicação, Crenshaw descreve que a violência pública, como espancamentos e outros abusos, contra mulheres *dalit*, quando realizam “responsabilidades femininas”, como buscar água, não decorriam motivadas por casta, mas pela condição do gênero<sup>3</sup>; e identificou como mulheres *de cor* caíam nessa zona de apagamento: no célebre caso *DeGraffenreind contra General Motors*, já havia leis nos Estados Unidos da América com mecanismos antirracistas e antissexistas; mas, até 1964, a empresa requerida nunca havia contratado uma mulher negra e, em 1976, todas as mulheres negras perderam seus empregos. Portanto, faltava uma combinação entre normas antissexistas e antirracistas suficiente para retirada das mulheres negras da zona de apagamento de direitos.

María Lugones é outro exemplo de pesquisadora que trabalhou pautas feministas e que se valeu de maneira muito instigante da mesma ferramenta, com elucidações importantes, ao jogar as lentes da interseccionalidade no cruzamento do movimento feminista com o pensamento decolonial. A leitura de Lugones mostra como, no contexto dos países do capitalismo periférico ou do Sul global<sup>4</sup>, as mulheres negras sequer chegam a aparecer na intersec-

<sup>1</sup> DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo, Boitempo, 2016.

<sup>2</sup> Crenshaw afirma em uma entrevista que utilizou o termo para tentar conceituar contextos legais/ jurídicos em que gênero e raça estavam interligados num mesmo mecanismo de discriminação. (CRENSHAW, Kimberle. A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero. 2002. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2023)

<sup>3</sup> CRENSHAW, Kimberle. A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero. 2002. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2023.

<sup>4</sup> Territórios que passaram pelo processo de colonização transatlântica, que estruturou o capitalismo eurocêntrico escravista sob a paradoxal violência da missão civilizatória (DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del Otro.

ção, devido à estrutura capitalista colonial, já que elas não constituem uma categoria ontológica (atomizável) própria e, assim, não tanto propícias para serem percebidas como em falta, tanto quanto na falta de serem cartografadas<sup>5</sup>.

No caso brasileiro, a filósofa Lélia Gonzalez<sup>6</sup> é a grande referência em extensa obra produzida entre os anos 1970 e 1990, uma das pioneiras nas discussões sobre as relações entre gênero, classe e raça no mundo. A presença transversal e o vigor da obra de Gonzalez foram atestados, inclusive, por Angela Davis, em comentário feito ao jornal *El País*, em outubro de 2020: “Por que vocês precisam buscar uma referência nos Estados Unidos? Eu aprendo mais com Lélia Gonzalez do que vocês comigo”.

Esses exemplos notabilizam a potência da interseccionalidade enquanto ferramenta para desanuvier situações de desumanização de mulheres racializadas ou não, além de direcionar reflexões, diálogos e negociações de instrumentos jurídicos como mecanismo de auxílio de emancipação não apenas das mulheres reificadas, despontando como instrumento para incitar a crítica sobre a necessária libertação da estrutura de uma sociedade racista-sexista opressora.

Para além da capacidade desse modo cartográfico de evidenciar aquelas que se encontram em zonas de trombadas, há um problema inerente à sua estruturação que pode sugerir espaços fixos, em que os sujeitos estariam, por características essencializantes, localizados sem mobilidade dentro das extensões demarcadas. A ferramenta da interseccionalidade não pode desconsiderar a dimensão da abertura comunicativa e discursiva dos indivíduos e a possibilidade de mobilidade (até para outros níveis de opressão) que irrompe dos horizontes da historicidade, nem mesmo a abertura para o futuro que nos requer a capacidade de autocorreção<sup>7</sup>, o que impossibilita uma visão eidética dos sujeitos.

A filósofa brasileira Helena Hirata<sup>8</sup> narra como a socióloga francesa Danièle Kergoat direcionou crítica no mesmo sentido, ao afirmar que pensar em cartografia leva à naturalização de categorias analíticas, o que faz com que as bases teóricas da interseccionalidade continuem a raciocinar em termos de categorias e não de relações sociais ou dimensões materiais de dominação. Assim, no lugar de uma cartografia rígida, a análise deveria ser conduzida por meio de geometrias variáveis, em que muitos mais fatores podem estar implicados além de classe, gênero, raça, como outros aspectos das relações sociais – a sexualidade, etnia, idade, religião etc.<sup>9</sup>

---

Hacia el origen del mito de la Modernidad. La Paz: Plural, 1994, p. 166); (DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del Otro. Hacia el origen del mito de la Modernidad. La Paz: Plural, 1994, p. 27).

<sup>5</sup> LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Hypatia*, Cambridge, v. 25, n. 4, 2010.

<sup>6</sup> MERCIER, Daniela. Lélia Gonzalez, Onipresente. *El País*. Cultura. São Paulo, 25 out 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/cultura/2020-10-25/lelia-gonzalez-onipresente.html>. Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>8</sup> HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 61-73, jun. 2014.

<sup>9</sup> Importa destacar que a crítica assinada por Kergoat se dá no contexto de sua ideia de articular relações sociais de sexo e classe, para compreender as práticas sociais de homens e mulheres diante da divisão social do trabalho. Esse núcleo de pensamento que liga mais diretamente classe e gênero (consubstancialidade) se contrapõe ao núcleo inicial da interseccionalidade que opera por uma imbricação entre gênero e raça, o que trará implicações políticas significantes para a teoria. No entanto, embora a crítica que aportada no presente artigo tenha o mesmo *telos*, sua gênese se diferencia de Kergoat, pois mantemos o entendimento que nenhuma dimensão social em que haja relações opressoras, que nenhum tipo de opressão pode ser comensurado como prevalente sob os demais,

Com maior sensibilidade quanto à possibilidade da fluidez da condição dos apagados, no lugar de trabalhar com demarcadores altamente essencializados, a interseccionalidade se torna ainda mais poderosa com relação à sua finalidade de detectar sobreposições de condições que promovem silenciamento e invisibilidade, em processos históricos, socioeconômicos e geopolíticos diferentes, cujas formas de exclusão e opressão introduzem mecanismos novos e até mais sofisticados de eclipsamento de grupos vulneráveis, por passar a assumir uma geometria de mobilidade, no lugar de características naturalizadas e indexáveis.

### 1.1 GÊNERO, RAÇA (COR) E CLASSE

As histórias narradas no contexto de um capitalismo de origem escravagista e segregador por Angela Davis, em *Mulher, Raça e Classe*<sup>10</sup>, constituem uma obra extremamente importante e realizadora no que se propõe, tanto para a história, quanto para a política, bem como para os movimentos feministas e negros. A autora, professora e ativista reproduz, pela escrita, as histórias de dominação racista e classista das mulheres negras, sem reconhecimento por um padrão majoritariamente masculino e branco.

Ao identificar que as vítimas das violências e autoritarismo patriarcais e da negação de reconhecimento das suas condições de sujeitos morais, que merecem igual consideração e respeito, são as mulheres negras e marcadas pela mesma condição de classe, Davis demarca a posição interseccional da obra e possibilita a quem lê alguma reminiscência da expressão de Derrida<sup>11</sup> acerca de um *carnofalocentrismo totalizador*, que representa o complexo da totalidade axiomática metafísico-antropocêntrica que domina, no Ocidente, o pensamento do justo e do injusto, que deve servir para desconstruir o homem branco como padrão de justiça, mais paradigmaticamente do que a mulher e a criança.<sup>12</sup>

Entretanto, com Nancy Fraser<sup>13</sup>, a questão para esse falso padrão de justiça (que, na verdade, é um padrão de poder, e, portanto, de opressão) se desloca mais radicalmente do antropocentrismo para o androcentrismo e nos remete às estruturas que sustentam o heterocispatriarcado – entendido enquanto um conjunto de imposições e naturalizações que moldam e definem os agentes sociais - e submete indivíduos por ele atravessados e reificados.

Admitir que mulheres em zonas de interseccionalidade foram e são desumanizadas, exige a responsabilidade de um dever de reconhecimento e de distribuição de recursos, não apenas num viés estritamente teórico, mas na qualidade dos que assumem a cooperação por caminhos de uma *práxis social emancipatória*. A revolução feminista, já chamada de a mais longa do mundo, deve ser de todos e para todos. Não é uma luta contra os homens, nem uma

---

ainda que a questão de classe demarque a condição do gênero e de todos na sociedade. KERGOAT, Danièle. *Se battre, dissente-elles...Paris, La Dispute* (col. Genre du Monde). Lowy, Ilana. (2002), “Universalité de la science et connaissances situées”. In: GUARDEY, D.; LOWY, I. (org). *Les sciences es la fabrication du masculin et du féminin*. Paris: Des Archives Contemporaines, 2012.

<sup>10</sup> A primeira versão da obra é de 1982, em inglês.

<sup>11</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical Exchange*. Londres, Nova York: Verso, 2003.

luta contra as mulheres brancas<sup>14</sup>. É uma luta contra o patriarcado, o racismo, as desigualdades de classes, o sexismo. É uma transformação de sociedade, cultura, personalidade e sistema econômico, que exige a conscientização e enfrentamento de privilégios, opressões e desumanização, para permitir o desenvolvimento de um mundo melhor e não reificante igualmente para todas as pessoas, em convivência harmônica e não degradadora da natureza.

Após essas considerações de posicionamento, a questão que aqui se propõe levantar é como o feminismo e a ferramenta da interseccionalidade atuam para prover as necessárias transformações das estruturas heterocispatriarcais violentamente impostas.

## 2 LUGAR DE FALA

Com a afirmativa de que não há uma epistemologia determinada sobre o termo “lugar de fala”, no sentido de que o mesmo tem origem imprecisa, Ribeiro<sup>15</sup> afirma acreditar que esse conceito surge da tradição do *Feminist Standpoint* – diversidade, teoria racial crítica e decolonial. E ainda quanto ao Lugar de Fala, posiciona que sua hipótese é de que, a partir da teoria do ponto de vista feminista ou da posição feminista (*Feminist Standpoint Theory*), é possível falar em “lugar de fala”. Ou seja, haveria uma ligação entre *Feminist Standpoint Theory* e “lugar de fala”, apesar da própria Ribeiro admitir e esclarecer que Collins<sup>16</sup> não tenha dito algo específico sobre o tema<sup>17</sup>.

Paradoxalmente, após afirmar que “lugar de fala” não tem origem localizável, na mesma obra, Ribeiro<sup>18</sup> também diz que a expressão equivale a “lugar social” – termo que utiliza recorrentemente para situar indivíduos ou grupos dentro de uma relação hierárquica de poder, mas sem especificar qual tipo de opressão se refere ao falar em hierarquia de poder, pois a localização social pode ser múltipla.

Essas aproximações feitas entre *Feminist Standpoint Theory*, “lugar de fala” e “lugar social” não são exatamente diretas, como Ribeiro parece dar a entender. Tais conceitos demandam um esclarecimento teórico de seus respectivos sentidos para que se entenda, de maneira adequada, se suas gêneses guardam algum tipo de relação de uns para com os outros, e ainda para certificar de que estejam devidamente apresentados no texto de Ribeiro ou, se ao contrário, há algum silenciamento ou negação de sentido conceitual. Essas tarefas são importantes se considerado que a função de um conceito é trazer a realidade para o mundo através da linguagem.

Ao apresentar o “lugar de fala” como sinônimo de “lugar social”, torna-se improvável sustentar a tese de que o “lugar de fala” não possui uma posição epistêmica que lhe é atinente ou localizável. Num texto publicado em 1991, Alcoff – que até chega a ser mencionada, mas não tem conteúdo de sua autoria expressamente transcrito no texto de Ribeiro – faz uma clara e muito semelhante ligação entre “lugar de fala” e “lugar social” tal como a filósofa brasileira:

<sup>14</sup> HOOKS, Bell. *O Feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 1. ed. Trad. Ana Luiza Libânio. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

<sup>15</sup> RIBEIRO, Djamilia. *O que é Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019.

<sup>16</sup> COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's "Truth and Method: feminist standpoint theory revisited": where's the power?. *The University Of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997.

<sup>17</sup> RIBEIRO, Djamilia. *O que é Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019.

<sup>18</sup> *Idem*.

Em outras palavras, a localização de um falante (o que eu tomo aqui para se referir a sua localização social ou identidade social) tem um impacto epistemicamente significativo nas afirmações desse falante e pode servir para autorizar ou desautorizar o discurso de alguém. A criação de estudos sobre mulheres e departamentos de estudos Afro-Americanos foi fundada sobre esta mesma crença: que tanto o estudo e a defesa dos oprimidos deve vir a ser feita principalmente pelos próprios oprimidos, e que devemos finalmente reconhecer que as divergências sistemáticas na localização social entre falantes e os falados terão um efeito significativo no conteúdo do que é dito. A premissa não falada aqui é simplesmente que a localização de um falante é epistemicamente saliente<sup>19</sup>, p. 7

Então, se “lugar de fala” é o equivalente a “lugar social”, permanece ainda uma lacuna teórica que é assumir que para além da identidade, a localização social é pensada pelos teóricos e teóricas sempre ligada também ou somente à questão da classe. Quando Alcoff pretende construir uma epistemologia conceitual que insira o papel da identidade na qualidade de localização social e histórica do falante<sup>20</sup> e para isso coloca a questão da identidade de um lado, e a de classe de outro, ela se vale de ambas para pensar uma possibilidade para a decolonização epistêmica. Em que pese ser possível a análise de cada atravessamento de maneira apartada e traçar panoramas a partir disso, enquanto sujeito que irá se posicionar em sociedade e que pode ser observado nessa expressão social, é o conjunto que irá se manifestar. Logo, cada marcador pode ser considerado/entendido como um localizador social se partimos dele como referencial de análise. Mas quando esse ponto de partida é o indivíduo e sua expressão social, a referência será múltipla.

Outra questão que também chama atenção é como é omitida a farta presença de conceitos propriamente relacionados ao “lugar social” na Análise do Discurso assentada na teorização de Pêcheux, desde 1975. Em Pêcheux, que em nenhum momento é citado por Ribeiro, é inegável que termos como “*Pré-Constituído*”, ou “*Sempre Já lá*”, se referem ao sentido do *lugar discursivo* constituído no e pelo *lugar social*, e entendido como lócus da

[...] interpelação ideológica que fornece-impõe a ‘realidade’ e ‘seu sentido’ sob a forma da universalidade” (“o mundo das coisas”), ao passo que a “articulação” constituiu o sujeito em sua relação com o sentido. <sup>21</sup>, p. 164

E, embora seja ampla e significativa a utilização de conceitos e sentidos correlacionados ao lugar social por Pêcheux – que foi discípulo e fortemente influenciado por Althusser<sup>22</sup>,

<sup>19</sup> ALCOFF, Linda. The Problem of Speaking for Others. *Cultural Critique*, Minneapolis, n. 20, p. 5-32, 1991. DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1354221>. Tradução livre do original em inglês: “In other words, a speaker's location (which I take here to refer to their social location, or social identity) has an epistemically significant impact on that speaker's claims and can serve either to authorize or disauthorize one's speech. The creation of women's studies and African-American studies departments was founded on this very belief: that both the study of and the advocacy for the oppressed must come to be done principally by the oppressed themselves, and that we must finally acknowledge that systematic divergences in social location between speakers and those spoken for will have a significant effect on the content of what is said. The unspoken premise here is simply that a speaker's location is epistemically salient.”

<sup>20</sup> ALCOFF, Linda. The Problem of Speaking for Others. *Cultural Critique*, Minneapolis, n. 20, p. 5-32, 1991. DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1354221>.

<sup>21</sup> PÊCHEUX, Michel. *Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. 2. ed. Trad. Eni Pulcinelli Orlandi et al. Campinas: UNICAMP, 1995.

<sup>22</sup> DOSSE, Françoise. *História do Estruturalismo*. Trad Álvaro Cabral. São Paulo: Edusc, 2007.

o que representa um certo retorno à Marx, – Ribeiro afirma que “lugar de fala” não tem origem localizável e não faz qualquer menção no sentido de que o lugar do falante no seu grupo de pertencimento histórico constitui uma identidade marcada também pela classe.

O sujeito da Análise do Discurso de Pêcheux, pensando e escrito em 1975, não é o indivíduo, sujeito empírico, mas o sujeito do discurso (do lugar de fala), que carrega consigo marcas do social, do ideológico, do histórico. Aliás, no próprio trabalho da feminista Hennesse, Pêcheux chega a ser citado de modo contraposto à afirmativa de Ribeiro de que “[o] lugar social não determina uma consciência discursiva sobre esse lugar”:

“Articulação” é um conceito útil para explicar as relações complexas entre um discurso de oposição como o feminismo e o discurso prevalecente ou senso comum que dá sentido à vida das mulheres. A teoria do discurso Pós-Althusseriana de Michel Pêcheux elabora a dinâmica de como a articulação ocorre dentro da cultura hegemônica. Baseando-se em Gramsci, Pêcheux afirma o conteúdo de discursos em que as palavras são usadas em assuntos onde assumem posições antagônicas como resultado de lutas que os atravessam, mas que também se estende para fora deles. O sistema de diferenças que constituem significado e das quais as subjetividades são forjadas é o efeito de concursos coletivos em que as apostas não são apenas palavras ou discursos, mas todo o conjunto de arranjos sociais capitalistas e patriarcais. Pêcheux concebe o conceito do interdiscurso para explicar a textualidade de hegemonia. Este é um conceito muito importante porque nos permite entender em termos muito mais específicos os processos discursivos por meio dos quais os sujeitos são produzidos e o senso comum é mantido. Como Pêcheux formula o interdiscurso consiste em dois aspectos: o pré-construído e articulação. O pré-construído é a característica de qualquer formação discursiva que produz o efeito de um “sempre já presente”, transmitindo o sentido do que todo mundo já sabe. Articulação é o meio pelo qual o sujeito é constituído através de co-referências particulares que asseguram o fio do discurso como o discurso de um sujeito (Pêcheux 1975,116). Na medida em que exerce um limite na formação das subjetividades e do real social, o interdiscurso funciona como a força homogeneizadora da ideologia. O pré-construído tem um papel fundamental em ajudar a atrasar e impedir o processo de rearticular estruturas discursivas existentes. Mesmo sob o disfarce de reforma, trabalha para manter paradigmas tradicionais por meio de uma ordem simbólica de diferenças sobre as quais os discursos são articulados. O efeito naturalizante do pré-construído reifica essas diferenças e assim ajuda a perpetuar categorias de alteridade como dados universais.<sup>23</sup>, p. 23-24

<sup>23</sup> HENNESSY, Rosemary. Women's Lives / Feminist Knowledge: feminist standpoint as ideology critique. *Hypatia*, Cambridge, v. 1, n. 8, p. 14-34, 1993. Tradução livre do original em inglês: “Articulation” is a useful concept to explain the complex relations between a discourse like feminism and the prevailing or commonsense ways of making sense of women's lives. Michel Pêcheux's Post-Althusserian theory of discourse elaborates the dynamics of how articulation occurs within hegemonic culture. Based on Gramsci, Pecheux contends that the discourse in which words are used in subjects take up positions are antagonistic positions as a result of struggles that traverse them but also extends outside them. The system of differences that meaning and out from which subjectivities are forged is the effect of collective contests in which the stakes are not just words or discourses but the entire ensemble of capitalist and patriarchal social arrangements. Pecheux devises the concept of the interdiscourse to explain the textuality of hegemony. This is a very important concept because it allows us to understand in much more specific terms the discursive processes by means of which subjects are produced and the commonsense maintained. As Pecheux formulates it, the interdiscourse consists of two features: the preconstructed and articulation. The preconstructed is the feature of any discursive formation that produces the effect of an “always already there,” conveying the sense of what everyone already knows. Articulation is the means by which the subject is constituted through particular co-references that secure the thread of discourse as the discourse of a subject (Pecheux 1975,116). To the extent that it exercises a limit on the formation of subjectivities and the social real,

Ocorre que se a intenção de Ribeiro<sup>24</sup> é utilizar conceitos que podem sim ser localizados num pano de fundo de teorias que constituem diferentes desdobramentos do Marxismo, da Escola Crítica ou até do próprio Marx, mas com a pretensão de ir além de seus alcances iniciais, superá-los ou mesmo refutá-los, se desprendendo de grades teóricas como do próprio estruturalismo de ares marxista e seus influenciados ou da Escola Crítica, mediante de uma atualização dos significados ou resignificação que lhe permita se inscrever dentro do marco de pensamento reconhecido como feminismo negro decolonial ao seu próprio modo, é preciso assumir essa tarefa sem incorrer na tragédia do mito de Procusto. Os conceitos que Ribeiro<sup>25</sup> insere em sua obra não podem ter os “excessos” apagados, as origens silenciadas e amputadas, para que caibam perfeitamente na *cama* do texto ainda que seja preciso um enfrentamento crítico com tais conceitos, pois essa é a única maneira pela qual eles podem ser apresentados numa leitura que proponha qualquer tipo de emancipação.

### 3 AS ORIGENS TEÓRICAS DO *FEMINIST STANDPOINT* E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA UMA CARTOGRAFIA DOS SUBALTERNOS

Ribeiro<sup>26</sup> remete à socióloga feminista negra Collins como uma das principais referências ao tratar do *Feminist Standpoint Theory*. Mas, numa leitura nos escritos da própria Collins, há conteúdo assertivo feito pela pensadora feminista de que o “*Standpoint*” por ela utilizado é originariamente um conceito europeu e que foi utilizado para explicar a exploração salarial e o empobrecimento da classe trabalhadora europeia<sup>27</sup> e novamente parece que temos um apagamento de gênese em Ribeiro<sup>28</sup>.

A afirmação de Collins desponta para necessidade de aprofundamento teórico a respeito da origem do termo *Standpoint*, com o fim de tornar mais cristalino o sentido de seu uso no contexto captado e, a partir dessa análise, refletir se essa adaptação conceitual feita pelo Movimento Feminista é suficiente para o seu propósito de desmanchar as estruturas de uma sociedade patriarcal e mais, se isso está adequadamente apresentado pela própria filósofa Ribeiro<sup>29</sup> em sua obra.

---

the interdiscourse functions as the homogenizing force of ideology. The preconstructed has a key role in helping to delay and impede the process of rearticulating existing discursive structures. Even under the guise of reform, it works to maintain traditional paradigms by means of a symbolic order of differences onto which discourses are articulated. The naturalizing effect of the preconstructed reifies these differences and so helps to perpetuate categories of alterity as universal givens.

<sup>24</sup> RIBEIRO, Djamila. O que é Lugar de Fala. col. Feminismos Plurais. coor. Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> RIBEIRO, Djamila. O que é Lugar de Fala. col. Feminismos Plurais. coor. Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

<sup>27</sup> COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's "Truth and Method: feminist standpoint theory revisited": where's the power?. *The University Of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's "Truth and Method: feminist standpoint theory revisited": where's the power?. *The University Of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997.

Em trechos obtidos em Lukács<sup>30</sup>, fica evidente a gênese marxista e o caráter materialista na questão de classe vinculada pela ideia do *Standpoint of the Proletariat*:

Este processo começa quando o proletariado se torna consciente do seu próprio *Standpoint* de classe. Por isso, é altamente enganador descrever o materialismo dialético como "relativismo". Pois embora eles compartilhem uma premissa comum: o homem como a medida de todas as coisas, cada um deles dá uma interpretação diferente e até mesmo contraditória. O começo de uma "antropologia materialista" em Feuerbach é, na verdade, apenas um começo e que, por si só, é capaz de várias continuações. Marx aceitou a sugestão de Feuerbach e pensou em sua conclusão lógica. No processo, ele discorda muito de Hegel: "*Hegel faz do homem um homem de autoconsciência, em vez de tornar a autoconsciência a autoconsciência do homem, isto é, do homem real como ele vive no mundo real dos objetos pelos quais ele é condicionado*". Simultaneamente, no entanto, e isso é mais do que no momento em que ele estava sob a influência de Feuerbach, ele vê o homem historicamente e dialeticamente, e ambos devem ser entendidos em um duplo sentido. (1) Ele nunca fala do homem em geral, de um homem abstratamente absolutizado: ele sempre pensa nele como um elo em uma totalidade concreta, em uma sociedade. Este último deve ser explicado do ponto de vista do homem, mas somente depois que o homem foi integrado na totalidade concreta e ele mesmo se tornou verdadeiramente concreto. (2) O próprio homem é o fundamento objetivo da dialética histórica e do sujeito-objeto que está em suas raízes e, como tal, está decisivamente envolvido no processo dialético. Formular nas categorias abstratas iniciais da dialética: ele é e ao mesmo tempo não é. A religião, Marx diz, na Crítica da Filosofia do Direito, de Hegel, "*é a realização, na fantasia, da essência do homem, porque a essência do homem não possui nenhuma realidade verdadeira*".<sup>31</sup>

Não obstante, Lukács ainda escreve:

Em sua crítica inicial à filosofia do direito de Hegel, Marx fez um relato lapidar da posição especial do proletariado na sociedade e na história, e o ponto de vista [*Standpoint*] a partir do qual pode funcionar como sujeito-objeto idêntico aos processos sociais e históricos da evolução. "Quando o proletariado proclama a dissolução da anterior ordem mundial, ele não faz mais do que revelar o segredo de sua própria

<sup>30</sup> LUKÁCS, Georg. Reification and the Consciousness of the Proletariat. In: LUKÁCS, Georg. *History & Class Consciousness*. Londres: Merlin Press, 1967. Disponível em: [https://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc07\\_5.htm](https://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc07_5.htm). Acesso em: 27 jun. 2019.

<sup>31</sup> Tradução livre do original em inglês: "This process begins when the proletariat becomes conscious of its own class point of view. Hence it is highly misleading to describe dialectical materialism as 'relativism'. For although they share a common premise: man as the measure of all things, they each give it a different and even contradictory interpretation. The beginning of a 'materialist anthropology' in Feuerbach is in fact only a beginning and one that is in itself capable of a number of continuations. Marx took up Feuerbach's suggestion and thought it out to its logical conclusion. In the process he takes issue very sharply with Hegel: "Hegel makes of man a man of self-consciousness instead of making self-consciousness the self-consciousness of man, i.e. of real man as he lives in the real world of objects by which he is conditioned. "Simultaneously, however, and this is moreover at the time when he was most under the influence of Feuerbach, he sees man historically and dialectically, and both are to be understood in a double sense. (1) He never speaks of man in general, of an abstractly absolutised man: he always thinks of him as a link in a concrete totality, in a society. The latter must be explained from the standpoint of man but only after man has himself been integrated in the concrete totality and has himself been made truly concrete. (2) Man himself is the objective foundation of the historical dialectic and the subject-object lying at its roots, and as such he is decisively involved in the dialectical process. To formulate it in the initial abstract categories of dialectics: he both is and at the same time is not. Religion, Marx says, in the Critique of Hegel's Philosophy of Right, "is the realisation in fantasy of the essence of man because the essence of man does not possess any true reality."

existência, pois representa a dissolução efetiva dessa ordem mundial.” A auto compreensão do proletariado é, portanto, simultaneamente compreensão objetiva da natureza da sociedade. Quando o proletariado promove seus próprios objetivos de classe, alcança simultaneamente a realização consciente dos objetivos alvo da sociedade, objetivos que inevitavelmente permaneceriam como possibilidades abstratas e fronteiras objetivas, mas para essa intervenção consciente.<sup>32, p. 114</sup>

Hennessy, uma pensadora do materialismo feminista que sustenta que as condições materiais têm papel fundamental na produção social de gênero e que, por isso, põem à mostra que por muitos modos as mulheres contribuem ativamente nessas produções, escreve:

*A Feminist Standpoint Theory* ocupa um lugar significativo entre as críticas materialistas da epistemologia ocidental. As feministas socialistas inicialmente apropriaram-se da noção de *Standpoint* dos insights de Marx, Engels, Lukács e outros para formular uma explicação mais coerente da autoridade do feminismo e as forças de opressão e exploração que contestam. *Standpoint* refere-se a uma posição na sociedade, uma maneira de fazer sentido que é afetada e pode, por sua vez, ajudar a moldar estruturas de poder, trabalho e riqueza.<sup>33, p. 14</sup>

Essas colocações feitas sobre o *Standpoint of the Proletariat* e a *Standpoint Feminist Theory* jogam luz sobre alguns problemas, pois no texto de Ribeiro<sup>34, p. 62</sup> a ideia de “um ponto de vista” em Marx aparece apenas muito incidentalmente, por meio de uma citação indireta, quando a filósofa brasileira reforça a rebatida de Collins a Heckman no sentido de que “lugar de fala” e “ponto de vista” são pertencentes a grupos e não à perspectiva individual. Contudo, não há em Ribeiro quaisquer adições autorais próprias quanto à gênese conceitual relacionada à perspectiva de classe social ou condições materiais.

A repetição do silenciamento quanto à origem conceitual que remonta em alguma medida a Marx ao longo do texto de Ribeiro<sup>35</sup>, ricocheteia contra os próprios propósitos do movimento feminista; pois que, a adoção atual de um termo pensado em sua gênese para falar da perspectiva de classe pode ser exíguo à pretensão de levar a cabo as potências da ferramenta da interseccionalidade que entrecruza gênero, classe e cor e deve ser capaz também

<sup>32</sup> LUKÁCS, Georg. Reification and the Consciousness of the Proletariat. In: LUKÁCS, Georg. *History & Class Consciousness*. Londres: Merlin Press, 1967. Disponível em: [https://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc07\\_5.htm](https://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc07_5.htm). Acesso em: 27 jun. 2019. Tradução livre do original em inglês: “In his early Critique of Hegel’s Philosophy of Right, Marx gave a lapidary account of the special position of the proletariat in society and in history, and the standpoint from which it can function as the identical subject-object of the social and historical processes of evolution. “When the proletariat proclaims the dissolution of the previous world-order it does no more than reveal the secret of its own existence, for it represents the effective dissolution of that world-order.” The self-understanding of the proletariat is therefore simultaneously the objective understanding of the nature of society. When the proletariat furthers its own class-aims it simultaneously achieves the conscious realisation of the – objective – aims of society, aims which would inevitably remain abstract possibilities and objective frontiers but for this conscious intervention”.

<sup>33</sup> HENNESSY, Rosemary. Women’s Lives / Feminist Knowledge: feminist standpoint as ideology critique. *Hypatia*, Cambridge, v. 1, n. 8, p. 14-34, 1993. Tradução livre do original em inglês: “Feminist standpoint theory occupies a significant place among materialist critiques Western epistemology.’ Socialist feminists initially appropriated the notion of standpoint from the insights of Marx, Engels, Lukács, and others in order to formulate a more coherent explanation of feminism’s authority, who it speaks for, and the forces of oppression and exploitation it contests. Standpoint refers to a position in society, a way of making sense that is affected by and can in turn help shape structures of power, work, and wealth.”

<sup>34</sup> RIBEIRO, Djamilá. *O que é Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019.

<sup>35</sup> RIBEIRO, Djamilá. *O que é Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019.

de localizar outras condições subalternizadas. A dimensão da influência do termo de raízes marxistas não pode ser abandonada plenamente pelo Movimento. Ao contrário, a família patriarcal que cerca as mulheres nos espaços privados, das coisas privadas, produz o capitalismo e é por ele reproduzida<sup>36</sup>, p. 294-296.

É preciso assumir plenamente o conceito e criticamente compreender os limites de sua aptidão em contribuir para a retirada de mulheres plurais da invisibilidade e do silenciamento. Ou seja, não é trivial o tamanho da riqueza que se perdeu quando o conceito foi tirado da questão material de classe para ser pensado apenas sobre as questões de gênero e, só aí, então, ser reconectado com questões de classe, porque, afinal, é a interseccionalidade que vai (re)apresentar a classe às questões de gênero e de raça.

Além do já exposto, há, também, outra questão de fundo que carece de aprofundamento. Pode ser e assim parece ser, exclusivamente para os fins de uma intenção interseccional, que o conceito de *Standpoint* ou o *Standpoint Theory* - que tem sua gênese na questão da classe - não seja suficientemente abrangente para abarcar a tarefa da interseção adequadamente, que precisa igualmente das inserções das questões do gênero e da raça devidamente referenciadas, e mais do que isso, da adoção de uma geometria móvel capaz de cartografar outros tipos de opressões contra mulheres. Há uma inadequação pragmática na utilização do conceito dotado de uma origem teórica própria, mas isso é percebido e assumido como desafio crítico por Collins, ao fazer o uso do termo *Feminist Standpoint*:

Inicialmente examinando apenas uma dimensão das relações de poder, a saber, a da classe social, Marx postulou que, embora desarticulados e incipientes, os grupos oprimidos possuíam um *Standpoint* particular sobre a desigualdade. Em versões mais contemporâneas, a desigualdade foi revisada para refletir um maior grau de complexidade, especialmente de raça e gênero. O que temos agora é aumentar a sofisticação sobre como discutir a localização do grupo, não no quadro singular de classe social proposto por Marx, nem nas primeiras estruturas feministas argumentando a primazia do gênero, mas dentro de construtos de multiplicidade que residem nas próprias estruturas sociais e não em mulheres individuais. A fluidez não significa que os próprios grupos desapareçam, sejam substituídos por uma acumulação de mulheres descontextualizadas e únicas, cuja complexidade apaga a política. Em vez disso, a fluidez das fronteiras funciona como uma nova lente que potencialmente aprofunda a compreensão de como os mecanismos reais do poder institucional podem mudar drasticamente, continuando a reproduzir desigualdades duradouras de raça, gênero e classe que resultam em estabilidade de grupo.<sup>37</sup>, p. 377

<sup>36</sup> ENGELS, F. Engels to J. Bloch In Königsberg: London, September 21, 1890. In: MARX, K.; ENGELS, F.; LÊNIN, V. U. Historical Materialism (Marx, Engels, Lenin). Moscou: Progress Publishers, 1972a.

<sup>37</sup> COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's "Truth and Method: feminist standpoint theory revisited": where's the power?. *The University Of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997. Tradução livre do original em inglês: "Initially examining only one dimension of power relations, namely, that of social class, Marx posited that, how ever unarticulated and inchoate, oppressed groups possessed a particular standpoint on inequality. In more contemporary versions, inequality has been revised to reflect a greater degree of complexity, especially that of race and gender. What we now have is increasing sophistication about how to discuss group location, not in the singular social class framework proposed by Marx, nor in the early feminist frameworks arguing the primacy of gender, but within constructs of multiplicity residing in social structures themselves and not in individual women. Fluidity does not mean that groups themselves disappear, to be replaced by an accumulation of decontextualized, unique women whose complexity erases politics. Instead, the fluidity of boundaries operates as a new lens that potentially deepens understanding of how the actual mechanisms of institutional power can change dramatically while continuing to reproduce long-standing inequalities of race, gender, and class that result in group stability."

Fraser, ao tratar de uma justiça bidimensional que inclua reconhecimento e distribuição, foi capaz de alcançar um termo que açambarcou tanto as necessidades de iguais distribuições de recursos como dos direitos decorrentes do reconhecimento e da retirada da invisibilidade. Porém, nem no inglês, majoritariamente com as norte-americanas, nem no Brasil, as feministas se desgarraram conceitualmente o suficiente da questão que permanece limitada como de classe ou de raça, a partir do *Feminist Standpoint*, para admitir a interseccionalidade dotada de uma forma de maior variabilidade que a torne apta a captar novos elementos da trombada interseccional.

Não é uma simples questão sintática e não se trata apenas de convencionalismos. Há uma dimensão pragmática, um pano de fundo em que um termo historicamente associado à questão da classe, que é um problema que não pode ser ignorado, mas que pode, paradoxalmente, encobrir a estrutura patriarcal e com ela se associar, por impedir a detecção de outras formas de opressão decorrentes do próprio patriarcado que está sempre a sustentar o problema das classes. É fundamental que as questões de gênero e raça não sejam retraídas à classe, sob o risco de permanecer um hiato que possibilite negar outras espécies de dominação que sujeitam mulheres a contextos tão misóginos quanto androcentrados ou patriarcais e/ou racistas, ou seja, ainda numa situação de mobilidade de classes, como reivindicou o pensamento feminista reformista focado primordialmente na igualdade em relação aos homens no mercado de trabalho, permanece ofuscado o pedido mais radical do feminismo contemporâneo – uma reestruturação geral antissexista da sociedade<sup>38</sup>, p. 21.

Portanto, essa crítica da limitação conceitual do *Standpoint* também vale para pensar além dessa tríade (gênero, classe e cor) porque é preciso que permaneça uma fenda para o reconhecimento de outros tipos de opressões, como o direcionado à sexualidade e não ao gênero, à idade e não à cor, exemplificativamente.

Nem mesmo com um feminismo mais radical quanto à questão da classe, como no caso das feministas socialistas, a eliminação completa das desigualdades materiais ou econômicas se mostra como um mote suficiente para a erradicação do sexismo e da dominação das mulheres pela estrutura patriarcal.

Fraser, já citada, e é importante nela retornar, com essa percepção, aponta para a necessidade de uma justiça tridimensional – quando acrescida da ideia de representação - tanto de distribuição dos recursos materiais, como também de reconhecimento, apta a garantir o mesmo respeito e iguais oportunidades intersubjetivas para se alcançar estima social para as mulheres:

Na verdade, gênero não é apenas uma divisão de classe, mas também uma diferenciação de status. Como tal, também engloba elementos mais remanescentes da sexualidade do que a classe, o que traz diretamente a problemática do reconhecimento. Códigos de gênero são padrões culturais penetrantes de interpretação e avaliação, que são centrais para a ordem de status como um todo. Como resultado, não apenas mulheres, mas o baixo status é para todos os grupos marcados pela feminização e, portanto, a depreciação. Assim, uma das principais características da injustiça de gênero é o androcentrismo: um padrão institucionalizado de valor cultural que privilegia traços associados à masculinidade, enquanto desvalorizava tudo codificado como

<sup>38</sup> HOOKS, Bell. *O Feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 1. ed. Trad. Ana Luiza Libânio. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

"feminino", paradigmaticamente - mas não só - mulheres. Pervasivamente institucionalizados, os padrões de valor androcêntricos estruturam amplas faixas de interação social. Expressamente codificado em expressamente codificado em muitas áreas do direito (incluindo direito de família e direito penal), eles informam construções legais de privacidade, autonomia, autodefesa, e igualdade. Eles também estão entrenchados em muitas áreas de política governamental (incluindo reprodução, imigração e asilo político) e nas práticas profissionais habituais (incluindo medicina e psicoterapia). Padrões de valor androcêntrico também permeiam a cultura popular e a interação cotidiana. Como resultado, as mulheres sofrem formas de subordinação de status específicas de gênero, incluindo agressão sexual e violência doméstica; banalizando, representações estereotipadas objetivas e humilhantes nos meios de comunicação; assédio e depreciação na vida cotidiana; exclusão ou marginalização em esferas públicas e órgãos deliberativos; e negação de todos os direitos e proteções iguais de cidadania. Esses danos são injustiças de reconhecimento.<sup>39</sup>, p. 377 40, p. 21

Daí a exigência de se encontrar um significado que seja potente o suficiente para escancarar de forma adequada e mais ampla as possíveis demarcações e depositar suas cargas até então invisíveis frente às lentes da interseccionalidade, a ponto de haver uma dotação capaz de trazê-las ao conhecimento, levando-se em consideração que para além do gênero, a violência do silenciamento e da invisibilidade age sob os índices de feminilidade.

A linguagem (e os conceitos) não devem posicionar-se como secundária no processo de trazer à vista os problemas que afetam o gênero e a racialização em tão igual destaque quanto outras questões como a da classe, religião, etnia, sexualidade, idade etc. Essas questões, igualmente, demarcam a condição subalterna da mulher e do feminino na sociedade patriarcal. Isto é, nenhuma zona pode encobrir a outra, sob pena de anular a potência da lupa da interseccionalidade, que não é útil apenas na tarefa do mapeamento de zonas, mas também em auxiliar na árdua tarefa de desfazer a estrutura sexista da sociedade. Cada um desses mapeamentos possui - se adotada a perspectiva de Collins<sup>41</sup>, p. 375 sobre uma consciência gru-

<sup>39</sup> COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's "Truth and Method: feminist standpoint theory revisited": where's the power?. *The University Of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997. Tradução livre do original em inglês: "In fact, gender is not only a class-like division, but a status differentiation as well. As such, it also encompasses elements more reminiscent of sexuality than class, which bring it squarely within the problematic of recognition. Gender codes pervasive cultural patterns of interpretation and evaluation, which are central to the status order as a whole. As a result, not just women but all low-status groups risk feminization and thus depreciation. Thus, a major feature of gender injustice is androcentrism: na institutionalized pattern of cultural value that privileges traits associated with masculinity, while devaluing everything coded as "feminine," paradigmatically - but not only - women. Pervasively institutionalized, androcentric value patterns structure broad swaths of social interaction. Expressly codified in Expressly codified in many areas of law (including family law and criminal law), they inform legal constructions of privacy, autonomy, self-defense, and equality. They are also entrenched in many areas of government policy (including reproductive, immigration, and asylum policy) and in standard professional practices (including medicine and psychotherapy). Androcentric value patterns also pervade popular culture and everyday interaction. As a result, women suffer gender-specific forms of status subordination, including sexual assault and domestic violence; trivializing, objectifying, and demeaning stereotypical depictions in the media; harassment and disparagement in everyday life; exclusion or marginalization in public spheres and deliberative bodies; and denial of the full rights and equal protections of citizenship. These harms are injustices of recognition."

<sup>40</sup> FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero. In: BRUSCINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. 34. ed. São Paulo: FCC, 2002, p. 61-78.

<sup>41</sup> COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's "Truth and Method: feminist standpoint theory revisited": where's the power?. *The University Of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997.

pal ou uma comunalidade de experiências históricas - problemas tão próprios quanto importantes, pois não é possível um discurso legítimo que hierarquize espécies de opressão.

No entanto, a *Standpoint Feminist Theory* incorre no erro de desprezar o papel da linguagem na sua condição daquela que possibilita o acesso ao mundo<sup>42, p. 23</sup>, e assim, do conhecimento humano em relação ao mundo e dos efeitos de ação que decorrem de um ato de fala<sup>43</sup>:

*Standpoint Theory* argumenta que ideias importam em sistemas de poder. [...] Assim, tentativas de levar o conhecimento, deixando o poder para trás, operam inadvertidamente dentro do terreno do conhecimento privilegiado. Embora eu respeite as contribuições pós-modernas na desconstrução de linguagens de poder, a teoria do ponto de vista abrange muito mais do que mudar o "jogo da linguagem da política". A opressão não é um jogo, nem é apenas sobre a linguagem - para muitos de nós, ainda permanece profundamente real<sup>44, p. 381</sup>.

Sem a pretensão de operar no campo do pós-moderno e dos seus desdobramentos teóricos, é de se indagar: não pode a linguagem ser profundamente opressora e denotar toda uma estrutura de opressão como a patriarcal que é sexista, misógina, racista, homolesbotransfóbica, classista e insustentavelmente reificante?

Todos esses mecanismos opressores são uma realidade que só podem se constituir pela linguagem. Não há realidade acessível sem a mediação da linguagem, percepção que foi chamada de reviravolta linguística (*linguistic turn*) e que pode ser assim bem colocada: “a linguagem é o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade”<sup>45, p. 13</sup>. Para além disso, ao falarmos, estamos agindo, haja vista tratar-se do sentido performativo da linguagem<sup>46, p. 80</sup>.

Segundo Habermans, o uso da linguagem implica em ações e fatos reais. Assim, “a intelecção de Austin segundo o qual a pessoa faz algo ao dizer algo, tem um reverso: *ao efectuar um acto de fala, o locutor diz, ao mesmo tempo, o que faz*”<sup>47</sup>. Ao mesmo tempo, não há emancipação possível sem a linguagem, pois é através do caminho da discussão que podemos nos autorregular, nos autorrealizar, nos autodeterminar<sup>48, p. 172-184</sup>.

#### 4 ESFERA PÚBLICA E DISCURSIVA (TEORIA DA DISCUSSÃO)

“Ao proceder um modelo que lhe é bastante próprio, o da *reconstrução*, decompondo

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.

<sup>43</sup> AUSTIN, John Langshaw. Lecture II. In: AUSTIN, John Langshaw. *How To Do Things With Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

<sup>44</sup> COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's "Truth and Method: feminist standpoint theory revisited": where's the power?. *The University Of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997. Tradução livre do original em inglês: “Standpoint theory argues that ideas matter in systems of power. [...] Thus, attempts to take the knowledge while leaving the power behind inadvertently operate within the terrain of privileged knowledge. While I respect postmodern contributions in deconstructing languages of power, standpoint theory encompasses much more than changing the "language game of politics" Oppression is not a game, nor is it solely about language-for many of us, it still remains profoundly real.”

<sup>45</sup> PUNTEL, L. B. *Grundlegung einer Theorie der Wahrheit*. Berlin, Nova Iorque: [s.n] 1990.

<sup>46</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. *Fatigada y validez: sobre el derecho el Estado democrático de derecho em términos de teoria de discurso*. Madri: Trotta, 2005.

e recompondo uma teoria para que ela possa cada vez melhor alcançar o fim que se propõe, vez que seu potencial de estímulo ainda não se esgotou”<sup>49</sup> p. 25.

Habermas, ao escrever o Prefácio à nova edição (1990) de *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, insere comentários que além de evidenciar um distanciamento temporal desde a primeira publicação (1962), o faz sobretudo interessado em que suas novas considerações contribuam para as questões da teoria democrática<sup>50</sup>, p. 37, mas sem deixar de destacar que sua própria teoria mudou, menos em traços fundamentais do que no grau de complexidade ou sofisticação<sup>51</sup> p. 36.

Assim, do ponto mais inicial de sua primeira versão da obra, o autor parte da constituição de uma esfera pública burguesa homogênea, destinada a discutir assuntos de política e de Estado sob um paradigma moral, com uma demarcada separação entre esse espaço público dos salões burgueses, separado da vida íntima e privada.

Posteriormente sua teoria evolui para a inserção das classes trabalhadoras capazes de converter os conflitos econômicos em conflitos políticos e em codeterminação organizada<sup>52</sup> p. 334. A partir do princípio de que todo ser humano é igual, ancorada na elevação moral igualitária de todos os homens<sup>53</sup>, p. 54, e também alicerçada no uso da razão pública e da imprensa, que possui como efeitos colaterais, além da promoção tanto da heterogeneidade nos debates, ao longo do século XIX, com o aumento da tensão pela busca da legitimidade da razão, a ampliação das funções estatais passa a atender esses indivíduos com demandas cada vez mais particulares ou diferenciadas, alavancando um Estado de Bem-Estar<sup>54</sup>, p. 335-336.

Assim, surge então o chamado cliente em detrimento do indivíduo e da sociedade política crítica<sup>55</sup>, p. 70. O cidadão, despido da sua condição crítica, e vestido do clientelismo, rege-se por seus interesses menos assertivos em pretensões de validade baseado em razões, e assim é ajustado à condição de disputado por narrativas publicitárias que, se num primeiro momento buscaram legitimidade racionalmente justificáveis. Agora, agem de modo ambivalente, e servem tanto à manipulação de seu público, quanto à legitimação perante ele<sup>56</sup>, p. 388 – e assim os espaços privados restam reestatizados, o que Habermas chamou de refeudalização da sociedade<sup>57</sup>, p. 328.

Arruzza, Bhattacharya e Fraser<sup>58</sup>, p. 114-115, reconhecem que as classes trabalhadoras ganharam algumas concessões do capitalismo tardio ou capitalismo de Estado para a reprodução social, como pensões, seguro-desemprego, salário-família, educação pública gratuita e seguro-saúde. Mas longe de promover uma ruptura com o modelo patriarcal, branco, heteronormativo, cisgênero e seus efeitos colaterais, a seguridade social age de maneira seletiva,

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para uma reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Unesp, 2016b.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> *Idem*.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a.

<sup>58</sup> ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. Trad. de Candiani, Heci Regina. São Paulo: Boitempo, 2019.

baseando-se em critérios de raça/etnia, em parâmetros heteronormativos de elegibilidade para a assistência social. Ou seja, o cliente do Patriarcado como *background* do Estado de Bem-Estar, é a condição de “sujeito negativo de direito” e de “cidadão negativo” no processo político.

Assim, o Prefácio de 1990 da obra *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, traz reconsiderações tão importantes do ponto de vista de alguns de seus enunciados estruturais e críticos anteriores, quanto da perspectiva de uma atualização de novos problemas que pedem novas respostas de um projeto democrático.

Além disso, a atualização da obra mediante um prefácio somente evidenciou a sua permanente importância literária, que se era marcada por um tom pessimista, ao mesmo tempo não perdia de vista uma possibilidade emancipatória<sup>59, p. 9</sup>. Contudo, o olhar otimista e a aposta no potencial emancipatório da esfera pública se ampliaram em 1990<sup>60, p. 84 e 87</sup>. Características essas que se acentuaram também ao longo no conjunto da obra daquele que já foi chamado de “*O Incendiário de Frankfurt*” e é hoje considerado um dos intelectuais mais influentes no mundo, juntamente com o aumento de sua sofisticação.

Um exemplo dessa aposta ampliada para um projeto democrático emancipatório é o aumento da percepção da alteração no núcleo de estruturas comunicativas da esfera pública, que Habermas<sup>61, p. 329</sup>, havia chamado de poder social em 1962 e que imbricava o privado e o público, sem corresponder a nenhum deles, marcado pela participação de federações, partidos políticos e sindicatos. No Prefácio de 1990, esse papel é transferido e potencializado por associações de bases voluntárias, não estatais e não econômicas, como igrejas, associações culturais, universidades, mídias independentes, associações de lazer, clubes de discussão, fóruns de cidadania e iniciativas civis, sindicatos, associações profissionais e partidos políticos, capazes de captar os ecos dos problemas sociais da esfera privada, condensá-los e ressoná-los na esfera pública<sup>62, p. 82 63, p. 38</sup>.

Um ponto interessante que nos serve como uma abertura inicial que pode conduzir até o problema que é erguido no início do presente texto e que o motiva, acerca do melhor local de potência para a interseccionalidade – entre “lugar de fala” e esfera pública –, se dá quando Habermas<sup>64, p. 41</sup>, rebate a crítica de que seu modelo de Esfera Pública ignora diferenças para a construção de consensos. Apresentou-se, então, o argumento de que desde o começo foi admitida a ideia de Esferas Públicas concorrentes e assim considerando os processos de comunicação excluídos da Esfera Pública “dominante” – que se refere à esfera pública burguesa, constituída estruturalmente de forma patriarcal, com a condição de que as mulheres ficassem nos espaços da vida privada (a família patriarcal e a propriedade privada constituíam o privado e essa estrutura patriarcalista era o fundamento do público<sup>65, p. 47</sup>:

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a

<sup>63</sup> CATTIONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

<sup>64</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a.

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a.

Apenas com esse olhar microscópico, é possível reconhecer como um mecanismo de exclusão das mulheres desse mundo dominado (de outro lado) por homens aparece de outra maneira, diferente daquela que eu havia visto na época. Não existe nenhuma dúvida sobre o caráter patriarcal da família conjugal que formava tanto o núcleo conjugal da esfera privada da sociedade burguesa como a fonte originária das novas experiências de uma nova subjetividade voltada para si mesma. Contudo, nesse meio-tempo, a crescente literatura feminista aguçou nossa percepção para o caráter patriarcal da própria esfera pública.<sup>66, p.44</sup>

Habermas<sup>67, p. 45</sup> ainda se questiona se as mulheres foram excluídas da mesma maneira que trabalhadores, camponeses e “homens dependentes”, já que a esses grupos foi negado o direito de participar em igualdade, de maneira ativa, na formação política da opinião e da vontade. A questão aqui não é posta num sentido interseccional. Pelo contrário, com ela o autor reconhece que nem mesmo a expansão dos direitos de participação democrática e compensação do Estado de bem-estar para as desvantagens de classe modificou o caráter patriarcal da esfera pública, e a zona caracterizada por homens de classe também se sobrepunham sobre mulheres de classe – a opressão patriarcal, percebeu Habermas, não se limitava às condições materiais de vivências, mas se estendia para o direito de mulheres atuarem performativamente enquanto sujeitos capazes de erguer pretensões de validade em espaços políticos.

Em direção contínua, acompanhando um diagnóstico defendido por Carol Pateman<sup>68, p. 105</sup>, Habermas<sup>69, p. 46</sup> reconhece que as modificações nas relações de gênero interferem não apenas no sistema econômico, mas alcançam o núcleo privado familiar. O que evidencia que a exclusão das mulheres foi constitutiva para a esfera pública política.

Entretanto, reconhecer a dimensão patriarcal de uma esfera pública historicamente constituída serve para aprender com a história e promover autocorreção do projeto político e jurídico que compartilhamos:

Naturalmente essa reflexão convincente não desmente os direitos à inclusão e à igualdade irrestritas, inerentes à auto-compreensão da esfera pública liberal; ela antes os reivindica.<sup>70, p. 47</sup>

O patriarcado deve ser transformado pelo movimento feminista por dentro da própria esfera pública<sup>71, p. 48</sup>, mediante processos discursivos intersubjetivos por meio de uma potência capaz de esfacelar um *Mundo Vivido Patriarcal*, enquanto saber pré-categorial, desarticulando as expectativas já sedimentadas que estruturam Sociedade, Cultura e Personalidade e reconstruir ou reconfigurar<sup>72, p. 409</sup>, mediante o olhar inquirido feminista dotado de uma crítica emancipatória, que é e deve ser possível para todos, um *Mundo da Vida* agora inclusivo, mais plural e que além de distribuição material, assegure reconhecimento não apenas às mulheres,

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> PATEMAN, Carol. *The Fraternal Social Contract*. In: PATEMAN, Carol. *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*. San José: Stanford University Press, 1983.

<sup>69</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a.

<sup>70</sup> *Idem.*

<sup>71</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a.

<sup>72</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II*. Crítica de la razón funcionalista. Madri: Taurus Humanidades, 1987.

mas às diferenças que demarcam as infinitudes de possibilidades que chamamos de seres humanos.

Essa proposta é possível se considerarmos um modelo pragmático que preencha função idealizada para que possa ser visado e aproximado pelos participantes possíveis das dimensões lógico-argumentativas da *Discussão*<sup>73</sup>, conforme pensado por Habermas<sup>74</sup>, p. 115, considerando que os participantes ao mesmo tempo que erguem pretensões de validade (verdade, correção, sinceridade) criticáveis ou problematizáveis, estão submetidos às limitações espaço-temporais, *além de possuírem lugar em contexto social* e que também são movidos por outros motivos além da busca cooperativa da verdade.

Com isso, partir dos Pressupostos da *Discussão*<sup>75</sup>, p. 110, realidades como lugar em contexto social, limitações espaço-temporais, e motivações diversas que a busca cooperativa pela verdade ou consenso, não são razões para exclusão do plano da *Discussão* dentro da esfera pública. Como dito antes, devem servir, antes, como razões para reivindicar o igual direito de participação, que é a condição inerente à própria ideia de esfera pública.

Habermas apresenta assim, Pressupostos da *Discussão* que são, por suas qualidades, lógicos, considerando a intenção dos que enunciam em aspecto lógico-argumentativo com o intuito de cooperar pelo alcance do consenso ou da verdade:

- (1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se.
- (1.2) Todo falante que aplicar um predicado F a um objeto a tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a a sob todos os aspectos relevantes.
- (1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes.<sup>76</sup>, p. 110

Adiante, Habermas apresenta regras também do catálogo, que têm conteúdo manifestamente ético:

- (2.1) A todo falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.
- (2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso.<sup>77</sup>, p. 110

E, dentro da ideia desenvolvida por Apel, a partir de Peirce e Mead de “comunidade ilimitada de comunicação”, Habermas<sup>78</sup>, p. 111-112 afirma que os argumentantes não podem se esquivar à pressuposição de que a estrutura de comunicação exclui toda coerção que atua do exterior sob os processos de entendimento comunicativo mútuo. E se vale das regras seguintes da *Discussão* (desenvolvidas por Alexy a partir das análises do próprio Habermas), que visam anular coerções que não sejam a do melhor argumento:

- (3.1) É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.

<sup>73</sup> Durante o presente trabalho foi utilizado o termo *Discussão* em atenção ao original utilizado em alemão “*Diskurs*”, conforme a Nota Preliminar do Tradutor de *Consciência Moral e Agir Comunicativo* HABERMAS, Jürgen. *Consciência mora e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003)

<sup>74</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>75</sup> *Idem*.

<sup>76</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> *Idem*.

(3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção no Discurso; b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso; c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.

(3.3) Não é lícito falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2).<sup>79</sup>, p. 112

Dessas regras, Habermas<sup>80</sup>, p. 116 deriva seu Princípio da Discussão (D:) – só podem reclamar validade as normas que encontrem o assentimento dos concernidos ou destinatários enquanto participantes da própria Discussão. O que revela “um *procedimento*, a saber, acerca das pretensões de validade normativas discursivamente estabelecidas. E, nessa medida, a ética do Discurso pode ser corretamente caracterizada como formal<sup>81</sup>, p. 126.”

No entanto, diferentemente de Apel, Habermas vai se orientar pela ideia de *situação ideal de fala* e não de *comunidade ilimitada de comunicação* e de uma Pragmática Universal opostamente à Pragmática transcendental. A situação ideal de fala em Habermas parte de um significado diferenciado de transcendental, que ocasiona uma conversão pragmática diverso do sentido contido na gênese kantiana, deixando de lado seu apriorismo<sup>82</sup>. Para Habermas, transcendental é uma conceitualização do que pode se repetir em todas as experiências coerentes, porém de modo hipotético<sup>83</sup>, p. 332. A partir dessas condições supostas universais e que devem ser preenchidas para que determinadas práticas comunicativas possam ocorrer, Habermas entende, pela necessidade de um ideal regulativo que nos obriga a justificar nossas pretensões de validade. A tarefa da Pragmática Universal é exatamente identificar e reconstruir as condições universais do entendimento possível e, com ela, Habermas mantém, a necessidade de um princípio regulador das práticas argumentativas.

A intelecção final do juízo transcendental se ocupa com esta idealização abrupta na fundamentação, não previamente viável, da objetividade na intersubjetividade linguística. (HABERMAS, 2002, p. 106)

## 5 ENTRE O LUGAR DE FALA OU ESFERA PÚBLICA: ONDE A INTERSECCIONALIDADE TEM SUA MAIOR POTENCIALIDADE?

Habermas é assertivo ao afirmar que Foucault define as regras que conformam o discurso detentor de poder como mecanismo de exclusão que a todo momento constituem seu “*Outro*” - aquele outro não da intersubjetividade, mas não reconhecido, o negado. Nesses casos, não existe comunicação possível entre o dentro e o fora. E permanece a impossibilidade de linguagem compartilhada entre os que participam do discurso e os que protestam<sup>84</sup>, p. 47. É

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> *Idem.*

<sup>81</sup> *Idem.*

<sup>82</sup> HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

<sup>84</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2016a.

com essa noção de discurso que Ribeiro<sup>85</sup>, p. 55 trabalha em sua obra – um sistema que estrutura determinado imaginário social de poder e controle. Tal compreensão é complementada pelas ideias de linguagem como mecanismo de controle social, e pelos conceitos apresentados particularmente à sua maneira de “lugar de fala” e Lugar Social e com um propósito: interromper o regime de autorização discursiva<sup>86</sup>, p. 14 e 54-55.

Ao atravessar um outro sentido para “lugar de fala” como lugar para pensar e refutar a historiografia tradicional e a hierarquização de saberes, que ajudam a promover uma consequente hierarquia social<sup>87</sup>, p. 64, a filósofa brasileira se vale de Spivak para erguer sua pretensão de validade: Pode o subalterno Falar?<sup>88</sup>, p. 72

Para a teórica literária indiana Spivak a resposta é negativa, a não ser que o faça por outros espaços (separado dos que o subalternizam). Entretanto, Ribeiro<sup>89</sup>, p. 74-75, afirma que Collins tem outra posição e que acreditar em Spivak apenas faria validar essa ideia como absoluta e significaria também acreditar que os oprimidos só podem consentir com o discurso dos opressores, o que os tornariam incapazes de pensar as próprias condições e qualquer outra interpretação válida independente.

Reconhecer a validade do conteúdo enunciado por Collins, coloca Ribeiro numa contradição performativa. Se o discurso é uma estrutura de Poder e Opressão e a linguagem mecanismo de controle social, porque então é possível se inserir nessa esfera, questionar enunciados prontos e apresentar novas pretensões de validade próprias, sem reproduzir um lócus opressor? Porque o Discursivo agora pode ser uma esfera para uma práxis de emancipação e não uma condenação eterna de mimetização dos polos Poder/Opressão?

O fato é que os pontos de partidas com que Ribeiro<sup>90</sup> opera com as ideias de discurso, “lugar de fala”, e “lugar social” não a permitem superar a contradição performativa na qual se colocou. Pelo contrário, a oposição da ordem de uma inconsistência lógico-pragmática que se insere possui efeito colateral: separatismo. O “lugar de fala, como um mote do *Feminist Standpoint*, apresentado por Ribeiro<sup>91</sup>, tem gerado a consequência que é o reverso do objeto de sua luta contra o impedimento de mulheres (em especiais as negras) terem iguais espaços e direitos, sejam materiais e ou de reconhecimento. É um novo tipo de separatismo que se dá, sobretudo, pela via da linguagem, mas que ressona incomunicabilidade dos que são diferentes segundo o “lugar de fala” que cabe a cada um e que perpetua a ideia de discurso como lugar de Poder e Controle, de linguagem como mecanismo de manutenção de poder<sup>92</sup>.

O Professor da Universidade de Brasília, Luís Felipe Miguel, constatou exatamente isso:

“Lugar de fala” virou uma ferramenta de exclusão. “Ter lugar de fala” é um bilhete de acesso, numa leitura literal da metáfora: é ter assento numa assembleia exclusiva. Quem “não tem lugar de fala” não tem assento, logo deve ser expulso, isto é, se calar.

[...] O ponto do lugar de fala não é proibir que alguns falem sobre determinados

<sup>85</sup> RIBEIRO, Djamilia. *O que é Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019.

<sup>86</sup> Idem.

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> RIBEIRO, Djamilia. *O que é Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> Idem.

assuntos. Nem dar a outros uma autoridade ilimitada porque ancorada numa vivência singular. O ponto é sempre levar em conta de onde partem os discursos, entender que eles externam uma perspectiva situada. O integrante de um grupo dominado tem uma vivência que permite (potencialmente) que seu discurso traduza um conhecimento prático que alguém externo ao grupo não tem como alcançar. Isso é muito relevante. Mas não faz dele um oráculo, nem reduz o outro ao silêncio.<sup>93</sup>, p. 145

Com o “lugar de fala”, o feminismo se tornou, para nichos, obstrução para os processos discursivo intersubjetivos. O feminismo não é assunto para todos e, assim, não pode ser abordado toda uma sociedade – a sociedade somente é capaz de comunicar sobre um feminismo negativo, ou seja, o pseudo-emancipatório exige “lugar de fala”.

Faltou ocorrer para Ribeiro<sup>94</sup> que os consensos construídos entre tensões e diferenças são essenciais na promoção das profundas transformações político-sociais na luta anti-patriarcado.

Um exemplo do “lugar de fala” como lugar de obstrução da fala, está abaixo:

Em um simpósio recente na minha universidade, um prestigiado teórico foi convidado a dar uma palestra sobre os problemas políticos do pós-modernismo. Aqueles de nós na platéia, incluindo muitas mulheres brancas e pessoas de nacionalidades e raças oprimidas. Linda Alcoff aguardou ansiosamente o que ele tem para contribuir com essa importante discussão. Para nossa decepção, ele apresentou sua palestra explicando que não poderia cobrir o tópico designado porque, como homem branco, não achava que pudesse falar pelas perspectivas feministas e pós-coloniais que lançaram a interrogação crítica de um pós-modernismo político. Ele passou a nos dar uma palestra sobre arquitetura<sup>95</sup>, p. 6

Se o movimento feminista não entender que ele é de fato para todos, e sendo para todos, indistintamente qualquer um tem posição de compreensão e fala, e isso inclui os homens, brancos, trans, queens, cis, gays, lésbicas, intersexos, não-binários, teremos apenas um movimento com potencial segregador e cuja *práxis* emancipatória terá condição negativa. Isso ganha especial relevância quando se analisa o feminismo enquanto movimento que busca emancipação social efetiva. Pois, ao restringir o debate e a participação das pessoas na construção do enfrentamento as opressões social e discursivamente postas, perde-se espaços e oportunidades. Afinal, como lutará aquele que sequer pode se apresentar ao frente? A participação de toda a sociedade, incluindo a e de elementos que não necessariamente estão no lugar social de opressão, é fundamental para que alterações aconteçam.

Ler e criticar o conceito de “lugar de fala” numa produção literária do feminismo negro

<sup>93</sup> MIGUEL, L. F. *Lugar de fala virou uma ferramenta de exclusão*. Esquerda online: 2019.

<sup>94</sup> RIBEIRO, Djamilia. *O que é Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019.

<sup>95</sup> ALCOFF, Linda. The Problem of Speaking for Others. *Cultural Critique*, Minneapolis, n. 20, p. 5-32, 1991. DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1354221>. Tradução livre do original em inglês: “At a recent symposium at my university, a prestigious theorist was invited to give a lecture on the political problems of postmodernism. Those of us in the audience, including many white women and people of oppressed nationalities and races. Linda Alcoff waited in eager anticipation for what he has to contribute to this important discussion. To our disappointment, he introduced his lecture by explaining that he could not cover the assigned topic because as a white male he did not feel that he could speak for the feminist and postcolonial perspectives that have launched the critical interrogation of postmodernism's politics. He went on to give us a lecture on architecture.”

de país periférico como a de Ribeiro<sup>96</sup> demonstra o cumprimento da exigência de levar à sério esse trabalho científico-intelectual (ao contrário de mantê-lo na invisibilidade). E isso significa também que é preciso entender que não há para ele, e nem pode haver, imunidade à crítica teórica. Debates engrandecem a comunidade acadêmica – uma dimensão da esfera pública. E a relevância do tema e sua capilaridade em todo o tecido social, implica em reconhecer que não se está diante de exclusividade de um grupo ou outro, ainda que determinados grupos sejam direta e substancialmente afetados enquanto outros não, mas que se trata de verdadeira razão discursiva e de construção de valores, que, portanto, além de necessitar da participação da sociedade como um todo, seus resultados influenciam nessa mesma sociedade em dimensão global.

É preciso mais do que denunciar o eclipsamento e o silenciamento de mulheres negras, bem como aumentar as potências lentes das interseccionalidade a partir de um modelo mais geométrico-fluído e menos cartográfico. A possibilidade apresentada pelos Pressupostos do Discurso<sup>97</sup>, p. 110-114 que promovem a dimensão da Discussão intersubjetiva procedimental como mecanismo de incluir todos, inclusive mulheres em zonas interseccionais, na esfera pública e dar a elas o igual direito de erguer pretensões de validade, parece um caminho mais possível de reconhecimento, bem como de comunicabilidade intersubjetiva capaz de modificar os próprios pressupostos patriarcais que permeiam as discursividades e, assim, alcançar as estruturas que compõem o *Mundo da Vida* – Sociedade, Cultura, Personalidade. Erigindo uma possibilidade de esfacelamento das formas como estão estabilizadas mediante pretensões de verdade e correção – e reconfigurar esse pano de fundo pré-categorial.

Ao apresentar um modelo que pressupõe a inclusão de todos os concernidos pelas regras dos Pressupostos da Discurso Válido, e inseri-los na dimensão da discursividade, na qualidade concomitante de anuentes com seus conteúdos, a ferramenta da interseccionalidade pode, mais que retirar o sombreamento dos eclipsados, como também contar com essa forma procedimental para assegurar que os silenciados possam igualmente erguer suas pretensões de validade, num processo intersubjetivo, devolvendo-lhes a linguagem com o fito de uma busca cooperativa pela verdade ou pelo consenso.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o movimento feminista não for uma luta para todos, ele já é uma luta perdida e a interseccionalidade uma ferramenta de potência subtraída.

<sup>96</sup> RIBEIRO, Djamila. O que é Lugar de Fala. col. Feminismos Plurais. coord. Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

<sup>97</sup> HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Por isso, talvez um mote como o utilizado por Arruza, Bhattacharya, Fraser<sup>98</sup> – Feminismo para os 99%<sup>99</sup>, ou como o de Hooks<sup>100</sup> – *O feminismo é para todo mundo*, tragam consigo um potencial de práxis emancipatória muito mais consistente e promissor do que as contribuições teóricas muito importantes e mais sofisticadas que se enquadraram no *Feminist Standpoint Theory* com a ideia de um “lugar de fala” feminista, negro e decolonial. A luta feminista é um movimento contra o patriarcado, e uma luta contra o patriarcado só é possível se assumir sua cruzada muito mais ampla e não separatista.

Recusando-se a sacrificar o bem-estar da maioria a fim de proteger a abusividade da minoria, o feminismo para 99% luta pelas necessidades e pelos direitos da maioria: mulheres pobres e da classe trabalhadora, queer, trans, mulheres com deficiência, racializadas, migrantes, brancas, cis, não alinhadas à conformidade de gênero, trabalhadoras sexuais, da casa, desempregadas, subempregadas, precarizadas, pejotizadas, das que são encorajadas a enxergar a si mesmas como integrantes da “classe média” enquanto o capital as explora.

E esse feminismo não se limita às “questões das mulheres”. Ele é para todas as pessoas que são exploradas, dominadas e oprimidas e tem como objetivo se tornar uma fonte de esperança para a humanidade<sup>101</sup>, p. 41-44

ou para uma humanidade, e isso inclui e reclama a presença dos homens nesse movimento – pois o Patriarcado neoliberal também os oprime. O Feminismo para 99% se projeta na busca por uma transformação profunda e de longo alcance e é por isso que não pode se conformar como mais uma estrutura separatista em nosso mundo já dividido em Norte e Sul por todos os lados. Pensar como um(a) feminista que combate a favor dos 99% é estar do lado por justiça ambiental, educação gratuita de qualidade, serviços públicos amplos, habitação acessível, direitos trabalhistas dignos, sistema de saúde gratuito universal, um mundo sem racismo e sem guerra. É com esse movimento que podemos nos desfazer dos modelos de relações sociais que reproduzimos atualmente e que nos oprimem<sup>102</sup>, p. 43.

É preciso, mediante a discursividade, não repetir erros do passado, e estender uma visão crítica emancipatória para todos, num processo intersubjetivo, levando adiante o projeto emancipatório inclusivo, para o qual as lentes de interseccionalidade geométrica mais sensível à fluidez das opressões humanas podem contribuir, parceiras da proposta do constitucionalismo ainda por vir.

Limitar o direito de fala a quem “tem lugar de fala”, colocando os demais nos “outros lugares de fala”, criando bolhas incomunicáveis, parece um projeto em que, de fato, o discurso continua à serventia do Poder e do Controle e a Linguagem um mecanismo de controle social.

<sup>98</sup> ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. Trad. de Candiani, Heci Regina. São Paulo: Boitempo, 2019.

<sup>99</sup> Fraser ensina que o nome vem de #Feminis4the99, que surgiu em decorrência do contexto do movimento grevista feminista na Polônia em outubro de 2019, quando mais de 100 mil mulheres paralisaram atividades e organizaram marchas em oposição à proibição do aborto no país. Esse movimento chegou até à Argentina e as mulheres enfrentaram o assassinato de Lucía Pérez, surgindo o grito “*Ni una menos*”, que se espalhou por vários países: Itália, Espanha, Brasil, Turquia, Peru, Estados Unidos, México, Chile e outras dezenas. Seus lemas foram repercutindo. E um dele é Feminismo para 99% ou #Feminis4the99.

<sup>100</sup> HOOKS, Bell. *O Feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 1. ed. Trad. Ana Luiza Libânio. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

<sup>101</sup> ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo, 2019.

<sup>102</sup> *Idem*.

E, ainda que os subalternos falem, se essa lógica do discurso como lugar de opressão não for destroçada e todos adquirirem espaço para erguer igualmente suas pretensões de validade dentro da esfera pública, o horizonte como lócus para erros permanece do exato tamanho do passado – nada se aprendeu.

Com o mesmo raciocínio, pode-se afirmar que o dia de 24 de fevereiro de 1932, quando mulheres brancas e de cor puderam exercer pela 1ª vez seu direito de voto no Brasil só poderá seguir como uma data feliz, se tivermos aprendido exatamente o que aconteceu com Rosa Parks no dia 1º de dezembro de 1955, em Montgomery, EUA.

## REFERÊNCIAS

ALCOFF, Linda. The Problem of Speaking for Others. *Cultural Critique*, Minneapolis, n. 20, p. 5-32, 1991. DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1354221>.

ARRUZZA; BHATTACHARYA; FRASER. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

AUSTIN, John Langshaw. Lecture II. In: AUSTIN, John Langshaw. *How To Do Things With Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

COLLINS, Patricia Hill. Comment on Hekman's "Truth and Method: feminist standpoint theory revisited": where's the power?. *The University Of Chicago Press*, Chicago, v. 22, n. 2, p. 375-381, 1997.

CRENSHAW, Kimberle. *A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero*. 2002. Disponível em: <http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wp-content/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2023.

DAVIS, Angela. *Mulher, raça e classe*. [S.l.]: Plataforma Gueto, 2013.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DOSSE, Françoise. *História do Estruturalismo*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Edusc, 2007.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais - Perspectivas Latino-Americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del Otro. Hacia el origen del mito de la Modernidad. La Paz: Plural, 1994.

ENGELS, F. Engels to J. Bloch In Königsberg: London, September 21, 1890. In: MARX, K.; ENGELS, F.; LÊNIN, V. U. *Historical Materialism (Marx, Engels, Lenin)*. Moscou: Progress Publishers, 1972a.

HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria*

da sociedade burguesa. São Paulo: Unesp, 2016a.

HABERMAS, Jürgen. *Para uma reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Unesp, 2016b.

HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez: sobre el derecho el Estado democrático de derecho em términos de teoria de discurso*. Madri: Trotta, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Coimbra: Almedina, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*. Madri: Taurus Humanidades, 1987.

HENNESSY, Rosemary. Women's Lives / Feminist Knowledge: feminist standpoint as ideology critique. *Hypatia*, Cambridge, v. 1, n. 8, p. 14-34, 1993.

HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 61-73, jun. 2014.

HOOKS, Bell. *O Feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 1. ed. Trad. Ana Luiza Libânio. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A political-philosophical Exchange*. Londres, Nova York: Verso, 2003.

KERGOAT, Danièle. *Se battre, dissente-elles...Paris, La Dispute* (col. Genre du Monde). Lowy, Ilana. (2002), "Universalité de la science et connaissances situées". In: GUARDEY, D.; LOWY, I. (org). *Les sciences es la fabricacion du masculin et du féminin*. Paris: Des Archives Contemporaines, 2012.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Hypatia*, Cambridge, v. 25, n. 4, 2010.

LUKÁCKS, Georg. Reification and the Consciousness of the Proletariat. In: LUKÁCS, Georg. *History & Class Consciousness*. Londres: Merlin Press, 1967. Disponível em: [https://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc07\\_5.htm](https://www.marxists.org/archive/lukacs/works/history/hcc07_5.htm). Acesso em: 27 jun. 2019.

MERCIER, Daniela. Lélia Gonzalez, Onipresente. *El País*. Cultura. São Paulo, 25 out 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/cultura/2020-10-25/lelia-gonzalez-onipresente.html>. Acesso em: 13 jun. 2022.

MIGUEL, L. F. *Lugar de fala virou uma ferramenta de exclusão*. Esquerda online: 2019.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

PATEMAN, Carol. The Fraternal Social Contract. In: PATEMAN, Carol. *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*. San José: Stanford University Press, 1983.

PÊCHEUX, Michel. *Semântica e discurso: uma crítica à afirmação do óbvio*. 2. ed. Trad. Eni Pulcinelli Orlandi et al. Campinas: UNICAMP, 1995.

PUNTEL, L. B. *Grundlegung einer Theorie der Wahrheit*. Berlim, Nova Iorque: [s.n] 1990.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty Spivak. *Pode o Subalterno Falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ROSA, Hartmut. *Alienation and acceleration: towards a critical theory of late-modern temporality*. Helsingfors: NSU Press, 2014.

RIBEIRO, Djamila. *O que é Lugar de Fala*. São Paulo: Pólen, 2019.