



PUC  
RIO

# Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2022  
ISSN 1516-6104

**60**

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Departamento de Direito



PUC  
RIO

# Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2022  
ISSN 1516-6104

60

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Departamento de Direito

# Revista Direito, Estado e Sociedade (ISSN 1516-6104)

Publicação semestral do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), em circulação desde 1991.

## Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais em língua portuguesa ou outros idiomas. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

## Conselho Editorial

André-Jean Arnaud † (Centre National de la Recherche Scientifique; Paris, França); Cecília Caballero Lois † (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Claudio Michelon (The University of Edinburgh; Edimburgo, Escócia); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London; Londres, Inglaterra); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa – PB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Luiz Moreira (Instituto Brasileiro de Direito Público; Brasília – DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma – La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

## Produção Editorial: PUC-Rio; Rio de Janeiro – RJ, Brasil

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Chefe); Ramon Silva Costa (Editor-Assistente); Lucas de Souza Oliveira (Editor-Assistente); Ticiane Coelho Silveira (Editora-Assistente); Leonardo Laurindo do Nascimento (Editor-Assistente); Heloisa de Faria Pacheco (Editora-Assistente); Bruna Diniz Franqueira (Editora-Assistente); Samuel Rodrigues de Oliveira (Editor-Assistente); Dorival Fagundes Cotrim Junior (Editor-Assistente).

## Apoio gráfico-editorial

Editores PUC-Rio.

## Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Ministério da Justiça; Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

## Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

As opiniões emitidas são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores. Deve ser feito o registro de possível conflito de interesses junto com a submissão. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

## Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <https://revistades.jur.puc-rio.br/>. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página e no sítio eletrônico da Revista.

---

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 60 Jan-Jun 2022

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

---

# Sumário

## 5 | Carta dos editores/*Editorial*

### **Artigos/Papers**

- 10 | Releitura dos espaços público e privado frente às TICS  
*Re-Interpretation of public and private spaces based on ICT's*  
Amélia do Carmo Sampaio Rossi e Cinthia Obladem de Almendra Freitas
- 43 | Para além das disputas identitárias: uma análise crítica da Agenda 2030 da ONU e da política criminal contra a violência de gênero no Brasil  
*Beyond identity conflicts: a critical analysis of the UN 2030 agenda and the criminal justice responses to gender-based violence in Brazil*  
Clara Maria Roman Borges e Leonardo Cabral
- 87 | Formalismo e segurança jurídica no Direito Tributário: por que ainda somos formalistas  
*Formalism and legal safety in Tax Law: why we are still formalists*  
Daniel Giotti de Paula
- 120 | *Fake news*, eleições e comportamento  
*Fake news, elections and behavior*  
Julio Cesar de Aguiar e Renata Ribeiro Baptista
- 164 | Equidade em saúde para pessoas trans: análise do processo transexualizador brasileiro  
*Equity in health regarding trans people: analysis of brazilian trans process*  
Leilane Serratine Grubba
- 190 | A erosão da participação social institucionalizada em tempos de crise da democracia liberal: a reformulação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação  
*The erosion of social institutionalized participation in times of liberal democracy's crisis: the reformulation of national council for combating discrimination*  
Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa

- 217** | É menino! É menina! Os riscos das tecnologias de análise facial para as identidades de gênero trans e não-binárias  
*It's a boy! It's a girl! The risks of facial analysis technologies for trans and non-binary gender identities*  
Paula Guedes Fernandes da Silva
- 239** | Interpeleções parlamentares a um homossexual na Constituinte de 1987-88: reações à fala de João Antônio Mascarenhas na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais  
*Parliamentary interpellations to a homosexual in the Constituent Assembly of 1987-88: reactions to the speech by João Antônio Mascarenhas in the Subcommittee on Individual Rights and Guarantees*  
Rafael Carrano Lelis
- 265** | A desalentadora função das punições: revisitando as teorias da pena à luz da psicologia experimental  
*The disheartening function of punishment: revisiting the theories of punishment in the light of experimental psychology*  
Ricardo Lins Horta
- 310** | Alteridade e teoria crítica dos direitos humanos como fundamento ético dos direitos dos refugiados  
*Alterity and critical human rights theory as an ethical foundation for refugee rights*  
Rodrigo Alvarenga, Thais Silveira Pertille e Caroline Filla Rosaneli
- 335** | **Notícias e Informações/News and information**  
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2022 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

## Carta dos editores

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 60 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2022. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da Direito, Estado e Sociedade, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<https://revistades.jur.puc-rio.br/>).

Em *Releitura dos espaços público e privado frente às TICs*, Cinthia Obladem de Almendra Freitas e Amélia do Carmo Sampaio Rossi realizam uma pesquisa bibliográfica e refletem sobre os impactos das novas tecnologias da informação e comunicação nas clássicas definições de esfera pública e privada. Atentas às transformações advindas da construção do chamado ciberespaço no mundo globalizado, com suas promessas de crescente interação, conexão e compartilhamento de dados e informações, as autoras analisam os desafios para a reconstrução de uma esfera coletiva de troca e valores compartilhados, especialmente diante das assimetrias e desigualdades que estruturam o desenvolvimento tecnológico atualmente.

No artigo *Para além das disputas identitárias: uma análise crítica da Agenda 2030 da ONU e da política criminal contra a violência de gênero no Brasil*, Clara Maria Roman Borges e Leonardo Cabral analisam as respostas do Sistema de Justiça Criminal brasileiro, em consonância com o direito internacional e as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, para proteção dos grupos vulnerabilizados. A partir dos estudos queer, aborda-se a construção dos autores e das vítimas das violações de gênero, a naturalização dos papéis sociais atribuídos aos sexos e os mecanismos de exclusão da própria política de proteção.

Em *Formalismo e segurança jurídica no Direito Tributário: por que ainda somos formalistas*, Daniel Giotti de Paula retoma o clássico debate sobre as fontes sociais e as relações entre direito, política e moral para refletir sobre mecanismos de controle da interpretação e aplicação das normas tributárias no Brasil. Em um contexto de constitucionalização do direito, o autor enfrenta as críticas ao formalismo enquanto interpretação restritiva do direito, analisando suas possibilidades para a segurança jurídica.

Já no artigo *Fake news, eleições e comportamento*, Julio de Aguiar e Renata Baptista abordam o tema das fake news nas estratégias de campanhas político-eleitorais no Brasil e no mundo. Amparados em ampla pesquisa e análise comportamental, relacionam a eficácia das estratégias de desinformação massivas com a tendência tribalista do comportamento humano. Ao fim, analisam as recentes respostas jurídicas e institucionais colocadas em curso para defender a saúde dos processos democráticos, apontando, também, novas soluções.

Em seguida, Leilane Grubba traz no artigo *Equidade em saúde para pessoas trans: análise do processo transexualizador brasileiro*, uma análise histórica sobre a maneira como o processo transexualizador foi abordado pela legislação e as instituições brasileiras. O trabalho debate a transexualidade como identidade de gênero e investiga se o processo transexualizador como exercido pelo Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS) parte da concepção da transexualidade como patologia, prevista no ICD-10/OMS, ou se decorre do respeito à dignidade e à equidade no desenvolvimento humano.

No artigo *A erosão da participação social institucionalizada em tempos de crise da democracia liberal: a reformulação do conselho nacional de combate à discriminação*, os autores Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa investigaram a reformulação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação no cenário de crise da democracia representativa liberal.

Para isso, são apresentados os aspectos da referida crise, bem como se analisa o Decreto Federal nº 9759/2019. O artigo aponta aspectos como a partilha de poder com a sociedade civil e as iniciativas participativas no modelo de democracia representativa liberal.

Na sequência, o artigo *É menino! É menina! Os riscos das tecnologias de análise facial para as identidades de gênero trans e não-binárias*, escrito por Paula Guedes Fernandes da Silva, aborda o avanço das tecnologias de reconhecimento facial e seus impactos discriminatórios para pessoas trans e não-binárias. A autora analisa como a tecnologia impacta os direitos dessa população, enfatizando o contexto de vulnerabilidade e marginalização social em que já estão inseridas. O artigo traz considerações relevantes para um processo regulatório dessas tecnologias.

Rafael Carrano Lelis é o autor do artigo *Interpelações parlamentares a um homossexual na Constituinte de 1987-88: reações à fala de João Antônio Mascarenhas na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais*, no qual é abordada uma pesquisa nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. A pesquisa dá enfoque às interpelações feitas pelos parlamentares constituintes a João Antônio de Souza Mascarenhas, representante do Movimento Homossexual Brasileiro, e à fala final feita pelo militante na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais.

No artigo "A desalentadora função das punições: revisitando as Teorias da Pena à luz da Psicologia Experimental", Ricardo Lins Horta aponta que a defesa da prisão como solução para a criminalidade segue cada vez mais forte na esfera pública, sendo um argumento invocado em debates legislativos e na prática judicial. O trabalho traz a literatura recente em Psicologia Experimental e estudos empíricos para a compreensão dos processos psicológicos relacionados à decisão de punir um transgressor e à decisão de transgredir normas.

Os autores Rodrigo Alvarenga, Thais Silveira Pertille e Caroline Filla Rosaneli trazem o artigo *Alteridade e teoria crítica dos Direitos Humanos como fundamento ético dos direitos dos refugiados*. O trabalho busca compreender os limites da normatividade jurídica com base na teoria crítica dos direitos humanos e na ética da alteridade, considerando os pressupostos básicos dos direitos dos refugiados, conforme estabelecidos pelo Estatuto dos Refugiados e aplicados no Brasil a partir da Lei 9.474/1997. A pesquisa indica a importância das legislações e políticas públicas serem construídas com a participação dos próprios refugiados.

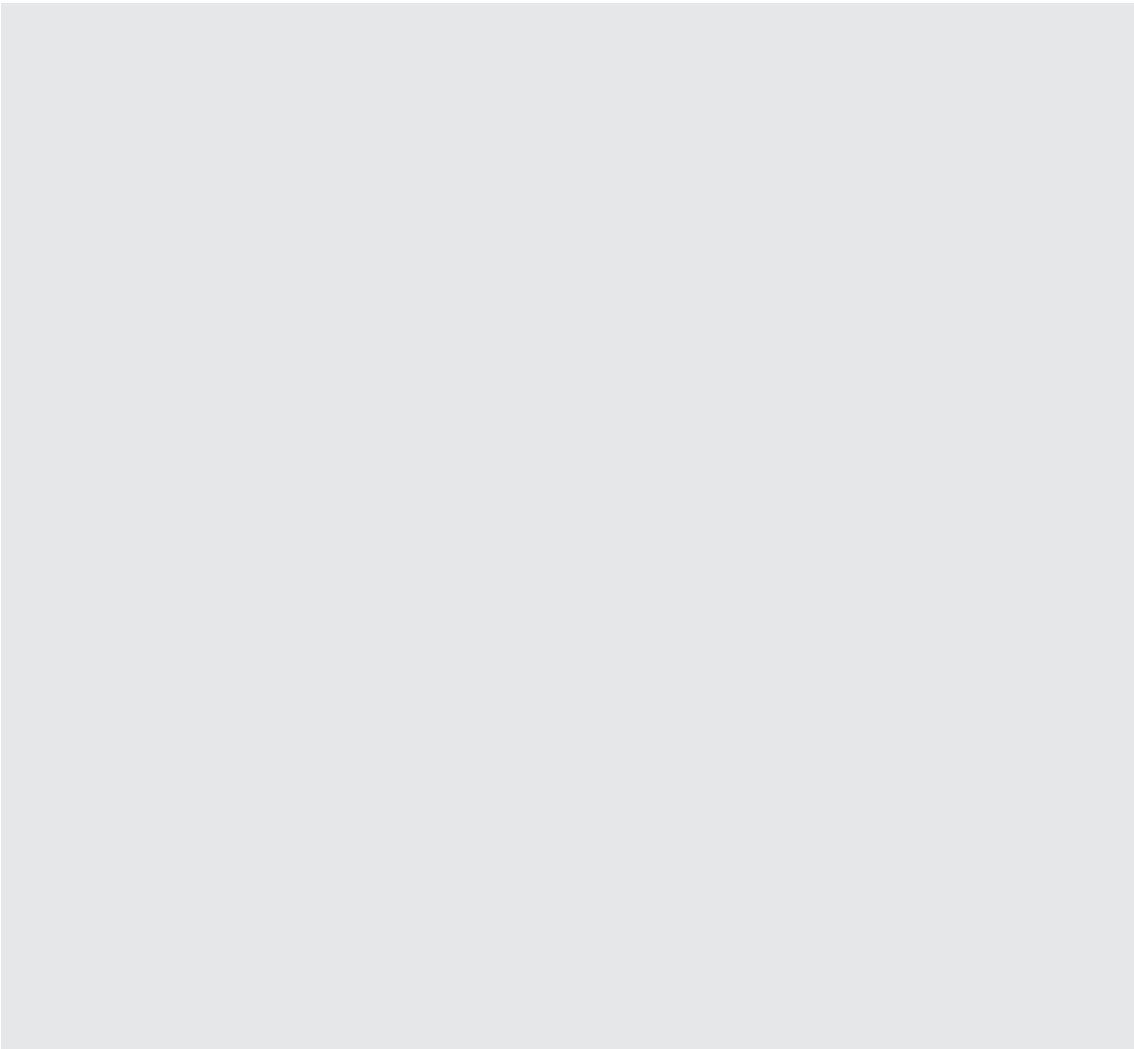


Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no primeiro semestre de 2022, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

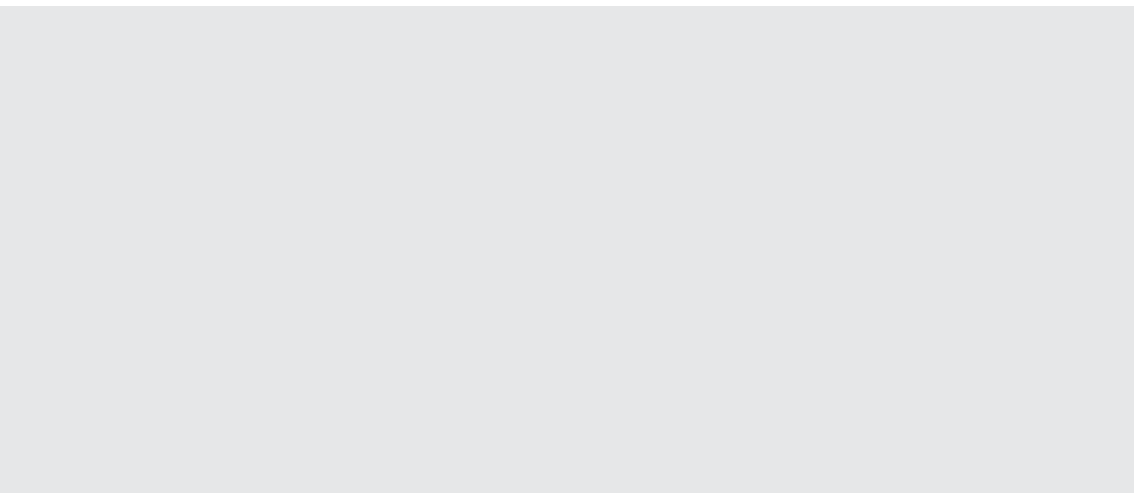
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner  
*Editor Responsável*

Antonio Pele  
*Editor Responsável*



Artigos



# Releitura dos espaços público e privado frente às TICS

*Re-Interpretation of public and private spaces based on ICT's*

Amélia do Carmo Sampaio Rossi\*

*Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil*

Cinthia Obladem de Almendra Freitas\*\*

*Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil*

## 1. Introdução

“A presença de outros que veem o que vemos e ouvem o que ouvimos nos assegura da realidade do mundo e de nós mesmos.”

*Hannah Arendt*

A relação público-privado se constitui em um debate secular que ainda hoje não alcança uma definição precisa das fronteiras que separam (ou não) estes espaços nos quais se desenvolvem, de maneira privilegiada, as relações humanas, jurídicas e os jogos de poder. As tentativas de se estabelecer a compreensão de ambos como espaços excludentes e não inter-relacionados parece não ter logrado êxito ao longo do desenvolvimento das

---

\* Doutora em Direito pela UFPR, Professora Titular de Direito Constitucional na Graduação e Pós-Graduação - Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas, da PUCPR. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Alteridade e Constituição na perspectiva das tensões contemporâneas. E-mail: amiwww.com.br@uol.com.br.

\*\* É professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná desde 1985, sendo que desde 2005 está alocada na Escola de Direito. Pesquisadora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. Membro consultor da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR. E-mail: cinthia@ppgia.pucpr.br.

doutrinas que se ocupam do tema. A impressão que se fortalece é a de que, cada vez mais, estes espaços guardam uma intensa intersecção.

O renovado interesse na compreensão da relação entre estes espaços surge, especialmente, em função dos avanços tecnológicos e informáticos que virtualizaram a vida, as relações, a compreensão das esferas de poder, bem como a própria compreensão das esferas pública e privada.

Assim, emprega-se o método de pesquisa lógico-dedutivo em uma investigação de corte interdisciplinar, uma vez que transporta e dialoga com conhecimentos da área do Direito, da Filosofia e da Informática. Utilizando-se da técnica de pesquisa de documentação indireta, com ênfase no uso da pesquisa bibliográfica, o trabalho contribui para discussões sobre o tema, permitindo uma compreensão de espaços distintos entre si. Permite, porém, uma releitura que os inter-relaciona, por meio das novas tecnologias, fazendo com que os mundos jurídico e tecnológico se unam para entender a nova conformação dos espaços público e privado frente às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

Nesta linha de raciocínio o artigo estabeleceu inicialmente uma diferenciação entre a esfera do público e do privado a partir do pensamento de Hannah Arendt em relação ao contexto da Antiguidade Clássica, no qual se construiu uma nítida distinção entre as duas esferas. A esfera privada diz respeito à esfera da casa, que abriga a dimensão da necessidade de se garantir a existência e o desenvolvimento físico da vida, portanto, uma dimensão de existências assimétricas, onde predomina a violência e o poder absoluto do chefe. Por outro lado, a esfera pública ou da *polis*, que aparece como uma dimensão do político, se instrumentalizou como o espaço no qual vige a liberdade entre os indivíduos, construído pela ação e pelo discurso entre iguais. Obviamente não escapa à autora que a sociedade moderna se encarregou de apagar a nitidez da diferença construída na Antiguidade, especialmente pelo desenvolvimento do individualismo atomista e da competição. A excessiva subjetivação da vida moderna contribuirá para o enfraquecimento da esfera pública e, conseqüentemente, para o enfraquecimento da vida política e da realidade compartilhada e construída entre os cidadãos.

A partir destas considerações, abre-se a possibilidade de questionar sobre a interferência das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) no dimensionamento dos espaços público e privado em uma perspectiva contemporânea de vida. Vive-se a era da conexão e da mobilidade,

de modo que as novas tecnologias ressignificam a noção de distância, proximidade e mobilidade – também entre os espaços público e privado. A própria compreensão da distinção entre público e privado se altera.

Com o fenômeno da globalização, o advento da Internet e a criação do chamado ciberespaço, surge a promessa de que os indivíduos possam recuperar sua voz e atuação por meio do uso de redes sociais, o que poderia ser a esperança de reconstrução de um novo espaço público. Não obstante, a possibilidade de interação e compartilhamento de significados entre os indivíduos, que seria essencial para aquela reconstrução, parece não acontecer no uso que se faz do ciberespaço tornando-o mais próximo à ideia de Torre de Babel.

Assim, tomando por base o pensamento de Pariser<sup>1</sup>, foi necessário fazer a distinção entre capital de ligação (de cada usuário para um grupo de interesse pré-existente) e capital de ponte (do usuário para com o exterior), sendo que o capital de ponte é essencial para que as trocas de opiniões e informações entre as pessoas possam se realizar e circular, recriando o senso de público. Não obstante, o ambiente digital, marcado pela assimetria de informações, parece apontar para um desenvolvimento mais forte do capital de ligação, o que propicia mais a subjetivação da vida e a atomização do indivíduo, tal qual se passou com o advento da sociedade moderna, visto que as TICs parecem favorecer a personalização excessiva ao invés de uma possibilidade de troca e interação entre os indivíduos.

## 2. Hannah Arendt e as diferenças entre o Público e o Privado na antiguidade clássica e o obscurecimento do Espaço Público na sociedade moderna

A divisão entre a esfera pública e a privada na dimensão das cidades-estados helênicas era nítida e decisiva. A esfera da *polis* era o espaço do comum, no qual se dava a ação e o discurso desenvolvidos na política, enquanto a esfera privada significava o espaço familiar representado pela *oikia* (casa), no qual se desenvolviam as atividades próprias à manutenção da vida, marcadas pela busca da satisfação das necessidades humanas.

---

1 2012.

Como explica Arendt<sup>2</sup> a dimensão do político ao se viver em uma polis, significava que as decisões coletivas se baseavam na persuasão e uso das palavras, e nunca por meio do uso da violência. O uso da força seria para os gregos um modo pré-político de resolver as questões, típico do lar e da vida em família na qual predomina o poder e o domínio absoluto do chefe da *oikia*. A esfera do lar, portanto a esfera privada, era o espaço da necessidade, da sobrevivência e da desigualdade, o que justificaria o uso da violência para que aquela fosse alcançada, suprida. Assim, a violência “seria o ato pré-político de libertar-se da necessidade da vida para conquistar a liberdade do mundo”<sup>3</sup>.

Por sua vez, a esfera da *polis*, portanto, a esfera pública, era considerada a esfera da liberdade e ser livre significava não estar sujeito às necessidades da vida nem subordinado ao comando do outro, como também implicava em não comandar, não havendo nem domínio e nem submissão. A dimensão política era assim marcada pela ideia de igualdade, no sentido de viver entre pares, mover-se em uma esfera na qual não existe governo e nem governados. Assim, ser cidadão na *polis* e nela exercer a ação política era um privilégio para poucos e que exigia a virtude da coragem, considerada a virtude política por excelência.

Para melhor compreender esta distinção traçada na antiguidade clássica, realiza-se uma abordagem específica das duas esferas até então nitidamente distintas, a fim de se poder concentrar na perda desta distinção com o advento da chamada sociedade moderna, especialmente frente às novas tecnologias que permitem informação e comunicação instantâneas. Como se verá, a sociedade moderna perde a distinção estabelecida na antiguidade, especialmente no que toca à ideia de espaço público como o espaço que privilegia a construção da cidadania por meio da interação entre os indivíduos. A esfera pública, caracterizada como a esfera da ação e do discurso – na qual se constrói a verdade por meio do compartilhamento coletivo de significados e valores – ficará cada vez mais diluída na sociedade moderna, de modo que os espaços público e privado urgem por uma releitura sob a ótica do Direito e das novas tecnologias.

---

2 2005, p. 35.

3 ARENDT, 2005, p. 40.

## 1.1 A esfera privada em contraste com a esfera pública

Para Arendt<sup>4</sup> viver uma vida inteiramente privada significa essencialmente não possuir as coisas fundamentais para uma vida realmente humana, ou seja, ser privado da realidade de não ser visto e ouvido pelos demais. A privação da presença de outros faz com que o indivíduo não se dê ao próprio conhecimento e, portanto, não exista fora de sua subjetividade. Vale somente a sua individualidade, personalizada e construída a partir de si próprio e em si mesmo. Em circunstâncias modernas essa privação de relações se manifesta, segundo a autora, no fenômeno da solidão das massas.

Assim a esfera privada aparece como a esfera que indica o lugar que o indivíduo ocupa no mundo, a medida da vida de cada um, a esfera da subjetividade que pode ser preservada do conhecimento público. Nela os homens convivem, mas não chegam a formar um organismo político. Nesta perspectiva não vige exatamente a liberdade, conforme explicado anteriormente. Nela o “ser livre” se confunde em ser forçado pela necessidade, pela própria necessidade de preservação da vida. Não obstante, a experiência privada não deixa de ser, também, uma experiência do homem ao vivenciar a sociedade.

Por outro lado, para Arendt o termo público denota dois aspectos. O primeiro é que o termo público implicaria a ideia de acessibilidade. O privado é tornado público quando dado acesso ao conhecimento de todos, o que implica poder ser visto e ouvido por todos, ou seja, é a visibilidade pública que acaba por construir a realidade na qual todos veem e ouvem sob ângulos diferentes em uma pluralidade de pontos de vista, o que acabará gerando uma verdade construída. O segundo aspecto seria a perspectiva daquilo que é comum a todos. O espaço público visto como um espaço no qual a individualidade é preservada, mas também no qual existe a possibilidade do estabelecimento do discurso, a comunicação intersubjetiva, por meio da qual se formam as opiniões e julgamentos no exercício do senso de discernimento de cada um. O discernimento entre a verdade e a mentira, o justo e o injusto a partir do senso comum produzido, construído. Note-se que espaço público, é resultado da ação conjunta e não comporta a construção e o planejamento apenas para uma geração. Ao contrário, este espaço evoca o permanente, transcendendo a duração da vida do indivi-

---

4 2005, p. 68.

duo. O espaço público só pode ser construído pela ação e pelo discurso, ambos vinculados à pluralidade da existência humana. Este é o espaço político por excelência, é neste espaço que se manifesta a potencialidade de os homens agirem em conjunto. Assim questiona-se: as novas tecnologias estão alterando estes entendimentos sobre o espaço público?

Nesta perspectiva, a perda do espaço público é absolutamente prejudicial à vida em sociedade, podendo inclusive levar ao flerte com estruturas autoritárias de condução da vida coletiva, como se verá no item seguinte.

## 1.2 A construção da sociedade moderna e a perda do espaço público como espaço do político

Para Arendt, a sociedade moderna se caracterizará pela sua despolitização, com o processo da dissolução do espaço público como o espaço do cidadão, por meio do desenvolvimento do individualismo atomista e da competição.

A comunicação intersubjetiva capaz de fazer com que, pelos traços da experiência, os homens sejam capazes de formar a sua opinião e o seu senso de julgamento por meio da compreensão e do discernimento, parecerá comprometida nesta perspectiva. A perda do espaço público é a perda da construção de um senso comum de vida. A dimensão histórica que consegue sintetizar este fenômeno são as massas e a sua adesão às esferas totalitárias de poder. Compreensão especialmente vinculada à figura de Eichmann e à sua incapacidade de pensamento, tão bem descrita por Arendt no conceito de banalidade do mal. Conforme Telles, um segundo registro desta perda do espaço público,

[...] se dá na esfera da experiência social e diz respeito ao isolamento, enquanto forma de existência radicalmente privatizada. Neste caso, a perda do espaço público significa privação de um mundo compartilhado de significações a partir do qual a ação e a palavra de cada um podem ser reconhecidas como algo dotado de sentido e eficácia na construção de uma história comum. Suas figuras históricas são, primeiro, os judeus, enquanto párias da sociedade, e, depois, além deles, todos os que viveram o jugo do “anel de ferro” que os regimes totalitários construíram em torno de suas vidas. Finalmente, a perda do espaço público significa, agora num registro explicitamente político, a perda de um espaço reconhecido de ação e opinião, o que significa dizer, a



perda da liberdade, que exige, para a sua efetivação, um espaço politicamente organizado. Suas figuras históricas são os apátridas e todos os que perderam, nos anos da guerra e do pós-guerra, os direitos de cidadania<sup>5</sup>.

Note-se que a perda do espaço público significa também a perda da noção de realidade, na medida em que, para Arendt, esta é resultado de uma construção que se estabelece na pluralidade dos pontos de vista.

Telles prossegue considerando que Arendt localiza o perigo de se projetar na esfera pública critérios que só poderiam ter validade na experiência subjetiva, comprometendo assim o próprio juízo público. Neste senso, para impor valores e significações que não resultam de uma esfera compartilhada e construída, os seres humanos tenderão ao uso da violência:

De um lado, a perda do mundo constrói a figura do indivíduo desinteressado e desprovido de responsabilidade perante o mundo. Para esse indivíduo, o outro pouco importa e pouco conta, sua existência ou não existência não faz a menor diferença. Equivale à experiência de indivíduos que se tornaram supérfluos no mundo. E foi isso justamente que foi levado ao nível do paroxismo no terror totalitário<sup>6</sup>.

Em sua obra *Origens do Totalitarismo*, Arendt entende que o fenômeno do totalitarismo consiste também na ausência de respeito para com a capacidade de pensar, de refletir, de legislar e reger a vida. Quando a pluralidade não é compreendida, a redução do espaço público o limita a ser um espaço onde a comunicação é substituída pela propaganda totalitária, e a ausência de senso comum facilita a ideologia do terror. É o fenômeno de formação das massas, advindo do fim da sociedade de classes,

A verdade é que as massas surgiram dos fragmentos da sociedade atomizada, cuja estrutura competitiva e concomitante solidão do indivíduo eram controladas apenas quando se pertencia a uma classe. A principal característica do homem da massa não é a brutalidade nem a rudeza, mas o seu isolamento e a sua falta de relações sociais normais. Vindas da sociedade do Estado-nação, que era dominada por classes cujas fissuras haviam sido cimentadas pelo

---

5 TELLES, 1990, p. 33.

6 TELLES, 1990, p. 33.

sentimento nacionalista, essas massas, no primeiro desamparo da sua existência, tenderam para um nacionalismo especialmente violento, que os líderes aceitavam por motivos puramente demagógicos, contra os seus próprios instintos e finalidades<sup>7</sup>.

As massas, o “homem de massas”, em função de sua apatia e indiferença política, se recusam a participar do espaço público, visto que não se integram em uma organização que toma por base o interesse comum. A mentalidade característica dos sistemas de massa implica o isolamento e a falta de relações sociais, na qual o homem se encontra isolado não apenas da relação com os demais, mas, também, da sua relação com a própria experiência. O fenômeno das massas impulsionará os regimes totalitários.

Nesta perspectiva, a excessiva subjetivação destrói a diferença entre o público e o privado, visto que a projeção de critérios de validade não faz referência a uma esfera compartilhada de valores e significações, devido a ausência de interação entre os indivíduos. É por isso mesmo que a violência e o autoritarismo são vias para a imposição de visões isoladas, não construídas pelo debate que estabeleceria um mundo compartilhado de significados. No espaço em que os seres humanos apenas convivem não se manifesta a liberdade, apenas a violência e a necessidade se estabelecem para orientar a conduta humana. Assim, a liberdade é específica do âmbito da política, ou seja, da esfera pública.

Cabe, então, questionar o espaço público frente às novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), uma vez que em um mundo globalizado os espaços privados e públicos parecem cada vez mais, ora com uma “Torre de Babel”, ora distantes.

### 3. O Espaço Público e novas tecnologias de informação e comunicação em um mundo globalizado

Ianni<sup>8</sup> explica as metáforas produzidas pela globalização demonstrando as profundas alterações que o mundo, o globo, hoje passa em função das mais variadas formas de interações que o movimento da globalização tem produzido na construção da “sociedade global”. Neste novo momento surgem

---

7 ARENDT, 2013, p. 285.

8 2006.

as metáforas e expressões interpretativas desta nova realidade aparecem como emblemas do novo, revelando os traços dos movimentos da sociedade global. Por exemplo, a expressão “aldeia global” que sugere que se formou uma comunidade mundial concretizada através das possibilidades de comunicação, informação e fabulação abertas pela eletrônica. Na aldeia global a informação é comercializada como mercadoria em escala mundial e a imagem prescinde da palavra. A expressão “fábrica global” sugere as transformações qualitativas e quantitativas do capitalismo, pelas quais toda economia nacional torna-se província da economia global. A reprodução ampliada do capital e a nova divisão do trabalho desenvolvem-se em escala também mundial, desconhecendo fronteiras e pervertendo as noções de tempo e espaço. A metáfora “nave espacial” sugere a travessia para o desconhecido, e nesta a dissolução e o declínio do indivíduo. A tecnificação da vida social se universaliza, generaliza-se a racionalidade formal e real inerente ao modo de operação do mercado. Na racionalidade instrumental o indivíduo se subalterniza. A metáfora da “Torre de Babel” denuncia o espaço caótico onde o indivíduo tem dificuldade de compreender o seu próprio extravio diante do mundo.

Com o avanço da tecnociência, um dos efeitos/causa da globalização, criou-se um espaço novo de interação entre indivíduos. Este espaço, no entanto, não é físico-territorial, mas sim virtual. Pierre Lévy<sup>9</sup>, ao tratar da *cibercultura* (práticas materiais, intelectuais e valores que se desenvolvem com o *ciberespaço*) define o *ciberespaço* como uma rede ou um novo meio de comunicação que propicia a interconexão mundial de computadores: “o termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como seres humanos que navegam e alimentam este universo”. A transformação que este novo meio traz, em relação às formas anteriores de transmissão por meio da mídia de massa é ruptural.

Neste sentido o advento da Internet, que revolucionou os meios de comunicação criando o chamado *ciberespaço*, desenvolveu-se especialmente com a promessa de se estabelecer como um espaço de mediação da argumentação entre os indivíduos, dando-lhes autonomia para tal. A expectativa gerada apontava para o fato de que as redes sociais seriam capazes de dar acesso e visibilidade aos indivíduos, que não possuem os meios

---

9 1999, p. 15.

institucionais de comunicação, dando instrumentalidade para que os mesmos compartilhassem informações e opiniões que ampliariam as possibilidades comunicacionais e a esfera de debates. Neste sentido, cada usuário da rede mundial de computadores se transformaria em difusor de informação, podendo fazer juízo de valor sobre o fato divulgado e fomentar discussões. A discussão de determinada notícia ou informação aconteceria simultaneamente à própria difusão gerando uma instantaneidade do debate. Este potencial aumento discursivo propiciaria um aumento do pluralismo de ideias e opiniões gerando uma esfera pública digital. No entanto, é possível observar que para que ocorra uma real e concreta construção de uma esfera pública de debate é imprescindível, conforme explicitado no pensamento de Arendt, que ocorra a interação e o compartilhamento de significados entre as partes, o que parece não estar acontecendo em boa parte do uso que se faz do *ciberespaço*. Assim, a metáfora da “Torre de Babel” parece ser bastante adequada para o momento. É necessário pontuar que as redes sociais nem sempre geram a interação necessária e em algumas vezes podem gerar até mesmo a polarização de posições, manifestações de preconceitos e o próprio isolamento de ideias. É o risco de não formar pontes, conforme se entenderá a seguir.

#### 4. As TICs (re)criando ligações e pontes

Vive-se o paradigma denominado *everyware*<sup>10</sup> descrito por Greenfield<sup>11</sup>, ou seja, tudo pode ser acessado a partir de qualquer lugar e em qualquer tempo, sendo que a tecnologia é móvel e está embarcada e presente na vida de todos sem que isto seja percebido ou notado a cada momento. Portanto, a informação é o objeto deste acesso. Busca-se, veicula-se e comenta-se informação.

Neste contexto, a informação é tratada como elemento de valor que permite aos diversos programas computacionais processarem dados brutos e gerarem informação, a qual por sua vez pode ser continuamente processada conjuntamente com novos dados ou informações a ponto de se esta-

---

10 Texto original: “Ever more pervasive, ever harder to perceive, computing has leapt off desktop and insinuated itself into everyday life. Such ubiquitous information technology – “everyware” – will appear in many different contexts and take a wide variety of forms, but it will affect almost every one of us, whether we’re aware of it or not”.

11 2006, p. 9.

belecer um ciclo a partir de, para, sobre e com a informação. A atividade é sempre inclusiva, ou seja, mais e mais informações são geradas e veiculadas na sociedade contemporânea assumindo-se o bônus de uma sociedade que gira em torno da informação. Mas assume-se também o ônus do volume de informação gerado no mundo digital, no sentido de que cabe a esta mesma sociedade de informação indexar e agrupar o que é relevante.

As sociedades são múltiplas. Usufruem de vantagens advindas das TICs, mas necessitam enfrentar uma gama de problemas. Como sociedades incluídas na contemporaneidade estão: sociedade de consumo, sociedade tecnológica, sociedade de informação, sociedade informacional, sociedade de risco e sociedade sustentável, sociedade transparente, sociedade de controle e sociedade de algoritmos. Estas sociedades apresentam preocupações no que diz respeito à segurança e privacidade das pessoas, dos dados pessoais (inclusos os dados sensíveis), assumem a sensação de vulnerabilidade dos consumidores, usuários e cidadãos que navegam na Internet fazendo compras, pagando contas e estabelecendo relacionamentos, ofertam serviços *online* e coletam volumes de dados nunca antes possível ou processável sem as TICs. Além disso, estabelecem o meio ambiente digital e desafiam-se diante dos riscos do uso não responsável das TICs e da premência de sustentabilidade de um modelo econômico que seja ao mesmo tempo funcional e socioambiental. Tecnologias como a computação em nuvem, computação ubíqua, computação pervasiva, computação móvel, aplicativos para celulares e *smartphones*, comunicação instantânea (SMS – *Short Message Service*, *WhatsApp*, entre outros) e redes sociais fazem parte do dia a dia.

As palavras de ordem são velocidade, mobilidade e sociabilidade. Destaca-se neste artigo a sociabilidade que, na sociedade contemporânea, se estabelece por meio das redes sociais, não como único meio, mas como principal meio. Neste contexto, a informação é o elemento mais importante e vital para a existência e também sobrevivência das redes sociais, sendo que “[...] a análise estrutural das redes sociais procura focar na interação como primado fundamental do estabelecimento das relações sociais entre os agentes humanos, que originarão as redes sociais, tanto no mundo concreto, quanto no mundo virtual”<sup>12</sup>.

Parte-se do objeto redes sociais como infraestrutura ou meio ao acesso, compartilhamento, postagem e veiculação de dados e informações. Para

---

12 RECUERO, 2005, p. 5.

tal, tem-se que as redes sociais são um meio de comunicação que aproxima e facilita o contato entre as pessoas:

As Redes Sociais representam um conjunto de participantes autônomos, unindo ideias e recursos em torno de valores e interesses compartilhados. A questão central das redes é a valorização dos elos informais e das relações, em detrimento das estruturas hierárquicas. As redes sociais são exatamente as relações entre os indivíduos na comunicação mediada por computador. Esses sistemas funcionam através da interação social, buscando conectar pessoas e proporcionar sua comunicação<sup>13</sup>.

No entanto, é importante observar que as redes sociais não somente apresentam vantagens, mas riscos. A exposição exacerbada necessita que cada vez mais se conheça o limite do privado e pessoal diante do que se torna público, uma vez que “[v]emos que há perigos bem reais do uso inconsciente deste tipo de aplicativo das redes sociais: riscos de ser furtado, excesso de exposição, reflexos negativos na vida corporativa e complicações na vida pessoal”<sup>14</sup>.

Os riscos são complexos e incluem desde os crimes de calúnia, difamação e injúria, passando pelo *cyberbullying*, furto, estelionato e invasão de dispositivo informático de outrem. Pode-se somar a esta lista o problema relacionado com a adição à Internet, ou seja, o vício por Internet e jogos digitais<sup>15</sup>. Assim a estrutura da rede social é o elemento “cuja principal característica é a exposição pública da rede dos atores, que permite mais facilmente divisar a diferença entre esse tipo de site e outras formas de comunicação mediada pelo computador”<sup>16</sup>. Tem-se um espaço que propicia a troca, mas que também, sob um olhar macro, estabelece uma confusão, tal qual uma “Torre de Babel”. E são muitos os atores neste espaço e neste tempo.

#### 4.1 Capital de ligação e capital de ponte

Partindo-se, portanto, da premissa que a informação é o objeto e o objetivo ao mesmo tempo, estabelece-se uma relação de troca, ou seja, as redes so-

---

13 MARTELETO, 2002, p. 72.

14 TRUZZI, 2015, p. 1.

15 ECHEBURÚA; CORRAL, 2010, p. 91.

16 RECUERO, 2005, p. 21.

ciais frente ao que os usuários têm a oferecer: seus dados. A confiança nos resultados obtidos e a lealdade em utilizar os serviços e aplicativos, fortalecem esta relação de troca e há que se entender que aqui o capital social é composto por duas categorias, quando o tema refere-se à Internet e redes sociais, a saber: o capital de “ligação” e o capital de “ponte”.

Pariser<sup>17</sup> explica que o “capital de ligação” é interno, ou seja, de cada usuário para um interesse ou grupo pré-existente. Já o “capital de ponte” é externo, do usuário com o exterior, seus contatos, amigos ou outros grupos distintos dos pré-existentes. Pariser<sup>18</sup> afirma que o “capital de ponte é poderoso”, visto que é ele que faz as pessoas circularem e acessarem grupos e redes sociais diferentes. Interessante observar, que o autor aponta que a Internet, ao contrário do que se pensava, não se tornou “uma enorme fonte de capital de ponte”, na verdade as pessoas criam mais capital de ligação do que de ponte.

O risco em não formar pontes está na constatação de Pariser<sup>19</sup> de que “... são as pontes que criam nosso senso do que é ‘público’ – o espaço em que resolvemos os problemas que transcendem nosso nicho e nossos restritos interesses pessoais.”. O não isolamento, a reflexão e o respeito somente são possibilitados a partir da existência destes dois tipos de capital: ligação e ponte. A partir disso, traz-se à discussão: Como colocar o público acima do privado se os usuários da Internet criam mais ligações do que pontes? As TICs favorecem a personalização excessiva e o não conhecer dos outros?

Para responder tais questionamentos tão importantes em tempos de discurso de ódio, violações de direitos humanos, consumismo e muitos outros problemas da sociedade contemporânea; há que se entender que a não criação de pontes diminui a vida cívica e influi na vida privada. Boyd<sup>20</sup> comentou, em sua fala na Expo Web2.0, em 2009, que as pessoas são programadas para estar atentas a temas como: conteúdo grosseiro, violento ou

---

17 2012, p. 21.

18 2012, p. 21.

19 2012, p. 21.

20 Texto original: “*Consider the food equivalent. Our bodies are programmed to consume fat and sugars because they’re rare in nature. Thus, when they come around, we should grab them. In the same way, we’re biologically programmed to be attentive to things that stimulate: content that is gross, violent, or sexual and that gossip which is humiliating, embarrassing, or offensive. If we’re not careful, we’re going to develop the psychological equivalent of obesity. We’ll find ourselves consuming content that is least beneficial for ourselves or society as a whole.*”

sexual, e fofocas<sup>21</sup>. Assim a autora alerta que a sociedade pode vir a sofrer de “obesidade psicológica” ao consumir conteúdos que não são benéficos nem para as pessoas nem para a sociedade. Um resultado disto pode ser observado ao se constatar que o programa de TV/Novelas mais buscado no Google, em 2017<sup>22</sup>, no Brasil, foi “BBB”, abreviatura de “Big Brother Brasil”. Fato que se repetiu em 2019<sup>23</sup>, mostrando o programa que expõe a privacidade e estimula o consumismo é o foco das atenções dos brasileiros.

Há que se ponderar também o controle que é realizado por alguns países sobre as informações e conteúdos disponibilizados na Internet. Freitas & Pamplona explicam que existem diferentes maneiras das empresas da área de TIC auxiliarem governos no que tange à violação de Direitos Humanos e ao controle do uso da Internet por seus cidadãos. As autoras citam exemplos:

Em 2005, a Microsoft foi alvo de críticas por ter censurado palavras como ‘democracia’ e ‘liberdade’ em títulos de blogs chineses, a pedido do governo. Em 2006, o Google lançou sua ferramenta de censura, denominada Google.cn, que informa o usuário quando o resultado de sua busca foi censurado e não provê os chineses de serviços como email ou blogs, para evitar o recebimento de demandas, do governo, para a entrega de dados dos usuários. A ferramenta Skype censura determinadas palavras em mensagens de texto e o faz para cumprir a legislação local, a empresa, no entanto, não informa aos usuários que pratica a censura e muito menos, qual exatamente é a política adotada<sup>24</sup>.

Neste sentido, muito além de censurar determinadas palavras, os governos querem controlar o contexto e o fluxo de informações e de atenção, tornando incômoda a busca por informações, de modo que as pessoas não busquem por elas e também que, em sendo a vigilância por parte dos governos realizada aleatoriamente, todos se sintam observados<sup>25</sup>. No que tange à vigilância, na sociedade contemporânea e informacional há que se

21 2009, p. 1.

22 Disponível em:

<https://www.techtudo.com.br/noticias/2017/12/google-revela-os-assuntos-mais-buscados-no-brasil-em-2017.ghtml>. Acesso em: 16 abr. 2020.

23 Disponível em: <https://trends.google.com.br/trends/yis/2019/BR/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

24 2017, p. 136.

25 PARISER, 2012, pp. 123-126.



superar a insuficiência dos principais modelos teóricos a respeito do tema, ou seja, o Panóptico de Michel Foucault, figura arquitetural idealizada por Jeremy Bentham, e o Big Brother de George Orwell, para se compreender adequadamente o problema e a atualidade da noção de vigilância líquida desenvolvida por Bauman<sup>26</sup>. Vigiar e controlar socialmente as pessoas e suas atitudes, não são preocupações teóricas de filósofos utopistas e romancistas distópicos, mas apresentam-se como uma existência no meio ambiente digital e no cotidiano das pessoas, mesmo que de modo imperceptível, pervasivo. Entende-se que as TICs possibilitam a aplicação de técnicas e mecanismos de coleta, armazenamento, processamento, classificação, aprendizagem e transmissão de dados em uma escala nunca imaginada. Bauman entende que a vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno, em essencial do que o autor denomina de modernidade líquida. Ou seja, vive-se uma era de relações frágeis, fluídas, voláteis, incertas e inseguras, sendo que “[a] vigilância se insinua em estado líquido”<sup>27</sup>. O autor destaca que o Panóptico “é apenas mais um modelo de vigilância”<sup>28</sup> e o modelo de controle vigente instaura hoje uma vigilância líquida que deve ser compreendida como Pós-Panóptico.

Assim a complexidade da vigilância e do controle passa despercebida pelos usuários da Internet e das TICs, sendo cada vez mais sutil e imperceptível, portanto, vigilância líquida. Assim, Bauman observa que a sociedade contemporânea se distancia do poder e da política, e, por consequência, do espaço público. Nesse sentido, o “poder agora existe num espaço global e extraterritorial” enquanto a política, “que antes ligava interesses individuais e públicos, continua local, incapaz de agir em nível planetário”<sup>29</sup>. A “fusão de formas sociais e a separação entre poder e política são duas características básicas da modernidade líquida que têm óbvia repercussão na questão da vigilância”<sup>30</sup>. Entende-se que a vigilância e o controle são favorecidos a partir do cenário em que as pessoas criam mais capital de ligação do que de ponte.

---

26 2014.

27 2014, p. 07.

28 2014, p. 13.

29 2014, p. 12.

30 2014, p. 14.

Todos esses elementos favorecem uma característica do meio ambiente digital que é a assimetria de informações. A relação de troca de dados estabelecida entre usuários e empresas da área de TIC, a exemplo das redes sociais, é naturalmente assimétrica. Os usuários fornecem dados (pessoais, ou não, e sensíveis) mesmo que não estejam atentos e não leiam na íntegra os longos e complexos Termos de Uso e Políticas de Privacidade dos serviços *online* e aplicativos que utilizam diuturnamente.

Neste sentido, este artigo toma a Internet como o lugar em que são encontrados os sujeitos em seus mais diversos modos de ações condicionados e orientados a determinados fins, sendo a Internet o lugar onde as empresas de TIC buscam captar e gerir mais e mais usuários. Eis a tecnologia aplicada, a Internet, como espaço que valida e reforça o uso constante, pervasivo e ubíquo das TICs pelos usuários.

### **a. A Personalização como resultado da Bolha Informacional e da Informação Fragmentada**

Para explicar toda a complexidade da formação de pontes e ligações na rede mundial de computadores, entende-se que todo este cenário que vem se estabelecendo advém do que é denominado de bolha dos filtros ou bolha informacional<sup>31</sup>. A bolha informacional surge da junção dos mecanismos de busca e seus filtros com os mecanismos de previsão, os quais “criam e refinam constantemente uma teoria sobre quem somos e sobre o que vamos fazer ou desejar a seguir”. Estes mecanismos “criam um universo de informações exclusivo para cada um de nós – o que passei a chamar de bolhas dos filtros – que altera constantemente o modo como nos deparamos com ideias e informações”<sup>32</sup>.

As bolhas informacionais vão até os usuários criando um “... lugar confortável, povoado por nossas pessoas, coisas e ideias preferidas.”<sup>33</sup> Nasce assim o conceito de segmentação de dados que estrutura a formação do conceito de informação fragmentada por meio da oferta de informações direcionadas que podem ser controladas em casos de estados totalitários. Neste contexto, a segmentação de dados ocorre com o interesse de ‘segmentar’ o que pode ou deve circular nas redes e, ainda, fragmentar a infor-

---

31 PARISER, 2012, p. 15.

32 PARISER, 2012, pp. 14-15.

33 PARISER, 2012, p. 15.

mação de modo a não se ter o todo, mas somente as partes da informação que pode ou deve circular nas redes.

A informação fragmentada está diretamente ligada às características da Internet, as quais fornecem um cenário composto pelas noções de alcance global com integridade e acessibilidade universal, possibilitando inovação sem permissão<sup>34</sup>. Assim, a informação fragmentada é resultado da aplicação de sistemas de informação dispersos e heterogêneos, que estão sendo projetados de forma independente por diferentes empresas, a fim de aperfeiçoar individualmente a informação desejada por cada um dos usuários a partir de implementação de processos específicos com base no conjunto de dados de cada usuário. Eis o interesse dos estados totalitários, tratar não cada usuário, mas a nação como um grande usuário.

Pode-se discutir tanto a fragmentação da Internet quanto a fragmentação na Internet, entendendo diferentemente cada uma destas categorias<sup>35</sup>. Fragmentação da Internet ou a fragmentação advinda das infraestruturas físicas e lógicas que suportam a Internet em si. E, fragmentação na Internet ou a fragmentação que ocorre no ciberespaço e nas transações efetivadas por meio da Internet.

Levando em consideração estas categorias de fragmentação, explica-se que a fragmentação pode, inicialmente, referir-se à disseminação da censura, bloqueio, filtragem e outras limitações de acesso por governos e Estados, bem como à plataformas proprietárias e modelos de negócios que, em certa medida, impedem os usuários finais de criar, distribuir e acessar livremente informação<sup>36</sup>. Mas, na verdade, a fragmentação a que os autores se referem é mais ampla do que isto, visto que a Internet não capta, por si só, como as pessoas usam e experimentam a tecnologia para construir formações sociais digitais e engajarem-se em informações, comunicações e transações comerciais ou, até mesmo, os tipos de forças políticas e econômicas que influenciam as pessoas a desenvolver algo na Internet<sup>37</sup>.

A Internet fragmentada também possibilita e, ao mesmo tempo, exige requisitos de localização de seus usuários<sup>38</sup>. Tudo que o usuário faz está

---

34 DRAKE et al., 2016, pp. 11-12.

35 DRAKE et al., 2016, p. 03.

36 DRAKE et al., 2016, p. 07.

37 DRAKE et al., 2016, p. 10.

38 DRAKE et al., 2016, p. 41.

diretamente associado ao local, ou seja, onde aquela imagem foi capturada ou onde um determinado usuário fez uma consulta sobre um determinado produto, se em casa, no trabalho ou na rua. Nos estados totalitários saber quem faz, o que faz e onde faz eleva os níveis de controle e vigilância.

Entende-se, portanto, que as bolhas informacionais estão associadas à informação fragmentada a partir da Internet que também é fragmentada, uma vez que o usuário nunca terá em mãos a real totalidade de dados e informações disponíveis via Internet, mas sim o que lhe cabe em sua bolha única e personalizada. O maior risco está nos estados totalitários criarem e estabelecerem a bolha informacional como nação, fragmentando a informação a ponto de segmentar os dados dos usuários para controle e vigilância do que tais usuários realizam na Internet.

E, portanto, a personalização faz com que as pessoas criem muitas ligações, mas poucas pontes, fazendo com que cada usuário se torne mais semelhante àqueles que lhe são próximos. Neste contexto, a Internet é o espaço que reforça a criação de capital de ligação. O uso pervasivo e ubíquo das TICs favorece a formação de ligações e não de pontes.

## 5. As TICs e seus reflexos no entender do Público e do Privado

Considerando-se o exposto, tem-se que a Internet se configura como espaço que favorece a formação do capital de ligação e, para tanto, existem diversos reflexos no entender do público e do privado. Dentre estes reflexos, foram selecionados 03 (três) importantes pontos de análise, a saber: a) reflexos nos espaços e a mudança de entendimento do espaço-tempo; b) reflexos no entender do público e do privado na perspectiva digital; c) reflexos na personalização do usuário *versus* fragmentação da informação como suporte para o individualismo.

### 5.1 Reflexos nos espaços e a mudança de entendimento do espaço-tempo

As palavras de ordem da sociedade contemporânea são velocidade, mobilidade e acessibilidade. Não se pode imaginar um mundo sem a tecnologia, visto que ela está presente em todos os momentos, em todos os lugares. Fronteira, presença, matéria, território, distância, tempo e informação são palavras que mudaram seus próprios significados nas últimas décadas, principalmente no século XXI.

As empresas e as pessoas trabalham, vivem e se desenvolvem sem perceber que os países não possuem fronteiras no mundo digital. Pode-se adquirir um produto sentado em uma praça pública por meio de um *site* que não se sabe onde está hospedado, sendo que o produto comprado pode vir de uma terceira localidade ainda mais desconhecida. A Internet, a partir da década de 1990, vem tornando o mundo cada vez menor, mais acessível, mais veloz, sem fronteiras, sem território demarcado, sem identificação e com noção de tempo diferenciada.

Não cabe ao usuário, da Internet e dos sistemas informatizados de um modo geral, preocupar-se com todos estes detalhes. O que interessa é realizar o objetivo em poucos cliques do *mouse* ou por meio da escolha de opções em *menus* devidamente preparados para a aplicação em questão, seja esta uma compra *on-line* (*e-commerce*), um acesso para verificar o saldo da conta corrente (*e-banking*) ou, simplesmente, trocar mensagens (*e-mail*) ou postar fotos em redes sociais (*social networking*). É a tecnificação da vida social já mencionada anteriormente.

Outra palavra pode então ser integrada à realidade atual, qual seja: a inteligência. Vive-se em um mundo de cartões inteligentes (*smart card*), celulares inteligentes (*smartphone*) e sistemas artificiais inteligentes (*Artificial Intelligence - IA*). Como exemplos de sistemas inteligentes, pode-se citar: sistemas de reconhecimento facial, sistemas inteligentes de trânsito, jogos de diversão (*video game*), sistemas de controle de qualidade, entre outros.

Nesse cenário, cabe mencionar a Computação Ubíqua, a Computação Pervasiva e, ainda, a Inteligência Ambiental<sup>39</sup>.

A Computação Ubíqua descreve a presença direta e constante da Informática e da tecnologia na vida das pessoas, em suas casas e ambientes de convívio social, tem-se que:

Computação Ubíqua se beneficia dos avanços tecnológicos de ambos os ramos de pesquisa e permite uma nova perspectiva para a Computação Móvel, no sentido em que os dispositivos móveis e os seus serviços tornaram-se disponíveis e ubíquos, permitindo o acesso a redes de informação seguras. Resumidamente, a Computação Ubíqua permite que a computação se desloque para o exterior dos locais de trabalho e dos computadores pessoais e a torne

---

39 WEISER, 1991; WEISER, 1993; MOUTINHO, 2010.

pervasiva no quotidiano, ou seja implica que a computação esteja inserida no ambiente de forma invisível para o utilizador)<sup>40</sup>.

O objetivo da Computação Ubíqua é integrar totalmente a relação tecnologia/máquina com os seres humanos, de forma tal que seja invisível, no sentido de automático (utilizar sem perceber). Os computadores passam a fazer parte da vida das pessoas de tal maneira que se tornam ‘humanos’, com seus sistemas inteligentes, que os tornam onipresentes<sup>41</sup>.

Ao se ampliar esta análise, percebe-se que a tecnologia está embutida nos automóveis (carros que podem estacionar de maneira autônoma), nos eletrodomésticos (geladeiras que permitem o acesso à Internet), nos móveis (janelas e portas que abrem ou fecham por controle remoto ou quando devidamente programados para fazê-lo) e, até mesmo, nas roupas (tecidos que protegem a pele dos raios ultravioleta, hidratam a pele, previnem doenças ou picadas de insetos ou, ainda, controlam a temperatura do corpo) e etiquetas (contendo informações sobre produtos e podendo ser consultadas por *Radio Frequency Identification* – RFID).

O termo ‘ubíquo’ é usado para explicar que não somente os computadores estarão presentes em qualquer lugar, mas toda a área de computação estará agregada às estruturas básicas e fundamentais da vida do ser humano<sup>42</sup>. Assim, a Computação Ubíqua não existe sem a Computação Pervasiva: “os meios de computação estão distribuídos nos diferentes ambientes do utilizador de forma perceptível ou imperceptível”<sup>43</sup>. Para que isto aconteça, a Computação Pervasiva lança mão da Computação Móvel, a qual é “centrada na capacidade de um dispositivo computacional ser carregado ou transportado, mantendo uma ligação activa à Web”<sup>44</sup>. Ou seja, necessita-se de dispositivos com sistemas embarcados ou embutidos (*Embedded Systems*)<sup>45</sup> para que tudo esteja disponível ou à mão. Desta forma, Computação Ubíqua é o resultado da interseção entre Computação Pervasiva e Computação Móvel, considerando-se a combinação entre o alto grau

---

40 MOUTINHO, 2010, p. 10.

41 ROLLINS, 2001, p. 14.

42 MOUTINHO, 2010, p. 12.

43 MOUTINHO, 2010, p. 10.

44 MOUTINHO, 2010, p. 10.

45 É um sistema micro processado no qual o computador é totalmente encapsulado ou dedicado ao dispositivo ou sistema que ele controla.

de dispositivos embarcados pervasivos e o alto grau de mobilidade destes dispositivos<sup>46</sup>. Outras palavras de ordem podem, então, ser associadas à realidade atual, quais sejam: interconectividade e interoperabilidade, características que facilitam a troca de informações entre ambientes computacionais e dispositivos.

Sabe-se que “o desaparecimento é uma consequência fundamental da psicologia humana e não da tecnologia”<sup>47</sup>, de modo que as pessoas absorvem informação sem perceber necessariamente a fonte ou o modo como fazem isto, sendo que ao se aprender bem algo que era ‘novo’ passa-se a não mais estar atento a isto ou, ainda, não mais estar ciente de que este algo era ‘estranho’ ao conhecimento próprio de cada um. Ou seja, quanto mais profunda for uma tecnologia mais ela tende a desaparecer e ser assimilada de modo que se torne tão integrada, tão adaptada e natural que seu uso passa despercebido.

Neste contexto, a Inteligência Ambiental tem por objetivo “desenvolver espaços inteligentes que se adaptam aos interesses, necessidades e desejos das pessoas que utilizam esses ambientes, ajudando-os a executar tarefas referentes ao seu cotidiano, como o trabalho, o lazer ou o entretenimento”<sup>48</sup>. Tudo se coaduna de forma a criar um ambiente confortável, no qual a tecnologia é imperceptível e, ainda, os dispositivos são inteligentes. Por exemplo, ao se entrar em uma sala de reuniões, o ambiente pode reconhecer quem são as pessoas que ali estão chegando e providenciar chá ou café, com açúcar ou adoçante, de acordo com o gosto pessoal de cada um. Tudo isto é possível considerando-se os sistemas computacionais de reconhecimento de face dos usuários, indo além, e consultando um conjunto de características da personalidade de cada indivíduo em bancos de dados, permitindo a melhoria do dia a dia das pessoas<sup>49</sup>.

Novamente há que se mencionar o paradigma denominado ‘*everywhere*’, o qual se relaciona com a Computação Ubíqua. Eis aqui o paradigma que norteia o desenvolvimento de um meio ambiente digital que congrega ubiquidade, pervasividade e inteligência, sendo o elemento de ligação

---

46 ARAUJO, 2003, p. 51.

47 WEISER, 1991, p. 94. Texto original: “*Such a disappearance is a fundamental consequence not of technology, but of human psychology*”.

48 MOUTINHO, 2010, p. 11.

49 MOUTINHO, 2010, p. 13.

formado pelo conjunto de dados veiculados, capturados, tratados e armazenados. Na visão de Schwab, vive-se a “Quarta Revolução Industrial”, uma vez que três razões sustentam tal revolução: velocidade, amplitude e profundidade e, por último, impacto sistêmico. O autor explica que as mudanças estão ocorrendo em um ritmo exponencial e não linear, como tradicionalmente se busca descrever e entender a tecnologia. Além disto, a combinação de várias tecnologias (multiplataformas, multitarefas, entre outros) e a transformação de sistemas inteiros (desde países até empresas) “não está modificando apenas o ‘o que’ e o ‘como’ fazemos as coisas, mas também ‘quem’ somos”<sup>50</sup>.

É neste contexto de transformação que vive-se: a) a despersonalização da presença obrigatória das pessoas nos lugares: pode-se estar presente digital ou virtualmente e até mesmo por meio de um avatar ou persona criada a partir de si mesmo; b) a desmaterialização dos documentos: não é mais necessário existir “no papel” para ser considerado material; c) a desterritorialização, permitindo a troca instantânea de dados: não existem fronteiras ou territórios demarcados na Internet, visto que o ambiente digital não possui fronteiras geográficas, físicas, idiomáticas, ideológicas; d) a modificação do tempo, visto não existir lapso temporal entre as ações dos usuários: tudo é instantâneo ou até mesmo atemporal, uma vez que há que se carimbar (*timestamp*<sup>51</sup>) com datas e horários aquilo que é realizado em ambiente digital.

### **a. Reflexos no entender do público e do privado na perspectiva digital**

Conforme já afirmado, vive-se hoje a era da conexão e da mobilidade, as novas tecnologias ressignificam a noção de distância, proximidade e mobilidade também entre os espaços público e privado. A própria compreensão da distinção entre público e privado se altera.

Um dos reflexos desta indistinção remete à virtualização/digitalização da vida atual, especialmente pelas redes sociais, o que mostra o empenho atual do indivíduo em fazer-se notar, em tornar pública a sua própria individualidade/privacidade, como se visibilidade pudesse trazer reconheci-

---

50 2016, p. 13.

51 Marca temporal, estampa de tempo ou *timestamp* é um conjunto de caracteres que sinalizam a hora e/ou data em que certo evento ocorreu.



mento. Vive-se a era da exposição, na qual fazer-se notar implica em existir. As redes sociais dão amplos exemplos desta renúncia à privacidade. O fenômeno da publicização da vida privada, contribui, assim, para a crescente indistinção das esferas, outrora mais definidas, do público e do privado. Conforme este pensamento é possível compreender que,

[o] campo dos *media* passou a explorar os cenários proporcionados pela privacidade, colonizando o espaço público com discussões sobre subjetividades individuais. O privado passou a ter o seu espaço no mundo da informação e do entretenimento e as histórias que antes pertenciam ao domínio da privacidade passaram a fazer parte do imaginário da colectividade. O *medium* converte o espaço privado em mercadoria, sobretudo se esse espaço privado oferecer produtos atractivos que despertem a curiosidade de um público consumidor de produtos culturais de carácter cada vez mais lúdico. É, justamente neste sentido, que o espaço privado, *to idion*, passa a ser objecto de consumo, numa lógica onde se estreitam as velhas fronteiras entre publicidade e privacidade<sup>52</sup>.

No espaço público contemporâneo a mídia informatizada facilitou o acesso a um número infindo de produtos simbólicos que intensificam a construção de uma identidade com vistas à aceitação e a conformidade<sup>53</sup>. Neste sentido, em relação ao *modus vivendi* interativo, o indivíduo atua de forma calculada, tentando despertar nos demais a resposta por ele pretendida.

Assim a partilha que se estabelece nestas interações digitais pode não significar necessariamente compartilhamento, mas, ao contrário, isolamento e fragmentação, quando não a formação de bolhas virtuais que não produzem interação, pelo menos, não com ideias diferentes que possam levar à reflexão e construção de consensos. Os indivíduos tornam-se prisioneiros de suas próprias subjetividades e a capacidade de estar presente fisicamente, ver e ouvir o outro se torna cada vez mais complexa.

Bauman<sup>54</sup> reflete sobre o esvaziamento do espaço público e destaca que o sentimento de insegurança e risco, próprios da modernidade líquida, especialmente em uma sociedade de hiperinformação, contribui para um

---

52 CARVALHEIRO; PRIOR; MORAIS, 2013, p. 108.

53 CARVALHEIRO; PRIOR; MORAIS, 2013, p. 106.

54 2001.

crescente processo de individualização prejudicial à esfera pública, que deveria ser um espaço de construção e compartilhamento de interesses comuns. Este amplo processo de individualização acaba tornando o espaço público uma espécie de teatro dedicado à diversão ligeira e superficial.

Nesse sentido, a afirmação de Tocqueville, de que o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, torna-se um alerta para a ideia de que o cidadão, no espaço público, busca atender a um interesse coletivo, não obstante, na sociedade moderna o indivíduo se contraponha ao cidadão, visto que se fixa apenas em seus interesses próprios, colonizando desta forma o espaço público:

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O “público” é colonizado pelo “privado” o “interesse público” é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis<sup>55</sup>.

Neste sentido o privado coloniza o espaço público, e este passa a ser não mais do que uma tela em que as aflições privadas, de toda ordem, são projetadas, tornando o espaço público um mero espaço de confissão de segredos e intimidades, sem qualquer tipo de possibilidade de construção coletiva da realidade e de fins coletivos a serem perseguidos. Nas palavras de Bauman:

E assim o espaço público está cada vez mais vazio de questões públicas. Ele deixa de desempenhar sua antiga função de lugar de encontro e diálogo sobre problemas privados e questões públicas. Na ponta da corda que sofre as pressões individualizantes, os indivíduos estão sendo, gradual mas consistentemente, despidos da armadura protetora da cidadania e expropriados de suas capacidades e interesses de cidadãos<sup>56</sup>.

---

55 BAUMAN, 2001, p. 43.

56 2001, p. 46.

Assim, Bauman<sup>57</sup>, reflete sobre a perda do espaço público e privado tal como estabelecidos na estrutura antiga. Para o autor, ao se querer recuperar e renovar os desígnios da política ter-se-á de aprender a transformar problemas individuais em questões de ordem pública. Também, para o autor, o aumento da liberdade individual pode coincidir com o aumento da impotência coletiva em função de não terem sido construídas pontes entre a vida pública e a vida privada, visto que não é fácil traduzir questões pessoais em questões públicas. Na maior parte do tempo, as pessoas, nas redes sociais, estão mais preocupadas com questões que as alcançam pessoalmente sem a preocupação de criar interações capazes de definir questões de interesse coletivo. Para Bauman, a chance de alterar este cenário de apatia política depende da criação de um espaço público e privado ao mesmo tempo, a *Ágora*, no qual os problemas particulares se encontram de forma significativa. Nas suas palavras,

A chance para mudar isso depende da *Ágora* - esse espaço nem privado nem público, porém mais precisamente público e privado ao mesmo tempo. Espaço onde os problemas particulares se encontram de modo significativo - isto é, não apenas para extrair prazeres narcisísticos ou buscar alguma terapia através da exibição pública, mas para procurar coletivamente alavancas controladas e poderosas o bastante para tirar os indivíduos da miséria sofrida em particular; espaço em que ideias podem nascer e tomar forma como 'bem comum', 'sociedade justa'; ou 'valores partilhados'<sup>58</sup>.

A excessiva subjetivação da vida e personalização do indivíduo nas redes virtuais não favorece a criação de pontes, de espaços compartilhados nos quais os valores possam resultar de uma construção conjunta. Tais dificuldades do cidadão e usuário das redes sociais, tal esvaziamento do espaço público, apontado por Bauman<sup>59</sup>, tem por base a vida pessoal desmedida e, paralelamente, a vida pública esvaziada, ambas tratadas por Richard Sennett<sup>60</sup>, visto que se corre o risco do narcisismo, do não saber lidar com sentimentos humanos, de personalizar a política, de tornar a

---

57 2000, p. 08.

58 2000, p. 09.

59 2001.

60 2014.

intimidade mestra da vida e do retrair de uma cultura cosmopolita em micro-comunidades bairristas.

Deve-se ter em mente que o ambiente de análise de Sennett é a década de 70, o ambiente da guerra fria, a qual deixou reflexos positivos e negativos na economia, na ciência, na medicina e em diversas outras áreas. Entende-se que todos estes riscos se tornam reais e palpáveis quando a vida social se faz pelas redes virtuais e não mais *face-to-face*, de modo que a pessoa, cidadão e usuário da Internet parece viver num mundo, tal qual descrito pelo autor como “impessoal, rançoso e vazio”<sup>61</sup>.

Pode-se, portanto, estabelecer uma conexão com o tema tratado no presente artigo diante do autor apontar para o prejuízo de uma confusão entre vida pública e privada em que os assuntos pessoais são levados a público, tornando íntimo também o domínio público. Eis aqui o real e palpável risco e, por vezes, a existência nas redes sociais. Sennett<sup>62</sup> comenta sobre a morte do espaço público na medida em que a cultura do narcisismo vai avançando no interior da cultura social. E as bolhas informacionais e a fragmentação da Internet atuam no sentido de exacerbar a personalização dos usuários da Internet. Assim, o esvaziamento da esfera pública baseia-se na hipervalorização da intimidade, da privacidade, do retraimento e do silêncio, sendo estes elementos também formas de se manter alheio à sociedade, uma vez que as pessoas passaram a estar em público e ao mesmo tempo sozinhas, “a relação entre palco e rua estava agora invertida”<sup>63</sup>. Portanto, a conjunção de todos esses elementos resulta em um esvaziamento da expectativa de que o *ciberespaço* possa se constituir como uma nova *Ágora*.

## **b. Reflexos na personalização do usuário versus fragmentação da informação como suporte para o individualismo**

Foi analisado anteriormente que a personalização voltada aos usuários da Internet resulta da associação entre bolha informacional e informação fragmentada. A partir deste entendimento, pontua-se que: “Se a personalização for excessiva, poderá nos impedir de entrar em contato com experiências

61 SENNETT, 1999, p. 04-06.

62 1999, p. 30.

63 SENNETT, 1999, p. 270.

e ideias estonteantes, destruidoras de preconceitos, que mudam o modo como pensamos sobre o mundo e sobre nós mesmos”<sup>64</sup>.

A formação de um hipertexto personalizado já foi questionada a partir de “expressões culturais multimodais recombinadas em novas formas e com novos significados”<sup>65</sup>. Castells afirmou também que a “sociedade em rede” induz “ao individualismo estrutural e a experiências sociais cada vez mais diferenciadas”<sup>66</sup>, de modo que os usuários terão cada vez mais dificuldade para encontrar uma linguagem comum e um significado comum, frente a um hipertexto pessoal cada vez mais individualizado.

Se Hannah Arendt considerava que “a presença de outros que veem o que vemos e ouvem o que ouvimos nos assegura da realidade do mundo e de nós mesmos”, Pariser afirma que “a vigilância do governo é aleatória, e isso cria a sensação de que eles estão observando tudo”<sup>67</sup>. Arendt não se referiu especificamente à vigilância do governo, mas se referiu ao que é público, ou seja, aquilo que nos dá a segurança de estar inserido em um todo, em algo maior, a sociedade.

O problema recai sobre a possibilidade de, a partir das bolhas informacionais, da personalização e da fragmentação da informação, ter-se uma verdade manipulada. Eis a explosão das *Fake News*.

Castells mostra que a Internet funciona como suporte material ao individualismo e à formação de “laços débeis”, ou seja, relações não duradouras, de modo que as pessoas “ligam-se e desligam-se da rede, mudam de interesses e não revelam necessariamente a sua identidade”<sup>68</sup>. Isto corrobora o pensamento de Pariser sobre as pessoas estabelecerem ligações e não pontes. As ligações não são duradouras, o que é duradouro, de acordo com a análise de Castells, é o fluxo, ora de dados, ora de usuários, ora de interesses. E assim o individualismo se constrói e se reforça de modo a serem formados grupos baseados em seus interesses, valores, afinidades e projetos. E estes grupos, que existem no *ciberespaço*, influenciam a vida real que possui lugar físico, ou seja, um lugar que detém o inverso das características de despersonalização, desmaterialização, desterritorialização, temporalidade.

---

64 PARISER, 2012, p. 19.

65 CASTELLS, 2007, p. 240.

66 2007, pp. 241.

67 2012, p. 125.

68 2007, p. 160.

Castells aponta que “como o nível de compromisso exigido é relativamente baixo, as formas de apoio social podem resultar um tanto frágeis”<sup>69</sup>. O que é corroborado pela formação de laços débeis e pelo capital de ligação e, não, por pontes. Para o autor, corre-se o risco de se “acentuar a dissolução das instituições sociais e a crise da participação da cidadania”<sup>70</sup>. Aqui tem-se o colapso da base do entendimento e reconhecimento do público, o agir do cidadão em prol do bem comum e não somente de seus interesses, valores, afinidades e/ou projetos.

Ainda, no mesmo sentido, as bolhas informacionais, o excesso de personalização e a fragmentação da informação levarão ao que foi denominado de determinismo informativo, “no qual aquilo que clicamos no passado determina o que veremos”, de maneira que o passado determina o presente e influi no futuro<sup>71</sup>. Na verdade, o autor afirma ainda que: “com isso ficamos presos numa versão estática, cada vez mais estreita de quem somos – uma repetição infundável de nós mesmos”<sup>72</sup>. Fecha-se, assim, em si mesmo o ciclo da individualidade, do privado, das ligações e não das pontes, dos laços débeis sem compromisso e, portanto, perde-se o significado do público.

## 6. Conclusão

Os seguintes questionamentos nortearam este trabalho de pesquisa: a) Os espaços privados e públicos parecem cada vez mais uma “Torre de Babel” em um mundo globalizado? b) Ou cada vez mais distantes frente às novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs)? c) Como colocar o público acima do privado se os usuários da Internet criam mais ligações do que pontes? d) As TICs favorecem a personalização excessiva e o não conhecer dos outros?

O desenvolvimento da pesquisa permitiu encontrar um caminho para delinear as respostas tendo por base os pensamentos e estudos de Arendt, Castells, Pariser. Arendt forneceu a visão maior da teoria política, mais especificamente sobre os espaços privado e público. Castells agregou o en-

---

69 2007, p. 163.

70 2007, p. 163.

71 PARISER, 2012, p. 20.

72 PARISER, 2012, p. 20.

tendimento sobre a sociedade em rede e Pariser trouxe os aspectos técnicos das bolhas informacionais e da personalização do uso da Internet. Entraram em cena também, Bauman e Sennett, contribuindo, o primeiro com aspectos da modernidade e vigilância líquidas e, o segundo, com a noção de vida pública esvaziada estando a pessoa, cidadão e usuário da Internet a viver num mundo “impessoal, rançoso e vazio”.

O artigo apresenta então como resposta a tais questionamentos, que, sim, os espaços privado e público se assemelham a uma “Torre de Babel” quando o cenário é a Internet e a “sociedade em rede” formada pelos usuários e seus interesses, valores, afinidades e projetos. Constata-se que o espaço público somente pode ser construído pela ação e pelo discurso, ambos vinculados à pluralidade da existência humana. Este é o espaço político por excelência, é neste espaço que se manifesta a potencialidade de os homens agirem em conjunto. E esta Babel, propiciada pelas Tecnologias de Informação e Comunicação, distancia o privado e o público a ponto de que os usuários somente vejam o privado, aquilo que lhes cabe e lhes interessa.

Neste cenário, a personalização voltada aos usuários da Internet resulta da associação entre bolha informacional e informação fragmentada, de modo que as pessoas criam mais capital de ligação do que de ponte. Fato que desfavorece o público. Cada usuário tende a se tornar mais semelhante àqueles que lhe são próximos. Neste contexto, a Internet é o espaço que reforça a criação de capital de ligação. O uso pervasivo e ubíquo das TICs favorece a formação de ligações e não de pontes.

A excessiva subjetivação destrói a diferença entre o público e o privado, visto que a projeção de critérios de validade não faz referência a uma esfera compartilhada de valores e significações, devido a ausência de interação entre os indivíduos. Reforça-se, tal qual Pariser<sup>73</sup> que “...são as pontes que criam nosso senso do que é ‘público’ – o espaço em que resolvemos os problemas que transcendem nosso nicho e nossos restritos interesses pessoais.” Há que se buscar por um uso das tecnologias capaz de romper este ciclo de personalização excessiva e tornar a exercer o todo, a ver o outro e o que é de todos: o público.

---

73 PARISER, 2012. p. 21.

## Referências

- ARAÚJO, Regina Borges. Computação ubíqua: princípios, tecnologias e desafios. *In: Anais do XXI Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores*, Natal, RN, 2003. p. 45-115.
- ARENDDT, Hannah. A condição humana. (trad. Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer). 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARENDDT, Hannah. Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. (trad. Roberto Raposo), São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. (trad. Marcus Penchel). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. (trad. Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. Vigilância Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- BOYD, Danah. Streams of content, limited attention: the flow of information through social media. *Expo Web2.0*, New York, NY: november 17, 2009. Disponível em: <https://www.danah.org/papers/talks/Web2Expo.html>. Acesso em: 16 abr. 2020.
- CARVALHEIRO, José Ricardo, PRIOR, Hélder, MORAIS, Ricardo. Público, privado e representação online: o caso do facebook. *In: António Fidalgo, João Canavilhas (orgs.), Comunicação Digital-10 anos de Investigação*, Coimbra, Minerva Coimbra Edições, 2013.
- CASTELLS, Manuel. Reflexões sobre internet, negócios e sociedade (trad. Rita Espanha). 2ª. ed., Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2007.
- DRAKE, William J.; CERF, Vinton G.; KLEINWÄCHTER, Wolfgang. Internet fragmentation: an overview. World Economic Forum, Committed to Improving the State of the World, p. 1-77, 2016. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_FII\\_Internet\\_Fragmentation\\_An\\_Overview\\_2016.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_FII_Internet_Fragmentation_An_Overview_2016.pdf). Acesso em: 16 abr. 2020.
- ECHEBURÚA, Enrique; CORRAL. Adicción a las nuevas tecnologías y a las redes sociales em jóvenes: un nuevo reto. *Adicciones*, vol. 22, n. 2, pp. 91-96, 2010.
- FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; PAMPLONA, Danielle Anne. Cooperação entre estados totalitários e corporações: o uso da segmentação de dados e profiling para violação de direitos humanos. *In: RUAURO, Regina Linden; MANÁS, José Luis Piñar; MOLINARO, Carlos*



- Alberto (orgs.). *Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017. p. 119-144.
- GREENFIELD, Adam. *Everyware: the dawning age of ubiquitous computing*. AIGA: New Riders, 2006.
- IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999.
- MARTELETO, Regina Maria. *Análise de redes sociais: aplicação nos estudos de transferência da informação*. *Ciência da Informação*, Brasília, vol. 30, n. 1, pp. 71-81, jan./abr., 2001.
- MOUTINHO, Ana Maria. *Inteligência ambiente: contributo para a conceptualização de parede inteligente*. Lisboa, 2010. Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Faculdade de Belas-Artes. Disponível em: [http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/7277/2/ULFBA\\_tes%20392.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/7277/2/ULFBA_tes%20392.pdf). Acesso em: 16 abr. 2020.
- PARISER, Eli. *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*. (trad. Diego Alfaro). Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet: considerações iniciais*. *E Com-pós*, vol. 2, pp. 1-23, 2005. Disponível em: <http://www.e-compos.org.br/seer/index.php/ecompos/article/view/28/29>. Acesso em: 16 abr. 2020.
- ROLINS, Claudia Silva Villa Alvarez de Noronha. *Aplicações para computação ubíqua*. Programa de Mestrado, Departamento de Informática, PUC-Rio, 2001.
- SENNETT, Richard. *O Declínio do Homem Público: as tiranias da intimidade*. Tradução: Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. (trad. Daniel Moreira Miranda), São Paulo: Edipro, 2016.
- TELLES, Vera da Silva. *Espaço público e espaço privado na constituição social: notas sobre o pensamento de Hannah Arendt*. *Tempo soc.*, vol. 2, n. 1, pp. 23-48, 1990.
- TRUZZI, Gisele. *Redes Sociais e Segurança de Informação*. Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC, 2015. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/artigo-redes-sociais-e-seguranca-da-informacao.pdf/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

WEISER, Mark. The computer for the 21st century, *Scientific American*, vol. 1, pp. 94-104, set., 1991.

WEISER, Mark. Ubiquitous computing, *Nikkei Electronics*, vol 6, pp. 137-143, dez., 1993. Disponível em: <http://www.ubiq.com/hypertext/weiser/UbiCACM.html>. Acesso em: 16 abr. 2020.

Recebido em 27 de janeiro de 2020.

Aprovado em 07 de abril de 2020.

**RESUMO:** O presente trabalho procura estabelecer a compreensão da interseccionalidade entre os espaços público e privado à luz das novas tecnologias de informação. Para tanto, utilizando-se do método de abordagem lógico-dedutivo em uma investigação de corte interdisciplinar com ênfase na pesquisa bibliográfica, partiu-se da perspectiva da separação entre espaço público e privado na Antiguidade Clássica, sob a ótica de Hannan Arendt, para compreender atualmente, na era da conexão e da mobilidade, como as novas tecnologias de informação interferem e redimensionam na compreensão destes espaços, fazendo com que se tornem cada vez mais tênues as diferenças entre os mesmos. O ciberespaço surge com a promessa de que os indivíduos pudessem recuperar sua voz e atuação por meio do uso das redes sociais, o que poderia ser a esperança de reconstrução de um novo espaço público. Não obstante, a possibilidade de interação e compartilhamento de significados entre os indivíduos, que seria essencial para tal reconstrução, parece não acontecer no uso que se faz do ciberespaço no mundo globalizado, tornando-o mais próximo à ideia de Torre de Babel. **Palavras-chave:** espaço público, espaço privado, cidadania, tecnologias de informação e comunicação

**ABSTRACT:** The article seeks to establish an understanding of intersectionality between public and private spaces based on new information technologies. For this, using the logical-deductive method in an interdisciplinary research with emphasis in the bibliographical research, it was started from the perspective of the separation between public and private space in Classical Antiquity, based on the perspective of Hannan Arendt, to understand today, in the age of connection and mobility, as new information technologies interfere and reshape the comprehension of these spaces, making the differences between them become increasingly tenuous. Cyberspace arises with the promise that individuals could recover their voice and performance through the use of social networks, which could be the hope of rebuilding a new public space. Nevertheless, the possibility of interaction and sharing of meanings between individuals, which would be essential for such a reconstruction, does not seem to occur in the use of cyberspace in the globalized world, making it closer to the idea of Tower of Babel.

**Keywords:** public space, private space, citizenship, information and communication technologies

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio; FREITAS, Cinthia Obladem de Almendra. Releitura dos Espaços Público e Privado frente às TICS. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1343>.

# Para além das disputas identitárias: uma análise crítica da Agenda 2030 da ONU e da política criminal contra a violência de gênero no Brasil<sup>1</sup>

*Beyond identity conflicts: a critical analysis of the UN 2030 agenda and the criminal justice responses to gender-based violence in Brazil*

Clara Maria Roman Borges\*  
Universidade Federal do Paraná – PR, Brasil

Leonardo Cabral\*\*  
Universidade Federal do Paraná – PR, Brasil

## 1. Introdução

A violência de gênero é, atualmente, uma das mais repercutidas formas de violações aos direitos humanos e ocorre, em maior ou menor grau, em todo o mundo, nas mais variadas culturas, classes sociais, etnias e localidades. É, também, um ponto de intersecção entre o campo dos direitos humanos – violados pela prática dessa violência – e das ciências criminais, podendo ser estudada, por exemplo, através da criminologia, do direito

---

1 Parte substancial da pesquisa apresentada no presente artigo foi desenvolvida no âmbito de Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), com financiamento do Tesouro Nacional.

\* Mestre e Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). Professora Associada do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR. Professora do PPGD-UFPR. Pesquisadora convidada do Max Planck – Institute für Europäische Rechtsgeschichte (2019). E-mail: romanborges@uol.com.br.

\*\* Bacharel em Direito, com ênfase em Direito do Estado, e mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: leonardocabral97@gmail.com.

penal ou do processo penal. A aposta no Sistema de Justiça Criminal para a proteção de grupos vulneráveis, como mulheres, LGBTs, população negra e outros, é visível e crescente no Brasil, resultando em uma tendência de judicialização das relações sociais já observada por diversas estudiosas.

Como expressões significativas do engajamento pela tutela penal dos direitos fundamentais das vítimas de violência de gênero, tem-se a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher; a Lei nº 13.104/2015, que alterou o Código Penal para qualificar e tornar crime hediondo o assassinato de mulheres por “razões de condição do sexo feminino”; e, recentemente, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, que reconheceu ter havido omissão do Congresso Nacional ao não editar norma criminalizadora dos atos de homofobia/transfobia e decidiu pelo seu enquadramento nos tipos penais da Lei nº 7.716/1989, que trata dos crimes de racismo, até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Além disso, o combate à violência de gênero também é um compromisso assumido internacionalmente pelo Estado brasileiro. Em soma a diversos tratados e convenções internacionais ratificados pelo país ao longo do século XX, em 2015 o Brasil aderiu ao documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do qual se comprometeu, junto de outros países, a tomar medidas para promoção do desenvolvimento sustentável até 2030. O objetivo de nº 5 da Agenda é o de “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”. A ONU Brasil redigiu, ainda, um Glossário dos Termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 5.

O presente artigo analisa, à luz de teorias contemporâneas sobre o gênero, notadamente os estudos *queer*, o ODS 5, integrando sua leitura também à ótica dos direitos humanos. Para tanto, são utilizadas obras selecionadas de Michel Foucault e Judith Butler, representativas de uma série de teóricas que se debruçaram sobre o estudo da construção discursiva da sexualidade e da própria identidade.

Na primeira seção, é apresentado o problema da violência de gênero no Brasil por meio de alguns dados recentes colhidos do Atlas da Violência 2019 e também do olhar dos feminismos brasileiros sobre a violência de

gênero, sinalizando, ao final do tópico, três marcos legais dessa política: a Lei Maria da Penha, a Lei do Feminicídio e a recente criminalização da homotransfobia por meio da aplicação da lei que criminalizou o racismo. São expostos os méritos dessas legislações e as críticas a elas tecidas pela literatura jurídica e social.

A segunda seção expõe uma contextualização da criação da Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável, suas disposições e principais interlocuções com o problema global e brasileiro da desigualdade de gênero em seu reflexo mais grave: a violência.

A terceira relaciona o texto da Agenda 2030 com autores de grande influência para as teorias contemporâneas de gênero, notadamente Michel Foucault e Judith Butler, entre outros, bem como as autoras brasileiras que se preocupam, há décadas, com a violência de gênero e acompanharam atentamente os processos de criação e implementação das legislações comentadas neste trabalho.

Por fim, a quarta seção analisa como a Agenda 2030 e os instrumentos legais brasileiros podem contribuir para a reflexão de um direito pós-identitário para o combate da violência de gênero.

O principal escopo da pesquisa é verificar as formas como a Agenda 2030 da ONU e o Glossário para o ODS 5, elaborado pela Força Tarefa da ONU no Brasil, são refletidas no combate à violência de gênero no Brasil em termos de política criminal. Do mesmo modo, procurar-se-á avaliar se a atual política criminal de combate à violência de gênero adotada pelo Brasil é compatível com os objetivos de redução da desigualdade de gênero e empoderamento de mulheres e meninas.

## 2. As políticas estatais brasileiras para redução da violência de gênero

A magnitude da violência contra grupos vulneráveis<sup>2</sup> no Brasil é notória e alarmante. O Atlas da Violência 2019, divulgado pelo Instituto de Pesquisa

---

2 Utilizar-se-á o termo “grupos vulneráveis” em detrimento do termo “grupos minoritários” em razão de não se tratar, necessariamente, de minorias (tendo em vista a numerosa população feminina e LGBT no Brasil), mas de grupos historicamente desfavorecidos e sub-representados política e economicamente. Neste sentido, “são vulneráveis quem tem diminuídas, por diferentes razões, suas capacidades de enfrentar as eventuais violações de direitos básicos, de direitos humanos. [...] essa vulnerabilidade está associada a determinada condição que permite identificar o indivíduo como membro de um grupo específico que, como regra geral, está em condições de clara desigualdade material em relação ao grupo majoritário” (DHES, 2014, p. 13-14).

Econômica Aplicada – IPEA, aponta um crescimento dos homicídios femininos no Brasil em 2017, com cerca de 13 assassinatos por dia – 4.936 mulheres mortas naquele ano<sup>3</sup>. Houve um expressivo crescimento de 30,7% no número de homicídios de mulheres na década 2007-2017. Em relação à população LGBTI+, o mesmo Atlas da Violência 2019 mostra a dificuldade até mesmo em coletar dados referentes à violência contra tal grupo, visto que o IBGE e a política que realiza os registros de violência ignoram orientação sexual quando da obtenção de seus respectivos dados<sup>4</sup>.

Contudo, a partir das denúncias registradas no Disque 100, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), é possível perceber um salto de 5 casos em 2011 para 193 casos de homicídios contra a população LGBTI+ em 2017, o que evidencia que apenas recentemente a subnotificação desse tipo de ocorrências começou a ser superada. Ainda, os registros administrativos do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), do Ministério da Saúde, mostram um aumento do total de casos entre 10,0% e 15,7%, em um único ano, quando a vítima era homossexual. Em se tratando de vítimas bissexuais, o crescimento anual ficou entre 30,9% e 35,3%<sup>5</sup>. Não se deve olvidar, ainda, que o Brasil é um dos quatro países que concentram 80% dos assassinatos de ativistas de direitos humanos no mundo<sup>6</sup>.

Tais dados apenas apontam, em termos percentuais, o permanente perigo ao qual essas vidas estão expostas diariamente. Some-se a isso a necessidade de especial atenção à qualidade dos dados informados pelo governo federal, uma vez que o atual MMFDH não segue, necessariamente, a sistemática anteriormente adotada pela Secretaria de Políticas para as Mulheres, criada em 2003. Devido à falta de dados específicos sobre orientação e sexual nos registros de violência, grupos da sociedade civil, como o Grupo Gay da Bahia<sup>7</sup>, buscam mensurar esse fenômeno.

Não obstante, inexistente nos campos teórico e acadêmico, seja do direito ou das ciências sociais, consenso a respeito da melhor forma de se enfren-

---

3 IPEA, 2019, p. 35.

4 IPEA, 2019, p. 56.

5 IPEA, 2019, p. 64.

6 IPEA, 2019, p. 68.

7 O grupo organiza, anualmente, relatório de mortes violentas de pessoas LGBT+ no Brasil. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em 03 nov. 2019.

tar a constante violência de gênero no país. As discussões a respeito daquilo que pode se entender como “problemas de gênero” possuem uma longa trajetória no cenário brasileiro e foram intensificadas durante o século XX, tanto pelos movimentos sociais, quanto pelos discursos acadêmicos.

Inicialmente, em que pese as várias vertentes do movimento feminista no Brasil, as reivindicações e os debates, que alcançaram eco na arena política, concentraram-se nas questões relativas à participação política da mulher e igualdade no mercado de trabalho e, em certo momento, convergiram em considerar a violência contra a mulher como tema central e requisito indispensável para alcançar a igualdade entre os gêneros. As décadas de 1970 e 1980, no Brasil, foram palco das primeiras manifestações e debates enérgicos sobre o tema, inclusive com a criação, em 1985, da primeira delegacia especializada de atendimento às mulheres<sup>8</sup>.

Ao longo das décadas de 1990 e 2000, observa-se uma significativa tendência dos discursos feministas a defenderem o incremento do sistema punitivo como ferramenta eficiente e necessária para promoção do fim da violência de gênero<sup>9</sup>. Contudo, não se pode ignorar a preocupação dos movimentos, paralelamente, com a implementação de políticas públicas extrapenais – como é possível observar no tratamento integral conferido pela própria Lei Maria da Penha (LMP) à mulher em situação de violência, por exemplo. Como o presente texto busca discutir especificamente questões relativas à resposta penal dada pelo Estado à violência de gênero, os demais âmbitos da lei, em que pese sua extrema importância – muitas vezes subestimada –, não serão aqui desenvolvidos. Não obstante, é necessário o registro de que o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à participação de autores de violência em grupos reflexivos, prevenção, educação para igualdade de gênero e outras medidas possibilitadas pela LMP deveriam ser mais privilegiadas que a tradicional e reconhecidamente insuficiente repressão penal.

Parte significativa dos movimentos passou a apostar em duas frentes: a da política criminal, com penas mais gravosas e procedimentos tidos como mais rigorosos para os agressores, e a do campo simbólico-discursivo, com a concepção de que o reconhecimento jurídico-penal das particularidades da violência de gênero poderia trazer maior visibilidade ao problema. Tal

---

8 CALAZANS; CORTES, 2011, p. 39.

9 BORGES; BORTOLOZZI JR, 2016, p. 334.



postura pode ser verificada em diversos países latino-americanos, como Paraguai, Chile, México e Argentina<sup>10</sup>.

Os movimentos feministas, de modo geral, inclusive no Brasil, possuíam a consciência de que o alcance da igualdade de gênero não poderia ser efetivado enquanto as mulheres continuassem sendo submetidas à violência dentro dos próprios lares e a condições subalternas de acesso ao trabalho e à autonomia econômica. Essa violência, aliás, se encontrava tão acomodada na dinâmica social anterior à LMP que os casos de agressão doméstica eram processados e julgados nos Juizados Especiais Criminais, regulamentados pela Lei 9.099/95 e competentes para casos de infrações de menor potencial ofensivo. O desfecho dos casos consistia na condenação do agressor, quando muito, a penas como prestação de serviços comunitários ou pagamento de cestas básicas, passando a mensagem de que a prática era, efetivamente, de pouca importância e não merecia grande atenção do Estado.

A Lei 11.340/2006 estabeleceu uma série de instrumentos a serem empregados no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como tornou mais rigoroso o processo e a condenação criminal dos agressores. É preciso ressaltar que essa legislação foi fruto de importante batalha travada por organizações de direitos humanos e direitos das mulheres<sup>11</sup>, que culminou na denúncia do caso de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher vítima de duas tentativas de feminicídio em 1983 por parte do então marido<sup>12</sup>, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>13</sup>, a qual reprovou publicamente, por meio da publicação do

---

10 BORGES; LUCCHESI, 2015, p. 335.

11 O movimento feminista brasileiro busca reformas políticas e jurídicas no tratamento da violência doméstica desde a década de 1970 e teve atuação sensivelmente acentuada na década de 1990, com o início de articulações políticas e organizacionais mais fortes. A chamada Lei Maria da Penha, nesse sentido, consolida essa trajetória, sendo produto das batalhas do movimento de mulheres brasileiro para “sistematizar em um estatuto único as conquistas do feminismo” (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 143).

12 Os detalhes do caso, pela perspectiva da vítima Maria da Penha, são narrados na obra autobiográfica *Sobrevivi... posso contar* (FERNANDES, 2012). A trajetória também é relatada no site do Instituto Maria da Penha, disponível em <http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 03 nov. 2019.

13 Trata-se do Caso nº 12.051 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cujo Relatório, de nº 54/01, pode ser acessado em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019. A denúncia, apresentada pela própria Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro de Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), com base nos artigos

Relatório nº 54/01, o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Recomendou, entre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil”.

Em resumo, respaldada pela Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>14</sup> e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher<sup>15</sup>, essa legislação afastou o tratamento tradicionalmente conferido à violência doméstica como assunto exclusivamente concernente ao âmbito privado e de menor importância, inclusive impedindo a aplicação da Lei nº 9.099/1995<sup>16</sup>, que instituiu os Juizados Especiais, a esses casos. Ademais, incorporou-se uma perspectiva de gênero no tratamento desse tipo de violência, traduzida na criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, além da previsão de atendimento policial capacitado e especializado para mulheres, particularmente nas Delegacias de Atendimento à Mulher. Por fim, a lei previu também a atuação de equipes de atendimento multidisciplinar, que podem desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares<sup>17</sup>.

Atualmente, por força da Lei Maria da Penha, algumas capitais contam com a Casa da Mulher Brasileira, centro que integra, em um único local, unidades do Poder Judiciário, Defensoria Pública, Polícia Civil e Ministério Público e fornece apoio psicossocial e abrigos temporários, entre outros serviços. Tal inovação poupa as vítimas da frequente peregrinação pelos órgãos públicos à qual são submetidas para buscar a reparação dos danos sofridos e medidas para sua própria segurança e responsabilização do agressor. Contudo, há inúmeros empecilhos para que este modelo ideal seja implementado em grande parte das cidades brasileiras.

---

44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, foi recebida pela CIDH em 20 de agosto de 1998. Foi a primeira denúncia de crime de violência doméstica a ser aceita pela CIDH e ensejou uma série de investigações sobre o andamento do caso no plano judicial brasileiro (CAMPOS, 2007, p. 272).

14 OEA, 1969.

15 BRASIL, 1996.

16 BRASIL, 1995.

17 Artigos 29 a 32 da Lei nº 11.340/06 (BRASIL, 2006).

É preciso ressaltar que o maior mérito dessa referida legislação consistiu no emprego de um enfoque feminista para tratar da violência de gênero, pois teve como preocupação promover a igualdade de gênero e diminuir a vulnerabilização social da mulher com a implementação de políticas públicas<sup>18</sup>. Segundo Flávia Piovesan e Silvia Pimentel<sup>19</sup>, ao editá-la, os poderes públicos admitiram que a existência de vulnerabilidades específicas e que demandam, juntamente do direito à igualdade, o direito à diferença, reclama um tratamento especial<sup>20</sup>.

No mesmo sentido, Carmen Hein de Campos<sup>21</sup>, examinando a Lei Maria da Penha pelas lentes da chamada teoria feminista do direito, argumenta que se trata de uma lei que refletiu a sensibilidade feminista no tratamento da violência doméstica, visto que funciona numa lógica de desconstrução do tratamento legal conferido anteriormente e foi aprovada após importante participação feminina nos debates políticos.

Por outro lado, Campos<sup>22</sup> alerta que, embora não tenha originalmente criado tipo penal, a lei não ofereceu alternativas às tradicionais respostas penais, sendo um dos desafios do feminismo brasileiro apresentar uma inovação capaz de dar alternativas para além daquelas modeladas pela Lei Maria da Penha, enquanto para o Poder Judiciário o desafio consiste em lidar de forma especial com as inúmeras situações apresentadas pelo cotidiano forense.

Apesar das diversas críticas que podem e devem ser feitas à forma de tutela penal da violência doméstica e familiar contra a mulher adotada no Brasil<sup>23</sup>, é necessário apontar como grande virtude da Lei Maria da Penha a superação de forma definitiva da invisibilidade que tradicionalmente tomava conta do problema da violência doméstica. Foram abertos caminhos para um debate muito mais amplo sobre a questão, bem como para

---

18 BARSTED, 2011, p. 17.

19 2011, p. 103.

20 As autoras pontuam, ainda, que a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 afirma de forma expressa, em seu parágrafo 18, que os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, tendo sido tal concepção reiterada pela Plataforma de Ação de Pequim, de 1995 (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p. 105).

21 2011, p. 09.

22 2011, p. 10.

23 V. CAMPOS, 1999; KARAM, 2007; e ANDRADE, 2012.

o levantamento de dados úteis à formulação de políticas públicas, além de uma maior preocupação do poder público de um modo geral com a condição feminina nas relações sociais e, principalmente, dentro dos lares brasileiros.

Justamente por isso, é de se ressaltar que a Lei 11.340/06 é dotada de potencial transformador no que toca a erradicação da violência contra a mulher, pois traz uma série de medidas extrapenais inovadoras e que podem, caso implementadas de forma séria, atingir o cerne do problema, promovendo a prevenção da violência por meio da educação, por exemplo<sup>24</sup>.

Entretanto, malgrado as virtudes do diploma, é perceptível que, no plano fático, as normas nas quais o Estado mais investe não são aquelas capazes de iniciar uma mudança cultural que leve à erradicação da violência de gênero, mas, sim, aquelas voltadas essencialmente à reparação da violência após sua ocorrência. Ademais, a grande burocracia enfrentada pelas mulheres vítimas de violência doméstica na maioria das cidades – que pode ser entendida como vitimização secundária – acaba sendo, muitas vezes, por si só, um fator de desistência<sup>25</sup> em relação à persecução penal dos autores de violência. Isso também é indicativo do despreparo das instituições policiais e jurídicas para lidar com o fenômeno, o que revela, mais uma vez, que o problema maior reside na falta de empenho do Poder Público nas medidas preventivas – incluindo a capacitação dos atores do sistema de justiça. Wânia Pasinato Izumino percebe, nesse sentido, “como o procedimento policial/judicial conduz a investigação e o processo judicial de forma tradicional, sem abertura para as inovações instituídas pela Lei”<sup>26</sup>.

Em suma, é possível concluir que, em que pese a grande inovação trazida pela lei, pensada para tratar de forma global, inclusive preventivamente, a violência de gênero, a face penal é a que possui mais alcance.

---

24 “Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: [...] VII – a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia; VIII – a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de restrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia; IX – o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.” (BRASIL, 2006).

25 PASINATO; CRUZ; VIEIRA, 2019, p. 197.

26 PASINATO; CRUZ; VIEIRA, 2019, p. 198.

Poucas cidades possuem a estrutura para atendimento integral e humanizado das vítimas e as políticas públicas voltadas à educação e prevenção também ainda não foram satisfatoriamente implementadas, por resistência não apenas dos poderes constituídos, mas, também, da própria sociedade. Flávia Biroli observa, aliás, como a rejeição às discussões de gênero, especialmente em escolas, é característica da erosão democrática em diversas regiões do mundo, incluindo a América Latina<sup>27</sup>. Os movimentos feministas aparecem, nessa narrativa, como grandes riscos para a humanidade, gerando repulsa por setores conservadores e oferecendo matéria prima para discursos populistas e anti-minorias. No Brasil, o programa Escola Sem Partido, que inspirou vários protestos populares e projetos de lei que visam proibir ensino com perspectiva de gênero nas escolas, é, provavelmente, o maior símbolo da reação contra propostas preventivas aptas a abalar estruturalmente a desigualdade de gênero.

Anos após a aprovação da LMP, entrou em vigor no Brasil a Lei do Femicídio. Segundo Campos<sup>28</sup>, a proposta de criminalização do feminicídio no Brasil está inserida em uma tendência presente na América Latina, desde os anos 1990, de reconhecimento e tipificação específica da violência contra mulheres. A autora destaca que o crime de femicídio/feminicídio é previsto nas legislações da Argentina (2012), Bolívia (2013), Chile (2010), Colômbia (2008), Costa Rica (2007), El Salvador (2010), Equador (2014), Honduras (2013), Guatemala (2008), México (2012), Nicarágua (2012), Panamá (2013), Peru (2013) e Venezuela (2014).

O termo feminicídio foi utilizado também pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em sentença do caso “Campo Algodonero”<sup>29</sup>, em que foi entendido como “homicídio de mulheres por razões de gênero”<sup>30</sup>. A Lei nº 13.104/2015 vai no mesmo sentido ao incluir o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, presente no artigo 121 do Código Penal brasileiro, definindo-o como aquele praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, seja no contexto de violência doméstica e familiar, por menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

---

27 BIROLI, 2019, p. 83.

28 2015, p. 105.

29 OEA, 2009.

30 CAMPOS, 2015, p. 105.

Campos<sup>31</sup> aponta, ainda, diversos fundamentos internacionais e regionais para a criminalização do feminicídio, como as Conclusões Acordadas na 7ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher da ONU, no sentido de “reforçar a legislação nacional, onde apropriado, para punir assassinatos violentos (*gender-related*) e integrar mecanismos ou políticas específicas para prevenir, investigar e erradicar essas deploráveis formas de violência de gênero”<sup>32</sup>, o MESECVI (Mecanismo de Seguimento da Convenção de Belém do Pará) e a adoção, incentivada pelo Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas e pela ONU Mulheres, de um Modelo de Protocolo latino-americano de investigação de mortes violentas de mulheres por razões de gênero.

A partir da conceituação do feminicídio como atos ou condutas misóginas que resultam na morte, ou como a morte por razões de gênero ou, ainda, como uma forma extrema de violência baseada no gênero, percebe-se que o bem jurídico penalmente tutelado é a vida, sendo, portanto, uma adequação típica da figura do homicídio que visa a diferenciar e nominar a particularidade das mortes de mulheres<sup>33</sup>. Entretanto, Campos<sup>34</sup> assevera que, embora seja legítimo reconhecer juridicamente a violência feminicida, a definição legal é inadequada à medida em que reduz o conceito de gênero. Trata-se, para a autora, de um “retrocesso teórico – de gênero para condição do sexo feminino”, resultante da atuação da bancada evangélica na alteração do projeto original proposto pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) que investigou a violência contra a mulher<sup>35</sup>. Com essa alteração, foi reduzido o alcance da norma para restringir sua aplicação somente às mulheres, assim consideradas enquanto sua condição biológica<sup>36</sup>.

Borges e Bortolozzi Jr<sup>37</sup>, a partir das obras de Michel Foucault e Judith Butler e da contextualização da violência de gênero em relação às políticas neoliberais presentes nas sociedades contemporâneas, criticam a criminalização do feminicídio por entenderem que o modo como foi apresentada na legislação brasileira apenas reforça o processo de heteronormalização a

---

31 2015, pp. 106-107.

32 BRASIL, 2013, p. 1004.

33 CAMPOS, 2015, p. 109.

34 2015, p. 110.

35 BRASIL, 2013.

36 CAMPOS, 2015, p. 111.

37 2016, p. 336.

partir de um discurso binário de sexo e gênero. Para os autores, o direito criminal não é instrumento apto a diminuir, por si só, a violência de gênero, uma vez que, como qualquer discurso jurídico, limita a sua proteção a determinadas identidades<sup>38</sup>. Em suma, o problema da criminalização do feminicídio residiria no fato de ser sua eficácia sempre limitada na luta pela diminuição dessa violência e na exclusão ou invisibilização de outras violências praticadas por questões de gênero, expressão que, como se viu, foi propositalmente retirada do texto legal.

Finalmente, em junho de 2019, o STF concluiu o julgamento ADO 26<sup>39</sup>, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do MI 4733<sup>40</sup>, de relatoria do ministro Edson Fachin. O Tribunal decidiu, por maioria, pela declaração da mora do Congresso Nacional ao não incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais da população LGBT.

A tese proposta pelo relator da ADO foi organizada em três pontos: primeiramente, estabelece que, até a edição, pelo Congresso Nacional, de lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/1989<sup>41</sup> e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. O segundo ponto prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Por fim, a tese dispõe que o conceito de racismo vai além dos aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

As críticas ao processo de criminalização da homotransfobia pela via judicial, no âmbito da literatura jurídica penal, podem ser sintetizadas na indicação da incoerência, numa visão criminológica, entre a defesa de um direito penal mínimo concomitante à busca por severa punição daqueles que violam direitos humanos. Na perspectiva da dogmática penal, argumenta-se violação ao princípio da legalidade, presente no artigo 1º do Código Penal, pois o STF estaria realizando uma analogia prejudicial aos acusados, prática vedada no direito penal. Na seara do direito constitucional,

---

38 BORGES; BORTOLOZZI JR, 2016, p. 336.

39 BRASIL, 2019a.

40 BRASIL, 2019b.

41 BRASIL, 1989.

autores relevantes criticaram o pleito a partir de uma discussão sobre os limites institucionais na relação dos poderes da República.

Por outro lado, defende-se que a criminalização da homofobia e transfobia é medida determinada, dentro da integridade do direito, pela Constituição de 1988 e condizente com a jurisprudência do próprio STF, que adotou uma interpretação do racismo enquanto processo motivado por razões sociais, e não biológicas, no Habeas Corpus nº 82.424 - *Caso Ellwanger*<sup>42</sup>. Nessa esteira, a criminalização por parte do STF não seria analogia e nem interpretação extensiva, mas configuraria “aplicação da Constituição e de normas de direito internacional, sendo e dando seguimento à integridade do “romance em cadeia” no qual o HC. 82424 se constitui em um capítulo especial”<sup>43</sup>.

Por fim, como foi mencionado, não se pode deixar de observar que, ao criminalizar a violência de gênero para tentar reduzi-la, o Estado brasileiro continua agindo dentro de uma lógica masculina, vitimizando e fragilizando ainda mais as mulheres e outras identidades vulneráveis<sup>44</sup>. Sabe-se que o direito penal se constitui como discurso viril e formulado por homens, “impregnado por construções sociais que o identificam com o masculino e que por anos serviram à naturalização e à manutenção da dominação masculina nas sociedades”<sup>45</sup>. Assim, na disputa por reconhecimento no sistema jurídico brasileiro, vence a identidade masculina, que conforma as políticas estatais de reconhecimento de direitos a outras identidades.

Porém, dado o caráter supranacional dos direitos humanos e a globalização intensa e crescente, é importante analisar os reflexos do cenário internacional no fenômeno que este artigo se dedica a problematizar. Assim, propõe-se uma leitura crítica da Declaração “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, produzida pela Cúpula composta pelos cento e noventa e três Estados-membros das Nações Unidas, entre 25 e 27 de setembro de 2015, em Nova Iorque.

---

42 No Habeas Corpus nº 82.424, o STF firmou entendimento segundo o qual “a construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo” requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. O crime de racismo constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência” (BRASIL, 2004).

43 OLIVEIRA; SILVA; BAHIA, 2019.

44 BORGES; LUCCHESI, 2015, p. 234.

45 BORGES; LUCCHESI, p. 242.



### 3. A Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável e a igualdade de gênero

A Agenda 2030 da ONU prevê 17 objetivos a serem alcançados pelas nações, com os quais os chefes de Estado se comprometeram, visando o desenvolvimento sustentável, isto é, um mundo livre de pobreza, fome, doença, medo, violência etc. Esses objetivos se desdobram em 169 metas, que fixam meios para sua implementação, avaliação e acompanhamento.

Diversamente do processo de elaboração dos Objetivos do Milênio (ODM), fixados em 2000 pela Cúpula da ONU, com restrita discussão e participação da sociedade civil, o processo que resultou na definição dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), de suas metas e seus indicadores, deu-se em terreno muito mais democrático e participativo, contando com a voz de representantes populares e especialistas<sup>46</sup>.

O Objetivo do Desenvolvimento Sustentável nº 5 (ODS 5) consiste em alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, cumprindo parte da agenda, que consiste em um “plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade” e “busca fortalecer a paz com mais liberdade”<sup>47</sup>. Nessa perspectiva, as Nações Unidas tomam como integradas e indivisíveis as três dimensões do desenvolvimento sustentável a serem alcançadas de forma harmônica e equilibrada: econômica, social e ambiental. O presente artigo tem seu foco sobre a dimensão social do desenvolvimento sustentável, registrando-se, contudo, que não é ignorado o inegável impacto advindo da ligação entre as questões relativas à igualdade de gênero e os campos econômico e ambiental.

As disposições da Agenda funcionam como estímulo à ação em áreas fundamentais para o desenvolvimento humano nos quinze anos subsequentes. Nos termos do documento, “alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas representará uma contribuição essencial para o progresso em todos os Objetivos e metas”<sup>48</sup>. Com isso, a ONU reafirma a necessidade de que sejam proporcionadas oportunidades iguais a homens e mulheres, uma vez que o atual quadro de restrição ao acesso à educação de qualidade, recursos econômicos e participação po-

---

46 ALVES, 2015.

47 ONU, 2015a.

48 ONU, 2015a.

lítica às mulheres impede o desenvolvimento humano geral. Portanto, o que se busca é um futuro de igualdade de oportunidades também no que se refere a emprego, liderança, tomada de decisões em todos os níveis, que serão alcançados apenas por meio do aumento de investimentos em políticas públicas de promoção da igualdade de gênero e de empoderamento das mulheres nos âmbitos global, regional e nacional.

Frente a este cenário, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável parece ser um possível instrumento para a diminuição da violência de gênero, sendo importante entender e avaliar a relevância do combate à violência de gênero na persecução desse desenvolvimento sustentável, enfrentando, inclusive, os acirrados debates acerca da política criminal. Desta feita, cabe aqui o questionamento sobre qual o papel da criminalização da violência de gênero na concretização do direito ao desenvolvimento humano e, ainda, qual postura a Agenda 2030 da ONU demanda do Estado brasileiro em termos de política criminal.

Critica-se que o conjunto de metas tenha focado exclusivamente a legislação e as políticas sobre trabalho e mercados, não tratando especificamente das questões referentes ao risco da violência de gênero, estereótipos culturais e divisões de gênero no trabalho intrafamiliar e nem de questões de política macroeconômica e distribuição de recursos<sup>49</sup>. Não obstante, deve ser observado o contexto de elaboração do documento e sua recepção no Brasil, a fim de que se possa desvelar suas potencialidades no enfrentamento não apenas da violência contra as mulheres, mas também contra outros sujeitos que sofrem por não se submeterem ao padrão heteronormativo.

Aliás, a melhoria da condição feminina diz respeito ao desenvolvimento das sociedades e da comunidade global como um todo. Como explica Amartya Sen<sup>50</sup>, em análise sobre a participação das mulheres nas atividades econômicas, o resultado de tal inclusão não é meramente a geração de renda para as mulheres, mas também a provisão dos benefícios sociais decorrentes de *status* mais elevado da independência feminina, que incluem até mesmo a redução de taxas de mortalidade infantil e fecundidade<sup>51</sup>. Portanto, a elevação das mulheres à condição de agentes nas sociedades gera efeitos desejáveis para o desenvolvimento em geral.

---

49 GALLO; SETTI, 2014, p. 4391.

50 2010, p. 261.

51 SEN, 2010, p. 257.

A Agenda 2030 traz repetidamente, ao longo de seu texto, a ideia de integração sistemática da perspectiva de gênero em sua implementação, reconhecendo, assim, que nenhum dos objetivos pode ser alcançado sem que seja dado espaço às mulheres para que atuem em todas as áreas.

O termo desenvolvimento sustentável ganhou espaço definitivamente na pauta internacional após a divulgação do Relatório Brundtland, intitulado “Nosso futuro comum”, publicado no ano de 1987<sup>52</sup>. A partir de então, a ideia de sustentabilidade atravessa o plano ambiental para se referir também aos aspectos social e econômico. Posteriormente, na década de 1990, foi realizada uma série de conferências para debater as possibilidades e limites do desenvolvimento sustentável, bem como traçar as perspectivas globais para o século XXI. Sobre esses eventos, Cecília Sardenberg<sup>53</sup> constata que ao lado de importantes conquistas obtidas nas conferências mundiais da década de 1990, “evidenciadas na Plataforma de Ação de Beijing, tal perspectiva contribuiu para abordagens mais inclusivas e, certamente, mais avançadas, nos discursos em torno de desenvolvimento quanto a gênero.”

O ODS 5 – alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas – se estende em diversas metas: acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte; eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos; eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas; reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais; garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública; assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Beijing e os documentos resultantes de suas conferências de revisão; empreender reformas para dar

---

52 ALVES, 2015, p. 590.

53 2018.

às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso à propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais; aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres; adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, em todos os níveis<sup>54</sup>.

É preciso notar que o conceito de empoderamento das mulheres presente na Agenda 2030 já constava da Plataforma de Ação de Beijing como uma das principais metas a serem alcançadas pelas nações. Sardenberg<sup>55</sup> afirma que essa atuação pela incorporação de perspectiva de equidade de gênero nos discursos e políticas sobre desenvolvimento, iniciada nos anos 1990, resultou de longo processo de negociação dos movimentos feministas, com notória participação dos feminismos brasileiros<sup>56</sup>.

Nacionalmente, a Declaração foi recebida em 2016, o primeiro ano de vigência dos ODS, com a elaboração do “Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”<sup>57</sup>, por parte da Força Tarefa do Sistema ONU no Brasil. Assim como os demais glossários lançados pela ONU, este intenciona apresentar as definições discutidas quando da construção da Agenda, contextualizando os termos e conceitos contidos ao longo das 169 metas dos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável.

Desse modo, o Glossário apresenta as definições de termos centrais do ODS 5. Dentre os termos trabalhados no documento, o “empoderamento das mulheres” é um dos mais importantes. De acordo com o glossário,

---

54 ONU, 2015a, p. 20.

55 2018.

56 “Somente a partir das conferências mundiais da ONU realizadas na década de 1990, a atuação do Brasil começou a se destacar nesses espaços globais, tendo por trás um intensivo ativismo feminista. Com efeito, os feminismos brasileiros são hoje reconhecidos mundialmente como uns dos movimentos de mulheres mais diversificados, melhor articulados e mais influentes da América Latina (Sternbach *et alli*, 1992), tendo avançado para além das nossas fronteiras, com presença marcante nesses espaços globais. Essa atuação foi incisiva na IV CMM e na série de conferências de Beijing+, principalmente, Beijing+10, Beijing+15 e Beijing+20, realizadas entre 2005 e 2015, período em que a Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM), criada durante o Governo Lula, definiu uma orientação progressista para a atuação da Missão Brasileira na ONU em prol da manutenção dos acordos de Beijing” (SARDENBERG, 2018).

57 ONU, 2016.

trata-se de realçar a importância adquirida pelas mulheres no controle sobre seu desenvolvimento, devendo o governo e a sociedade criar condições e fornecer apoio para tanto, garantindo a possibilidade de realizarem todo seu potencial na sociedade<sup>58</sup>.

O empoderamento garantiria às mulheres o direito à liberdade de consciência, religião e crença, a participação nos mais diversos campos sociais, o reconhecimento e a garantia dos direitos reprodutivos, o acesso aos recursos econômicos, o acesso à educação de qualidade e, evidentemente, a eliminação de todas as formas de discriminação e violência contra as mulheres e meninas. O sucesso dessa meta, assim sendo, depende da elaboração de políticas e programas públicos aptos a incluir as mulheres nos cargos de poder e na elaboração de tais instrumentos de transformação.

A discriminação contra a mulher é definida no Glossário como toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que prejudique ou anule o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos pelas mulheres nos campos político, econômico, social, cultural e civil, entre outros<sup>59</sup>.

Já no que se refere à violência contra mulheres, o Glossário faz alusão à Convenção da ONU para Prevenir, Punir e Erradicar todas as formas de Violência contra a Mulher<sup>60</sup>, segundo a qual tal categoria abrange qualquer ato que resulte ou possa resultar dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres na vida pública ou privada<sup>61</sup>, tal como preconizado na própria Lei Maria da Penha.

O feminicídio, nos termos do Glossário, consiste na “expressão mais grave da violência contra as mulheres por razões de gênero”<sup>62</sup>, sendo reconhecido de forma mais ampla do que a atual definição do Código Penal, que se limitou a qualificar o homicídio perpetrado por razões da condição do sexo feminino.

---

58 ONU, 2016.

59 ONU, 2016.

60 Leila Linhares Barsted (2006, p. 140) ressalta que a Convenção de Belém do Pará considera a violência contra a mulher uma violação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, uma vez que limita total ou parcialmente o reconhecimento, o gozo e o exercício desses direitos e liberdades pelas mulheres. Ainda, segundo Barsted, a Convenção reconhece que a violência contra as mulheres é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

61 ONU, 2016.

62 ONU, 2016.

O Glossário aduz, ainda, a outras formas de violência baseada no gênero, quais sejam: assédio sexual, diversas formas de constrangimento de natureza sexual, violência na mídia, violência obstétrica, pornografia de vingança, violência política, violência estrutural e violência coletiva, entre outras. O documento pontua a importância de que se privilegie o caráter interseccional da violência, em especial no que se refere às relações entre gênero e raça/etnia e os efeitos do racismo e da lesbotransfobia.

Na sequência, o documento trata de estabelecer o conceito ao qual pretende se referir a Agenda 2030 quando se utiliza da expressão gênero: “papéis, comportamentos, atividades e atributos que uma dada sociedade em um dado momento considera apropriado para homens e mulheres”<sup>63</sup>. Ainda segundo o texto elaborado pela ONU Brasil, igualdade de gênero refere-se, conforme as definições internacionais, à igualdade em direitos, responsabilidades e oportunidades das mulheres e dos homens, bem como das meninas e dos meninos. Frisa-se que igualdade não implica na ideia segundo a qual não haveria diferenças entre homens e mulheres, mas que os direitos, responsabilidades e oportunidades de homens e mulheres não devem depender do sexo biológico ao qual estão condicionados, tampouco à identidade de gênero. É interessante notar que a redação do documento menciona expressamente que a igualdade de gênero só pode ser satisfeita se levadas em consideração também outras categorias que não simplesmente mulheres, num efetivo exercício de reconhecimento da interseccionalidade dos direitos humanos<sup>64</sup>.

O direito ao desenvolvimento, entendido como direito humano, “demanda a universalização do atendimento das necessidades mínimas de proteção dos indivíduos que são de múltiplas naturezas e não apenas adstritas a uma definida classe de direitos”<sup>65</sup>. Nessa perspectiva, o empoderamento pode advir da universalização do direito ao desenvolvimento, que é, na verdade, a realização da promessa da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A efetivação do direito humano ao desenvolvimento

---

63 ONU, 2016.

64 “A igualdade de gênero não é uma questão de mulheres, mas deve envolver igualmente homens e mulheres. Igualdade entre mulheres e homens é uma questão de direitos humanos e também condição para e indicador de desenvolvimento sustentável centrado nas pessoas. Para que seja plenamente alcançada, deverá incluir as especificidades de mulheres negras, indígenas, quilombolas, lésbicas e bissexuais, pessoas trans, entre outras.” (ONU, 2016).

65 FACHIN, 2015, p. 287.

requer, então, o rompimento com a universalização parcial e conivente de tal direito, baseada tão somente na garantia de liberdade públicas negativas<sup>66</sup> para o verdadeiro enfrentamento das questões estruturais que causam a opressão de determinados grupos vulneráveis. Para tanto, é necessário o comprometimento do Estado não apenas em não restringir diretamente qualquer direito, mas também para fornecer condições materiais de gozo de todos os direitos humanos.<sup>67</sup>

No âmbito de análise das relações de gênero globais, Connell e Pearse<sup>68</sup> defendem que seja compreendida uma “política de gênero” como mais do que uma luta de um grupo de interesse contra desigualdades. Em sentido mais geral, devem ser buscados meios de “manobrar a ordem do gênero na história”. É necessária a adoção de posturas estratégicas e concomitantemente focadas na manutenção e promoção de lutas democráticas nas diversas esferas da vida, para além da luta identitária.

#### **4. O discurso jurídico e a construção das identidades: limites e possibilidades de uma política criminal para redução da violência de gênero**

Como já sublinhado, a utilização de conceitos como gênero e sexo nas leis brasileiras e nos documentos internacionais não se dá ao acaso. É indicativa, realmente, de um certo discurso que se coloca como motor da política empreendida pelo emissor da mensagem, capaz de restringir, intencionalmente ou não, a inclusão de uma série de identidades não aceitas ou suficientemente representadas. Mais que isso, a medida do discurso engendrado sobre gênero e sexo implica mesmo na necessidade de se assumir, ou não, uma identidade.

---

66 FACHIN, 2015, p. 163.

67 A falta de comprometimento do Estado brasileiro com o a implementação da Agenda 2030 fica clara nas últimas pesquisas do IPEA (2019), que assessora tecnicamente à Comissão Nacional da Secretaria de Governo da Presidência da República, responsável pela implementação da Agenda 2030, e concluiu que em relação à violência de gênero o maior desafio no que diz respeito ao “monitoramento do enfrentamento da violência contra mulheres e meninas no Brasil, é, precisamente, a limitação dos dados existentes.” Em suma, não há no país um sistema adequado de coleta de dados sobre essa espécie de violência, o que dificulta a compreensão dos fatores que contribuem para sua ocorrência e, conseqüentemente, a criação de políticas públicas para evitá-la.

68 2015, p. 272.

A distinção entre sexo e gênero foi proposta nos anos 1970 por uma série de feministas que entendiam o primeiro como fato biológico e o segundo como fato social<sup>69</sup>. A diferença entre papéis masculinos e femininos teria, assim, uma base biológica sobre a qual se construíram socialmente expectativas para cada um dos dois tipos de corpos considerados. Apesar de muito útil à elaboração de diversas pautas do crescente feminismo liberal à época, esse modelo encontrou obstáculos logo em seguida, pois a ideia de gênero como uma diferença escolhida culturalmente não pôde explicar por que um lado da diferença – o masculino – era mais valorizado do que o outro<sup>70</sup>. Outro argumento levantado foi o de que as diferenças de gênero são embasadas tanto na biologia quanto nas normas sociais, mas tal concepção também não se sustenta, uma vez que, segundo Connell e Pearse<sup>71</sup>, os dois níveis de análise são praticamente incompatíveis.

Ainda com Connell e Pearse<sup>72</sup>, é preciso “rejeitar todos os modelos de gênero que assumem que diferenças sociais de gênero são causadas por diferenças corporais, que produziriam diferenças de caráter”. Parte das teóricas contemporâneas de gênero tem entendido que os corpos não são uma realidade dada que origina, conseqüentemente, o gênero e todos os seus desdobramentos sociais. Antes, os próprios corpos são construtos sociais.

Nesse caminho se desenvolvem os chamados estudos *queer*, debruçando-se sobre temas como sexualidade, identidade pessoal, representação, linguagem e diferença, notadamente a partir das obras de autores como Michel Foucault, Jacques Derrida e Gilles Deleuze<sup>73</sup>.

As construções teóricas sobre biopolítica e de governamentalidade do filósofo Michel Foucault, assim como suas análises sobre os regimes de verdade e da discursividade da sexualidade<sup>74</sup> são importantes e úteis a uma compreensão mais profunda das relações de gênero (embora não seja este seu foco, em última análise), bem como do neoliberalismo e da violência das sociedades contemporâneas. Por isso, uma releitura de sua obra buscando nela meios de compreensão da violência de gênero como fenômeno social parece extremamente apropriada.

---

69 CONNELL; PEARSE, 2015, p. 98.

70 CONNELL; PEARSE, 2015, p. 99.

71 2015, p. 100.

72 2015, p. 111.

73 CONNELL; PEARSE, 2015, p. 141.

74 FOUCAULT, 2008; 2010; 2014a; 2014b; 2016; 2017; 2018.



Além disso, o método empregado por esse autor em suas análises também é pertinente, uma vez que busca mostrar como as práticas e os regimes de verdade formam dispositivos de saber-poder que efetivamente marcam no real aquilo que inexistente e o submete legitimamente à demarcação do verdadeiro e do falso<sup>75</sup>. Foucault se preocupa não em construir argumentos universalizantes e abrangentes, mas em identificar e considerar os contextos históricos e de dinâmica do poder que proporcionam o nascimento e a emergência de certas práticas e discursos, assim como dos já mencionados regimes de verdade.

Assim, pode-se inferir que o sistema de justiça é incapaz de captar as relações sociais sem moldá-las aos seus limites. Nesse sentido, Foucault argumenta que, a partir do século XIX, as identidades, a sexualidade e os desejos passam a ser produzidos pela lei precisamente para serem reprimidos pela mesma, configurando-se o que o autor chamou de construção discursiva da sexualidade<sup>76</sup>. Não obstante as possibilidades de atuação estatal no combate às violências pela via repressiva penal, é indispensável a problematização das categorias e o reconhecimento de que o trato destas pelo campo normativo é justamente o que permite a subversão, uma vez que, como visto, a própria lei forja as identidades que se propõe a proteger e tutelar.

A obra da filósofa estadunidense Judith Butler, particularmente, questiona a categoria “mulher”, tema central do livro *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*<sup>77</sup>, em que a autora trabalha o caráter discursivo e fluido que enxerga tanto no gênero quanto no sexo. Com isso, não se pode conceber uma política feminista homogênea, universal e que, embora reconheça recortes raciais, étnicos, de classe e regionais, seja baseada numa categoria definida de mulher. Butler parte de uma crítica dos constrangimentos culturais, sintetizados na expressão “heteronormatividade”, que forçam as pessoas a se encaixarem em identidades fixas condizentes com os binarismos de gênero<sup>78</sup>.

Connell e Pearse<sup>79</sup> apontam que o foco na identidade e na cultura sofreu críticas nos últimos anos, em razão de uma preocupação de que a

---

75 FOUCAULT, 2008, p. 27.

76 FOUCAULT, 2017.

77 BUTLER, 2016.

78 CONNELL; PEARSE, 2015, p. 144.

79 2015, p. 144.

teoria feminista tenha separado a cultura da sociedade de maneira abrupta. Contudo, seguem as autoras, o trato das questões materiais não representa uma deficiência nas análises do Sul Global, incluindo o Brasil, onde os problemas como pobreza, nutrição, morte perinatal, Aids e violência patriarcal sempre estiveram presentes na realidade das sociedades e nos estudos preocupados com a desigualdade de gênero.

Butler, a partir de John Langshaw Austin e Jacques Derrida, trabalha com a concepção de performatividade<sup>80</sup>, que pode ser útil para a análise do discurso jurídico engendrado no combate à violência de gênero. Segundo a filósofa, gênero e sexualidade são produtos de atos e enunciados performativos, isto é, materializam-se nos corpos falantes por meio dos discursos e das práticas. Com isso, conclui-se, desde logo, que as identidades que o direito afirma representar e se propõe a proteger são, na realidade, por ele mesmo produzidas na norma<sup>81 82</sup>.

Assim como Foucault, portanto, Butler percebe que o poder é, antes de representativo, produtivo. E essa produção normativa, logicamente, encontra-se num sistema androcêntrico e heteronormativo, que, para a garantia de sua continuidade, afirma, no discurso jurídico, com amparo nos discursos científicos e médicos, a necessidade de manutenção daquilo que se pode denominar heteronormalidade. É por isso que a filósofa conclama as feministas a entenderem que o direito e a lei produzem e depois escondem a noção de um “sujeito anterior à lei” para apelar a essa formação discursiva como uma premissa fundacional enraizada que será usada, ainda, para conferir legitimidade à hegemonia reguladora dessa mesma lei<sup>83</sup>. A norma é não apenas internalizada, mas incorporada pelos corpos que a vivenciam. Ainda nessa perspectiva de produção normativa das subjetividades, Guacira Lopes Louro<sup>84</sup>, em texto no qual analisa as intersecções entre

---

80 BUTLER, 2016.

81 BUTLER, 2016, p. 18.

82 Neste sentido, também Branco (2015, p. 93), ao tratar do pensamento de Michel Foucault: “Observe-se que Foucault [...] antecipa sua tese sobre o caráter produtivo do poder, ou seja, a de que o poder cria subjetividades dobradas sobre si, obrigadas ou incitadas a entrar num jogo de verdade externo a eles, alienante, através do qual os sujeitos são levados a se reconhecerem como sendo eles mesmos, cujo resultado é a identidade obrigatória de cada um. O que nada mais é, em outras palavras, do que o processo pelo qual acaba por se constituir uma subjetividade assujeitada”.

83 BUTLER, 2007, p. 48.

84 2015, p. 140.

Foucault e os estudos *queer*, afirma que “se a heterossexualidade fosse efetivamente natural e dada não haveria necessidade de empreendimentos e esforços continuados para garanti-la”.

O intuito da teoria *queer* é justamente extrapolar a normalidade, os padrões e a lógica estabelecida, e nisso se vislumbra um importante e provocativo nicho de estudo do direito e de sua constituição. Assim, parece pertinente uma análise dos discursos com os quais se preocupa o trabalho – presentes na Agenda 2030 da ONU e na política criminal adotada no Brasil para a diminuição da violência de gênero – que não parta do pressuposto de que os conceitos forjados por sistemas heteronormalizados sejam absolutos, mas, sim, produtos da discursividade das práticas sociais, inclusive das sexuais e referentes ao gênero.

A escolha pela utilização das categorias “meninas e mulheres” na redação da Declaração que instituiu a Agenda 2030 por parte dos Estados membros das Nações Unidas pode ter sua justificativa amparada na estratégia de garantir que o documento fosse adotado pelo maior número de países possível, evitando confrontar drasticamente posições de membros conservadores que rechaçariam sumariamente qualquer declaração que trouxesse uma preocupação mais explícita com o gênero em si. Nesse sentido, Sonia Corrêa<sup>85</sup> aduz que, “no contexto das Nações Unidas, a legitimação dos “direitos sexuais” das mulheres não foi acompanhada por avanços equivalentes no que se refere aos direitos da diversidade sexual”, isto é, não alcançou os sujeitos homossexuais, bissexuais, transexuais, transgêneros, trabalhadoras e trabalhadores do sexo.

Em diversas outras ocasiões, no âmbito das Nações Unidas, houve resistência sistemática à menção à orientação sexual em documentos ou conferências<sup>86</sup>. É nessa perspectiva que se torna possível a visualização de

---

85 2010, p. 325.

86 “Em Pequim, embora se tenha aprovado o parágrafo 96, não foi possível incluir no parágrafo 227 – que trata das múltiplas formas de discriminação das mulheres – uma menção explícita à orientação sexual. [...] Em 2001, durante a Sessão Especial da Assembleia Geral sobre HIV Aids, em junho, levantou-se objeção quanto à participação da representante da Comissão Internacional para os Direitos Humanos de Gays e Lésbicas e Transgêneros em uma mesa-redonda envolvendo governos e sociedade civil (Freitas, 2001). No mesmo ano, durante a preparação para a Conferência Internacional contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas de Intolerância, a acreditação da International Lesbian and Gay Association (Ilga) também foi questionada pela Conferência Islâmica Internacional. E, durante a própria conferência de Durban, uma vez mais, após debates acirrados, derrotou-se a proposta de inclusão da orientação sexual como base injustificável de discriminação e intolerância (Corrêa; Parker, 2004). Suzana Fried (2002),

como age a biopolítica no que tange ao gênero e à sexualidade, isto é, fazendo viver as identidades aceitas, válidas e condizentes com o poder capilarizado na sociedade, e deixando morrer aqueles corpos considerados abjetos e anormais, até mesmo por meio de sua invisibilização e negação<sup>87</sup>.

Ademais, a ideia de “mulher empoderada” como economicamente autônoma vem sendo incorporada às narrativas de empoderamento adotadas pelas principais instituições e corporações internacionais de desenvolvimento, que exaltam seu desejo de capacitar as mulheres para realizarem seu “potencial”<sup>88</sup>. Essa forma de ver o problema da desigualdade de gênero e de compreender que conferir às mulheres condições econômicas mais justas, fazendo circular o poder entre os gêneros, é o caminho para emancipação é vista por Cornwall<sup>89</sup> como a causa daquilo que chama de “empoderamento *light*”. Isso não liberta, de fato, as mulheres ou quaisquer outros grupos vulneráveis, apenas acomoda-os dentro do mercado, tornando palatável ao neoliberalismo a defesa desse certo tipo de igualdade, que é aparente, visto que não rompe as desigualdades sociais e de poder mais profundas e nem as normas sociais, relações afetivas e instituições subjacentes que constroem esses grupos.

No mesmo sentido, Adriana Piscitelli<sup>90</sup> explica que a categoria “mulher” advém da concepção presente no feminismo radical segundo a qual as mulheres são oprimidas pelo fato de serem mulheres, para além de questões de raça e classe. Na seara política, esse conceito serviu para formação do feminismo ao passo que o diferenciou do “pensamento de esquerda”

---

com razão, caracteriza essa resistência como ‘um persistente clima de homofobia internacional’ (CORRÊA, 2010, p. 325).

87 No último capítulo de *História da Sexualidade, vol. I – a vontade de saber*, Foucault explica a passagem de algo que se pode entender como um sistema de direito de vida e morte que o soberano exercia sobre os súditos (tendo legitimidade, assim, para deixar viver ou fazer morrer) para um regime em que o poder passa a ser exercido positivamente, isto é, “sobre a vida, que empreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício, sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto” (FOUCAULT, 2017, p. 147). É neste sentido que o presente texto considera a biopolítica do fazer viver e deixar morrer e seus reflexos nos discursos aqui analisados, inclusive acerca do desenvolvimento humano, à medida em que estes apresentam indubitavelmente uma escolha, mesmo que velada, a respeito das vidas (identidades, corpos e sujeitos) que valem a pena serem vividas (e, portanto, promovidas) e as vidas passíveis de serem deixadas para morrer.

88 CORNWALL, 2018.

89 2018.

90 2002, p. 4.

mais amplo, que ocupava lugar nos Estados Unidos e Inglaterra, tornando a “identidade” entre as mulheres uma questão primária<sup>91</sup>. Ainda segundo essa autora, o desenvolvimento do conceito de gênero se deu dentro dos estudos sobre “mulher” e utilizando vários de seus pressupostos<sup>92</sup>.

A preocupação dos estudos feministas com o conceito de gênero, em alternativa à categoria analítica do patriarcado, tem origem na identificação da necessidade de se compreender uma dimensão mais complexa do poder. O trabalho com gênero também tem um olhar preocupado para a situação das mulheres, mas proporciona análises muito mais amplas<sup>93</sup>.

Os estudos de Butler<sup>94</sup> colocam em xeque a noção presente nas teorias que entendem o gênero como construção social, como a representada por Simone de Beauvoir, autora de *O Segundo Sexo*, de que há um agente que guia sua formulação. A filósofa estadunidense não admite a existência de um sujeito ou um corpo anterior ao discurso, uma “facticidade anatômica pré-discursiva”. Significa dizer que não apenas o gênero é formado pelo discurso e pela prática, mas também o sexo, normalmente visto como um dado da natureza, tem sua formação localizada em determinados contextos de poder e saber. Nesse cenário se insere a ideia de performatividade, que explica o sexo como um processo através do qual as normas reguladoras que o materializam e o definem são constantemente reiteradas<sup>95</sup>.

Com base nessas concepções e na noção de biopolítica apresentada por Michel Foucault<sup>96</sup>, como tecnologia que regulamenta a vida da população juntamente do poder disciplinar e determina todo o corpo social com

---

91 Conforme expõe a autora (PISCITELLI, 2002, p. 3), foi parte da estratégia feminista a criação de um sujeito político coletivo, as mulheres, para encabeçar a luta contra a subordinação, ao mesmo tempo em que se empenharam no desenvolvimento de ferramentas teóricas capazes de explicar as causas dessa subordinação.

92 Piscitelli (2002, p. 8) explica que o conceito de gênero foi introduzido no debate sobre as causas de opressão da mulher por meio do ensaio *O Tráfico das Mulheres: Notas sobre a Economia Política do Sexo*, de Gayle Rubin (2017), publicado em 1975. A obra se preocupa com a forma como as relações sociais convertem as fêmeas em mulheres no marco da intersecção entre natureza, cultura e, particularmente, no campo da sexualidade e da procriação. A noção de gênero é apresentada na obra de Rubin como uma categoria de análise alternativa ao patriarcado e focada nos “contextos específicos nos quais o sistema sexo/gênero operacionaliza relações de poder” (PISCITELLI, 2002, p. 10).

93 PISCITELLI, 2002, p. 11.

94 2016, p. 30.

95 BUTLER, 2016.

96 2008.

suas práticas e por meio da norma, é possível lançar um olhar crítico sobre o discurso trazido pela Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável no que se refere à chamada igualdade de gênero, a exemplo das análises críticas já apresentadas neste artigo acerca da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio, ferramentas desenvolvidas no âmbito doméstico brasileiro para responsabilização de autores de violência contra mulheres.

Por essa razão, cabe questionar, em um primeiro momento, se os referidos instrumentos normativos, adotados em 2006 e 2015, respectivamente, estão em conformidade com a Agenda 2030 e também com outros compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional. Castilho e Campos<sup>97</sup> observam que, não obstante a forte resistência interna no âmbito da política brasileira à discussão de qualquer questão envolvendo gênero, o Estado brasileiro assumiu compromissos internacionais de tomar providências contra a violência de gênero.

O gênero foi associado ao sexo nesse cenário por meio da Recomendação Geral 19, de 1992, do Comitê CEDAW, que informa que o disposto no art. 1º da respectiva Convenção “inclui a violência de gênero, isto é, a violência que é dirigida contra uma mulher por ser mulher ou que afeta desproporcionalmente as mulheres”. Em seguida, em 1993, a Declaração sobre Eliminação da Violência contra as Mulheres também utilizou o gênero para conceituar aquilo que é a base de qualquer violência contra a mulher<sup>98</sup>. Percebe-se que, ao mesmo tempo em que os documentos internacionais se referem necessariamente às mulheres, deixando claro sua intenção de proteger esse grupo especificamente, a conceituação de violência contra ele é aquela “baseada no gênero”. Isso significa que há uma abertura para interpretações mais inclusivas do que a insuficiente, como já demonstrado, categoria de mulher.

A Recomendação Geral 33 do Comitê CEDAW, em seu item 7, preconiza que “a discriminação pode ser dirigida contra as mulheres por motivo de sexo e gênero”, sendo este último referente a “identidades, atributos e papéis socialmente construídos para mulheres e homens e ao significado

---

97 CASTILHO; CAMPOS, 2018.

98 “Art. 1º. Para os fins da presente Declaração, a expressão “violência contra as mulheres” significa qualquer ato de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada.” (ONU, 1993).

cultural imposto pela sociedade às diferenças biológicas, que se reproduzem constantemente no sistema de justiça e suas instituições”<sup>99</sup>.

Complementando a Recomendação Geral 19, a Recomendação Geral 35 estabeleceu que o conceito de violência baseada no gênero não pode se afastar da estruturalidade desse tipo de violência e do seu caráter social abrangente, devendo ser compreendido para além do seu caráter individual, ou seja, da apuração de casos criminais e do foco nas vítimas fatais e sobreviventes<sup>100</sup>, conforme apontam Castilho e Campos<sup>101</sup>. As autoras mencionam uma série de outros fundamentos normativos internacionais que contém ou sinalizam um conceito de gênero, como a já referida Convenção de Belém do Pará<sup>102</sup>.

Com efeito, a implementação de uma perspectiva de gênero na análise de políticas públicas não consiste em observar as demandas das mulheres, mas em ter como norte “o aspecto relacional e estrutural da desigualdade entre mulheres e homens para construir as soluções a fim de alcançar a equidade”<sup>103</sup>. Nesse sentido, embora uma análise voltada estritamente ao texto da Declaração que institui a Agenda 2030 apresente um quadro excludente, uma vez que, *a priori*, preocupado apenas com as “mulheres e meninas”, a leitura do Glossário brasileiro para o ODS 5 mostra que as possibilidades locais de sua implementação são muito mais inclusivas, justamente pela abertura ao emprego de uma leitura à luz da perspectiva de gênero.

A efetiva implementação de uma perspectiva de gênero no sistema de justiça demanda que sejam mapeadas as barreiras no acesso igual das mulheres, considerando os contextos social e jurídico de cada país, espe-

---

99 ONU, 2015b.

100 ONU, 2017.

101 2018.

102 Castilho e Campos (2018) citam também a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Istambul, 2011), que é o primeiro instrumento vinculante a definir violência contra as mulheres, reiterando os princípios da CEDAW e suas Recomendações, e ainda contém uma definição explícita de gênero em seu art. 2º. Para a leitura desse documento, “gênero” deve ser entendido como aquilo que designa os papéis, os comportamentos, as atividades e as atribuições socialmente construídos que uma sociedade considera apropriados para as mulheres e os homens. Assim, a “Violência contra as mulheres baseada no gênero” se refere a toda a violência dirigida contra uma mulher por ela ser mulher ou que afete desproporcionalmente as mulheres (CASTILHO; CAMPOS, 2018).

103 CASTILHO; CAMPOS, 2018.

cialmente identificando o papel da noção de gênero na tomada de decisões políticas institucionais, na elaboração legislativa, na investigação, processo e julgamento que contenham mulheres como autoras ou vítimas<sup>104</sup> e, por fim, na literatura jurídica<sup>105</sup>.

Para Andrea Cornwall<sup>106</sup>, o termo “igualdade de gênero” não possui um significado claro, sendo utilizado como um conjunto de atividades como coleta de estatísticas desagregadas por sexo, promovendo sensibilização de gênero e a competitividade das mulheres no mercado de trabalho. A perspectiva de gênero necessária para que não haja um aprisionamento dos sujeitos em identidades fixas e pré-estabelecidas demanda uma concepção mais sofisticada de igualdade de gênero. Ademais, requer que seja esta colocada em uma posição de meta a ser alcançada pelas diversas práticas políticas e jurídicas, o que enseja não apenas a repressão à violência de gênero, mas também a formulação de políticas públicas de inclusão dos vulneráveis na sociedade em condição de igualdade material. O empoderamento presente na descrição do ODS 5 é um conceito importante para o discurso sobre o desenvolvimento e aí reside a necessidade de resgatá-lo como uma estratégia feminista para “reformulá-lo de maneiras que reinscrevam uma preocupação em mudar as relações de poder estruturais que produzem desigualdade e opressão”<sup>107</sup>.

Não obstante as críticas tecidas à Lei Maria da Penha, à Lei do Feminicídio e à decisão do STF que considerou a transfobia uma espécie de crime de racismo social, é de se reconhecer que, no plano interno, são essas as principais ferramentas jurídicas disponíveis com perspectiva de gênero para lidar com a violência contra mulheres e, embora circunstâncias políticas tenham afastado algumas vezes noção de gênero e uma menção abrangente às identidades LGBT, contém chaves importantes para a discussão sobre uma justiça com perspectiva de gênero, transformadora

---

104 Deve ser mencionada também a criação do documento *Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (feminicídios)*, por esforços conjuntos da ONU Mulheres e de órgãos do governo federal brasileiro em 2016, resultante de adaptação do Modelo de Protocolo latino-americano para investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio) à realidade social, cultural, política e jurídica no Brasil (BRASIL, 2016, p. 11).

105 CASTILHO; CAMPOS, 2018.

106 2007, p. 69.

107 CORNWALL, 2018.



e transversal<sup>108</sup> e, mais que isso, um discurso jurídico transgressional<sup>109</sup> e futuramente não identitário.

Reconhecido isso, pode-se afirmar que a atual política criminal para a diminuição da violência de gênero necessita de uma série de reformas profundas, mas, até mesmo pelo seu próprio contexto histórico de emergência, não podem ter suas potencialidades ignoradas e entregues definitivamente ao domínio do poder normalizador que busca conformar todos os sujeitos em categorias estáveis, mais fáceis de governar. As mesmas colocações cabem para a Agenda 2030 da ONU, que, em que pese projete, originalmente, um horizonte de exclusão, carrega latentes capacidades de proteção dos direitos humanos de mulheres, LGBTs e outros corpos e identidades, definidas ou não e para além de disputas.

## 5. Coalizão dos corpos vulneráveis: no caminho de um direito pós-identitário

Assim como notado na Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável, a categoria “mulher” é a mais utilizada também pelos movimentos sociais para levantar os interesses e objetivos feministas dentro do discurso, convertendo essa categoria em um sujeito em nome do qual se busca a representação política<sup>110</sup>. Entretanto, não há acordo sobre essa categoria, sendo impossível definir previamente, para fins de representação política, aquilo que é construído por práticas discursivas. Borges e Bortolozzi Jr. concluem, portanto, que o discurso jurídico brasileiro, que concebe o crime de feminicídio, define e produz de maneira descontextualizada o sujeito supostamente protegido e acaba limitando o próprio reconhecimento da violência de gênero sofrida por outras identidades femininas, que não se encontravam no ambiente doméstico-familiar ou que não foram discriminadas por serem mulheres tal como define o discurso biológico.

---

108 CASTILHO; CAMPOS, 2018.

109 Nas palavras de Guilherme Borges (2005, p. 150), um *discurso jurídico transgressional* buscaria “encontrar novas formas de existência, novas possibilidades para que o discurso jurídico se desdobre e se torne apto a compreender o mundo contemporâneo, emaranhado nos seus problemas, obscuro nos seus sentidos, trincado nas suas soluções e vasto nas suas determinações telúricas e subjetivas”.

110 BORGES; BORTOLOZZI, 2016, p. 336.

A definição legal das identidades tuteladas, por meio de expressões como “condição do sexo feminino”, reforça permanentemente

a submissão dos corpos a uma ordem binária de gênero masculino/feminino, produto de um contrato social heterocentrado, cujas performatividades normativas foram inscritas nos corpos como verdades biológicas, acentuando uma pretensa superioridade do homem e legitimando a dominação masculina (BUTLER, 2008)<sup>111</sup>.

Em que pese seja a Agenda 2030 documento forjado nessa lógica binária, a subversão do discurso e das práticas em sua implementação é um caminho viável para que as políticas públicas dele decorrentes no Brasil sejam mais atentas à interseccionalidade das vulnerabilidades, até porque o Glossário do ODS 5 produzido neste país representa uma maior abertura à diversidade e à subversão das ordens dominantes de gênero e sexo.

Nesse sentido, entende-se que devem ser pensadas também formas de compatibilizar a política criminal de combate à violência de gênero com o objetivo mais amplo de eliminar a desigualdade de gênero. No âmbito da chamada violência doméstica, por exemplo, a discussão qualificada a respeito da justiça restaurativa parece ser uma forma válida de se começar a enfrentar e combater a violência contra a mulher sob uma perspectiva que fuja à lógica punitivista convencional, proporcionando comunicação e diálogo intermediado entre vítima e agressor e a reflexão sobre o dano causado, a restauração das relações abaladas pelo conflito e suas consequências para que seja encerrado o ciclo da violência<sup>112</sup>. Essa mudança de postura não apenas pavimentaria o caminho rumo a um direito pós-identitário, como aqui defendido, mas também seria condizente com o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos, podendo encontrar amparo na própria Agenda 2030 e em outras declarações e normativas internacionais<sup>113</sup>.

---

111 BORGES; BORTOLOZZI JR, 2016, p. 337.

112 RAZERA, 2019, p. 71.

113 Além da notória situação do sistema penitenciário brasileiro ser absolutamente incompatível com quaisquer padrões mínimos de direitos humanos, a utilização da justiça restaurativa como alternativa foi também objeto de discussão do Conselho Econômico e Social da ONU e resultou na Resolução 2002/12 – Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Em 2005, o Poder Executivo brasileiro firmou acordo de

Mais do que a escolha entre meios de justiça retributivos e restaurativos, é preciso almejar a mudança da linguagem do sistema como um todo<sup>114</sup>. É pertinente e estrategicamente interessante defender uma justiça emancipatória, “pautada no trabalho coordenado da comunidade, com, sem e, quando necessário, contra o Estado, promovendo assim valores democráticos que possibilitariam a intervenção em níveis plurais”<sup>115</sup>. Propõe-se que sejam desenvolvidos meios de dar cumprimento aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e aos instrumentos internos produzidos com participação popular, mas também ir além, por meio de uma postura de resistência.

Santos e Machado<sup>116</sup>, inspiradas pelo pensamento pedagógico transgressional de bell hooks<sup>117</sup>, propõem um modelo de justiça pautado em uma “pedagogia jurídica para a transformação e para a libertação, não para a restauração ou a punição”. Sabadell e Paiva<sup>118</sup>, por sua vez, defendem um maior rigor com a adequada implementação das ações já constantes na legislação, como as políticas públicas de educação e sensibilização da comunidade previstas na Lei Maria da Penha e que podem efetivamente desestabilizar a estrutura que sustenta a violência do machismo.

O papel da resistência às práticas normalizadoras e conformadoras das identidades, à qual os estudos e também a postura *queer* podem beneficiar muito, é o de não permitir um foco unicamente em mulheres e nem que a luta se esgote na proposta de criminalização jurídica das condutas discriminatórias, embora seja importante considerá-la. O objetivo maior é

---

cooperação técnica internacional com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) sob o título “Projeto BRA/05/009 – Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”. Por outro lado, o modo como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) brasileiro vem promovendo a implementação da justiça restaurativa no país por meio de sua Resolução 225 de 2016, inclusive em casos de violência doméstica, é severamente criticado por se dar em “um nível meramente individual, o que não possibilita a transformação das suas causas estruturais e institucionais, produzidas e reproduzidas inclusive pelo próprio sistema de justiça que, não raro, reage contra a implementação no todo ou em parte da Lei Maria da Penha” (SANTOS; MACHADO, 2018)

114 SANTOS; MACHADO, 2018.

115 SANTOS; MACHADO, 2018.

116 2018.

117 Como explicam Connell e Pearse (2015, p. 142-143), “as referências ao pseudônimo bell hooks, de Gloria Jean Watkins, são sempre feitas em letra minúscula pela própria autora. Segundo ela, o propósito da grafia é diferenciá-la de sua avó (que se chamava Bell Blair Hooks), mas também diminuir sua importância, como autora, perante o conteúdo da obra”.

118 2019.

o de “promover novas formas de viver e conviver para além das fronteiras de gênero e das violências que estão associadas a elas”<sup>119</sup>.

Butler<sup>120</sup> ressalta que a coalizão a partir das vulnerabilidades pode ser vista como uma forma de resistência, de ativismo político, quando os corpos considerados prescindíveis ou incapazes de provocar dor reúnem-se à vista do público e dizem que não foram relegados silenciosamente às sombras da vida pública estão buscando impor uma ação e um discurso que sejam reconhecidos pela sociedade. Neste sentido, pode-se considerar que tanto as Leis Maria da Penha, do Feminicídio, como a jurisprudência criminalizadora da homotransfobia ou a Agenda 2030 foram frutos dessa coalizão dos vários corpos discriminados por questões de gênero, desse ativismo. Em que pese ainda carreguem as soluções paternalistas e machistas de um direito generificado, fundado no modelo heteronormativo, tiraram das sombras o problema da violência causada justamente pela exclusão e invisibilização de certas identidades de gênero, podendo, desta forma, fomentar reflexões sobre os limites de um direito identitário para nos propiciar condições democráticas e sociais para uma vida vivível, “uma boa vida”<sup>121</sup>.

## 6. Conclusão

A leitura dos documentos da ONU e da ONU Brasil sobre Desenvolvimento Sustentável à luz das obras aqui apresentadas permitiu compreender pressões e tensões que compuseram o contexto de formação da Agenda 2030, o que implicou, eventualmente, no estabelecimento de identidades mais genéricas a serem protegidas, nas figuras de mulheres e meninas. Mas foi possível perceber, também, que o Glossário elaborado para o Brasil está mais apto a contemplar a diversidade sexual e de gênero presente em nossa sociedade.

---

119 Analisando o movimento da *Marcha das Vadias* como uma prática política de postura *queer* e pós-identitária exemplar, Duarte e César (2014, p. 410) concluem: “Numa palavra, tão importante quanto punir juridicamente os agressores é impedir que novas agressões se repitam e, para isso, tal coletivo não recorre apenas ao direito, mas, principalmente, à ideia de que as diferenças podem e devem conviver no mesmo espaço urbano.”

120 2017, p. 154.

121 BUTLER, 2017, p. 219.

Os estudos realizados permitem afirmar, ainda, que se detecta, no Brasil, desde as últimas décadas, a implementação de uma política criminal de combate à violência de gênero pautada, sobretudo, na criminalização da figura do homem agressor e vitimização da mulher. Apesar da possibilidade de aplicação da legislação também para mulheres agressoras ou para a defesa de pessoas trans, nota-se que esse sistema legal continua funcionando em termos heteronormativos, tendo como referência sempre os papéis atribuídos aos sexos homem e mulher, dados como naturais.

Muito embora não seja possível negar que o direito penal constitui instrumento eleito por nossa sociedade para a tutela e proteção das mulheres em situação de violência e punição e “correção” dos criminosos que as agredem, com o objetivo de cumprir, assim, os objetivos declarados do direito penal é imperativo admitir a existência de um caráter fortemente identitário e, portanto, excludente do sistema jurídico no trato dessas questões. Ainda, seria possível criticar duramente essa escolha desde a demonstração da inefetividade e seletividade do direito penal. Pensar uma política criminal que possa valer-se do direito penal para proteger os corpos vítimas de violência sem que sejam obrigadas a se submeter ao assujeitamento de gênero e sem reproduzir uma lógica neoliberal e machista de defesa da família como instituição responsável pelo sustento do capitalismo é o principal desafio que se impõe neste âmbito.

Para tanto, é necessário refletir também acerca dos diálogos que precisam ser realizados entre o discurso estatal, os movimentos sociais e os discursos acadêmicos, que, naturalmente, trilham caminhos diferentes, mas devem ser concertados para um mesmo fim: a valorização e proteção das vidas e dos corpos vulneráveis. O discurso jurídico emancipador deve estar articulado, por óbvio, com a atuação de outros campos de disputa política, em especial o de uma educação atenta à diversidade e voltada à desconstrução pedagógica de toda a simbologia que sustenta a dominação masculina e a preponderância dos discursos estruturantes da sociedade capitalista.

Neste sentido, nota-se que a concretização da igualdade de gênero e o empoderamento feminino, que constituem o quinto objetivo do desenvolvimento sustentável da ONU, requer, como uma de suas primeiras prioridades, a erradicação da violência que acomete mulheres e meninas diariamente, mas não apenas. Em relação ao Brasil, é importante notar que o país assumiu outros compromissos internacionais, para além do ODS

5, de combater a violência de gênero. Ressalte-se que grande parte desses documentos internacionais não se referem apenas ao combate à violência, mas também à incorporação da perspectiva de gênero na legislação, nas políticas, nos planos e nos programas públicos.

O viés aqui empregado é abrigo de feminismos inclusivos e atentos à realidade como um todo, levando em conta os recortes imprescindíveis de classe, raça, região e outros. O direito humano ao desenvolvimento reclama, necessariamente, a atenção à interseccionalidade dos problemas nacionais que sua efetivação deve enfrentar. Sem que esta característica seja levada em consideração, não cabe falar em justiça de qualquer espécie.

## Referências

- ALVES, José Eustáquio Diniz. Os 70 anos da ONU e a agenda global para o segundo quindênio (2015-2030) do século XXI. *Rev. bras. estud. popul.*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 587-598, Dez. 2015.
- ANDRADE, Vera R. P. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.
- BARSTED, Leila Linhares. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará – 1994 (Apresentação). In: FROSSARD, Heloisa (Org). *Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial para as Mulheres, 2006, p. 140-141.
- BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.) *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 13-37.
- BIROLI, Flavia. A reação contra o gênero e a democracia. In: *NUEVA SOCIEDAD*, v. 1, 2019, p. 76-88.
- BORGES, Clara M. R.; LUCCHESI, Guilherme B. O machismo no banco dos réus: uma análise feminista crítica da política criminal de combate à violência contra a mulher. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 3, v. 60, pp. 217-277, 2015.
- BORGES, Clara M. R.; BORTOLOZZI JR, Flávio. Uma crítica foucaultiana à criminalização do feminicídio: reflexões sobre um direito pós-identi-

- tário para a diminuição da violência de gênero. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, vol. 61, n. 3, set/dez. 2016.
- BORGES, Guilherme R. *O Direito Erotizado: Ensaio sobre a experiência do fora e do novo na constituição de um discurso jurídico transgressional*. 2005. 199f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.
- BORTOLOZZI JR, Flávio. “Resistir para re-existir”: criminologia (d)e resistência diante do governo necropolítico das drogas. 2018. 303f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 05 out. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm). Acesso em: 05 out. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 687, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 05 out. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 05 out. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm). Acesso em: 05 out. 2019.

- BRASIL. *Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm). Acesso em: 05 out. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm). Acesso em: 05 out. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 05 out. 2019.
- BRASIL. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. *Diretrizes nacionais feminicídio*. Investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19*. Diário de Justiça Eletrônico, 29 abr. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584650>. Acesso em: 02 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Diário de Justiça Eletrônico, 13 jun. 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 02 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.424*. Diário da Justiça, 19 mar. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção nº 4.733*. Diário de Justiça Eletrônico, 13 jun. 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 02 nov. 2019.
- BUTLER, Judith. *Cuerpos aliados y lucha política: hacia una teoría performativa de la asamblea*. Trad. Maria José Viejo, Buenos Aires: Paidós, 2017.
- BUTLER, Judith. *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*. Trad. Alcira Bixio. 2. Ed. Buenos Aires: Paidós, 2008.



- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BUTLER, Judith. *Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.) *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. In: *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan-jun. 2015.
- CAMPOS, Carmen Hein de. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.) *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 1-12.
- CAMPOS, Roberta Toledo. Aspectos constitucionais e penais significativos da Lei Maria da Penha. In: *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 8, p. 271-286, vol. 2.
- CASTILHO, Ela Wiecko Wolkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de Justiça Criminal e Perspectiva de Gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 146/2018, p. 273-303, ago. 2018.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório n. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes*, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299\\_Relat%20n.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf). Acesso em: 03 nov. 2019.
- CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global. Compreendendo o gênero – da esfera pessoal à política – no mundo contemporâneo*. Trad. Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.
- CORNWALL, Andrea. Além do “Empoderamento Light”: empoderamento feminino, desenvolvimento neoliberal e justiça global. *Cad. Pagu* [online]. 2018, n. 52, e185202. Epub 30-nov-2018. ISSN 0104-8333. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0104-83332018000100202&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-83332018000100202&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 01 nov. 2019.

- CORNWALL, Andrea. Revisiting the 'Gender Agenda'. *IDS Bulletin*, vol. 37, n. 2, march 2007, Institute of Development Studies.
- CORRÊA, Sonia. Cruzando a Linha Vermelha: Questões não Resolvidas no Debate sobre Direitos Sexuais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (Coord.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 323-342.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") vs. México*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf). Acesso em: 06 out. 2019.
- DEBERT, Guita G; GREGORI, Maria F. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2008, vol.23, n.66.
- DHES – Rede Direitos Humanos e Educação Superior. *Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis. Manual*. 2014, ISBN: 978-84-606-6470-3.
- DUARTE, André de Macedo; CÉSAR, Maria Rita de Assis. Michel Foucault e as lutas políticas do presente: para além do sujeito identitário de direitos. *Psicologia em Estudo*. Maringá, v. 19, n. 3, p. 401-414, jul/set. 2014.
- FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi... posso contar*. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.
- FOUCAULT, Michel. As Relações de Poder passam para o interior dos corpos. In: *Genealogia da Ética, Subjetividade e Sexualidade: Ditos e Escritos IX*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.
- FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização de Roberto Machado. 7 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.
- FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Subjetividade e Verdade*. Trad. Rosemary Costhek Abílio. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014b.

- GALLO, Edmundo; SETTI, Andréia Faraoni Freitas. Território, interseccionalidade e escalas: requisitos para a efetividade dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *Ciênc. Saúde coletiva* [online]. 2014, vol. 19, n. 11, p. 4383-4396. ISSN 1413-8123. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.1590/1413-812320141911.08752014>>. Acesso em 01 nov. 2019.
- IPEA – *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Atlas da Violência 2019. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/12/atlas-2019>. Acesso em 24 dez. 2019.
- IPEA – *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Cadernos ODS, ODS 5: O que mostra o retrato do Brasil. Brasília: Governo Federal, 2019. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35025&catid=420&Itemid=444](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35025&catid=420&Itemid=444). Acesso em 23 dez. 2019.
- IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 70/2008, p. 321-360, jan-fev. 2008.
- IZUMINO, Wânia Pasinato; SANTOS, Cecília Macdowell. Violência contra as mulheres e violência de gênero no Brasil. *Revista Estudos Interdisciplinares de America Latina y El Caribe*. Israel: Universidade de Tel Aviv, v. 1, n.16, p. 147-164, 2005.
- LOURO, Guacira L. Foucault e os estudos queer. In: RAGO, Margareth; VEIGA NETO, Alfredo (Org.). *Para uma vida não fascista*. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, p. 135-142.
- LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). *O corpo educado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- LOURO, Guacira Lopes. Teoria queer: uma política pós-identitária para a educação. *Rev. Estud. Fem.* [online]. 2001, vol.9, n.2, pp.541-553. ISSN 0104-026X. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2001000200012>. Acesso em 10 jun. 2019.
- MACHADO, Lia Zanotta. Feminismos brasileiros nas relações com o Estado. Contextos e incertezas. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 47, e16471, 2016. Epub 22-Jul-2016.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de. Sobre a criminalização da homo-

- fobia e transfobia: uma crítica da crítica. *Empório do Direito*. 13 jun. 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/sobre-a-criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-uma-critica-da-critica>. Acesso em: 02 nov. 2019.
- ONU Brasil. *Glossário dos termos do objetivo de desenvolvimento sustentável 5: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas*. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2017/06/Glossario-ODS-5.pdf>. Acesso em; 05 out. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. *Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça*. Trad. Valéria Pandjarijian, 3 ago. 2015b.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Nova York, Nações Unidas, 1979. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139389>. Acesso em: 02 nov. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015a. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 05 out. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 05 out. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Belém do Pará, Brasil, 9 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em 05 out. 2019.
- PASINATO, Wania; CRUZ, Rubia Abs da; VIEIRA, Sinara Gumieri. Lei Maria da Penha: discussão sobre aspectos cíveis. In: *Tecendo Fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil*. Revisão técnica: Fabiana Cristina Severi, Myllena Calasans de Matos. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2019.
- PIMENTEL, Sílvia. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw 1979 (Apresentação). In: FROSSARD, Heloisa (Org). *Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres*. Brasília: Secretaria Especial para as Mulheres, 2006. p. 13-28.

- PISCITELLI, Adriana. Re-criando a (categoria) mulher. In: ALGRANTI, Leila (Org.) *A prática feminista e o conceito de gênero. Textos Didáticos*, v. 48, p. 7-42, 2002. Disponível em: <http://www.culturaegenero.com.br/download/praticafeminina.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.
- RAZERA, Bruna Amanda Ascher. *Gênero, violência e criminalização: a justiça restaurativa como instrumento para a construção de um direito pós-identitário*. 2019. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo*. Trad. Jamille Pinheiro Dias. São Paulo: Ubu Editora, 2017.
- SABADELL, Ana Lucia; PAIVA, Livia de Meira Lima. Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 153/2019, p. 173-206, mar. 2019.
- SALIH, Sara. *Judith Butler e a teoria queer*. Trad. Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte, Autêntica, 2017.
- SANTOS, Cecília M; IZUMINO, Wânia P. Violência contra as mulheres e violência de gênero: Notas sobre estudos feministas no Brasil. E.I.A.L. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y El Caribe*, 16, 2005.
- SANTOS, Cecília MacDowell; MACHADO, Isadora Vier. Punir, restaurar ou transformar? Por uma justiça emancipatória em casos de violência doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 146/2018, p. 241-271, ago. 2018.
- SARDENBERG, Cecilia. Negociando gênero em desenvolvimento: os feminismos brasileiros em destaque. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 52, e185201, 2018. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332018000100201&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332018000100201&lng=pt&nrm=iso). acessos em 23 jul. 2019. Epub 30-Nov-2018.
- SARTI, Cynthia. Feminismo no Brasil: uma trajetória particular. In: *Cad. Pesq. São Paulo* (64), p. 38-47, fev. 1988.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SIERRA, Jamil C; CÉSAR, Maria R. A. Governamentalidade neoliberal e o desafio de uma ética/estética pós-identitária LGBT na educação. *Educar em Revista*. Curitiba: Editora UFPR, 2014, Edição Especial n. 1/2014, p. 35-51.

SOUZA, Luanna Tomaz de. A lei Maria da Penha e a Ação Declaratória de Constitucionalidade 19. In: MAUÉS, Antonio Moreira et all (Org.). *JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL REVISITADA*. 1ed. CURITIBA: CRV, 2013, v. 1, p. 63-78.

Recebido em 16 de fevereiro de 2020.

Aprovado em 16 de novembro de 2020.

**RESUMO:** O artigo realiza uma leitura crítica da Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável a fim de compreender o papel do gênero no âmbito da Declaração e o discurso que ela representa desde o contexto de sua criação e implementação no Brasil. Considerando a participação dos feminismos brasileiros no âmbito internacional e sua visão sobre a violência de gênero, questiona-se qual o papel da política criminal na promoção da igualdade e se os marcos legais nacionais do combate à violência de gênero são compatíveis com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A problematização das categorias presentes no ODS 5, realizada a partir de revisão teórico-narrativa dos estudos *queer*, desenvolvidos por Judith Butler, permite compreender que a concepção do sujeito universal mulher como alvo da proteção do discurso jurídico não serve para afastar os fatores estruturais da desigualdade de gênero. Para tanto, é necessário pensar uma postura pós-identitária transgressora frente ao discurso jurídico, propondo uma nova e realística perspectiva de gênero no sistema de justiça para enfrentar o problema com inclusão e efetividade.

**Palavras-chave:** Agenda 2030 da ONU, desenvolvimento sustentável, violência de gênero, teoria *queer*, direito pós-identitário.

**ABSTRACT:** The article makes a critical reading of the UN's 2030 Agenda for Sustainable Development in order to understand the role of gender within the Declaration and the discourse that it represents since the moment of its creation and implementation in Brazil. Considering the participation of Brazilian feminisms in the international context and their view on gender violence, it is questioned the role of criminal policy in promoting equality and whether the national legal frameworks to combat gender violence are compatible with the international commitments assumed by Brazil. The problematization of the categories present in the SDG 5, carried out from a theoretical-narrative review of the Queer studies, developed by Judith Butler, allows us to understand that the conception of the universal subject woman to be protected by the legal discourse does not serve to remove the structural factors of inequality of gender. A transgressive post-identity posture in the legal discourse is needed, proposing a new and realistic gender perspective in the justice system to address gender-based violence with inclusion and effectiveness.

**Keywords:** UN's 2030 Agenda, sustainable development, gender-based violence, queer theory, post-identity law.

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** BORGES, Clara Maria Roman; CABRAL, Leonardo. Para além das disputas identitárias: uma análise crítica da Agenda 2030 da ONU e da política criminal contra a violência de gênero no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1366>.

# Formalismo e segurança jurídica no Direito Tributário: por que ainda somos formalistas

*Formalism and legal safety in Tax Law: why we are still formalists*

Daniel Giotti de Paula\*

*Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro – RJ, Brasil*

## 1.Introdução

O debate entre segurança e justiça tem sido preocupação da sociedade e de juristas há séculos.

Para uma visão formalista, ou pelo menos assim considerada pela dogmática jurídica, importaria reduzir o Direito à identificação das fontes sociais e esperar da doutrina apenas a elaboração de enunciados sobre as normas postas.

Autores mais ligados a preocupações substanciais, ou que pelo menos assim se rotulam, propõem que o Direito está além das fontes sociais, cancelando que questões de justiça e de moral, ainda que não formalmente incorporadas aos sistemas jurídicos, sejam discutidas e orientem a identificação do direito posto e sua aplicação.

Aproximam-se aqui discussões em torno da tese das fontes sociais e da relação entre direito e moral – as teses clássicas sobre as quais o positivismo jurídico firmou posição, mas também outras que envolvem os limites

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Doutor em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela UERJ. E-mail: daniel.giotti@gmail.com



da função da linguagem jurídica, o papel dos julgadores, a necessidade de completude do sistema jurídico e a abertura a razões não-jurídicas para interpretar e aplicar o Direito.

A dogmática tributária não passa infensa a essa discussão. Pelo contrário, no Brasil, talvez o ramo do Direito que mais esteja envolto em questões teóricas sobre os limites da dogmática e juízos de moralidade política seja o Direito Tributário.

Nesse artigo serão abordadas doutrinas formalistas e não-formalistas na dogmática tributária, mas a partir de uma tentativa de verificar porque todos os que lidamos com o Direito na prática seríamos um pouco formalistas e tentar expurgar uma tendência em se identificar formalismo a uma postura restritiva sobre o Direito.

Ao final, pretende-se mostrar como o formalismo ainda nos influencia – e como isso pode ser bom no que se espera do Direito –, e como questões substanciais podem ser melhor debatidas, a partir de uma abordagem também analítica e não desconsiderado, aprioristicamente, as fontes sociais do Direito Tributário.

## 2. Formalismo jurídico: afinal, o que é isso, e por quê não o temer?

O termo formalismo jurídico é daqueles que padecem de graves problemas na discussão científica, gerando disputas intermináveis sobre sua definição, tipologia<sup>1</sup> e adjetivações retóricas.

A um, tem-se que é expressão polissêmica, apresentando mais de um significado, servindo para representar o direito como um ciência descritiva – formalismo científico<sup>2</sup> –, para identificar uma postura autocontida dos intérpretes e aplicadores em relação ao direito posto – ao qual se ligam quatro teses a seguir vistas – e, ainda, para expressar o legalismo ético, segundo o qual um ato será justo se estiver conforme a lei ou a um modelo de direito preestabelecido<sup>3</sup>.

---

1 José Frederico Arena (2010), baseando-se nas classificações de Bobbio e Tarello, identifica: a) o formalismo do ordenamento jurídico; b) o formalismo de concepção de justiça ou formalismo ideológico. c) o formalismo da ciência do direito, seja com relação ao conceito de direito (formalismo teórico), seja com relação à interpretação jurídica (formalismo metodológico).

2 BOBBIO, 1999, p. 220.

3 ARENA, 2010, p. 187.

A dois, é termo carregado de pré-conceitos, pois, não raro, para se mostrar a discordância de uma teoria ou de uma interpretação, um emissor a rotula de formalistas, crítica que une autores diversos como H.L.A. Hart, M. Horwitz, K. Llewellyn e Roberto Mangabeira Unger<sup>4</sup>.

Assim, aproximam-se formalismo, positivismo, *legalismo* e legalidade. Um mapa extenso sobre o que cada termo representa fugiria aos escopos deste artigo, mas se percebe, na comunidade científica e na prática jurídica, um elo entre essas realidades. O uso indiscriminado dos termos sugere: impossibilidade de contato entre moral e direito, a restrição do trabalho dos juízes em decidir com base nas fontes sociais do Direito e, na dúvida entre legalidade e legitimidade, focar-se na legalidade.

Numa tentativa de simplificar os termos apenas para se chegar a um consenso do que se discute, tem-se que formalismo, no plano da teoria do direito e da dogmática jurídica, consiste em submeter seu objeto de conhecimento, o direito posto, “a um prévio processo de formalização, de modo a aplicar a ele uma metodologia que seja redutora de suas complexidades intrínsecas”<sup>5</sup>.

Sob o prisma formalista, exige-se rigor conceitual e analítico para identificação do que seja o Direito, seja em uma abordagem mais geral, como fazem a Teoria do Direito, a Ciência do Direito e a Jurisprudência, seja em uma abordagem mais específica, própria da dogmática jurídica, que se vale dessa preocupação mais geral, é verdade, mas para identificar as bases do direito positivo<sup>6</sup>.

No plano da interpretação e da aplicação do direito positivo, o formalismo seria uma postura de restrição judicial, aproximando-se da primeira tese clássica do positivismo jurídico – a da exclusividade das fontes sociais –, e da adoção de uma amoralidade necessária no processo de adjudicação, o que se aproxima da outra tese clássica do positivismo, a da separação

---

4 SCHAUER, 1988, pp. 509-510.

5 FERREIRA NETO, 2012, p. 113.

6 Os três termos da abordagem geral do Direito serão usados, indistintamente, para caracterizar a postura teórica de se entender o que é o direito, separando as normas jurídicas de outras normas sociais. O uso indistinto se deve ao fato de que os autores analisados ao longo do texto referem-se aos três termos. Pelo contexto, acredita-se que seja possível entender a mensagem de cada um deles, evitando-se um trabalho que tivesse que explicar, a cada momento, o porquê cada autor escolhe um ou outro termo. Quanto ao uso de dogmática, não existem maiores divergências, embora, na prática cotidiana dogmática e doutrina sejam utilizadas para se referir ao conjunto de conhecimentos em torno a um objeto específico do direito posto ou de um ordenamento jurídico.

entre direito e moral para identificação do direito válido, trazendo também para discussão aspectos de lógica formal.

A separação entre o aspecto teórico da identificação do que seja o Direito e a aplicação do direito positivo, na prática, não são facilmente percebidos, mas, os teóricos do direito e os doutrinadores fazem tal distinção, preocupando-se em como as normas jurídicas se transformam em instrumentos aptos a servir de razões para agir ou de conduta para os seres humanos.

Não se ignoram posturas críticas, como a de que a legalidade, em sentido amplo, nem sempre é razão suficiente para o curso de ação das pessoas. Assim, agentes políticos e cidadãos, escorando-se na condenação das características ilícitas das políticas a que se opõem por bases substanciais e ignorando todas as ilegalidades das políticas que defendem, podem dar uma função política à legalidade<sup>7</sup>.

Como exemplo, Frederick Schauer mostra que, na prática norte-americana, muitos agentes políticos deixam de seguir a lei na forma como é interpretada pela própria Corte Suprema, ficando claro que a obediência à lei não é tão automática como se pensa<sup>8</sup>.

Frente a essa imprecisão e indeterminação do termo formalismo jurídico, torna-se imperioso, assim, forçar uma terapia semântica, para se definir, afinal, em qual ou quais sentidos dele se trata no presente texto.

Já se afasta, de pronto, o sentido identificado com o legalismo ético, pois a incorporação de valores nos textos constitucionais parece ter mudado a discussão na maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Se antes era possível discutir a existência de uma reserva de justiça na Constituição, o problema hoje é mais como compatibilizar tantas concepções sobre justiça nos textos indeterminados e amplos das Constituições<sup>9</sup>.

---

7 SCHAUER, 2011, p. 481.

8 SCHAUER, 2011.

9 Não se desconhece que existe, ainda, quem segue uma linha jusnaturalista, como parece ser a de Ricardo Lobo Torres, em relação ao Direito Tributário, ponto explorado a frente. Em sentido mais amplo, Robert Alexy (2012:85-88), sem intitular-se jusnaturalista expressamente, mas como um não-positivista inclusivo, insere a categoria da pretensão de correção no discurso jurídico, para afastar a validade de normas jurídicas e ordenamentos jurídicos no limite de injustiças positivadas. De qualquer sorte, soa-me contraintuitivo insistir numa concepção jusnaturalista para fundamentar o Direito Tributário brasileiro, eis que sua hiperconstitucionalização lhe trouxe carga axiológica própria, mesmo porque, no espectro da filosofia política, a opção da Constituição em seguir o liberalismo igualitário dá fundamento às discussões sobre a distribuição e redistribuição de renda via tributação, conforme se pode ver em trabalhos, como o de Ricardo Lodi Ribeiro (2015) e o de Marciano Buffon e Matheus Bassami de Matos (2015).

Como ficou claro, podem-se separar as teorias formalistas em dois grupos: aquelas que se dirigem ao Direito como ciência daquelas outras que estabelecem teorias sobre a interpretação jurídica. É importante, nesse passo, esboçar um mapa das teorias metajurídicas e de adjudicação, aproximando-se as abordagens teóricas e práticas do Direito.

Um sentido remoto para formalismo se encontra no uso que foi feito por teóricos do direito no final do século XIX e início do século XX, que incorporavam o formalismo primitivo, sobretudo o dos antigos sistemas romano e inglês medieval, intitulados *formulary justice* e *strict law*, segundo os quais alguém poderia demandar apenas se seu caso se ajustasse a um sistema fechado de classes de ação<sup>10</sup>.

Esse sentido remoto, que não seria digno de maiores preocupações contemporâneas, assemelha-se à concepção de Savigny, batizada de Jurisprudência dos Conceitos<sup>11</sup>, quando o Direito se reafirmou como ciência, trazendo um método de abstração do sistema de conceitos e institutos jurídicos e apresentando como neutra a postura de concatenar e classificar conceitos a serem subsumidos aos conflitos<sup>12</sup>.

Assim, identifica-se o formalismo, originalmente, com a vertente da Teoria do Direito, que acreditava na possibilidade de categorizar e, a partir dos conceitos e institutos jurídicos criados, amoldar todos os conflitos existentes. Logicamente, se assim era a Jurisprudência como um todo, a dogmática seguia essa tendência de categorização.

Tal visão esquemática do mundo, tentando categorizar para definir os objetos, coaduna-se com o causalismo que, no Direito Tributário, pretendia definir o regime jurídico aplicável conforme sua plena adequação a um conceito criado previamente<sup>13</sup>.

---

10 SMELSER; BALTES, 2011, p. 8634.

11 Consagrou-se uma certa tendência a estabelecer uma linha diacrônica entre Jurisprudência dos Conceitos, Jurisprudências dos Interesses e Jurisprudência dos valores no Direito Tributário, a partir dos ensinamentos de Ricardo Lobo Torres (2005a). De modo semelhante, pode-se pensar na divisão dos tipos de pensamento jurídico em conceitual, normativista e sistemático, feita por Paulo Caliendo (2009, p. 114), nesse último menos aparente a tese de que teria ocorrido uma evolução. Sem aprofundar um juízo mais crítico sobre o que pensam esses autores, bem como sobre o valor didático dessa categorização, não se adota, no presente texto, uma descrição evolucionista da Teoria do Direito, nem da dogmática tributária.

12 MARANHÃO, 2013, p. 17.

13 GRECO, 2000, pp. 15-23).

Por outro lado, como nesse tempo predominava a dogmática sobre a atuação judicial, tem-se, aqui, a raiz da ideia de que a dogmática não deveria emitir juízos de valor sobre o direito, sendo neutra em relação àquilo que descreve. O espaço para uma dogmática comprometida com a crítica e que vá além de seu objeto específico, a norma tributária, seria reduzido ou nulo.

Nesse espectro de ideias, do julgador se esperaria apenas a aplicação mecânica dedutiva baseada no modelo silogístico das categorias e institutos jurídicos, o que Brian Leiter já chamou de formalismo vulgar<sup>14</sup>.

Essa descrição traz o formalismo como “um conceitualismo autônomo”, segundo o qual a resposta às questões jurídicas pode ser baseada em distintas matérias jurídicas, mas sem referência a fontes externas, mormente a das ciências sociais<sup>15</sup>.

Da origem continental para o mundo anglo-saxão, então, o formalismo se mostra como uma teoria descritiva sobre o conteúdo dos modernos sistemas jurídicos<sup>16</sup>. Curiosamente, a ideia de que exista uma única resposta correta para as questões legais se acopla à de que não pode o julgador recorrer a qualquer consideração moral.

Tradicionalmente, inclusive, advoga-se que o sistema jurídico é sempre completável, porque, mesmo que não exista resposta determinada para um problema, o julgador teria a obrigação de colmatar a lacuna<sup>17</sup>.

Pelo exposto e revelando em quais sentidos se toma o termo formalismo jurídico, a melhor descrição, sob perspectiva analítica, liga-o a quatro teses.

A primeira tese, chamada de tese da restrição judicial, estipula que estão sempre os juízes “sob o dever de aplicar direito existente. Eles nunca devem, em outras palavras, aproveitar-se da discricção para desconsiderar ou corrigir as regras em favor da sua concepção de moral ou política social”<sup>18</sup>.

Pela segunda tese, a da determinação, tem-se que “o direito é completamente determinado: para cada questão jurídica, existe uma, e somente uma, resposta correta”<sup>19</sup>.

---

14 LEITER, 2010.

15 COX, 2002, p. 60.

16 SHAPIRO, 2011, p. 241

17 SHAPIRO, 2011, p. 242.

18 SHAPIRO, 2011, p. 241.

19 SHAPIRO, 2011, p. 241.

Tem-se, ainda, a tese do conceitualismo, por meio da qual se entende que “a massa de regras de nível inferior pode ser derivada de um punhado de princípios gerais contendo conceitos abstratos”<sup>20</sup>.

Por último, a tese da amoralidade da adjudicação leva a se pressupor que juízes apenas se valham da lógica, “onde lógica é construída abrangentemente para incluir operações de dedução, indução e análise conceitual”<sup>21</sup>.

O presente artigo toma essas quatro teses como premissas para investigar o modo como a dogmática tributária brasileira é realizada, mostrando, porque todos somos um “pouco” formalistas, afinal.

Refletindo-se criticamente sobre essas teses, pode-se conjecturar que elas não são, necessariamente, exclusivas de autores positivas. A tese da determinação, por exemplo, encontra eco na obra de Ronald Dworkin, a quem não se pode qualificar como positivista, muito menos formalista, nem desconsiderar o papel relevante que ele dá à moralidade política na identificação do direito vigente.

Assim, se para parcela expressiva da doutrina, as teses da restrição judicial e da amoralidade da adjudicação, em uma quadra histórica de hiperconstitucionalização e de aproximação entre direito e moral, não descrevem mais a prática jurídica, não se quer dizer que, na maioria da solução de casos jurídicos, considerações morais e políticas devem ser levadas em conta e que somente a lógica formal, por meio da dedução, indução e análise conceitual, não possa resolver alguma questão.

Ao revés, pode-se cogitar que se espera, sim, que na prática jurisdicional os julgadores sigam as teses da restrição judicial e da amoralidade da adjudicação, delas se afastando, quando o sistema jurídico ou uma norma específica for extremamente injusta<sup>22</sup>.

Como a Teoria e a Filosofia do Direito lidam com a descrição do Direito, em sentido mais amplo, não tendo sempre pretensões prescritivas, uma teoria da decisão com verniz mais ou menos formal depende, em verdade, do contexto dos sistemas jurídicos analisado.

Quanto à tese do conceitualismo, tem-se que ela se relaciona, em algum grau, ao que a doutrina jurídica, em geral, estipula como relevante no Direito: a segurança jurídica.

---

20 SHAPIRO, 2011, pp. 241-242.

21 SHAPIRO, 2011, p.242.

22 ALEXY, 2012.

Como a dogmática tenta dar a melhor interpretação em torno das fontes sociais do Direito Tributário, tem-se que ela atende, precípua e conceitualmente, a um ideal de segurança nas relações entre fisco e contribuinte

Para que os cidadãos identifiquem quais são as normas jurídicas válidas, servindo, elas, como razões de agir, é preciso que se saiba, previamente, o conteúdo das fontes sociais do Direito. Atender tal desiderato passa por considerar que as normas de decisão se extraem de normas gerais legisladas ou de precedentes.

A ênfase na norma como objeto da dogmática tributária, por exemplo, leva a que o esforço teórico seja em bem delimitar, diacronicamente, qual o sistema jurídico vigente em certo tempo. Obviamente, não pode essa função se dar acriticamente, pois o direito tributário positivado não está livre de degradação ou dispersão, como se demonstra na reflexão feita por André Folloni.

Um tributo, concebido coerentemente, começa a receber interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais e alterações legislativas, aparecem regimes fiscais, até ficar irreconhecível e reorganizar-se em novo formato, muitas vezes disforme. Perceber essas mudanças não é, porém, o que se costuma fazer. Ao contrário: encontram-se manifestações doutrinárias no sentido de que alterações legislativas nada alteram – como no caso da inserção do parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional. Inclusive, manifestações no sentido de que nem mesmo a substituição de uma constituição por outra é capaz de modificar a realidade – como no caso das funções das normas gerais de direito tributário<sup>23</sup>.

Legislação, jurisprudência e doutrina, aos poucos, vão alterando o sistema jurídico. Nesse sentido, é legítimo tanto se esperar da doutrina uma visão descritiva do sistema jurídico existente ao tempo de sua produção, quanto uma postura crítica, desconstrutiva ou reconstrutiva, mostrando a antijuridicidade de mudanças legislativas e jurisprudenciais feitas, quando não para voltar a um estado anterior de interpretação e aplicação do direito positivo, sob um vetor de coerência.

Trata-se de se revelar o caráter dúplice da dogmática, interpretando o Direito, mas se valendo da construção jurídica também<sup>24</sup>, decorrente da abertura dos sistemas jurídicos contemporâneos aos valores.

---

23 FOLLONI, 2014, p. 35.

24 GUASTINI, 2012, p. 221.

A dogmática tributária, tendo como objeto de estudo a legislação tributária, deve ter pretensões de descrição e prescrição, pois municia os especialistas da área com instrumentos e compreensões sobre como interpretar e aplicar o direito. Sua autoridade, curiosamente, será proporcional aos métodos racionais que se vale para categorizar o material jurídico, em meio à degradação e à dispersão do sistema tributário.

Sob um prisma formalista, tem-se que a dogmática tributária tenta trazer interpretações das fontes sociais do Direito pelo uso da lógica formal, encerrando disputas semânticas sobre o conteúdo do Direito Tributário. Por ela, pode-se afastar insegurança jurídica e conferir tratamento isonômico entre os contribuintes, além de se evitar o uso da moral subjetiva e de considerações políticas por quem aplica a legislação tributária, o não é algo ruim, pois transforma a dogmática jurídica em adequada ao próprio Sistema Constitucional Tributário, que reforça tanto desses valores e princípios nas limitações ao poder de tributar e ao longo do texto constitucional brasileiro.

Este artigo, então, assume que o formalismo jurídico traz teses que bem descrevem o que se espera dos julgadores, por isso não existindo razão para se temer, aprioristicamente, o formalismo, como se ele não fosse compatível com os sistemas constitucionais contemporâneos. Ao contrário, ele reflete as bases para se fazer uma boa doutrina tributária.

Entretanto, casos há em que considerações de justiça fiscal, alteração de conceitos, uso de teorias da argumentação para estender o alcance de institutos, podem ser necessários, de modo que se pode conceber que seja melhor afirmar que a prática jurídica exige um formalismo moderado, com isso se entendendo algum grau de possibilidade interpretativa além do textualismo. Não é possível, assim, um formalismo vulgar tributário.

Trata-se de categoria que crio a partir de *insights* em breve artigo de Manuel Atienza<sup>25</sup>, no qual ele critica o formalista, em geral, e aponta um excessivo formalismo no direito, mas sem chegar às conclusões do jurista, reconheço que o formalismo tradicional, “excessivo”, seria uma ideia fora de lugar na atual quadra histórica.

Assim, pelo formalismo tradicional, o juiz deveria se sentir vinculado unicamente pelos textos das várias normas jurídicas vigentes, mas um bom juiz, contemporaneamente, age de modo diverso, levando as razões por

---

25 ATIENZA, 2011.



detrás das normas também a sério, além de se vincular às fontes sociais, vinculando-se ao texto e ao contexto, o que indica o formalismo moderado.

Para compreender essa realidade, afigura-se interessante seguir o marco teórico de Jeffrey Brand-Ballard<sup>26</sup>, quando tenta responder à pergunta se juízes devem considerar argumentos morais.

### 3. Do formalismo moderado e da possibilidade de correção de resultados subótimos na interpretação e aplicação do Direito

Norberto Bobbio argumenta que a tentativa kelseniana de limitar o objeto do cientista do Direito a descrever o direito posto envolve um juízo a favor da segurança, ainda que se possa chegar a essa ideia objetivamente<sup>27</sup>. Trata-se de uma postura compatível com a tradição inglesa analítica de se separar o que é direito do que é o bom direito ou o direito justo.

Contrapondo-se ao jusnaturalismo de antanho e seu absolutismo ético, para ele, Hans Kelsen não acreditava que o cientista pudesse se valer de juízo político para considerar inválido o direito injusto<sup>28</sup>.

Transpondo-se da teoria do direito, em geral, para um esboço de teoria da decisão, pode-se afirmar que Kelsen esperava que o julgador se limitasse a dar um dos sentidos possíveis para a norma a aplicar. Ele não acreditava em uma única resposta correta, o que o desviaria de pelo uma das teses do formalismo.

O que importa fixar, por ora, é que o valor da segurança jurídica, no modelo de decisão kelseniano, é um norte para o julgador, pois ele não poderia avançar para além das fontes sociais do Direito, embora, em casos de indeterminação intencional ou não, a decisão sobre a norma mesma tenha conotação política, como um ato de vontade.

Conclui-se, então, que Hans Kelsen se preocupou em forjar uma Teoria do Direito, estabelecendo métodos para se identificar, em qualquer ordenamento, o direito posto válido. A tese das fontes sociais do Direito cumpre esse papel, mas ele não se preocupou em estabelecer critérios objetivos e racionais para se estabelecer o conteúdo das fontes sociais, expressando que esses seriam estabelecidos por atos de vontade dos julgadores. Faltou-lhe forjar uma teoria da decisão mais elaborada.

---

26 BRAND-BALLARD, 2014.

27 BOBBIO, 2008, pp. 100-101.

28 BOBBIO, 2008, p. 102.

De qualquer forma, admitiu que considerações morais e políticas podem orientar a escolha do sentido possível de um preceito normativo, mas como isso se daria?

Para delinear uma resposta satisfatória, algumas questões prévias precisam ser enfrentadas. Vendo como julgadores atuam, pode-se afirmar que eles, comumente, prendem-se às fontes sociais, pois é raro desconsiderarem o direito legislado, salvo quando inconstitucional ou revogado.

Assim, o que deveria fazer a dogmática era oferecer a quem interpreta e aplica o direito a melhor resposta sobre o conteúdo dessas fontes sociais. A doutrina, para receber adesão social, deve ser vista como a que estabelece a interpretação mais coerente sobre os sentidos dos preceitos jurídicos. Mais do que se preocupar, por um critério de justiça extrajurídico, em oferecer razões para se afastar das fontes sociais, espera-se dar a melhor versão do sistema jurídico, conforme os valores constitucionais e as razões jurídicas existentes nas normas jurídicas.

Não é normal, por exemplo, que se encontre algum trabalho doutrinário colocando em xeque uma regra matriz de incidência tributária, sob a alegação de injustiça apriorística. Isso demandaria retroceder para o campo da especulação metafísica, colocando ônus demasiado para quem interpreta e aplica o Direito Tributário, retirando justamente das normas jurídicas sua função de ser razão para orientar previamente a ação humana.

Ainda que no espectro de ideias exista entendimentos na filosofia política e na teoria econômica para apontar que a tributação regressiva sobre consumo é equivocada ou que o Imposto sobre Grandes Fortunas é ineficiente e não cumpre sua função de redistribuição, por exemplo, salvo situações absolutamente excepcionais de se considerar a legislação tributária como violadora do Sistema Constitucional Tributário, tais especulações sugerem mais um como deveria ser a tributação do que propriamente como ela é.

Segundo Scott Shapiro, “economia e política são para a legislatura, como lógica e materiais jurídicos são para as cortes”<sup>29</sup>. Entre forma e substância, com o formalismo moderado, que é partidário da limitação do Direito às fontes sociais, mas não crê na autossuficiência da linguagem, existiria espaço para um pensamento sistemático, sem necessidade de recurso a critérios extrajurídicos para interpretar e aplicar o Direito.

---

29 SHAPIRO, 2011, p. 243.

Indo além do positivismo normativista de Hans Kelsen, pode a dogmática surgir como mecanismo de controle racional do conteúdo das fontes sociais, ainda mais em um contexto de incorporação de preocupações substanciais pelas Constituições contemporâneas.

Assim, melhor trazer à discussão se a tributação regressiva é atentatória à capacidade contributiva e invocar o não confisco, para tentar compatibilizar o Imposto sobre Grandes Fortunas a um sistema que já prevê Imposto de Renda e impostos variados que gravam o patrimônio.

Na raiz da tradição da dogmática tributária brasileira, encontra-se essa preocupação em fixar os contornos da dogmática desde, pelo menos, Alfredo Augusto Becker, cuja obra se volta a evitar a “contaminação entre princípios e conceitos jurídicos e conceitos pré-jurídicos (econômicos, financeiros, políticos, sociais, etc.)”<sup>30</sup>.

Contextualizando o trabalho do jurista gaúcho à época do trabalho, a verdade é que o sistema jurídico como um todo não era tão constituacionado. Não se tinha, também a incorporação de tantos valores nos textos constitucionais e, verdade seja dita, seu não-cognitivismo moral afastava, *a priori*, qualquer juízo prático sobre as normas tributárias, baseando-se em princípios, vistos como meras exortações [morais ou políticas] ao legislador.

Assim, o que não estivesse em regras jurídicas não poderia servir de base para a interpretação e a aplicação do Direito Tributário, além do que se entendia que as razões econômicas, políticas e filosóficas eram dificilmente encontradas nos preceitos jurídicos, sendo próprias dos legisladores e não de julgadores.

Essa opção beckeriana escondia as dificuldades possíveis com quaisquer conceitos, jurídicos ou não, de se abrirem a disputas semânticas. Para sua doutrina, os conceitos não-jurídicos seriam de difícil delimitação e trabalhariam com condições oscilantes e contingentes da realidade, entrando de modo ilegítimo no mundo jurídico<sup>31</sup>.

Existe uma longa tradição da dogmática tributária brasileira no sentido de que os conceitos integram normas de competência tributária e as fazem se constituir em cláusulas pétreas, de modo que as interpretações dos signos presuntivos de riqueza, como mercadoria, serviço e renda, entre tantas

---

30 BECKER, 1998, p. 40.

31 FERREIRA NETO, 2012, p. 94.

outras, não podem ser modificadas ao longo do tempo e possuem uma conotação jurídico-constitucional.

Seriam esses conceitos essencialmente jurídicos que protegeriam o contribuinte do poder de tributar desmedido.

A partir dessa tradição, entende-se a crença de Alfredo Augusto Becker de que existiria uma razão propriamente jurídica que apagaria as razões econômicas, sociais, políticas e filosóficas que orientaram, previamente, a criação do direito positivo.

Entretanto, se conceituar é demarcar a realidade, as próprias mudanças da realidade reorientam a compreensão dos conceitos, de modo que as mudanças sociais podem, sim, implicar mudanças nos conceitos para abarcar as novas realidades.

Um exemplo demonstra isso: se livro fosse uma categoria imutável, não haveria imunidade sobre livros eletrônicos; se mercadoria fosse uma categoria imutável, os bens imateriais não seriam tributáveis<sup>32</sup>.

O conceitualismo, como uma das teses do formalismo, não precisa ser, necessariamente, ligado ao essencialismo, à imutabilidade das coisas, sobretudo lidando-se com conceitos jurídicos, que demandam um compartilhamento de significações ou sentido pela sociedade. Não se cai aqui no erro de pensar que somente a linguagem constitui o Direito Tributário, na visão fiscalista da realidade beckeriana, compreendendo-o como produto integralmente artificial<sup>33</sup>.

Do contrário, não existiria o problema de normas que caem em desuso, o que, na visão de Cristiano Carvalho, mostra como o Direito precisa de uma intencionalidade coletiva para servir como razão de agir<sup>34</sup>.

No limite, há espaço para se pensar que o Direito constrói parcialmente a realidade social e é parcialmente construído por essa mesma realidade, de modo que a intencionalidade coletiva é um produto que envolve juízos práticos sobre o acerto ou não de certas condutas.

Na normalidade institucional, todavia, os conceitos vão sendo construídos pelo direito positivo e reconstruídos ao longo do tempo, tanto pelo estabelecimento de novos preceitos jurídicos, quanto pelo refinamento do

---

32 Fiel a uma nova concepção de se fazer doutrina, desconsidero, nesse momento, eventuais decisões judiciais, mesmo do STF, sobre os dois assuntos.

33 FERREIRA NETO, 2012, p. 107.

34 CARVALHO, 2008, p. 40.

sistema jurídico em decorrência de novos sentidos plausíveis atribuídos a esses mesmos preceitos, a partir dos trabalhos dogmáticos.

Definir tais conceitos demarca o campo do permitido, proibido e obrigatório. Fixa-se, então, a ideia de que os conceitos jurídicos podem ser provisórios, à exceção de se constituírem no núcleo essencial de cláusulas pétreas e, por isso, impassíveis de alteração que reduzam seu alcance como proteção de direitos e garantias fundamentais à livre disposição de intérpretes e aplicadores do direito.

Essa provisoriedade, que é própria da atuação de intérpretes e aplicadores que, por sua ação, demarcam a realidade jurídica, não significa que o material jurídico esteja à livre disposição da comunidade jurídica, porque o contrário indicaria que o direito positivo perderia sua força de guiar a ação humana, ao se instaurar um regime de arbítrio e voluntarismo e não um governo das leis.

A tese das fontes sociais, assim, parece ser mantida no Direito Tributário, valendo-se de um formalismo moderado, pois não se entende o conceitualismo como essencialismo.

Advirta-se que essa leitura de conceitualismo como essencialismo não está na maioria dos teóricos do direito positivistas, mas domina a maioria da dogmática tributária, que repudia o uso de conceitos no Direito Tributário.

A outra questão que se coloca, todavia, é sobre os influxos da moral no Direito Tributário, o que traz a discussão sobre a tese da impossibilidade de se valer de critérios morais para a interpretação e a aplicação das normas tributárias.

Ao contrário de questões que envolvem mais diretamente à autonomia privada das pessoas e outras liberdades civis, como as que envolve discutir se é juridicamente válido o aborto e em quais situações e se pessoas do mesmo sexo podem ou não casarem, a intensidade da moralidade sobre o Direito Tributário é menor, mas não desprezível, uma questão que vai além de texto e contexto constitucional e com a qual o Direito Tributário não precisa lidar.

O senso comum apela para uma imoralidade na carga tributária nacional. A dogmática tributária, ao revés, em vez de discutir se, à luz da moral objetiva, seria ou não a carga tributária nacional defensável, prefere apelar para uma análise da eticidade nas relações do fisco com os contribuintes.

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres esboça seis possíveis condutas imorais e contumazes da Administração Tributária: a pressão sobre o con-

tribuinte, a resistência à recepção de julgados, a inconstitucionalidade útil<sup>35</sup>, a desigualdade nas consultas fiscais, a demora na restituição de tributos e na desigualdade na correção monetária<sup>36</sup>.

Em nenhum desses casos, o julgador se valeria de uma moral subjetiva ou mesmo afastaria a aplicação da legislação tributária por invocar a moral objetiva, o que, aí sim, implica desconsiderar as fontes sociais do Direito.

Isso porque, por mais que possa remeter as seis condutas a uma discussão ética, trazem elas problemas que podem ser resolvidos recorrendo-se às próprias fontes sociais do Direito, sendo contingente que representem ou não também uma questão de moral objetiva ou social.

Perceba que não se está desmerecendo o esforço dogmático de mostrar a ilegitimidade dessas atitudes, mas se afirmando que os problemas podem ser resolvidos pela invocação de princípios e regras já positivados.

Simplificando bastante: 1. a pressão sobre o contribuinte pode ser uma ofensa ao devido processo legal; 2. a resistência à recepção de julgados, a depender do grau de sua vinculação, pode-se traduzir em descumprimento da jurisprudência, sobretudo pelo sistema de precedentes obrigatórios da Constituição da República e do Código de Processo Civil; 3. a inconstitucionalidade útil, não raro, macula as limitações ao poder de tributar, como a capacidade contributiva e isonomia tributária; 4. a desigualdade na resposta à consultas mostra a deformidade da legalidade, em certo sentido, conforme Eurico Marco Diniz de Santi aponta, ao criar diferença de tratamento sobre o que se cobra de cada contribuinte<sup>37</sup>; 5. a demora na restituição de tributos pode ser caracterizada como confisco; 6. e diferença na correção dos valores repetidos em relação à atualização dos tributos devidos é uma desigualdade incompatível com a cláusula geral de isonomia estipulada no artigo 5º, da Constituição da República.

Os exemplos servem para mostrar que no constitucionalismo contemporâneo, ao se incorporarem valores nas Constituições, a tese da restrição judicial ainda permanece válida, embora fique mais claro que, na defini-

---

35 Termo que se consagrou para expressar uma postura de os entes políticos conseguirem implementarem leis ou atos infralegais inconstitucionais que se traduzam em medidas impositivas de tributos que, contando com a demora da declaração de inconstitucionalidade, eventual modulação de efeitos ou o ajuizamento de ações por parte de apenas alguns contribuintes, garante receitas públicas, em tese, inconstitucionais.

36 TORRES, 2005a, pp. 21-27.

37 SANTI, 2014.

ção dos sentidos do direito posto, considerações políticas e morais sejam tomadas, mas à luz das razões que estão nos princípios e regras jurídicas.

Cogita-se, talvez, discutir a moralidade política no Direito Tributário em questões sobre a distribuição da carga fiscal, como na tributação regressiva sobre o consumo, a tributação maior sobre o trabalho e ainda, uma tributação desproporcional sobre a riqueza, a fim de se tentar reconstruí-lo, mas apenas como hipótese excepcional.

Lembre-se de que a disputa sobre qual o melhor arranjo distributivo parece ser mais fugidio do que outras questões ligadas ao melhor projeto de vida em uma sociedade, sendo própria do terreno da política, seja por discussões mais específicas de programas partidários, seja por discussões mais abrangentes envolvendo liberalismo, libertarismo e comunitarismo como linhas ideológicas a orientar políticas públicas.

Demonstrando-se como as questões tributárias são mais políticas, e, por isso, exigindo juízos contextuais, John Rawls, cujo esforço teórico principal sempre foi o de criar uma teoria de justiça, propugnando o melhor arranjo institucional para a sociedade, depois de dizer que, à luz de seu liberalismo igualitário, a melhor forma de tributação é a proporcional, admite para sociedades profundamente desiguais o modelo de tributação progressiva<sup>38</sup>.

Entre economistas, o tema é ainda mais polêmico, mas o exemplo acima demonstra a excepcionalidade em questões de filosofia política sejam utilizadas para orientar a interpretação e a aplicação da legislação tributária.

Qual seria, afinal, o espaço para as considerações morais no Direito Tributário? Valendo-se da teoria de Jeffrey Brand-Ballard, pode-se oferecer uma resposta. Para tal autor, as considerações morais devem ser levadas em conta, quando as regras levarem a resultados subótimos<sup>39</sup>.

Isso leva a descobrir qual seria, analiticamente, o conceito de ótimo, pois “teorias diferentes sobre justiça, punição e políticas públicas identificarão resultados diferentes como ótimos”, de modo que não podem ser invocadas para diferenciar os resultados ótimos do subótimos, que está pressuposto na argumentação para se saber quando intérpretes e aplicadores do Direito devem levar em conta considerações morais<sup>40</sup>.

---

38 RAWLS, 1997, p. 308.

39 BRAND-BALLARD, 2014, pp. 71-73.

40 BRAND-BALLARD, 2014, p. 73.

Mantendo a distinção em nível conceitual, deve-se diferenciar as razões *pro tanto* ou *prima-facie* das razões conclusivas ou decisivas e aplicá-las a uma teoria da decisão judicial. Na obra de Frederick Schauer, colhe-se que:

Um resultado r1 em um caso é normativamente superior a um resultado r2 se e somente se o juiz teria uma razão *all-things-considered* para alcançar r1, em vez de r2, se o direito permitisse alcançar tanto r1 quanto r2.

Um resultado r é *ótimo* se e somente se nenhum outro resultado é normativamente superior a r.

Um resultado r é *subótimo* se e somente se não é ótimo<sup>41</sup>.

Interessante que Jeffrey Brand-Balland aponta que existem regras indeterminadas e que o problema apontado por elas é que não indicam razões *pro tanto*, sendo o primeiro pressuposto na configuração de resultados subótimos<sup>42</sup>. O segundo pressuposto é a própria imperfeição na formulação de regras, que leva a alguns resultados exigidos pelo direito serem, de fato, subótimos. O terceiro pressuposto é que juízes possuem razões para agir além do direito.

A tese das fontes sociais é mitigada, de modo que o julgador pode buscar em razões além do Direito a fundamentação para alcançar resultados ótimos, no caso de as razões jurídicas frustrarem esse intento. Isso poderia soar contraditório com o que se afirmou ao longo do texto, mas não o é. A tese é de que razões morais, em sentido amplo, estão por detrás dos princípios e regras jurídicas, estando por isso, juridicizadas, e, nesse sentido, quando invocadas, as teses do formalismo ainda descrevem bem a prática jurisdicional utilizada.

Tenho que, entretanto, capacidade contributiva, igualdade e vedação ao confisco, para ficar apenas em três limitações ao poder de tributar, levam a análise do julgador a uma consideração propriamente moral, pois a forma como interpretam esses preceitos se traduz numa questão ampla de moralidade sobre como e quem tributar.

As discussões de moralidade tributária passam a permear a dogmática. Como etapa prévia para assentar as vantagens do formalismo moderado atualmente, necessária fazer uma abordagem genérica de como a dogmática tributária foi forjada anteriormente.

---

41 SCHAUER, 1991, p. 204.

42 BRAND-BALLAND, 2014, p. 76.



#### 4. Uma abordagem genérica da dogmática tributária nos séculos XX e XXI

A doutrina brasileira deve muito de sua autonomia ao esforço metodológico de Augusto Becker para acabar com aquilo que chamava de Direito Tributário invertebrado, “um ser híbrido, monstruoso, que se adapta[va] docilmente às vontades do intérprete”<sup>43</sup>.

Outro importante autor para a formação do Direito Tributário brasileiro foi Paulo de Barros Carvalho, que sugere, ao longo de sua obra, um corte epistemológico para separar o que não pertenceria à pura ciência jurídica, criando-se o que chamou de construtivismo lógico-argumentativo<sup>44</sup>.

Isso teria gerado a formação de uma dogmática tributária refratária a juízos de valor, focada em uma racionalidade exclusivamente sintático-semântica, epistemologicamente fixada numa redução da complexidade social pela ênfase no dualismo e, ainda, esboçada com reducionismo metodológico<sup>45</sup>. Pode-se dizer, na linha do que tem sido proposta ao longo deste trabalho, que a dogmática tributária brasileira teria uma longa tradição formalista.

Na prática tributária nacional, não se pode ainda deixar de mencionar a contribuição de Alberto Xavier para quem a lei tributária deve disciplinar de forma tão completa os atos do poder administrativo, de modo que “a expressão da justiça estivesse por inteiro contida nos termos da lei, com exclusão de qualquer margem de arbítrio dos órgãos de aplicação do direito”<sup>46</sup>.

Trata-se de uma valorização do formalismo jurídico, uma crença na dedução silogística mecânica, conforme observação de Sérgio André Rocha<sup>47</sup>, pois para Alberto Xavier,

(...) a aplicação da norma tributária a um caso concreto traduz-se num raciocínio lógico substantivo que tem como premissa maior a norma tributária geral e abstrata, como premissa menor a situação fática da vida apresentada ao órgão de aplicação do Direito e como conclusão um juízo afirmativo ou negativo acerca da correspondência da referida situação fática à hipótese normativa<sup>48</sup>.

---

43 FOLLONI, 2013, p. 52.

44 FERREIRA NETO, 2012, p. 88.

45 FOLLONI, 2013, pp. 207-260.

46 XAVIER, 1978, p. 36.

47 ROCHA, 2014, p. 51.

48 FERREIRA NETO, 2015, p. 133

É possível se apontarem críticas a essa visão formalista, com base em doutrina que considera ser seu objeto não apenas a estrutura das normas tributárias, mas a dinâmica da tributação, o que traz a necessidade de considerações substanciais.

Contra a tese do não-cognitivismismo moral, expressariam Alfredo Augusto Becker e Paulo de Barros Carvalho a rejeição de qualquer possibilidade de juízo prático (bom/ruim, injusto/justo, certo/errado)<sup>49</sup>.

Ocorre que os cidadãos, a todo tempo, emitem juízos práticos sobre a tributação, em geral, e situações fiscais específicas. Também o fazem muitos tributaristas. Também devem fazer intérpretes e aplicadores da legislação tributária. Entender que todos esses juízos práticos não são meras expressões de gostos ou preferências pessoais é o primeiro passo para superar o formalismo tradicional. Isso porque juízo prático pode:

(...) ilustrar forma de incorporação de proposições normativas ideais que não se fiam em convenções humanas contingentes ou históricas, mas são, em verdade, produtos teóricos finais de um tipo de procedimento mental hipotético que, em razão dos seus traços necessariamente racionais, são capazes de garantir algum sentido de objetividade no sistema moral como um todo<sup>50</sup>.

Na segunda metade do século XX, dois movimentos se processaram e colocaram em xeque a tese do não-cognitivismismo moral: a um, houve uma reaproximação entre direito e moral pelas teorias da justiça, projetos de filosofia moral e políticas empreendidos racionalmente; a dois, novos estudos de biologia têm mostrado um senso mínimo de empatia, cooperação, solidariedade e equidade mesmo entre animais, que não apenas os homens, mas que teriam sido vitais para a evolução humana<sup>51</sup>.

Não se advoga aqui que qualquer juízo sobre justiça e moralidade da tributação pela doutrina ou pelas pessoas seja objetivo, mas que a preocupação em torno da justiça da tributação pode trazer discussões jurídicas legítimas que não podem passar despercebidas da dogmática tributária.

Não por acaso as modernas teorias da justiça, sobretudo a partir do trabalho de John Rawls, discutem como se distribuir e redistribuir riqueza

---

49 Cf. FERREIRA NETO, 2012, pp. 115-116.

50 FERREIRA NETO, 2015, p. 133

51 WALL, 1996.

dentro da sociedade, como já afirmado, de modo que o tema entrou no rol de análise de filósofos morais, filósofos políticos e, finalmente, juristas.

Daí se pode perguntar: a dogmática tributária deva também assumir o papel prescritivo, no sentido de enunciar juízos sobre como a tributação seria mais justa dentro de certo arranjo social? Em alguma medida, essa já é uma nova vertente da dogmática tributária, embora haja quem considere isso um exercício filosófico e especulativo que vai além do objetivo da Ciência do Direito. Nesse sentido, estaria se fazendo Filosofia do Direito Tributário<sup>52</sup>, não doutrina tributária para alguns.

Mas a tese que se estabelece é que a dogmática tributária pode propor modelos de reforma da distribuição e redistribuição de riqueza pela via das finanças públicas e tributação, discutindo objetivamente essas questões. Dois exemplos recentes dessa tentativa estão nas obras de Ricardo Lodi Ribeiro<sup>53</sup> e Hugo de Brito Machado Segundo<sup>54</sup>.

O que se deve esperar é uma separação do que se pode fazer pelo terreno da interpretação e aplicação do Direito daquilo que é uma proposta objetiva de reforma.

Ricardo Lodi Ribeiro, ao propor que a tributação sobre o grande capital é um imperativo de justiça, que, se implementado, porém, não pode ser confiscatório, ao mesmo tempo em que propõe ser a eventual tributação dos lucros e dividendos das pessoas físicas também uma medida de justiça, mas não podendo seguir as alíquotas normais sobre outras bases econômicas das pessoas físicas, porque a tributação sobre a pessoa jurídica já atinge cerca de 34% em média<sup>55</sup>, exemplifica bem a postura que se espera da dogmática jurídica atual.

Não é possível que a doutrina crie a tributação sobre o grande capital, via instituição sobre o Imposto de Grandes Fortunas, por exemplo, nem que se estabeleça a incidência de imposto de renda sobre lucros e dividendos, o que demanda o exercício da competência tributária.

Entretanto, além de fazer um juízo político sobre a necessidade do exercício dessas competências, Ricardo Lodi estabelece o que seria, baseando-se nas fontes jurídicas constitucionais existentes, um modelo ideal de

---

52 BECHO, 2010

53 RIBEIRO, 2015.

54 SEGUNDO, 2015.

55 RIBEIRO, 2015, p. 22.

tributação, à luz de critérios constitucionais de justiça, o que faz se valendo das considerações substanciais que as limitações constitucionais ao poder de tributar carregam consigo.

O que se espera do estudioso, assim, é que ele tente separar, ainda que a realidade seja mais complexa do que o dualismo propõe, dois momentos específicos. Aquele quando, preso às fontes sociais do Direito, o jurista elabora enunciados acerca das normas positivadas, daquele outro quando especula, discutindo a legitimidade e a legitimação do Direito Tributário posto ou a ser criado.

O curioso é que esse juízo prescritivo pode estar nos quadrantes jurídicos, pois dizer que determinado tributo não atende à capacidade contributiva ou apresenta alíquotas confiscatórias, remete a uma discussão de justiça, ainda que a partir de critérios devidamente positivados. Mas não reside aí somente o trabalho prescritivo da dogmática.

O que se espera da dogmática tributária, então, é um compromisso com seu mister científico, para ficar claro quando se está lidando com a modificação do sistema jurídico dentro dos limites do próprio ordenamento jurídico e quando se está fazendo juízo de valor prospectivo e de *lege ferenda*.

Uma certa visão padrão diria que isso desvirtua o trabalho do jurista, mas as ideias de que elementos empíricos e axiológicos contaminam o mister científico e que não permitem chegar à objetividade têm sido postas à prova<sup>56</sup>.

O que este artigo propõe, a partir do recurso a um formalismo moderado, conforme mais bem exposto no item a seguir, é a possibilidade de se lidar com questões empíricas e axiológicas, sem esquecer o elemento conceitual.

Nesse ponto, a abordagem analítica em torno de conceitos e institutos jurídicos se mostra uma ferramenta epistêmica útil, pois quanto mais avançada for a discussão, com mais facilidade se chega aos limites do Direito, demarcando-se bem os campos da mera descrição - sem desconhecer, que a descrição feita pode não ser a chancelada no sistema jurídico atual - e da prescrição sobre qual o melhor arranjo institucional da tributação.

É verdade que essa demarcação tende a ser mais *frágil*, em modelos hiperconstitucionalizados como o brasileiro, cujo material jurídico se abre a valores ou é vertido em linguagem indeterminada.

---

56 FERREIRA NETO, 2012, p. 95.

Na metáfora de Riccardo Guastini, “a linguagem dos juristas não ‘verte sobre’ a linguagem do Direito; mais bem os juristas modelam e enriquecem continuamente seu objeto de estudo, como se um violinista intercalasse notas apócrifas na partitura que está executando”<sup>57</sup>.

O conceitualismo, criticado por aqueles doutrinadores que enxergam na doutrina uma função prescritiva, guardando raízes com o formalismo, não é abandonado, porque pode salvaguardar interesses, sobretudo dos contribuintes. Não é sinônimo, porém, de essencialismo, recorde-se uma vez mais.

A objetividade que se espera da dogmática tributária tem mais a ver com a tentativa de se evitar fenômenos como o da Jurisprudência dos Interesses, vertente do pensamento jurídico que chegava a propor a possibilidade de se criar tributo sem lei, invocando-se simplesmente o princípio da capacidade contributiva.

Do contrário, coloca-se em xeque a tese das fontes sociais e se permite a incorporação inválida de falso juízo de moralidade política no Direito: o de que qualquer ato ou situação jurídica que indique algum signo presuntivo de riqueza deve ser tributado, ainda que o legislador tenha se omitido.

Em verdade, o juízo “deve-se tributar somente a situação manifestadora de riqueza econômica” tanto é um juízo prático compartilhado, recebido com alguma pretensão de objetividade<sup>58</sup>, quanto é um critério lógico para se tributar, sob pena de se criar normas impossíveis de serem concretizadas, o que demanda uma atenção à praticabilidade do Direito.

Quando Alfredo Augusto Becker afirmou que a capacidade contributiva era a constitucionalização de um equívoco<sup>59</sup>, estava se insurgindo contra uma postura que desconsiderava as fontes sociais do Direito, mais próxima à Jurisprudência dos Interesses, não estando preparado, àquela época, para lidar com as questões da possível objetividade de juízos morais ou mesmo a necessidade lógica de normas serem exequíveis.

Mas curiosamente assentou a ideia de alguma dose de formalismo jurídico, estribando-se na necessidade de observância das fontes sociais do Direito e se adotando a separação entre direito e moral como regra, podem proteger os contribuintes.

---

57 GUASTINI, 2012, p. 221.

58 FERREIRA NETO, 2012, p. 117.

59 BECKER, 1998, pp. 484-490

O positivismo jurídico, acompanhando do formalismo jurídico, foi e pode continuar a ser ferramenta útil na limitação do poder de tributar. Os legados positivistas de que a lei é o instrumento para criação de tributos e formalista de que um juízo de moralidade política não pode expandir o universo de contribuintes e a base de cálculo de um tributo foram incorporados na dogmática tributária e pelo próprio sistema constitucional tributário.

Voltar a uma ideia de se operacionalizar o Direito além das fontes sociais, nas sociedades complexas e plurais de hoje, talvez seja retroceder no processo de integração social, pois, sozinho, o sistema moral se mostrou ineficiente nesse intento<sup>60</sup>.

No entanto, sendo Direito e Moral sistemas de ação co-originaários, eles também podem se complementar, afinal as normas não são estabelecidas como tábulas rasas, mas no bojo de processos políticos, não raro, influenciados por questões morais. No caso de normas constitucionais, isso é mais patente.

Tal abertura à moral, na elaboração de normas pelo legislativo, não significa que se deva permitir aos juízes desconsiderar ou corrigir normas a partir de seus próprios critérios morais, de justiça ou de política social, de modo que as teses da restrição judicial e da amoralidade da adjudicação, vinculadas ao formalismo, devem seguir.

Isso é a atuação padrão que se espera de juízes, mas quando se chegar a resultados subótimos, juízos de moralidade podem ser empreendidos. O complicado está em como dar o mínimo de segurança para os contribuintes e para o próprio fisco em torno à objetividade dos juízos de moralidade política. Repita-se que Alfredo Augusto Becker, por crer que isso seria impossível, expurgou tais juízos da dogmática e propunha o desacerto em incorporar conceitos e institutos no direito positivo que se conectassem a outros subsistemas (econômico, social etc.).

A abertura da dogmática a juízos especulativos e do Direito Tributário à Moral se deu a partir da obra de outro jurista relevante, que deve ser lembrado como importante para a formação da doutrina brasileira dos séculos XX e XXI.

Trata-se de Ricardo Lobo Torres que, cõscio das impactantes mudanças sociais e suas influências no direito, tanto como sistema de normas de

---

60 HABERMAS, 1997, p. 149.

ação, quanto na forma como se faz ciência jurídica, trouxe para a dogmática a discussão em torno a critérios de justiça tributária.

É bem verdade que ele chega a ensaiar um afastamento da tese das fontes sociais, quando fundamenta, por exemplo, a vedação ao confisco na liberdade individual, que seria preexistente ao pacto constitucional<sup>61</sup>, hipótese meramente teórica, pois no caso brasileiro isso foi positivo.

Seja como for, tem-se que o formalismo não impede qualquer preocupação com a substância do Direito, pois se os conteúdos jurídicos trazem carga axiológica ou remetem a discussões econômicas, por exemplo, ainda que tenham que ser delimitados por intérpretes e aplicadores, o trabalho de adjudicação se faz por uma necessidade das próprias fontes sociais estabelecidas.

Tome-se como exemplo a vedação ao confisco. Não importa sua natureza: para uns uma cláusula constitucional aberta<sup>62</sup>, para outros, conceito jurídico indeterminado, mas determinável<sup>63</sup>. Certo é que quando se começa a discutir se ela se aplica apenas ao valor principal do tributo ou às multas, a quais espécies de multas, bem como se é possível estabelecer limite de alíquota além do qual a tributação é confiscatória, claramente se está preocupando com a delimitação do conceito de confisco e dentro de um horizonte de expectativas sobre os valores que o sistema tributário constitucional incorporou, trabalho a ser feito pelo intérprete e aplicador do Direito.

Curiosamente, o próprio Ricardo Lobo Torres que se colocava contrário a uma abordagem positivista e formalista do Direito Tributário<sup>64</sup>, mantém uma preocupação mais procedimental do que propriamente substancial no controle da tributação, ao estabelecer que igualdade, ponderação e razoabilidade são princípios vazios, quando boa parte da dogmática tributária tenta estabelecer conteúdos substanciais para eles.

Do ponto de vista metaético, não se ignora que juízos sobre igualdade e razoabilidade possam ter algum nível de objetividade, mesmo que eles possuam características relacionais e referenciais.

No limite, ofende a igualdade tributária tratar de forma igual todos os contribuintes, assim como é irrazoável se querer tributar situação em que não há manifestação de riqueza.

---

61 TORRES, 2005b, p. 153.

62 TORRES, 2005b, p. 160.

63 TIPKE, 2002.

64 TORRES, 2005c, p. 222.

Em síntese, a ideia de que o Direito se revela por fontes sociais parece ainda ser a que melhor descreve a prática jurídica na maioria dos casos. O que se propõe é avançar para explicar como se resolve o dissenso em torno ao conteúdo das próprias fontes sociais, motivo pelo qual Paulo de Barros Carvalho<sup>65</sup> já teria proposto aproximar o positivismo kelseniano da filosofia analítica e da filosofia da linguagem, o que não teria conseguido lograr totalmente, na visão de Arthur Ferreira Neto<sup>66</sup>.

Por outro lado, Ricardo Lobo Torres, nos estudos aqui já citados, tentou trazer para o Direito Tributário algumas preocupações substanciais, pelo recurso à teoria da justiça (John Rawls) e à teoria discursiva do Direito (Jürgen Habermas), mas ainda se prendeu a análises tímidas sobre alguns princípios e valores, talvez por uma certa aversão ao conceitualismo, rotulado como algo típico da Jurisprudência dos Conceitos, visão que deveria ser superada no Direito Tributário.

Pelo formalismo moderado, a dogmática precisa cumprir o papel de expor os sentidos possíveis dos textos normativos (=das fontes), aderindo às normas que estão vigendo no sistema jurídico e estando atenta à realidade institucional em que o direito opera.

De qualquer sorte, na medida em que o Direito Tributário brasileiro se constitucionalizou e trouxe à lume uma série de normas jurídicas com conceitos indeterminados ou princípios, como vedação ao confisco e capacidade contributiva, respectivamente, e, ainda se abriu para a filosofia política e moral, o recurso ao conceitualismo, como uma vertente teórica vinculada ao formalismo, evita uma aplicação aleatória e indiscriminada das normas tributárias pelo fisco e pelo judiciário.

O desenvolvimento da dogmática tributária pode passar por uma epistemologia da complexidade, o que implica considerar que “Direito Tributário é um conjunto de normas e compreendê-lo, enquanto tal, embora importante, é apenas um passo”<sup>67</sup>.

Nas preocupações em melhor descrever as normas tributárias enquanto tais, dentro dos limites jurídicos, o formalismo continua a se revelar como ferramenta útil, como se pode intuir do que até agora foi discutido e será sistematizado no capítulo a seguir.

---

65 BARROS CARVALHO, 2008.

66 FERREIRA NETO, 2012, p. 91.

67 FOLLONI, 2014, p. 27.



## 5. Formalismo moderado e a utilidade dos conceitos para se buscar segurança jurídica no Direito Tributário

A tentativa de tudo se prever nos preceitos normativos pode sobrecarregar o sistema jurídico como um todo.

De um lado, uma primeira opção poderia ser o recurso a se criar mais leis (=mais textos jurídicos), tentando se abarcar todo o universo de casos cogitado idealmente pelo legislador, o que faria o direito posto perder, paradoxalmente, sua capacidade de orientar condutas, afetando a cognoscibilidade material<sup>68</sup>.

Se é verdade que as leis são conhecidas, minimamente, em ordenamentos cuja sociedade adota soluções institucionais compatíveis para dar acesso ao conteúdo delas, existindo Diário Oficial para dar conhecimento de sua promulgação, pessoas especializadas consolidando informações e certo compromisso na produção organizada de leis, quando se está perante ordenamentos jurídicos sem essas preocupações institucionais, o sistema pode ruir. Basta pensar na dificuldade que existe, em âmbito municipal, de se saber quais as leis tributárias vigentes.

Em síntese, o contribuinte perderia a segurança de existência e vigência pela acessibilidade, pela abrangência e pela possibilidade de identificação normativa.

Por outro lado, a opção pode ser criar leis com cláusulas abertas e indeterminadas, ou, se o legislador assim não faz, permite-se uma jurisprudência que reconstrua o universo de casos de aplicação das normas, o que é justamente o que setores da dogmática tributária mais tradicional acusam como destruidora das certezas esperadas no Direito Tributário.

Isso geraria a situação de insegurança de conteúdo pela inteligibilidade da norma, frustrando a expectativa do contribuinte em alcançar cognoscibilidade intelectual do Direito Tributário<sup>69</sup>.

Esse é o problema pelo que passa, por exemplo, o Direito Tributário brasileiro, ao se discutir o que seriam serviços à luz das novas tecnologias ou a expressão “congêneres” na lista anexa à LC 116 ou “insumos utilizados na produção” no que toca ao PIS e à COFINS. Independente do acerto ou não das decisões judiciais, o que fica patente é que normas abertas e

---

68 ÁVILA, 2012, p. 305.

69 ÁVILA, 2012, p. 236.

indeterminadas, se necessárias, geram problemas na identificação de qual o sentido de serviços ou de insumos.

O formalismo moderado relê a tese da delimitação, a fim de que se entenda a completude do ordenamento como um ideal inalcançável, mas que deve ser um vetor cuja busca vai delimitando melhor o Direito. É importante, também, pensar o conceitualismo não como uma ferramenta que aprisiona sempre o intérprete, mas como algo que dá segurança, ainda que o contexto possa alterar os conceitos. O conceitualismo não, necessariamente, trabalha com conceitos imutáveis, como já se viu.

O Direito é uma técnica social de regulação de condutas, expresso em uma linguagem, seja a linguagem criada por legislador e julgadores, seja o discurso entabulado por juristas. De qualquer sorte, enquanto linguagem, não pode tudo.

A epistemologia e outras ciências apontam para a construção intencional de práticas sociais, que servem de limite ao Direito. Por mais difícil que seja encontrar os limites que a realidade social coloca para o estabelecimento de normas de conduta, elas existem, devendo ser uma preocupação do legislador, jungido que está à praticabilidade do Direito.

Menos difícil, porém, é, operando no terreno da linguagem criada, indicar os campos em que o jurista está alterando a realidade jurídica, colocando ou retirando propriedades relevantes de normas.

Nesse papel reconstrutivo do Direito, o ônus para o intérprete ou aplicador é maior, devendo remeter-se a uma tarefa analítica de demonstrar porque a norma como posta está equivocada ou, saindo das fontes sociais, mostrar porque a norma apresenta resultados subótimos, buscando-se as razões das regras jurídicas para interpretá-las e aplicá-las com resultados ótimos.

Pode-se conjecturar que as materialidades econômicas indicam os limites para o exercício de competências tributárias. Ancorada em conceitos, a discussão sobre os limites de cada um deles será mais difícil, quanto mais sedimentados na doutrina e jurisprudência, salvo se a realidade social exigir mudanças na interpretação e aplicação da legislação tributária.

Esforço argumentativo especial deve existir para aquele que quer defender, por exemplo, que simples movimentação financeira indica renda, pois o consenso sedimentado vai para caminho contrário.

A ideia de um tributo único, incidindo sobre movimentação financeira, esbarra, por exemplo, na ideia sedimentada de renda como aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, pois haveria situações que fugiriam

desse conceito sedimentado e compartilhado socialmente, como nas situações de se tributar a venda de um carro usado abaixo do preço de compra.

Perceba que, embora tributar unicamente a movimentação financeira seja uma ideia que se admite no espaço público, há limites que o conceito de renda, como é compartilhado socialmente e sedimentado no discurso jurídicos, estabelece para a adoção da medida.

Por outro lado, o STF já decidiu que não poderia um Estado-membro criar IPVA sobre aeronaves, porque o IPVA substitui tributo da Constituição anterior, que não alcançava essa materialidade econômica.

Na persecução da categoria de veículos automotores, ao revés, existe espaço para rediscutir o tema, já que, ao menos judicialmente, não se firmou entendimento sólido e consolidado, pois se usou como razão de decidir o afastamento das aeronaves do antigo tributo equiparado ao IPVA, o que não implica uma decisão no sentido de que o conceito de veículos não abranja aeronaves e embarcações.

Tal tese é incompatível, aprioristicamente, com as fontes sociais atuais do Direito Tributário e com a dogmática: nada indica um dever de se interpretar uma Constituição, à luz dos sentidos dados ao texto constitucional anterior.

Para se comprovar o que o STF decidiu, era necessário vencer especial ônus argumentativo, para se provar que a Constituição anterior teria feito o juízo correto – perceba-se a aproximação implícita do tema com a moral – de que possuir uma aeronave não estava no signo presuntivo de riqueza ou na matriz de incidência do tributo sobre “veículos automotores”.

Não se decidiu, contextualmente, se aeronaves podem ser consideradas como veículos automotores, afinal.

Por último, os serviços de *streaming*, a possibilidade de se “imprimir” objetos e a proliferação de bens intangíveis indicam uma revisão dos conceitos de serviços de qualquer natureza, produto industrializado e mercadoria, que estão no núcleo das competências tributárias do ISSQN, IPI e ICMS, em virtude da opção brasileira ainda vigente de uma tributação do consumo por tributos diversos.

O que se quer deixar claro, porém, é que a vertente do conceitualismo, que integra uma das teses do formalismo moderado, não indica a imutabilidade dos conceitos, ao mesmo tempo em que promove segurança jurídica, pois se exige especial ônus argumentativo para se comprovar a mudança dos conceitos.

## 6. Conclusão

Estigmatizar teorias não é a opção mais adequada cientificamente. Muitas vezes, é perniciososa à própria prática jurídica.

Nesse artigo, tentou-se mostrar que o formalismo segue tendo valor, como uma metateoria ou Teoria do Direito e, também como mecanismo para identificação e controle do Direito Tributário pela dogmática.

Com o perigo das adjetivações, propôs-se um caminho no meio, entre formalismo extremado e não-formalismo, relendo-se as teses centrais da teoria e mostrando sua utilidade para o Direito Tributário.

Por outro lado, propôs-se, embrionariamente uma reconstrução da visão padrão sobre doutrina, recobrando uma função crítica em relação ao sistema jurídico vigente e se aproximando de juízos políticos e morais práticos, ainda que não como regra de sua utilização.

O formalismo, pelo rigor analítico que exige de quem o pratica, pode ser útil, porém, mesmo na análise da dimensão substancial da tributação.

Fato é que valores foram incorporados também formalmente no Sistema Constitucional Tributário Brasileiro, dentro dos critérios de validade previstos nas fontes sociais do direito posto, o que aponto para um formalismo moderado.

Não se mostra impossível, assim, lidar com valores de forma analítica, o que se aproxima da ênfase em conceitos do formalismo jurídico. É o que se dá quando curiosamente um valor é alçado à categoria imprescindível, como se mostra na tentativa de certa parte da doutrina de remeter a legitimidade de qualquer tributo à capacidade contributiva, mesmo quando ele se presta a finalidades extrafiscais.

A hiperconstitucionalização é um dado empírico da realidade jurídica brasileira. O Direito Tributário foi constitucionalizado a ponto de trazer um núcleo de proteção abrangente para os contribuintes.

O que isso demonstra, porém, é que substituir razões das fontes sociais do Direito por critérios morais, que serão interpretados e aplicados por juízes, não é a solução das incoerências do sistema jurídico, nem significa superar abstrações demasiadas que o pensamento analítico ou o formalismo trariam.

As teses do formalismo moderado ressignificam a dogmática tributária, sendo um mecanismo de garantir a segurança jurídica, valor compartilhado como relevante na sociedade e na comunidade jurídica, em geral, ao

mesmo tempo em que garante a reconstrução dos sistemas jurídicos conforme novas circunstâncias e contextos, informando, da melhor forma possível, o que se espera da interpretação e aplicação da legislação tributária.

## Referências

- ALEXY, Robert. Entre positivismo y no positivismo: tercera réplica a Eugenio Bulygin. In: BÉLTRAN, Jordi Ferrer; MORESO, José Juan; PAPAYANNIS, Diego M. (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ARENA, Frederico José. Formalismos jurídicos y institucionalismo econômico: un análisis filosófico de la crítica al formalismo. In: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 13, 2010, pp. 185-202.
- ATIENZA, Manuel. Cómo desenmascarar a un formalista? In: *ISONOMÍA*, n. 34, abril/2011.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed., São Paulo: LEJUS, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.
- BRAND-BALLARD, John. Devem os juízes considerar argumentos morais? In: “STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (organizadores). *Novas fronteiras da teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia*. Rio de Janeiro: Pod Editora e Editora PUC Rio, 2014.
- BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. *Tributação no Brasil do Século XXI: uma abordagem hermeneuticamente crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário: Três Modos de pensar a tributação-elementos para uma teoria sistemática do Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- CARVALHO, Cristiano. *Ficções Jurídicas no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário – linguagem e método*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Noeses, 2008.
- COX, Paul N. An interpretation and (partial) defense of legal formalism. In: *Indiana Law Review*, Vol. 36, 2002.
- FERREIRA NETO, Arthur. Fundamentos materiais da tributação: comutação, restauração, distribuição, reconhecimento e participação. In: ÁVILA, Humberto (coord.). *Fundamentos do Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- FERREIRA NETO, Arthur. *Metaética e a Fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elengatia Juris, 2015
- FOLLONI, André. *Ciência do Direito Tributário no Brasil: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FOLLONI, André. *Reflexões sobre complexity science no direito tributário*. In: MACEI Demetrius Nichele et. al. (org.). *Direito tributário e filosofia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014, p. 24-37.
- GUASTIN, Riccardo. *Juristenrecht. Inventando Derechos, Obligaciones y Poderes*. In: BELTRÁN, J.F.; MORESO, J.J.; PAPAYANNIS, D. M. *Op. cit.*, 2012.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura ‘sui generis’)*. São Paulo: Dialética, 2000.
- GRECO, Marco Aurélio. Três papéis da legalidade tributária. In: “RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sérgio André. *Legalidade e tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 102-110
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEITER, Brian. *Legal formalism and legal realism: what is the issue?* Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1646110](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1646110), acesso em 20.10.2015.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Legitimação dos tributos: algumas notas. In: *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, vol. 3, n. 3, 2015.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Por que teorizar sobre a Teoria do Direito (Estudo Preliminar à Edição Brasileira). In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. In: *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 3, n. 3, 2015.
- ROCHA, Sérgio André. O que é formalismo tributário? In: QUEIROZ, Luís Cesar de Souza; OLIVEIRA, Gustavo da Gama (coords.). *Tributação Constitucional, Justiça Fiscal e Segurança Jurídica*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, pp.45-60.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Kafka, Alienação e Deformidades da Legalidade: exercício do controle fiscal rumo à cidadania fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. In: *The Yale Law Journal*, vol. 97, n. 4 (Mar. 1988), pp. 509-548.
- SCHAUER, Frederick. *Is Legality Political?* In: "William & Marry Law Review, Vol. 53, Issue 2, 2011.
- SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Vol. 13, New York: Elsevier, 2001
- TORRES, Ricardo Lobo. Normas Gerais Antielisivas. In: *REDAE – Revista Eletrônica de Direito do Estado*, ed. 5, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ricardo-lobo-torres/normas-gerais-antielisivas>, acesso em 20.10.2015, 2005a.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume II - Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005c.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume III - Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b.
- XAVIER, Alberto. *Os princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.
- WAAL, Frans de. *Good natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Recebido em 23 de julho de 2019.

Aprovado em 02 de abril de 2020.

**RESUMO:** O senso comum na prática jurídica tem criticado o formalismo, como uma atitude mecânica de interpretação e aplicação do Direito, que não se afinaria com as atuais necessidades da sociedade. No caso do Direito Tributário, porém, existe uma longa tradição de valorização da certeza e da tipicidade cerrada, que redundaria na defesa da dignidade das regras jurídicas e na tomada da segurança como bem jurídico de especial proteção para os contribuintes. Isso leva a que a dogmática tributária tradicional aceite, em algum grau, as quatro teses principais do formalismo jurídico: restrição judicial, determinação, conceitualismo e amoralidade da adjudicação. Tais teses que constituem o núcleo do formalismo são tipos ideias, pois não são vetores que informar a interpretação e aplicação do Direito Tributário em todas as situações. Este artigo, ao contrário das tendências de apoiar e desaprovar o formalismo tributário, coloca-o em discussão, para concluir um pouco de formalismo ainda existe e é esperado na interpretação e aplicação do Direito Tributário, propondo, afinal, que fiscais e julgadores se valham do que se nomeia como formalismo moderado na solução de conflitos.

**Palavras-chave:** formalismo; segurança jurídica; direito tributário; teoria da decisão.

**ABSTRACT:** Common sense in legal practice has criticised formalism, as a mechanical attitude of interpretation and application of law, which would not be tuned to the current needs of society. In the case of tax law, however, there is a long tradition of valuing the certainty and the close typicality, which would make the defense of the dignity of the legal rules and the taking of security as a legal right of special protection for taxpayers. This leads to the traditional tax dogmatic accepted, to some degree, the four main theses of legal formalism: judicial restriction, determination, conceptualism and amorality of the award. These theses that constitute the nucleus of formalism are ideas types, because they are not vectors that inform the interpretation and application of tax law in all situations. This article, unlike the tendencies to support and disapprove of tax formalism, puts it into discussion, to conclude a little formalism still exists and is expected in the interpretation and application of tax law, proposing, after all, that tax and Judges are worth what they appoint as moderate formalism in resolving conflicts.

**Keywords:** formalism; legal certainty ; tax law ; decision theory

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** PAULA, Daniel Giotti de. Formalismo e segurança jurídica no Direito Tributário: por que ainda somos formalistas. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1330>.



# *Fake news, eleições e comportamento*

## *Fake news, elections and behavior*

Julio Cesar de Aguiar\*

*Universidade Católica de Brasília, Brasília – DF, Brasil*

Renata Ribeiro Baptista\*\*

*Fundação Getúlio Vargas, Brasília – DF, Brasil*

### 1. Introdução

Quando foi se despedir de sua mãe no leito de morte, Mark Bellison, um roteirista fracassado, revolucionou o mundo em que vivia. Emocionado porque sua mãe dizia ter medo do vazio após a morte, Mark disse a ela que todos encontrariam seus entes queridos e ganhariam uma mansão, e ela, que gostava muito de dançar, poderia fazê-lo por toda a eternidade. Mark viu sua mãe morrer alegre, com um grande sorriso nos lábios. Isso foi possível porque, no mundo em que Mark vivia, ninguém era capaz de contar mentiras, todos falavam a verdade, sempre. Porém, Mark tinha acabado de descobrir que conseguia mentir! Ocorre que ele também começou a mentir para influenciar a mulher que amava para que eles namorassem. Mark procurava, com mentiras, impedir que ela mantivesse um relacionamento amoroso com qualquer outra pessoa e se convencesse de que ele era

---

\* PhD pela University of Aberdeen, Reino Unido (2012). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (2001). Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas. E-mail: juliocesardeaguiar@gmail.com.

\*\* Mestranda pela Universidade Católica de Brasília, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-Graduada pela Escola Superior do Ministério Público da União (2012). Procuradora da República em São João de Meriti, no Rio de Janeiro. E-mail: renatabaptista@mpf.mp.br.

o melhor para ela. Ele também começou, literalmente, a inventar História: como todos falavam a verdade, os grandes clássicos do cinema eram eventos históricos reais, contados por narradores a partir de roteiros meramente descritivos; mas Mark podia simplesmente mentir, e seus roteiros passaram a descrever falsos eventos históricos, tornando-se os filmes mais assistidos. Grosso modo, esse é o roteiro de *O Primeiro Mentiroso* (*The Invention of Lying*, 2009). O mundo sem mentira alguma era linear e, não raras as vezes, até cruel. As relações eram duras. Mas a mentira não transformou o mundo em um lugar melhor, apenas fez mudar os dilemas de cada um.

O uso de mentiras e narrativas dúbias sempre esteve presente na estratégia de propaganda de regimes, partidos e candidatos, não só para autopromoção, como também para ataques a concorrentes. Para não ir muito longe em tempo e lugar, lembre-se das eleições de 1989, nas quais Fernando Collor, então presidenciável e já no segundo turno, disse que Luiz Inácio “Lula” da Silva, também presidenciável, se vencedor, lançaria uma investida contra as cadernetas de poupança<sup>1</sup>. No final, eleito, foi Collor mesmo quem o fez. No segundo turno das mesmas eleições, a Rede Globo foi acusada pelo Partido dos Trabalhadores de editar os debates finais para favorecer Collor. Embora o questionamento não tenha sido bem sucedido na Justiça Eleitoral – o PT queria que a emissora transmitisse uma nova edição, a título de direito de resposta –, mais recentemente a própria Rede Globo admitiu que a edição buscou privilegiar Collor<sup>2</sup>.

O que mudou, então? Segundo reportagem da BBC Brasil, em 2010, o Partido dos Trabalhadores contratou um serviço de “marketing de guerrilha”, responsável por *blogs* e perfis falsos voltados a conter divulgação de informações desabonadoras da então candidata Dilma Rousseff e, ao mesmo tempo, a promulgar informações contrárias ao candidato José Serra, seu opositor, com uso eventual de *fake News*<sup>3</sup>. Em 2013, sem usar a expressão “*fake news*”, o Fórum Econômico Mundial classificou a massiva desinformação digital como um risco global<sup>4</sup>. Pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas apontaram que, na campanha de 2014, uma série de perfis falsos sediados na Rússia e no Leste Europeu ajudaram o candidato Aécio

---

1 CARVALHO, 2006; MADUENO, 1994.

2 MEMÓRIA GLOBO.

3 GRAGNANI, 2018.

4 HOWELL, 2013.

Neves a formar uma rede de compartilhamento de conteúdo, distorcendo a percepção das pautas mais debatidas nas eleições para presidente<sup>5</sup>.

Em 2016, sabe-se que a campanha do referendo para saída do Reino Unido da União Europeia, conhecida como “*Brexit*”, aliou as notícias falsas ao risco à soberania nacional<sup>6</sup>. Mas foram as eleições estadunidenses, ainda em 2016, que consolidaram a popularidade da expressão “*fake news*” e a reflexão mundial em torno delas, dada a utilização sistemática e ilegal de informações pessoais partilhadas em mídias sociais para mapear o eleitorado, garantir participação efetiva dos eleitores já fiéis ao partido no dia da votação (uma vez que, nos EUA, o voto não é obrigatório), influenciar eleitores indecisos e, ainda, promover contrainformação verdadeira e falsa<sup>7</sup>. Em 2017, as eleições francesas enfrentaram o mesmo problema<sup>8</sup>.

A proximidade das eleições nacionais brasileiras parece tornar interessante e necessária a discussão acerca das *fake news* nas eleições, inclusive em função do avançado estágio de propagação de notícias falsas já em período pré-eleitoral. No presente artigo, pretende-se discutir: (i) as relações entre *fake news* e democracia, (ii) as medidas de abordagem às *fake news* sob uma perspectiva da análise comportamental e (iii) as propostas atuais contra as *fake news* no atual contexto eleitoral e sua efetividade.

Muitos conceitos de *fake news* são utilizados nas pesquisas e estudos levantados, ora mais, ora menos abrangentes. De forma geral, é possível compreender as *fake news* (ou notícias falsas, ou, ainda, notícias fraudulentas<sup>9</sup>, expressões que serão utilizadas como sinônimas durante o texto) como informações intencionalmente falsas, mas com uma roupagem tal que lhes empreste confiabilidade, destinadas a enganar ou, no mínimo, confundir seus receptores<sup>10 11</sup>.

---

5 BRANDINO, 2018.

6 BOOTH, et al., 2017.

7 ROSENBERG, CONFESSORE e CADWALLADR, 2018.

8 FARAND, 2017.

9 A expressão tem sido defendida pelo jornalista Carlos Eduardo Lins e Silva (FGV, 2018).

10 ALLCOTT e GENTZKOW, 2017.

11 Alguns pesquisadores têm criticado o uso da expressão *fake news*, sugerindo a adoção de termos mais específicos, como “*má informação*” ou “*desinformação*” (WARDLE e DE-RAKSHAN, 2017).

## 2. Democracia, tribalismo político e *fake news*

Robert Dahl cita a participação efetiva e o entendimento esclarecido como requisitos de uma democracia. Para ele, a participação efetiva diz respeito às “oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser [a] política [a ser adotada]”; já o entendimento esclarecido, às “oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre políticas alternativas importantes e suas possíveis consequências”<sup>12</sup>. Note-se que Dahl aborda a questão com vista à garantia de oportunidades, sem, contudo, sinalizar que a democracia requiera indivíduos que se comportem de forma isenta, interessada e sábia. Inclusive, o autor destaca que “não será nenhum choque admitirmos que nós, seres humanos, temos um pouco mais do que simples vestígios de egoísmo: em graus variados, tendemos a nos preocupar mais com nossos próprios interesses do que com os dos outros”<sup>13</sup>.

Está justamente aí, na discussão sobre participação efetiva e entendimento esclarecido, o ponto de contato entre democracia e *fake news*: os eleitores. É neles que miram as notícias falsas, para obter o voto, outro conceito-chave para a democracia. Essas notícias falsas podem trabalhar tanto o convencimento do eleitor a respeito dos candidatos, como também os temas que compõem as plataformas desses candidatos. De um jeito ou de outro, há dois conceitos implícitos nessa vinculação, que funcionam como duas faces da mesma moeda: a de que um ambiente democrático sadio exigiria, de um lado, eleitores participativos, conscientes das questões políticas, sociais e econômicas, e, de outro lado, uma certa asepsia na produção e divulgação de conteúdo político-eleitoral, cujo consumo seria guiado pela lógica de “o melhor argumento será o vencedor”. Trata-se, respectivamente, do que se poderia chamar de mito dos eleitores virtuosos e falácia do livre mercado de ideias, e ambos precisam ser desconstruídos para evitar que a extensão da influência nociva das notícias falsas na democracia não seja mal estimada.

Em relação ao mito dos eleitores virtuosos, é comum ancorar a realização da democracia plena à existência de um eleitorado que dá importância ao voto, acompanha campanhas eleitorais, conhece opções e interesses

---

12 DAHL, 2001, p. 49.

13 DAHL, 2001, p. 80.

em jogo e é capaz de colocar o interesse coletivo acima de seus interesses pessoais. O eleitor virtuoso é aquele de quem se espera que o exercício da vida política seja uma esfera relevante de sua personalidade. E, a seu turno, a democracia dependeria da sabedoria desse eleitorado e seria também o resultado de um compromisso de todos os eleitores em torno do bem comum. É preciso, contudo, melhor entender quem são os eleitores no processo eleitoral.

É muito difícil apresentar uma análise ampla e estruturada a respeito de perfis de eleitorado, uma vez que cada país tem experiências próprias. No entanto, algumas tendências têm sido identificadas ao redor do mundo, e elas bastam para o que se deseja demonstrar. Em primeiro lugar, há sinais de que os eleitores têm perdido o interesse em política: seja em países com voto obrigatório, seja em países com voto facultativo, muitas pessoas aptas a votar têm deixado de participar dos processos eleitorais<sup>14</sup>. Em segundo lugar, eleitores têm se mostrado cada vez mais descrentes quanto a partidos políticos, o que se traduz em votos brancos e nulos<sup>15</sup>, estimulando que muitos candidatos se utilizem do jargão “não sou político”, sendo definidos como *outsiders*<sup>16</sup>. Em terceiro lugar, promessas apresentadas durante campanhas eleitorais são recebidas com ceticismo<sup>17</sup>. O cenário formado a partir dessas três constatações revela que o eleitorado está longe de ser virtuoso; ao contrário, é desinteressado e, quando exerce seu direito ao voto, não o faz pautado pelo escrutínio das plataformas das campanhas.

Já a falácia do livre mercado de ideias é uma metáfora que remonta à lógica do funcionamento do mercado sob o entendimento do liberalismo econômico, a partir da qual a prevalência de um ou outro argumento, na busca pela verdade, seria o resultado de prévias análises e debates criteriosos acerca de cada um deles. O livre mercado de ideias sempre esteve precipuamente associado à proteção da liberdade de expressão, no sentido de se evitar, como regra, qualquer tipo de restrição, notadamente por parte do Estado, à troca de ideias. Mas tal fórmula também costuma ser associada à ideia de autogoverno, vinculada à democracia, como uma garantia de que cada cidadão possa influenciar substancialmente as tomadas de decisão

---

14 INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE, 2018.

15 PUBLICA, 2014; CHAPOLA, 2018; ALESSI, 2018; PAULINO e JANONI, 2018.

16 RASMUSSEN REPORTS, 2016; BIRNBAUM, 2018; CARMO, 2016.

17 LYNCH, 2016; RIEGERT, 2013; PICKARD, 2015; LAUDARES, 2016.

públicas, tornando-as melhores. Assim, o livre mercado de ideias permitiria a construção de uma ambiência em que as pessoas podem, a partir do contato com várias ideias genuinamente voltadas para enriquecer o debate, exercer seu direito ao voto mais conscientes e, conseqüentemente, promover decisões públicas qualificadas<sup>18</sup>.

O livre mercado de ideias parte do pressuposto de que há uma espécie de acordo tácito entre os indivíduos em contribuir de forma desinteressada, imparcial, para o debate público, o qual se desenvolve livremente, com o fito de construir uma verdade como resultado. Isso deixa a desejar enquanto análise de como os eleitores de fato se comportam, carecendo de eco na realidade. Não existe esse pretensão tráfego imparcial de contribuições. Todos os atores possuem seus próprios interesses, os quais estão dispostos a defender publicamente. Com isso, aqueles que buscam informação procuram meios que consideram mais alinhados às suas próprias concepções<sup>19</sup>. Por outro lado, certos interlocutores possuem força para viabilizar que seus interesses sejam mais ou menos vocalizados e venham a repercutir com maior ou menor intensidade nas decisões. Os meios de comunicação são bons exemplos disso: funcionam como verdadeiros intermediadores, na medida em que a maioria da população toma contato com questões públicas valendo-se de terceiros, notadamente a imprensa. Ao mesmo tempo, a imprensa tem pauta própria. No Brasil, por exemplo, tem havido progressiva concentração da propriedade de veículos da imprensa tradicional em grupos com interesses econômicos e políticos bem definidos<sup>20</sup>, muitas vezes alinhados aos interesses do governo<sup>21</sup>.

A desconstrução das premissas dos eleitores virtuosos e do livre mercado de ideias para a democracia perpassa o reconhecimento de que os indivíduos são dados ao tribalismo político, que deriva da vida em grupos. Pertencer a um grupo significa dividir valores e compartilhar experiências com outras pessoas, de modo que cada um dos membros do grupo forma e espelha parte de sua identidade a partir das relações intragrupo e intergrupos. À conta do senso de pertencimento e da interação retroalimentar entre indivíduo e grupo na formação identitária, os indivíduos tendem a julgar positivamente

---

18 INGBER, 1984.

19 PEW RESEARCH CENTER, 2009.

20 BANDEIRA, 2016.

21 PASTI e GALLAS, 2018.

atos e opiniões de pessoas do seu grupo e, ainda, a rejeitar atos e opiniões de pessoas de outros grupos, independentemente de uma análise de conteúdo. Trata-se de um expediente de autoafirmação, na medida em que, ao menos indiretamente, o indivíduo estaria validando seus próprios atos e opiniões. Por isso, como será aprofundado mais adiante, é custoso para o indivíduo estar aberto a argumentos que contrariem valores do grupo a que pertence. Isso cria uma disputa argumentativa que não se relaciona com o mérito das condutas e argumentos, mas com a lógica do “nós *versus* eles”, em que “a verdade” quase nunca é um resultado buscado, porém, na maior parte das vezes, funciona mais como um dado, no sentido de que cada um acredita que as suas opiniões já exprimem “o melhor argumento”.

Interessante estudo submeteu participantes a cenas rigorosamente idênticas de um mesmo vídeo, no qual se desenrolava uma situação de protesto. O estudo investigava se o comprometimento prévio do participante com determinados valores interferiria na percepção acerca de fatos ligados ao protesto – um fenômeno chamado de cognição motivada. À metade dos participantes, as cenas do vídeo foram contextualizadas como se o protesto exibido se tratasse de um protesto nas proximidades de uma clínica de aborto, contra esta prática; à outra metade, o vídeo foi apresentado aos participantes como um protesto nas proximidades de um local de recrutamento militar, contra a política *don't ask, don't tell*, referente à restrição de seleção de pessoas assumidamente homossexuais e bissexuais. Em dado momento, o protesto, em ambos os cenários, era interrompido pela polícia, alegando que os protestantes estariam intimidando os transeuntes. A equipe do experimento pediu aos participantes para apreciar se os protestantes haviam cruzado a linha do exercício legítimo de protesto, a ponto de justificar a intervenção policial. Antes de assistirem ao vídeo, os participantes haviam se autoidentificado em quatro grupos, entre eles o dos igualitários-individualistas e o dos hierarquistas-comunitaristas, dos quais se esperava, respectivamente, a defesa de pautas mais liberais e de pautas mais conservadoras, ocupando os extremos do espectro político. De fato, esses grupos apresentaram compreensões a respeito dos protestos extremamente polarizadas entre si, confirmando a aposta inicial dos pesquisadores: entre os igualitários-individualistas, somente 28% consideraram que a polícia violou o direito de liberdade de expressão dos protestantes no cenário “clínica de aborto” e 76% consideraram o mesmo no cenário “recrutamento militar”; no que se refere aos hierarquistas-comunitaristas,

70% consideraram que a polícia violou os direitos dos protestantes no cenário “clínica de aborto”, e apenas 16% disseram o mesmo no cenário “recrutamento militar”<sup>22</sup>.

O tribalismo político contamina também a análise das respostas dadas a problemas conhecidos. Em um experimento, realizado na realidade bipartidária estadunidense, Troy Campbell e Aaron Kay buscaram confirmar sua hipótese inicial, segundo a qual o ceticismo verificado entre republicanos quanto a mudanças climáticas ou crescimento da violência não derivaria de dúvida quanto à ocorrência e gravidade em si desses fenômenos, mas sim do choque ideológico em face das soluções usualmente discutidas para sanar esses problemas. Os autores chamam esse quadro de “aversão à solução”. Demonstrou-se que, quando análises científicas relativas à mudança climática eram associadas a uma política regulatória restritiva de emissão de poluentes, pessoas autodeclaradas republicanas concordaram menos com os estudos científicos do que quando os mesmos estudos eram associados a uma solução política que envolvia maximizar lucros com uso de tecnologia verde. Tem-se aí um processo de cognição motivada que se desdobra em duas fases: a primeira alternativa para solucionar o problema, que previa intervenção regulatória, por contrariar uma concepção mais tradicional de livre mercado, gerou maior resistência entre os republicanos, uma vez que o livre mercado é um dos fundamentos mais caros a sua ideologia político-econômica; por sua vez, essa resistência contaminou a própria capacidade de os republicanos concordarem com os resultados científicos que caracterizavam a mudança climática como um fato<sup>23</sup>.

Vê-se que o alinhamento político, que normalmente precede as eleições, transforma-se, a depender do cenário, em verdadeiro entrenchamento político-partidário em relação às plataformas programáticas expostas durante as campanhas eleitorais, impedindo, via de consequência, a análise mais detida a respeito de seus erros e acertos. Todos os argumentos são filtrados pelas lentes dessa ou daquela visão de mundo, deflagrando um processo de cognição motivada em face dos programas dos candidatos – e, depois das eleições, esse processo continua, aí já em face da plataforma de governo do eleito. Some-se a isso o fato de que, nos anos eleitorais, indivíduos e grupos estão mais expostos a visões de mundo que contrariam as

---

22 KAHAN, HOFFMAN, et al., 2012.

23 CAMPBELL e KAY, 2014.



suas, o que pode agravar ainda mais o entrincheiramento político<sup>24</sup>. Nesse cenário, o voto não é propriamente o resultado de debates e amadurecimento de ideias, ou de escrutínio sobre programas eleitorais; o voto é uma escolha pessoal de bases anteriores, moldadas por valores e experiências individuais e coletivas. Trata-se de uma orientação definida no mais das vezes independentemente dos debates e propostas eleitorais. O que se vê é que a campanha eleitoral funciona, em última análise, muito mais como um período de sistematização e confirmação de ideias, voltado a permitir que os candidatos e eleitores construam uma narrativa de justificação pública e coletiva de suas concepções.

Na verdade, é esse entrincheiramento ideológico que constitui o perigo à democracia. A percepção equivocada a respeito da extensão da influência das notícias falsas sobre o eleitor – e, portanto, em última análise, sobre a democracia – está ligada ao fato de que o uso intenso da *internet* e das redes sociais incrementou, ao mesmo tempo, a proliferação de *fake news* e a polarização político-ideológica, de modo que é fácil pensar que é a atuação das *fake news* sobre os eleitores o agente causador de uma deterioração do debate político-eleitoral e, por ricochete, da democracia. Mas não: o agravamento da polarização político-ideológica que experimentamos hoje em dia representa o verdadeiro risco democrático. Nesse sentido, “o enfraquecimento das nossas normas democráticas está enraizado na extrema polarização partidária [...] E se uma coisa é clara a partir dos estudos de colapsos [democráticos] através da história, é que polarização extrema pode acabar com democracias”<sup>25 26</sup>. Nos EUA, a escalada da polarização ideológica, entre a década de 1970 e a década de 2000, tem provocado uma forte divisão eleitoral<sup>27</sup>. O mesmo fenômeno de agravamento da polarização parece ocorrer em todo mundo e, especificamente no Brasil, cerca de 62% dos entrevistados acredita que, atualmente, a sociedade está mais dividida – esta percepção é superior à percepção média no mundo, que é de 56%<sup>28</sup>.

---

24 BAIL, et al., 2018.

25 No original: “the weakening of our democratic norms is rooted in extreme partisan polarization [...] And if one thing is clear from studying breakdown throughout history, it’s that extreme polarization can kill democracies”.

26 LEVITSKY e ZIBLATT, 2018, p. 9; v., no mesmo sentido, SUNSTEIN, 2017, p. 25.

27 ABRAMOWITZ e SAUNDERS, 2008.

28 DUFFY, et al., 2018.

As *fake news* são um produto do tribalismo político, este entendido como a lealdade que se empresta a valores e códigos de conduta de um grupo político a que se pertence. Elas exploram algumas armadilhas cognitivas ligadas ao tribalismo político para maximizar a experiência que mais favoreça um candidato ou partido. De alguma forma, a inexistência de eleitores virtuosos e de um mercado livre de ideias, por si só, não representa perigo grave à democracia. Historicamente, a democracia tem lidado com a alienação política e informacional. A democracia é um jogo de narrativas usualmente marcado por interlocutores parciais, dispostos a defender obstinadamente seus próprios interesses e, em geral, desconhecedores e desinteressados pelo debate público. O fato de que os eleitores não sejam virtuosos e que não exista um livre mercado de ideias, não significa, entretanto, que a construção da democracia esteja comprometida.

Isso não quer dizer, entretanto, que não se deva buscar um ambiente informacional saudável, porque, embora a propagação de *fake news* seja um produto do tribalismo político, ela também o agrava, criando um círculo vicioso. No entanto, o potencial antidemocrático das notícias falsas reside menos em um compromisso puro e simples com garantir um ambiente de circulação de informações verdadeiras para melhorar as tomadas de decisões na seara política, e mais em sua plena eficácia, como fenômeno informacional de massa, para gerar, a partir de um modelo de formação de identidades individuais (política, econômica, cultural e moral) ligado ao pertencimento a grupos, um resultado de extremismo ideológico-político. Quando bem delimitado o que está em jogo, é necessário compreender suas bases para definir as melhores estratégias de abordagem. É o que se passa a discutir.

### **3. Sobre incêndios e extintores: as bases comportamentais das *fake news*, as estratégias adequadas para seu enfrentamento e os perigos por trás das medidas hoje existentes em âmbito eleitoral**

O combate às *fake news* se assemelha muito à contenção de um incêndio. No caso dos incêndios, é preciso saber qual o material está em combustão para determinar o tipo certo de extintor a usar. E mais: o uso de um tipo errado de extintor provoca aumento e alastramento das chamas, podendo comprometer até mesmo a vida de quem o manuseia. A analogia com as *fake news* é relevante porque, uma vez que a proliferação das notícias falsas

tem como combustível o tribalismo político, a efetividade das medidas a serem tomadas contra sua disseminação durante período eleitoral, na busca da proteção à democracia, deverá visar a neutralização dessa pauta comportamental, sob pena de comprometer a própria democracia.

Portanto, é necessário discutir mais profundamente os facilitadores comportamentais e tecnológicos que justificam o avanço das *fake news* e, em seguida, quais são algumas das estratégias comportamentais na luta contra elas. Por fim, é importante refletir criticamente acerca do estágio atual do tratamento dado pelo direito brasileiro às notícias fraudulentas durante as eleições. Cabe frisar, desde já, que a análise comportamental do combate a elas não tem pretensão substitutiva, almejando, isto sim, complementar e aperfeiçoar as abordagens já existentes.

### 3.1 Por que fazem sucesso as *fake news*?

Antes de tudo, parece fundamental esclarecer que, embora as notícias falsas venham sendo indistintamente tratadas como um fenômeno com certa homogeneidade, existem diversos tipos de *fake news*, na medida em que há diferentes formas de se produzir conteúdo falso com o objetivo de enganar o eleitor. Claire Wardle, do *First Draft News*, um projeto ambicioso da Universidade de Harvard voltado a compreender e atacar todos os tipos de desinformação propagadas *online*, catalogou sete tipos de conteúdo falsos: conteúdo satírico ou paródico, cuja intenção é apenas jocosa, não destinada a enganar, embora isto possa ocorrer acidentalmente; conteúdo enganoso, que se baseia no uso enganoso da informação para enquadrar uma situação ou um indivíduo; conteúdo impostor, a partir do qual as fontes das informações, que são genuínas, passam por um processo de despessoalização; conteúdo fabricado, ocasiões em que 100% do conteúdo é falso e sua fabricação é voltada a enganar e prejudicar; conteúdo manipulado, em que dados ou imagens reais são alterados para enganar; falso contexto, quando conteúdo é genuíno, mas descontextualizado; e, finalmente, falsa conexão, que se dá quando manchetes, imagens ou legendas não correspondem ao conteúdo a que associadas<sup>29</sup>.

A definição de *fake news* aqui adotada engloba toda e qualquer forma de informação falsa talhada com um verniz suficiente para render-lhe

---

29 WARDLE, 2017.

alguma credibilidade, a ponto de enganar ou confundir seus destinatários – ou seja, um conceito muito mais subjetivo, fundando nas intenções em jogo, do que objetivo, centrado na natureza da falsidade. Então, com exceção do conteúdo satírico, todos os demais tipos são de interesse para a incursão que ora se realiza. O mesmo estudo do *First Draft News* estilizou uma matriz, associando motivações específicas a cada um desses tipos de conteúdo, concluindo que intenções publicitárias estão correlacionadas a quase todos eles<sup>30</sup>, razão por que também o fato do presente trabalho buscar discutir *fake news* e propaganda eleitoral reforça esse interesse mais amplo.

O foco do presente trabalho é a exploração do fenômeno das *fake news* em contexto de disputa eleitoral, o que envolve também ponderar sobre a atuação da mentira sobre uma faceta da identidade dos indivíduos, qual seja, sua faceta de eleitor. A formação da identidade individual é um fenômeno bastante ligado à vida em sociedade e, nesta medida, ao pertencimento do indivíduo a grupos sociais<sup>31</sup>. Assim, pessoas formam suas identidades políticas de forma relacional, a partir de sua interação com grupos políticos, sejam eles mais ou menos organizados. Isso inclui, portanto, desde relações que elas mantêm com partidos políticos – sejam elas formais, como a filiação partidária, sejam elas informais, como o engajamento militante não filiado –, até relações cotidianas que as pessoas desenvolvem com membros de família, colegas de trabalho e amigos com ideologias próximas. Alguns pesquisadores entendem que as visões políticas individuais precedem ao alinhamento ao grupo<sup>32</sup>. Outros entendem que é o alinhamento político que pauta as visões de mundo dos integrantes do grupo<sup>33</sup>. Em uma e outras aproximações, o que se observa é que os julgamentos políticos são construídos a partir de um processo complexo de interação social e troca de informações essencialmente pautado pela lógica grupal.

Isso traz profundos reflexos sobre o uso das *fake news* durante as eleições, na medida em que é a inserção dos indivíduos em grupos políticos que viabiliza a operação de vetores comportamentais que justificam a facilidade com que se alastram os conteúdos falsos. Trata-se dos vieses e heurísticas cognitivos, que tornam as *fake news* algo muito apelativo, tanto

---

30 WARDLE, 2017.

31 VAN BAVEL e PEREIRA, 2018.

32 VAN BAVEL e PEREIRA, 2018.

33 GREEN, PALMQUIST e SCHICKLER, 2002.

individual como coletivamente. O conceito de viés cognitivo surgiu em uma conjuntura de revisão da teoria ortodoxa da racionalidade, segundo a qual os indivíduos, como seres racionais, realizam escolhas sob uma lógica perfeita de ponderação de ônus e bônus, respondendo a incentivos. É o indivíduo como *homo economicus*. Estudos de psicologia e economia comportamental têm demonstrado, contudo, que “as pessoas se apoiam em um número limitado de princípios heurísticos que reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e predizer valores e operações mais simples de juízo”<sup>34</sup>. Heurísticas são, portanto, um conjunto de atalhos mentais adotados durante o processo de tomada de decisões. O uso sistemático desses atalhos leva a padrões de julgamentos que fogem àquilo que seria esperado pela racionalidade econômica ortodoxa. Esses desvios são os vieses cognitivos.

As heurísticas e os vieses cognitivos precisam ser reconhecidos não como erros, mas como adaptações dos indivíduos à hipercomplexidade que permeia múltiplas, e às vezes simultâneas, situações de tomada de decisões, reduzindo, por exemplo, tempo e conhecimento exigidos para a realização de tarefas. Na perspectiva das interações sociais, é importante ter em mente, ainda, que vieses e heurísticas são estratégias muitíssimo eficientes se o objetivo do indivíduo for a simples manutenção e o aprofundamento de seus vínculos com os grupos que integra<sup>35</sup>. Há diversas espécies de vieses e heurísticas, destacando-se, entre aqueles mais ligados às *fake news* no debate eleitoral, o viés da confirmação e a heurística da disponibilidade.

O viés da confirmação é uma tendência cognitiva de supervalorizar as informações que estejam de acordo com as próprias convicções e expectativas, de modo a ratificá-las<sup>36</sup>. Para isso, pessoas não só costumam lembrar com mais facilidade de fontes e dados que reforcem suas hipóteses, como também buscam equacionar informações ambíguas de modo a cancelar suas ideias. Em razão disso, elas deixam de ponderar sobre informações que contradigam suas posições iniciais, as quais, nada obstante, podem ter importância no processo de escolha. Esse viés está por trás, a um só tempo, da polarização ideológica e daquilo que se convencionou chamar de “crenças persistentes”, fenômenos intimamente ligados ao tribalismo político.

---

34 KAHNEMAN, 2012, p. 524.

35 KAHAN, 2017.

36 NICKERSON, 1998.

No que se refere à polarização, experimento pioneiro demonstrou que estudantes pró e contra a pena de morte, quando expostos a análises inconclusivas a respeito da eficácia da dissuasão derivada deste tipo de punição, processaram seletivamente as evidências em um e outro sentido, segundo a posição que declararam adotar antes da exposição. Os estudantes não só avaliaram as análises que eram conformes às suas concepções de forma mais positiva quanto à relevância, completude e confiabilidade dos dados, como ainda saíram mais convencidos da existência de suporte técnico para suas impressões iniciais, o que, de forma geral, levou ao incremento da distância entre os entendimentos originais, agravando, pois, a polarização, em lugar de provocar uma convergência para uma opinião moderada<sup>37</sup>.

Quanto às crenças persistentes, estudo fundado em imagens de ressonância magnética funcional dos cérebros dos participantes concluiu que a exposição a evidências contrárias à opinião inicial importara em emoções negativas para eles. Para lidar com essas emoções negativas, os indivíduos passaram a aumentar seu foco em crenças pessoais, com progressivo descolamento de dados advindos da realidade exterior, superando a dissonância cognitiva. Segundo o mesmo estudo, nas hipóteses em que estavam em jogo contradições de natureza política, a resistência à mudança de opinião foi maior do que nos casos em que a contradição se dava em outras temáticas, tendo envolvido extensa atividade cerebral em áreas ligadas à identidade pessoal<sup>38</sup>. Por isso, adverte Cass Sunstein que “o mesmo processo que cria as falsas crenças é o que os torna altamente resistentes à correção. Seres humanos não processam informação de maneira neutra”<sup>39</sup>.

Tais achados trazem luz às dificuldades a serem enfrentadas no combate às notícias falsas em contexto eleitoral. Recentemente, o então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Luiz Fux, publicou um ensaio com título bastante provocativo, “Contra *fake news*, mais jornalismo”<sup>40</sup>. Embora a imprensa tradicional tenha, de fato, um papel de destaque a exercer, o simples contato com a verdade não é suficiente para resgatar o eleitor. Basta lembrar que, durante sua campanha para reeleição em 2012, Barack

37 LORD, ROSS e LEPPER, 1979.

38 KAPLAN, GIMBEL e HARRIS, 2016.

39 SUNSTEIN, 2014, p. 44, tradução nossa. No original: “the very process that create the false beliefs make them highly resistant to correction [...] Human beings do not process information in a neutral way”.

40 FUX, 2018.

Obama contou com o apoio de especialistas em análise comportamental para traçar estratégias de enfrentamento ao que, na época, eram os chamados rumores<sup>41</sup>, e, mesmo assim, não foi possível reverter, junto a parcela considerável dos republicanos, a crença de que Obama não é nascido nos Estados Unidos<sup>42</sup>. Não à toa também, em pesquisa realizada pelo Instituto da Democracia e da Democratização da Comunicação, embora haja, no cenário brasileiro, um debate aberto sobre a proliferação de *fake news*, apenas cerca de 30% dos entrevistados afirmaram que desconfiam receber notícias falsas em matéria política<sup>43</sup>.

O viés de confirmação, como um desvio-padrão de julgamento em todo e cada indivíduo, funciona como gatilho para a seleção, incorporação e consequente divulgação das notícias fraudulentas, podendo ser otimizado pela organização dos indivíduos em grupos de interesse (formados por parentesco, afinidade, vínculos funcionais, entre outros motivos), com apelo à importância do todo para a identidade pessoal. As assessorias de comunicação e propaganda de candidatos e partidos são hábeis em manipular tal viés, mapeando os interesses do eleitorado, separando-o, para tanto, em grupos e, então, projetando mensagens e pautas específicas, com conteúdo direcionado a explorar aquilo que sabem que os membros de cada grupo desejam ler e ouvir, independente da veracidade das mensagens<sup>44</sup>. Uma vez que os grupos são identificados e minimamente acessados por meio de alguns de seus integrantes, o viés de confirmação presente em cada um dos indivíduos entra em cena e se encarrega de que esses conteúdos sejam disseminados por compartilhamento. Quanto aos eleitores indecisos ou não totalmente alinhados com tal e qual partido, as informações ambíguas ganham destaque para atingir o maior número deles, sempre contando que os próprios receptores das mensagens se encarregarão de filtrar e absorver apenas aquilo que legitima suas visões de mundo. Mesmo fora do nicho de trabalho da propaganda de partidos e candidatos, a vontade de reforçar aquilo em que se acredita faz com que as *fake news* se propaguem rapidamente, mesmo que não tenham origem em fontes oficiais de informações, bastando, para tanto, que o teor seja apelativo a crenças previamente compartilhadas.

---

41 CAREY, 2012,

42 ANGIESTA, 2015.

43 VON BULLOW e STABILE, 2018.

44 BURLEIGH, 2017; ALBRIGHT, 2016.

Já a heurística da disponibilidade se relaciona com a formação das memórias individual e coletiva e a consequente aceitação de lembranças como verdade. Pessoas se recordam mais facilmente de eventos e informações mais vívidos, chocantes ou emocionantes, simplesmente porque prestam mais atenção neles. É comum, por exemplo, que as chances de um avião cair sejam superestimadas porque quedas de avião, embora aconteçam muito pouco, são altamente impactantes e amplamente noticiadas quando acontecem. Pessoas também avaliam as chances de que uma assertiva seja verdadeira ou seja uma solução mais adequada que outras em função de memorá-la por conta da exposição frequente a ela. Por isso, quanto mais familiar for um conteúdo, maiores são as probabilidades de que, em um novo contato com ele, os indivíduos o considerem verdadeiro. O provérbio “uma mentira contada mil vezes se torna verdade” resume bem essa tendência.

Em relação à memorização pelo impacto, em função da justificada preocupação social criada pelos ataques do 11 de Setembro, estadunidenses reportam a ameaça terrorista como uma preocupação constante quando discutem a política migratória do país, quando, na verdade, é mais provável que um indivíduo estadunidense ganhe na loteria do que venha a ser morto em um ataque terrorista de qualquer tipo<sup>45</sup>. No que tange à memorização pela repetição, a simples exposição a notícias falsas por uma única vez, desde que o conteúdo não seja extremamente implausível, já é suficiente para aumentar a percepção de correção do conteúdo em uma próxima vez; a repetição assevera o julgamento da notícia falsa como verdadeira<sup>46</sup>.

Ocorre que memórias de acontecimentos podem ser formadas a partir de estratégias de cobertura da mídia ou, ainda, a partir de experiências compartilhadas com pessoas de determinados círculos de confiança, como a família e o ambiente de trabalho, sem refletir, portanto, uma reiteração espontânea ou natural. É onde entra a centralidade da heurística da disponibilidade para o tribalismo político e para o tratamento das *fake news* nas eleições. O sensacionalismo e a repetição revelam-se estratégias-chave nesse contexto. As notícias falsas operam justamente sob a premissa de chocar os receptores com a exploração de estereótipos, emoções, dúvidas e expectativas, a partir de exageros, distorções e fraudes. Assim, por exemplo, cascatas informacionais envolvendo consumo de teorias da conspiração

---

45 MOSHER e GOULD, 2017.

46 PENNYCOOK, CANNON e RAND, 2018.



geram interesse do público por mais tempo do que cascatas informacionais relacionadas ao consumo de teorias científicas<sup>47</sup>.

A heurística da disponibilidade ajuda a propagação de *fake news* na medida em que gera cascatas informacionais: em um primeiro momento, as notícias falsas são inoculadas pelo sensacionalismo ou pela repetição – normalmente, aproveitando-se da maior permeabilidade gerada pela polarização ou por alguma vulnerabilidade emocional ou informacional específica; depois, a lembrança imediata, derivada da pronta acessibilidade desse tipo de conteúdo – seja pelo impacto, seja pela frequência – faz colar na informação o rótulo da veracidade ou, no mínimo, da verossimilhança; em um terceiro momento, dado que cada vez mais pessoas acreditam e divulgam a informação, outras pessoas passam a acreditar e repassar o conteúdo<sup>48</sup> e, fechando o ciclo, como a verdade é usualmente bem menos interessante que a mentira<sup>49</sup>, é difícil apagar a mentira nas memórias individual e coletiva e reconstruir um ecossistema informacional sadio. Quanto mais manchetes, textos e imagens vinculados à *fake news* foram repetidos, em múltiplos ecossistemas de comunicação, mais seus teores serão lembrados pelos indivíduos.

Além desses vetores subjetivos, há fatores estruturais e tecnológicos que contribuem de sobremaneira para a disseminação de *fake news*. Esses facilitadores se relacionam com a nova arquitetura de produção, circulação e busca de informações inaugurada pelas mídias sociais, cuja característica essencial é a criação e seleção de conteúdos pelos próprios usuários. Esse desenho estrutural propicia, então, a formação de câmaras de eco (*echo chambers*) – em resumo, a agregação voluntária de usuários que dividem as mesmas ideologias, crenças, valores e ideias, em torno de si próprios, com exclusão de pontos de vista em contrário<sup>50</sup> – e filtros-bolha (*filter bubbles*) – ou seja, a apresentação de informação relevante, personalizada a partir da análise algorítmica de preferências dos usuários<sup>51</sup>. Ambos são fenômenos ligados ao princípio da homofilia, segundo o qual similaridade

---

47 DEL VICARIO, BESSI, et al., 2016.

48 SUNSTEIN, 2014, pp. 19-27.

49 VOSOUGHI, ROY e ARAL, 2018.

50 GARRETT, 2009.

51 PARISER, 2011.

gera conexão<sup>52</sup>. A principal consequência disso é o incremento exponencial da exposição seletiva a conteúdos, pois os próprios usuários limitam seu contato a informações que ratifiquem suas concepções, abstendo-se conscientemente dos desafios impostos pela dissonância cognitiva derivada do contato com ideias contrárias<sup>53</sup>.

Para compreender o que isso representa, uma análise fundada em índices de isolamento informacional (assim entendidos como a diferença entre a média de acessos a *sites* de conteúdo conservador e a média de acessos a *sites* de conteúdo liberal) concluiu que a *internet* apresentava, em 2011, índice superior aos da TV aberta e paga, das revistas (locais ou nacionais) e dos jornais locais, embora menor que o dos jornais nacionais. A seu turno, redes sociais não virtuais (assim entendidas como as relações presenciais mantidas com colegas de trabalhos, vizinhos, família, amigos e interlocutores políticos) apresentaram índices de isolamento muito superiores aos da *internet*<sup>54</sup>. Analisando as duas conclusões, tem-se que a arquitetura das mídias sociais *online* sobrepõe um veículo que promove muito bem o isolamento informacional (a *internet*) e determinados nichos de relações sociais também altamente isolacionistas, potencializando, assim, a segregação informacional voluntária.

Não é difícil perceber como a segregação informacional voluntária facilita a propagação de *fake news*. Ecossistemas com câmaras de eco e filtros-bolha, formados a partir de alinhamentos político-ideológicos, intensificam a possibilidade de compartilhamento de notícias falsas, preterindo a verdade em favor de outros objetivos ligados à formação da identidade política, na medida em que são muito reduzidas a infiltração e a circulação de contra-argumentos e informações verdadeiras<sup>55</sup>. Ainda, a heurística da disponibilidade opera sem dificuldades, dado que a repetição da notícia falsa ocorre de maneira bastante rápida, envolvendo camadas de usuários que mantêm relações mais próximas ou de maior confiabilidade, o que

52 MCPHERSON, SMITH-LOVIN e COOK, 2001.

53 Há estudos em sentido contrário, notadamente no que diz respeito a padrões de consumo. Nesse sentido, p. ex., demonstrou-se que a exposição personalizada contribuiu para uma expansão do padrão de consumo de músicas dos usuários, e não para a limitação de suas preferências (HOSANAGAR, FLEDER, *et al.*, 2014). Para leituras que disputam a verdadeira extensão das câmaras de eco e os filtros-bolha, considerando superestimados seus efeitos, v. FLAXMAN, GOEL e RAO, 2016, e HAIM, GRAEFE e BROSIUS, 2018.

54 GENTZKOW e SHAPIRO, 2011.

55 SUNSTEIN, 2017.

facilita a internalização e a formação de memórias individuais e coletivas. Com isso, há mais cascatas de *fake news*, as quais também são linearmente maiores e mais duráveis, aumentando a polarização<sup>56</sup>.

Nesse contexto, além da arquitetura das redes, há o uso de ferramentas tecnológicas como estratégias complementares, destinadas a extrair desse desenho estrutural todo seu potencial de promoção de notícias falsas. Desde pelo menos 2014, há notícias de que empresas publicitárias contratadas por candidatos têm se valido do uso de robôs (*bots*) para divulgar notícias, falsas ou verdadeiras<sup>57</sup>. Passou-se a contratar também pessoas que se dispõem a controlar diretamente perfis falsos, para interagir de maneira mais personalizada em grupos em redes sociais<sup>58</sup>. Mais recentemente, detectou-se o uso de aplicativos “vampiros”, que se valem de perfis verdadeiros para replicar conteúdo, sem que seus titulares saibam<sup>59</sup>. Em todos esses casos, os recursos tecnológicos são acionados como amplificadores e atuam em duas frentes relacionadas a *fake news*: eles servem para inocular informações falsas em grupos diversos e, principalmente, para perpetuá-las em cascatas informacionais.

De acordo com o *Digital News Report* de 2016, elaborado pelo *Reuters Institute for the Study of Journalism* e pela Universidade de Oxford, 51% dos participantes disseram utilizar mídias sociais como fontes de notícias, sendo que 12% as apontaram como a principal fonte de informação<sup>60</sup>. No Brasil, o mesmo relatório indica que o índice de participantes que usam mídias sociais como fonte de informação supera a média, atingindo 72%, tendo sido o país, entre os selecionados para a pesquisa, em que houve maior crescimento proporcional de tal índice, entre 2015 e 2016. O *Digital News Report* de 2018 referenciou uma queda no do uso de mídias sociais, mas, no Brasil, 48% da amostra indicaram que se utilizam do *WhatsApp* para consumo de notícias<sup>61</sup>. Esses percentuais, somados aos potenciais negativos associados à arquitetura dessa espécie de mídia, explicam a preocupação do uso de redes sociais em campanhas eleitorais por partidos, candi-

---

56 LAZER, BAUM, et al., 2018.

57 ALAMEDA e PEINADO, 2018; AVENDAÑO e BETIM, 2018; VENTURINI, 2018.

58 WARDLE e DERAKHSHAN, 2017, p. 26.

59 MELLO, 2018.

60 NEWMAN, FLETCHER, et al., 2016.

61 NEWMAN, FLETCHER, et al., 2018.

dados e indivíduos em geral, para difundir notícias falsas, comprometendo o processo eleitoral.

### 3.2. Como combater adequadamente as fake news?

Cada vetor de propagação de notícias fraudulentas comporta uma linha de atuação fundada em análise comportamental para mitigar seus efeitos deletérios. Essas linhas requerem a participação de muitos atores, de jornalistas ao Estado, passando por partidos, candidatos e empresas mantenedoras de mídias sociais. Também o papel do indivíduo será discutido. O caráter multifacetado das medidas suscitadas, associado à extensão da cadeia de envolvidos, evidencia a complexidade de realizar um combate efetivo às notícias falsas. As estratégias a seguir expostas terão foco apenas nas questões comportamentais expostas anteriormente.

Começando pelo viés confirmatório, é preciso evitar se contrapor às *fake news* apenas etiquetando o conteúdo de uma notícia como “falso” ou “incorreto”. Essa discussão surge em contexto no qual o *Facebook* anunciou que os usuários que tentassem compartilhar conteúdo previamente reportados como falso ou enganoso por agências de checagem ou por outros usuários e também os usuários que se deparassem com esse tipo de conteúdo durante a navegação na plataforma seriam advertidos a respeito de sua possível falsidade<sup>62</sup>. São duas as premissas por trás dessa proposta: a primeira é a de que a qualificação de um conteúdo como *fake news* é bastante para que os usuários se convençam de sua falsidade; a segunda a de que a propagação de conteúdo falso ou enganoso ocorre porque os usuários não têm consciência sobre sua falsidade.

Contudo, os apontamentos já feitos sobre o viés de confirmação deixam claro que, mesmo quando a contraposição a ideias é feita de forma pormenorizada, com argumentos bem trabalhados em sentido oposto, a informação inverídica tende a ser ponderada como verdadeira se ratifica concepções originalmente sustentadas. Assim, a mera sugestão de falsidade a partir de avisos aos usuários, mesmo que remetam a páginas e postagens em que o desmascaramento será feito com maior profundidade, pode vir a ser contraproducente<sup>63</sup>. É possível até que se estabeleça uma relação

---

62 FACEBOOK, 2018.

63 LEWANDOWSKY, ECKER e COOK, 2017, p. 32.

adversarial do usuário com esse mecanismo, com progressivo descrédito quanto a advertências futuras. Aliás, no Brasil, de forma inédita, a própria implantação da checagem de fatos pelo *Facebook*<sup>64</sup> tem sido, por si só, objeto de muita resistência e contestação, tendo havido acusações de que a plataforma estaria se engajando política e ideologicamente nas eleições<sup>65</sup>, bem como de que as agências escolhidas para checagem teriam perfil de extrema esquerda<sup>66</sup>.

Há mais. Ao editar manchetes de desconstrução das *fake news* (ou *de-bunking*), vale ainda evitar a repetição dos argumentos falsos, mesmo que precedidos de palavras adversativas. Por exemplo, para negar que João tenha defendido a descriminalização das drogas em programa eleitoral, não é conveniente que a manchete diga “João não defendeu a descriminalização das drogas”, e sim “João defendeu que o consumo de drogas continue sendo tratado como crime”. Aqui, o obstáculo subjetivo a ser evitado é a ativação da heurística da disponibilidade, notadamente porque muitas pessoas consomem notícias limitando-se à leitura das chamadas, sem ler o inteiro teor. Esse tipo de redação impede que conteúdos não verdadeiros possam ser lembrados de forma descolada do contexto, transformando aquilo que seria uma tentativa de desconstrução de *fake news* em processo de reforço e memorização de conteúdo falso, lastreada na familiaridade com os argumentos<sup>67</sup>. Um cuidado adicional: o apelo das notícias fraudulentas também guarda relação com sua capacidade de oferecer explicações mais simples para realidades complexas, de modo que pode haver sérios problemas para contornar a heurística da disponibilidade se não houver explicações causais conhecidas para determinado objeto de *fake news*, ou se essas explicações forem muito complexas.

Ainda sobre apresentação de contra-argumentos, há experimentos que concluem que a credibilidade de quem oferece a informação é determinante para sua aceitação, de modo que a incorporação da desconstrução das notícias falsas tem mais chances de ocorrer se promovida por um ator reconhecido por sua capacidade de oferecer informação precisa e confiável<sup>68</sup>.

---

64 FACEBOOK, 2018.

65 DELGADO, 2018.

66 ORTELLADO, 2018.

67 SWIRE, ECKER e LEWANDOWSKY, 2017.

68 GUILLORY e GERACI, 2013

Por isso, pode ser positivo que, em contexto eleitoral, interlocutores imparciais assumam o papel de desconstruir as *fake news* e de promover informação verdadeira sobre pontos que, embora não diretamente ligados com partidos e candidatos, possam ser úteis para o eleitor. Esse posto pode ser ocupado pela Justiça Eleitoral, que, hoje, tem desempenhado um papel preponderantemente reativo no contexto da propaganda publicitária. Para tanto, os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral poderiam não só fazer inserções durante a programação de rádio e televisão, desbancando informações falsas voltadas a causar confusão quanto ao próprio processo eleitoral – como, por exemplo, o renitente boato de que maioria de votos nulos provocaria novo pleito, por nulidade<sup>69</sup> –, como também, antes de cada bloco de propaganda eleitoral gratuita, poderiam advertir os eleitores acerca da importância do consumo consciente de notícias, alertando igualmente sobre o risco de manipulação de opiniões. Sob essa perspectiva, a criação de um portal centralizando informações sobre casos apreciados pela Justiça Eleitoral que envolvam *fake news*, catalogando os provimentos por eleições, partidos e candidatos, com um breve resumo dos achados, parece uma boa medida também.

Uma barreira alternativa ao compartilhamento de notícias falsas e a formação de cascatas informacionais, na perspectiva da heurística da disponibilidade, é a reconstrução do caminho autoral e reputacional da notícia. Por essa abordagem, no momento da tentativa de compartilhamento de um conteúdo considerado inverídico, os usuários poderiam ser informados sobre a fonte desta informação, com um breve histórico de sua credibilidade – por exemplo, indicando qual o percentual de *fake news* relacionado a tal fonte em determinado período, dentro do universo de notícias que passam por checagem de fatos e são consideradas falsas. Essa é uma forma indireta de expor os interesses por trás da criação e circulação daquele conteúdo, o que pode servir de gatilho para que o usuário suspeite das circunstâncias e as intenções em jogo, criando uma ambiência para que, caso a falsidade venha a viralizar, o desmascaramento possa ser mais efetivo. Nesse sentido, em certo experimento, jurados foram instruídos pelo juiz a desconsiderar provas incriminatórias que foram consideradas inadmissíveis, mas que haviam sido divulgadas pelas partes interessadas, de forma não oficial, por meio da imprensa. Os jurados só foram capazes

---

69 DOMINGOS, 2018.

de efetivamente deixar de levar em conta a informação trazida pela prova descartada quando lhes foi oferecido um motivo pelo qual a parte interessada havia vazado seu conteúdo para a imprensa<sup>70</sup>.

Ainda nesse campo, a completa transparência quanto a eventuais financiadores de páginas e conteúdos patrocinados é um passo importante. Em abril de 2018, nos Estados Unidos, o *Facebook* atualizou sua política de anúncios justamente para submeter à identificação todos aqueles (partidos, candidatos, usuários com ou sem vínculo formal com campanhas) que desejarem promover anúncios com teor político (de qualquer espécie, até mesmo aqueles que simplesmente discutam questões legislativas de importância pública no local em que veiculados), bem como à revelação de quem eventualmente paga por eles<sup>71</sup>. Complementarmente, é preciso cruzar esses dados com aqueles que vão constar as prestações de contas dos candidatos, para evitar que a contratação de serviços de desinformação seja custeada com valores não declarados (“caixa 2”).

Há, no entanto, aplicativos em que todas essas considerações feitas até agora não têm qualquer aplicabilidade, por não ser possível a intervenção do mantenedor no tráfego das informações. O *WhatsApp* é um exemplo desse tipo. Por isso, encorajar o escrutínio e a responsabilidade dos indivíduos sobre o consumo de informações será sempre a melhor estratégia de combate às *fake news*. A educação midiática (*media literacy*) é um caminho de médio e longo prazos para garantir uma ambiência em que fatos e análises valorativas de fatos sejam organicamente diferenciados de distorções e mentiras. Abarca conhecer como as notícias são feitas e ter mais consciência sobre patrocínios e interesses na divulgação de qualquer tipo de informação, a ponto de avaliar possíveis conflitos que possam interferir na credibilidade do conteúdo divulgado.

Pesquisa feita pelo *Reuters Institute for the Study of Journalism* e pela Universidade de Oxford concluiu que apenas 52% dos entrevistados sabiam que somente as emissoras públicas de radiodifusão não dependem de propaganda como fonte primária de financiamento; apenas 29% apontaram o uso de algoritmos como fator determinante na seleção do que o *Facebook* mostra para os usuários<sup>72</sup>. Aqueles que atingiram maiores índices

---

70 FEIN, MCCLOSKEY e TOMLINSON, 1997.

71 FACEBOOK, 2018.

72 FLETCHER, 2018.

de alfabetização midiática consomem mídias sociais de forma diferente dos demais: fatores como o veículo, a manchete e a pessoa que compartilhou a notícia são pistas cruciais para que essas pessoas decidam se aquele conteúdo merece ser lido.

No Brasil, a Base Nacional de Comum Curricular em vigor prevê, como competência específica de linguagens para o ensino fundamental, a capacidade de

[c]ompreender e utilizar tecnologias digitais de informação e comunicação de forma crítica, significativa, reflexiva e ética nas diversas práticas sociais (incluindo as escolares), para se comunicar por meio das diferentes linguagens e mídias, produzir conhecimentos, resolver problemas e desenvolver projetos autorais e coletivos<sup>73</sup>.

Na Itália, há iniciativa parlamentar para inserir no currículo escolar disciplina voltada a aprimorar a detecção de *fake news* e teorias de conspiração *online*<sup>74</sup>. A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO também tem endossado o desenvolvimento de competências ligadas a educação midiática<sup>75</sup>.

### 3.3. Quais os potenciais problemas das medidas previstas na legislação brasileira eleitoral contra as *fake news*?

No caso do Brasil, a Lei n. 9.504/97, embora central na regulamentação da propaganda eleitoral, não possui normas seja definindo, seja atacando especificamente a divulgação de *fake news*. As notícias falsas, contudo, como um tipo peculiar de informações sabidamente inverídicas<sup>76</sup>, podem ter seu tratamento naquilo que a Lei n. 9.504/97 capitula como “direito de resposta”, o que envolve apresentação de contra-argumentos, passa pela

---

73 BRASIL, 2018.

74 HOROWITZ, 2017.

75 UNESCO, 2018.

76 As *fake news* não se esgotam no conceito de informação sabidamente inverídica, notadamente porque muito daqueles que a divulgam não reconhecem seu conteúdo como tal justamente pelo verniz de autenticidade que seus idealizadores buscam lhes conferir. Remetemos o leitor ao conceito apresentado na introdução e às discussões conceituais do tópico 2.1, para evitar repetições desnecessárias.



aplicação de multa e pela retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos e chega até a suspensão do acesso a todo conteúdo veiculado que deixar de cumprir as disposições legais (arts. 58, 57-D, 57-F, 57-H e 57-I). É possível, ainda, a incidência dos tipos penais previstos no Código Eleitoral (arts. 323 a 326-A). Paralelamente, o Tribunal Superior Eleitoral montou um Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, do qual fazem parte a Agência Brasileira de Inteligência, o Ministério da Defesa, o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, conforme a Portaria n. 949/2017, revisada pela Portaria n. 232/2018, com o objetivo, entre outros, de “desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da [i]nternet nas eleições, em especial o risco das *fake news* e o uso de robôs na disseminação das informações” (art. 2º, inc. I).

A despeito de a Lei n. 9.504/97 ter sido modernizada pelas Leis n. 12.034/09, 12.891/13 e 13.488/17, para intensificar a realização de propaganda eleitoral pela *internet*, em suas mais variadas plataformas, não foi pensada uma correlata atualização no que tange à efetividade do combate à proliferação de notícias falsas que naturalmente tem acompanhado e vai continuar acompanhando o progressivo uso de redes sociais como plataforma de campanha eleitoral formal e disputa eleitoral informal. Por um lado, as medidas previstas têm três linhas de aproximação bastante marcantes: uma restaurativa, voltada a possibilitar ao candidato-alvo de *fake news* uma narrativa de contestação; outra censória, destinada a suprimir o conteúdo inverídico; e, por fim, uma sancionadora, dirigida à punição dos responsáveis pela produção e divulgação do conteúdo. Por outro lado, o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições parece atrelar, em alguma medida, a luta contra as *fake news* à linha sancionadora, na medida que predomina, em sua composição, a presença de órgãos de persecução criminal e proteção da soberania nacional. São soluções pouco ou nada antecedidas com a questão comportamental que subjaz às *fake news*.

O direito de resposta é idealizado sob a lógica de ponto e contraponto: afirmações falsas ou ofensivas proferidas por um candidato autorizam que o candidato atingido ofereça sua visão dos fatos, esclarecendo pontos obscuros e desmentindo imputações. Vê-se, pois, que o direito de resposta é marcado por um tom adversarial, na medida em que os candidatos disputam entre si narrativas e reputações. No entanto, porque as *fake news* são fenômeno fundado eminentemente no tribalismo político, adotar a lógica do ponto-contraponto como abordagem tende a ser uma estratégia ruim –

em especial, se o objetivo for o retorno ao *status quo*. É que *fake news* não têm a ver apenas com falta de informação, mas com a criação de múltiplas hipóteses contraditórias para o mesmo fato.

Como já exposto, o alinhamento ideológico-político do eleitorado, que antecede o período eleitoral, é forte fator para enquadramento dos fatos e análise de problemas e soluções, de modo que duas situações podem ocorrer. No primeiro cenário, o candidato atingido poderá formular, na resposta, seu contraponto de maneira a aproximar os eleitores dos fatos e pautas, mas, em função do entrincheiramento político, isto terá pouco ou nenhum apelo, uma vez que o público está mais preocupado com a ratificação de suas próprias concepções (sociais, ideológicas e políticas) do que com acesso a uma versão mais próxima da realidade acerca dos fatos. No segundo cenário, o candidato atingido, sabedor das consequências comportamentais do entrincheiramento político, poderá intensificar, na resposta, os vieses de enquadramento de fatos e a aversão a soluções, normalmente apresentando um discurso voltado a grupos específicos, definidos a partir de estudos criteriosos<sup>77</sup> e, eventualmente, propagando novas notícias falsas.

Há, ainda, uma possibilidade mais controversa: o efeito *backfire* ou *backlash*, segundo o qual a exposição a contra-argumentos e evidências que contrariem falsas crenças não apenas é insuficiente para provocar a correção delas – o que se descreveu, acima, como a primeira situação –, como chega até mesmo a contribuir para asseverá-las<sup>78</sup>. Nesse sentido, uma série de experimentos apurou a eficácia da reversão de percepções equivocadas sobre a posse de armas de destruição em massa pelo Iraque, que serviu de motivo oficial para que os EUA declarassem guerra contra aquele país, durante administração de um republicano. Nyhan e Reifler apuraram que, enquanto para centristas ou liberais moderados, a exposição a artigo de jornal abordando o relatório Duelfer (que concluiu pela ausência de armas de destruição em massa por parte do Iraque) não gerou efeitos significativos, para indivíduos que se identificaram como conservadores o contato com as conclusões do relatório funcionou como reforço às falsas crenças de que o Iraque possuía tal arsenal<sup>79</sup>. Estudos posteriores não confirmaram

---

77 GRAGNANI, 2018.

78 BAIL, ARGYLE, et al., 2018.

79 NYHAN e REIFLER, 2010.

o efeito *backfire*, tendo concluído que correções factuais a declarações de Trump, feitas durante a campanha eleitoral, reduziram falsas percepções, sem que isso se refletisse, contudo, na mudança de intenções de voto favoráveis ao candidato – ou seja, mesmo sendo confrontados e aceitando que o candidato que apoiavam mentiu, os eleitores não deixaram de apoiá-lo<sup>80</sup>.

Merece destaque, ainda, quanto à legislação brasileira, a necessária qualificação dos conteúdos como “sabidamente inverídico” para que se possa obter judicialmente a tutela do direito de resposta. Cumpre, inicialmente, rememorar uma peculiaridade das *fake news*, que é a adoção orientada de parâmetros de formatação e conteúdo que confirmam aparência de realidade e confiabilidade<sup>81</sup>. Some-se a isso o fato de a disputa eleitoral ser marcada, em larga escala, por afirmações cuja veracidade ou inveracidade não são prontamente tangíveis, seja por público leigo, seja por público especializado, dependendo de valoração e interpretação, como usualmente são aquelas que compõem a essência dos espaços de deliberação e análise políticas. Afinal, fatos políticos “são problemáticos sob vários aspectos [...] os critérios para e a relevância dos fatos políticos são determinados dentro, não fora, da política. Eles são politicamente controversos, e assim também são os critérios para identificar um debate informativo ou um cidadão informado”<sup>82 83</sup>. Os candidatos costumam se centrar em ambiguidades durante o período eleitoral porque é sobre elas que se constroem as diferenças importantes e sensíveis entre plataformas de campanha, de modo que a propaganda eleitoral encontra aí terreno fértil a explorar.

Pelos mesmos motivos, também será nesse nicho que os criadores e divulgadores de *fake news* se deterão, buscando tumultuar o debate público e influenciar arditamente eleitores, valendo-se de uma roupagem sofisticada para vender mentiras. Fatores como a dificuldade em determinar relações de causalidade e a facilidade de manipular enquadramentos de fatos para atrair adesão dos eleitores são desde sempre habilmente explorados em período eleitoral sem que, para tanto, seja preciso divulgar conteúdo

---

80 NYHAN, PORTER, et al., 2017.

81 ALLCOTT e GENTZKOW, 2017.

82 No original: “they [political facts] are problematic in various respects [...] the criteria for and relevance of political facts are determined within, not outside, politics. They are politically controversial, and thus so are the criteria for identifying an informative debate or an informed citizen”.

83 KUKLISNKI, QUIRK, et al., 1998, p. 145.

falso *per se*<sup>84</sup>. Então, a exigência de que o conteúdo seja “sabidamente” falso é boa, se considerada a necessidade de evitar que, a pretexto de impedir a disseminação de notícias falsas, alegações dúbias, porém legítimas à luz da disputa política sobre fatos, sejam sindicadas e sancionadas. No entanto, tal exigência torna remota a utilidade do direito de resposta por divulgação de *fake news*, considerando a roupagem dada pelos criadores a este tipo de conteúdo.

Quanto à censura de conteúdo prevista na Lei n. 9.504/97, observa-se uma aproximação mais consentânea a um modelo anterior de propaganda eleitoral, marcado por meios centralizados de produção e circulação de conteúdo, como o rádio e a televisão. A leitura das disposições desse diploma normativo, já com as atualizações, deixa claro que provedores e companhias operadoras de plataformas sociais foram encarados como verdadeiros intermediários das informações. Compete-lhes dar cumprimento à ordem judicial de retirada dos conteúdos legalmente proibidos, cabendo sanção em caso de negativa ou atraso injustificado; a punição de provedores pela simples divulgação da informação é condicionada à ciência do conteúdo vedado.

É verdade que provedores e companhias são intermediários e desempenham papel relevante no combate à disseminação de *fake news*. Nada obstante, a produção de notícias falsas ocorre de forma extremamente pulverizada, no mais das vezes envolvendo uma longa e coordenada cadeia de pessoas e até robôs<sup>85</sup> (inclusive, a partir de outros países), sendo, portanto, muito difícil identificar suas origens – em especial, considerados os exíguos prazos da Justiça Eleitoral. A propagação de *fake news* se dá simultaneamente por tantos veículos (*e-mails*, *sites* abrigados por diferentes provedores, aplicativos de trocas de mensagens diversos, redes sociais abertas e fechadas) que, não raro, é improvável o pronto levantamento de todos eles, sendo inevitável que a contenção judicial seja apenas parcial. Nessa medida, a eficácia da exclusão de conteúdos como estratégia de combate às notícias falsas é bastante limitada. Mesmo que fora do contexto eleitoral – no qual se espera maior agilidade, em função dos prazos legais –, a disseminação de *fake news* contra a vereadora Marielle Franco, logo após seu assassinato, demonstra bem isso: as notícias falsas, que haviam começado a circular primeiro no *WhatsApp*, chegaram às redes sociais em 15.3.2018,

---

84 LEETARU, 2016.

85 RUEDIGER, 2017.

com picos de divulgação nos dias seguintes; o *Facebook* só veio a retirar do ar a página “Ceticismo Político”, protagonista na propagação das notícias falsas em 24 de março de 2018<sup>86</sup>.

Outro ponto a se pensar diz respeito à aplicação de sanções criminais. Sob a vontade de lutar contra as *fake news*, é preciso ter cuidado para não criar uma ambiência que favoreça menos ainda o florescimento da democracia. Considerando as dificuldades expostas no parágrafo anterior, relativas ao reconhecimento de conteúdos falsos, a aplicação de sanções penais, embora sempre precedida de avaliação judicial, deve ser encarada como algo extremo e excepcional, dada a importância da liberdade de expressão, notadamente em período eleitoral. No Brasil, além da preocupação com as disposições da Lei n. 9.504/97, que remetem à incidência do Código Penal na disputa eleitoral, há diversos projetos de lei voltados à ampla criminalização das *fake news*. Um levantamento realizado pela Publica identificou 20 projetos de lei nesse sentido<sup>87</sup>. Até que, em 2019, finalmente foi publicada a Lei n. 13.834, a qual, alterando o Código Eleitoral, tipificou criminalmente a conduta de dar causa a processo ou investigação, com finalidade eleitoral, atribuindo a alguém a prática de crime de que o sabe inocente, criando, com isto, a denúncia caluniosa eleitoral<sup>88</sup>. Nessa mesma toada, a Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal publicou, recentemente, um estudo sobre contenção de *fake news* com enfoque predominantemente punitivo<sup>89</sup>.

O perigo reside no uso de medidas penais como forma de perseguição obstinada a jornalistas, formadores de opinião em geral e indivíduos que sustentem opiniões contrárias, além, claro, de adversários políticos. A criminalização de ideias é a principal ferramenta para silenciar a oposição. Não à toa, mesmo em países considerados não autoritários, como os Estados Unidos, o Japão, a Noruega e o Reino Unido, é comum a preferência por redes sociais fechadas ou aplicativos de trocas de mensagens em função do receio de sofrer retaliações pela exposição pública de opiniões políticas<sup>90</sup>.

---

86 GRAGNANI, 2018; FOLHAPRESS, 2018.

87 GRIGORI, 2018.

88 Note-se que a inovação não pune tão somente disseminação de informações falsas, reque-rendo, para que haja crime, que, em função dela, haja formalização de processo judicial ou investigação.

89 MPF, 2018.

90 NEWMAN, FLETCHER, et al., 2018, p. 53.

Desdobramentos assim não são incomuns. Levando em conta apenas a conjuntura de luta contra as *fake news*, é possível destacar a aprovação, pelo Parlamento da Malásia, do *Anti-Fake News Act*<sup>91</sup>, que criminalizou a criação e a divulgação de notícias falsas com pena de até seis anos de prisão, em pleno período eleitoral. Tentativas de controlar o conhecimento de acusações contra o primeiro ministro malaio em razão de seu envolvimento em um grande esquema de corrupção foram o motivo oficioso para a aprovação desse diploma normativo<sup>92</sup>. A primeira condenação à pena de prisão de um mês veio pouco tempo depois da entrada em vigor da lei, baseada em uma falsa afirmação sobre o tempo que autoridades policiais demoraram para atender a um chamado de emergência após um tiroteio<sup>93</sup>. Uma definição aberta de *fake news* e, mais ainda, a dispensa de comprovação de intenção de enganar e de causar prejuízo provocaram duras críticas da comunidade internacional, inclusive de organismos especializados na defesa de direitos humanos e combate à corrupção<sup>94</sup>.

Apesar dessas ponderações, nem tudo no cenário nacional é motivo para críticas. O Tribunal Superior Eleitoral divulgou importantes medidas voltadas à contenção das *fake news* tanto na perspectiva do viés de confirmação como na da heurística da disponibilidade. Trata-se de dois acordos, um firmado entre o Tribunal e dez partidos políticos<sup>95</sup> e outro firmado entre o Tribunal e associação de profissionais de *marketing* político<sup>96</sup>, em ambos os casos comprometendo-se, os partidos e a associação, a “manter o ambiente de hígidez informacional, de sorte a reprovar qualquer prática ou expediente referente à utilização de conteúdo falso no próximo pleito, atuando como agentes colaboradores contra a disseminação de *fake news* nas Eleições de 2018”. Embora, no Brasil, os partidos políticos não sejam uma referência tão significativa para o eleitorado, esses acordos têm o mérito de reconhecer, ainda que indiretamente, a centralidade do tribalismo político no debate de contenção eficaz de notícias falsas, na medida em que obter dos partidos e dos profissionais de propaganda política atuantes

---

91 ANTI-FAKE NEWS BILL, 2018.

92 BEECH, 2018; ASSOCIATED PRESS IN KUALA LUMPUR, 2018.

93 DEAHL, 2018.

94 ARTICLE 19, 2018; HUMAN RIGHTS WATCH, 2018; COOPER, 2018.

95 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2018.

96 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2018.

em campanhas eleitorais o compromisso de não se valerem de *fake news* significa, em última análise, assumir que existe o uso deliberado desse expediente, e, mais que deliberado, uso com especial consciência e manipulação de brechas comportamentais que a ele subjazem. Esses compromissos também podem, durante o período eleitoral, vir a servir como uma possibilidade para que se cobre de partidos eventualmente favorecidos por certa notícia falsa uma conduta pública voltada a refutar seu conteúdo.

#### 4. Conclusão

Em março de 2018, o Brasil foi surpreendido com o brutal assassinato da vereadora Marielle Franco, no Rio de Janeiro. Enquanto muitos ainda tentavam entender as circunstâncias dessa tragédia, em grupos de *WhatsApp*, já circulavam boatos a respeito de Marielle. Logo eles ganharam as redes sociais abertas. As mentiras, a maior parte delas falseando aspectos da vida pessoal da vereadora, pareciam querer relativizar a barbárie. Não funcionou. Muitos atores entraram em cena imediatamente para desarticular a disseminação da boataria, todos fazendo sua parte: as agências de checagem e veículos de mídia tradicional prontamente reconstruíram o caminho reputacional das notícias falsas e trataram de divulgar informações verdadeiras sobre a história de Marielle; pessoas públicas que replicaram os boatos foram imediatamente expostas e sindicadas; o partido a que a vereadora era filiada estimulou a confiança nas apurações oficiais, não explorou politicamente o fato e buscou, ainda, centralizar as suspeitas de notícias falsas divulgadas para promover a adoção das medidas legais cabíveis; e também o *Facebook* encerrou páginas e perfis falsos dos quais partiam os boatos. Contudo, a capacidade dos indivíduos superarem as diferenças ideológicas e se unirem em torno de um fato gravíssimo, recebido com comoção como um ataque à democracia, foi decisiva para que as cascatas desinformacionais fossem contidas. As *fake news* perderam<sup>97</sup>.

Pensar sobre o fenômeno da profusão de notícias falsas em período eleitoral é pensar menos sobre a mentira como forma de enganar eleitores, e mais sobre o modo como identidade de cada pessoa se desenvolve a partir de seu pertencimento e interação com grupos. O recrudescimento da

---

97 FGV, 2018.

polarização político-ideológica que vem sendo experimentado atualmente está na base das *fake news*. A construção de pautas públicas perpassa o amadurecimento da discussão com grupos de alinhamentos muito diferentes e, nesta medida, a democracia está sob ameaça quando esses grupos se negam ao diálogo. É impossível superar completamente o tribalismo político-ideológico, mas é preciso encará-lo como uma brecha que explica desajustes informacionais em uma época em que o acesso à informação de qualidade nunca foi tão fácil. A partir daí, fica mais claro que manter um ambiente eleitoral e político livre de notícias falsas precisa, antes de tudo, de uma reflexão sobre quão apegados somos às nossas crenças e em que medida estamos dispostos a ignorar os fatos apenas para ficarmos confortáveis conosco e com os grupos a que pertencemos.

## Referências

- ABRAMOWITZ, A. I.; SAUNDERS, K. L. Is Polarization a Myth? *The Journal of Politics*, v. 70, n. 2, p. 542-555, 2008.
- ALAMEDA, D.; PEINADO, F. Así fabrican los partidos políticos un ‘trending topic’. *El País*. 2018. Disponível em: [https://elpais.com/internacional/2018/03/20/actualidad/1521549696\\_430359.html](https://elpais.com/internacional/2018/03/20/actualidad/1521549696_430359.html). Acesso em: 29 jun. 2018.
- ALBRIGHT, J. #Election2016: Propaganda-lytics & Weaponized Shadow Tracking. *Medium*. 2016. Disponível em: <https://medium.com/@d1gi/election2016-propaganda-lytics-weaponized-shadow-trackers-a6c9281f5ef9>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- ALESSI, G. Eleição no Tocantins, uma janela para o desalento dos eleitores brasileiros. *El País Brasil*. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/04/politica/1528140777\\_056097.html?%3Fid\\_externo\\_rsoc=FB\\_BR\\_CM](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/04/politica/1528140777_056097.html?%3Fid_externo_rsoc=FB_BR_CM). Acesso em: 29 jun. 2018.
- ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, p. 211-236, 2017.
- ANGIESTA, J. Misperceptions persist about Obama’s faith, but aren’t so widespread. *CNN*. 2015. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2015/09/13/politics/barack-obama-religion-christian-misperceptions/index.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.



- ARTICLE 19. Malaysia: Anti-Fake News Act. *Article 19*, abr. 2018. Disponível em: <https://www.article19.org/resources/malaysia-anti-fake-news-act/>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- ANTI-FAKE NEWS BILL, 2018. Disponível em: [https://www.cljlaw.com/files/bills/pdf/2018/MY\\_FS\\_BIL\\_2018\\_06.pdf](https://www.cljlaw.com/files/bills/pdf/2018/MY_FS_BIL_2018_06.pdf). Acesso em: 4 jun. 2018.
- ASSOCIATED PRESS IN KUALA LUMPUR. Malaysia accused of muzzling critics with jail term for fake news. *The Guardian*. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2018/mar/26/malaysia-accused-of-muzzling-critics-with-jail-term-for-fake-news>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- AVENDAÑO, T. C.; BETIM, F. Brasil, un paraíso tropical para la siguiente cepa de 'fake news'. *El País*. 2018. Disponível em: [https://elpais.com/internacional/2018/02/23/america/1519412208\\_852342.html](https://elpais.com/internacional/2018/02/23/america/1519412208_852342.html). Acesso em: 29 jun. 2018.
- BAIL, C. et al. Exposure to Opposing Views can Increase Political Polarization: Evidence from a Large-Scale Field Experiment on Social Media. *SocArXiv*. 2018. Disponível em: <https://osf.io/preprints/socarxiv/4y-gux/>. Acesso em: 17 maio 2018.
- BANDEIRA, O. Mídia, religião e política: igrejas cristãs intensificam presença na esfera pública. *Le Monde Diplomatique Brasil*. 2016. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/midia-religiao-e-politica-igrejas-cristas-intensificam-presenca-na-esfera-publica/>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- BEECH, H. As Malaysia Moves to Ban 'Fake News,' Worries About Who Decides the Truth. *The New York Times*. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/02/world/asia/malaysia-fake-news-law.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- BIRNBAUM, M. Fragmented Italian election result reveals power of populists. *The Washington Post*. 2018. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/world/italians-vote-amid-anger-toward-migrants-and-populist-energy/2018/03/04/bdf8b5b6-1cb3-11e8-98f5-ceecfa8741b6\\_story.html?utm\\_term=.bb7fabe64bdf](https://www.washingtonpost.com/world/italians-vote-amid-anger-toward-migrants-and-populist-energy/2018/03/04/bdf8b5b6-1cb3-11e8-98f5-ceecfa8741b6_story.html?utm_term=.bb7fabe64bdf). Acesso em: 29 jun. 2018.
- BOOTH, R. et al. Russia used hundreds of fake accounts to tweet about Brexit, data shows. *The Guardian*. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2017/nov/14/how-400-russia-run-fake-accounts-posted-bogus-brexit-tweets>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- BRANDINO, G. Pesquisa aponta uso de perfis russos em prol de Aécio

- na eleição de 2014. *Folha de São Paulo*. 2018. Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/pesquisa-aponta-uso-de-perfis-russos-em-prol-de-acio-na-eleicao-de-2014.shtml?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social-media&utm\\_campaign=noticias&utm\\_content=geral](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/pesquisa-aponta-uso-de-perfis-russos-em-prol-de-acio-na-eleicao-de-2014.shtml?utm_source=facebook&utm_medium=social-media&utm_campaign=noticias&utm_content=geral). Acesso em: 17 maio 2018.
- BRASIL. *Base Nacional Comum Curricular*. 2018. Disponível em: [http://basenacionalcomum.mec.gov.br/wp-content/uploads/2018/06/BNCC\\_EI\\_EF\\_110518-versaofinal\\_site.pdf](http://basenacionalcomum.mec.gov.br/wp-content/uploads/2018/06/BNCC_EI_EF_110518-versaofinal_site.pdf). Acesso em: 29 jun.2018.
- BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral, 1965.
- BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições, 1997.
- BRASIL. Portaria n. 949, de 7 de dezembro de 2017. Institui o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *TSE vai combater fake news com apoio da imprensa*. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/tse-vai-combater-fake-news-com-apoio-da-imprensa>. Acesso em: 21 maio 2018.
- BURLEIGH, N. How Big Data Mines Personal Info to Craft Fake News and Manipulate Voters. *Newsweek*. 2017. Disponível em: <http://www.newsweek.com/2017/06/16/big-data-mines-personal-info-manipulate-voters-623131.html>. Acesso em: 29 maio 2018.
- CAMPBELL, T. H.; KAY, A. C. Solution Aversion: On the Relation Between Ideology and Motivated Disbelief. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 107, n. 5, p. 809-824, 2014.
- CAREY, B. Academic 'Dream Team' Helped Obama's Effort. *The New York Times*. 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/11/13/health/dream-team-of-behavioral-scientists-advised-obama-campaign.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- CARMO, M. A era dos 'outsiders' da política não tem fronteiras. *Clarín*. 2016. Disponível em: [https://www.clarin.com/clarin-em-portugues/destaque/outsiders-politica-nao-tem-fronteiras\\_0\\_HJYI\\_mzbl.html](https://www.clarin.com/clarin-em-portugues/destaque/outsiders-politica-nao-tem-fronteiras_0_HJYI_mzbl.html). Acesso em: 10 abr. 2018.
- CARVALHO, C. E. As origens e a gênese do Plano Collor. *Nova Economia*, v. 16, 29-junho-2018, p. 101-134. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-63512006000100003&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-63512006000100003&script=sci_arttext&tlng=es). Acesso em: 25 maio 2018.

- CHAPOLA, R. O índice de votos brancos e nulos nas pesquisas. E o cenário de indefinição. *Nexo*. 2018. Disponível em: [https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/05/21/O-%C3%ADndice-de-votos-brancos-e-nulos-nas-pesquisas.-E-o-cenario-de-indefinicao?utm\\_campaign=Echobox&utm\\_medium=Social&utm\\_source=Facebook#link\\_time=1526876657](https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/05/21/O-%C3%ADndice-de-votos-brancos-e-nulos-nas-pesquisas.-E-o-cenario-de-indefinicao?utm_campaign=Echobox&utm_medium=Social&utm_source=Facebook#link_time=1526876657). Acesso em: 25 maio 2018.
- CNN. *Trump to CNN's Jim Acosta: You're fake news*. 2017. Disponível em: <https://edition.cnn.com/videos/politics/2017/08/14/trump-calls-cnn-fake-news-acosta-sot-mobile.cnn>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- COOPER, A. *Malaysian Fake News Law May Silence Corruption Reporting*. Organized Crime and Corruption Reporting Project. 2018. Disponível em: <https://www.occrp.org/en/27-ccwatch/cc-watch-briefs/7930-malaysian-fake-news-law-may-silence-corruption-reporting>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- DAHL, R. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- DEAHL, D. First person convicted under Malaysia's fake news law gets month in jail. *The Verge*. 2018. Disponível em: <https://www.theverge.com/2018/4/30/17302954/malaysia-anti-fake-news-act-youtube>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- DEL VICARIO, M. et al. The spreading of misinformation online. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 113, p. 554-559, 2016.
- DEL VICARIO, M. et al. Modeling confirmation bias and polarization. *Scientific Reports*, v. 7, 2017.
- DELGADO, M. Rejeição a checagem de fatos no Brasil surpreende Facebook. *Deutsche Welle Brasil*. 2018. Disponível em: <http://p.dw.com/p/2zoaH>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- DOMINGOS, R. Maioria dos votos nulos anula eleição e impõe novo pleito com outros candidatos? Não é verdade! O GLOBO. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/e-ou-nao-e/noticia/maioria-dos-votos-nulos-anula-eleicao-e-impoe-novo-pleito-com-outros-candidatos-nao-e-verdade.gh.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- DUFFY, B. et al. BBC Global Survey: A world divided? *Ipsos MORI Social Research Institute*. 2018. Disponível em: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-04/bbc-global-survey-a-world-divided-2018.pdf>. Acesso em: 6 maio 2018.

- FACEBOOK. Facebook lança produto de verificação de notícias no Brasil em parceria com Aos Fatos e Agência Lupa. *Facebook Newsroom Brazil*. 2018. Disponível em: <https://br.newsroom.fb.com/news/2018/05/facebook-lanca-produto-de-verificacao-de-noticias-no-brasil-em-parceria-com-aos-fatos-e-agencia-lupa/amp/>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- FACEBOOK. Hard Questions: What is Facebook Doing to Protect Election Security? *Facebook Newsroom*. 2018. Disponível em: <https://newsroom.fb.com/news/2018/03/hard-questions-election-security/>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- FACEBOOK. The Authorization Process for US Advertisers to Run Political Ads on Facebook is Now Open. *Facebook Business*. 2018. Disponível em: <https://www.facebook.com/business/news/the-authorization-process-for-us-advertisers-to-run-political-ads-on-facebook-is-now-open>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- FARAND, C. French election debate: Official probe launched as Marine Le Pen is accused of deploying ‘fake news’ against Macron. *The Independent*. 2017. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/french-election-debate-marine-le-pen-emmanuel-macron-russia-fake-news-front-national-centrist-a7716866.html>. Acesso em: 25 mar. 2018.
- FEIN, S.; MCCLOSKEY, A. L.; TOMLINSON, T. M. Can the Jury Disregard that Information? The Use of Suspicion to Reduce the Prejudicial Effects of Pretrial Publicity and Inadmissible Testimony. *Personal and Social Psychology Bulletin*, v. 23, n. 11, p. 1215-1226, 1997.
- FGV. Debate sobre fake news marca lançamento da Plataforma de Liberdade de Expressão e Democracia. FGV. 2018. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/debate-sobre-fake-news-marca-lancamento-plataforma-liberdade-expressao-e-democracia>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- FGV. *Marielle e as Fake News Estudo de difusão de notícias falsas*. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2018.
- FLAXMAN, S., GOEL, S., e RAO, J. M. Filter bubbles, echo chambers, and online news consumption. *Public Opinion Quarterly*, v. 80, p. 298–320, 2016.
- FLETCHER, R. The Impact of Greater News Literacy. *Digital News Report*. 2018. Disponível em: <http://www.digitalnewsreport.org/survey/2018/the-impact-of-greater-news-literacy/>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- FOLHAPRESS. Facebook remove página ligada ao MBL que divulgou ‘fake news’. *Valor*. 2018. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politi->

- ca/5406653/facebook-remove-pagina-ligada-ao-mbl-que-divulgou-%3Ffake-news%3F Acesso em: 29 jun. 2018.
- FUX, L. Contra notícia falsa, mais jornalismo. *Nexo*. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2018/Contra-not%C3%AD-cia-falsa-mais-jornalismo>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- GARRETT, R. K. Echo chambers online?: Politically motivated selective exposure among Internet news users. *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 14, p. 265-285, 2009.
- GENTZKOW, M.; SHAPIRO, J. Ideological segregation online and offline. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 126, p. 1799-1839, 2011.
- GRAGNANI, J. Como combate a mentiras sobre Marielle superou racha ideológico e pode antecipar guerra eleitoral nas redes. *BBC Brasil*. 2018. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43549550>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- GRAGNANI, J. Exclusivo: Investigação revela como blog defendia Dilma com rede de fakes em 2010. *BBC Brasil*. 2018. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43118825>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- GRAGNANI, J. O que estudo de anúncios pagos no Facebook revela sobre quem 'curte' Bolsonaro, Doria e outros políticos. *BBC Brasil*. 2018. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/salaso-cial-43824463?ocid=socialflow\\_facebook](http://www.bbc.com/portuguese/salaso-cial-43824463?ocid=socialflow_facebook). Acesso em: 31 maio 2018.
- GREEN, D.; PALMQUIST, B.; SCHICKLER, E. *Partisan Hearts and Minds: Political Parties and the Social Identities of Voters*. New Haven: Yale University Press, 2002.
- GRIGORI, P. 20 projetos de lei no Congresso pretendem criminalizar fake news. *Publica*. 2018. Disponível em: <https://apublica.org/2018/05/20-projetos-de-lei-no-congresso-pretendem-criminalizar-fake-news>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- GUILLORY, J. J.; GERACI, L. Correcting erroneous inferences in memory: The role of source credibility. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 2, p. 201-209, 2013.
- HAIM, M., GRAEFE, A., e BROSIUS, H. B. Burst of the filter bubble? Effects of personalization on the diversity of Google News. *Digital Journalism*, 6, p. 330-343, 2018.
- HOROWITZ, J. In Italian Schools, Reading, Writing and Recognizing Fake News. *The New York Times*. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/10/18/world/europe/italy-fake-news.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.

- HOSANAGAR, K.; FLEDER, D.; LEE, D. (DK); BUJA, A. Will the global village fracture into tribes: Recommender systems and their effects on consumers. *Management Science*, v. 60, p. 805-823, 2014.
- HOWELL, L. Digital Wildfires in a Hyperconnected World. *Fórum Econômico Mundial*. 2013. Disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalRisks\\_Report\\_2013.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalRisks_Report_2013.pdf). Acesso em: 31 mar. 2018.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Malaysia: Drop Proposed 'Fake News' Law*. 2018. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2018/03/29/malaysia-drop-proposed-fake-news-law>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- INGBER, S. The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth. *Duke Law Journal*, v. 33, p. 1-91, 1984.
- INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Voter Turnout Database*. 2018. Disponível em: <https://www.idea.int/data-tools/data/voter-turnout>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- KAHAN, D. et al. 'They Saw a Protest': Cognitive Illiberalism and the Speech-Conduct Distinction. *Stanford Law Review*, v. 64, p. 851-906, 2012.
- KAHAN, D. M. The Expressive Rationality of Inaccurate Perceptions. *Behavioral & Brain Sciences*, v. 40, n. 6, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0140525X15002332>.
- KAHNEMAN, D. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAPLAN, J.; GIMBEL, S.; HARRIS, S. Neural correlates of maintaining one's political beliefs in the face of counterevidence. *Scientific Reports*, v. 6, 2016.
- KESSLER, G.; KELLY, M. President Trump has made more than 2,000 false or misleading claims over 355 days. *The Washington Post*. 2018. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2018/01/10/president-trump-has-made-more-than-2000-false-or-misleading-claims-over-355-days/?noredirect=on&utm\\_term=.4d9dfbccfa22](https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2018/01/10/president-trump-has-made-more-than-2000-false-or-misleading-claims-over-355-days/?noredirect=on&utm_term=.4d9dfbccfa22). Acesso em: 29 jun. 2018.
- KUKLISNIKI, J. H. et al. 'Just the Facts, Ma'am': Political Facts and Public Opinion. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 560, p. 143-154, 1998.
- LAUDARES, H. Crise de confiança, renovação da política brasileira? *Nexo*. 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2016/08/21/Crise-de-confiança-renovação-da-pol%C3%ADtica-brasileira>. Acesso em: 11 abr. 2018.

- LAZER, D. M. J. et al. The science of fake news. *Science*, v. 2018, p. 1094-1096, 2018.
- LEETARU, K. Why Stopping 'Fake' News Is So Hard. *Forbes*. 2016. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/kalevleetaru/2016/11/30/why-stopping-fake-news-is-so-hard/#67716a3d22d6>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. *How Democracies Die*. Nova Iorque: Crown Publishing, 2018.
- LEWANDOWSKY, S.; ECKER, U. K. H.; COOK, J. Beyond Misinformation: Understanding and Coping with the "Post-Truth" Era". *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 6, n. 4, p. 353-369, 2017.
- LORD, C.; ROSS, L.; LEPPER, M. Biased assimilation and attitude polarization: The effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979.
- LYNCH, C. American cynicism is reaching a boiling point, and the corrupt electoral system is to blame. *Salon*. 2016. Disponível em: [https://www.salon.com/2016/06/11/american\\_cynicism\\_is\\_reaching\\_a\\_boiling\\_point\\_and\\_the\\_corrupt\\_electoral\\_system\\_is\\_to\\_blame/](https://www.salon.com/2016/06/11/american_cynicism_is_reaching_a_boiling_point_and_the_corrupt_electoral_system_is_to_blame/). Acesso em: 11 abr. 2018.
- MADUENO, D. PSDB repete tática de Collor e divulga que Lula dará um calote na poupança. FOLHA DE SÃO PAULO. 1994. Disponível em: [https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/8/20/caderno\\_especial/25.html](https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/8/20/caderno_especial/25.html). Acesso em: 29 jun. 2018.
- MCPHERSON, M.; SMITH-LOVIN, L.; COOK, J. M. Birds of a Feather: Homophily in Social Networks. *Annual Review of Sociology*, v. 27, p. 415-444, 2001.
- MELLO, I. Aplicativo que multiplica conteúdo cria risco de 'guerra suja' nas eleições. O GLOBO. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/aplicativo-que-multiplica-conteudo-cria-risco-de-guerra-suja-nas-eleicoes-22543032>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- MEMÓRIA GLOBO. Debate Collor x Lula. *Memória Globo – Erros*. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/erros/debate-collor-x-lula.htm>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- MITCHELL, A.; GRIECO, E.; SUMIDA, N. Americans Favor Protecting Information Freedoms Over Government Steps to Restrict False News Online. *Pew Research Center*. 2018. Disponível em: [Direito, Estado e Sociedade ■ n. 60 jan/jun 2022](http://www.jour-</a></p></div><div data-bbox=)



- nalism.org/2018/04/19/americans-favor-protecting-information-freedomsover-government-steps-to-restrict-false-news-online/. Acesso em: 29 jun. 2018.
- MOSHER, D.; GOULD, S. How likely are foreign terrorists to kill Americans? The odds may surprise you. *Business Insider*. 2017. Disponível em: <http://www.businessinsider.com/death-risk-statistics-terrorism-disease-accidents-2017-1>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- MPF. *Fake news: produtores e multiplicadores de notícias falsas podem ser acionados nas esferas criminal, cível e eleitoral*. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/fake-news-produtores-e-multiplicadores-de-noticias-falsas-podem-ser-acionados-nas-esferas-criminal-civel-e-eleitoral>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- NEWMAN, N. et al. Overview and Key Findings of the 2016 Report. *Reuters Institute for the Study of Journalism*. 2016. Disponível em: <http://www.digitalnewsreport.org/survey/2016/overview-key-findings-2016/>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- NEWMAN, N. et al. Digital News Report 2018. *Reuters Institute for the Study of Journalism*. 2018. Disponível em: <http://media.digitalnewsreport.org/wp-content/uploads/2018/06/digital-news-report-2018.pdf?x89475>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- NEWMAN, N. et al. Overview and Key Findings of the 2018 Report. *Reuters Institute for the Study of Journalism*. 2018. Disponível em: <http://www.digitalnewsreport.org/survey/2018/overview-key-findings-2018/>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- NICKERSON, J. R. Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.
- NYHAN, B. et al. Taking Corrections Literally But Not Seriously? The Effects of Information on Factual Beliefs and Candidate Favorability. *The Social Science Research Network*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2995128>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- NYHAN, B.; REIFLER, J. When Corrections Fail: The Persistence of Political Misperceptions. *Political Behavior*, v. 32, n. 2, p. 303-330, 2010.
- ORTELLADO, P. Direita se une pelo direito de difundir notícias falsas. *FOLHA DE SÃO PAULO*. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/pablo-ortellado/2018/05/direita-se-une-pelo-direito-de-difundir-noticias-falsas.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 29 jun. 2018.



- PARISER, E. *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*. New York: Penguin Books, 2011.
- PASTI, A.; GALLAS, L. Investigando os donos da mídia no Brasil pós-golpe. *Le Monde Diplomatique Brasil*. 2018. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/investigando-os-donos-da-midia-no-brasil-pos-golpe/>. Acesso em: 17 abr. 2018.
- PAULINO, M.; JANONI, A. Letargia dos brasileiros é o principal obstáculo a ser enfrentado nesta eleição. *FOLHA DE SÃO PAULO*. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/06/letargia-dos-brasileiros-e-o-principal-obstaculo-a-ser-enfrentado-nesta-eleicao.shtml>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- PENNYCOOK, G.; CANNON, T.; RAND, D. G. Prior Exposure Increases Perceived Accuracy of Fake News. *Journal of Experimental Psychology: General, no prelo*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2958246>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- PEW RESEARCH CENTER. Partisanship and Cable News Audiences. *Pew Research Center*. 2009. Disponível em: <http://www.pewresearch.org/2009/10/30/partisanship-and-cable-news-audiences/>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- PICKARD, J. Only 1 in 10 believes UK politicians want 'best for country'. *Financial Times*. 2015. Disponível em: <https://www.ft.com/content/t96edc3dc-9ff5-11e4-aa89-00144feab7de>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- PRIMEIRO mentiroso, o. Direção: Ricky Gervais; Matthew Robinson. Produção: Lynda Obst; et al. Roteiro: Ricky Gervais; Matthew Robinson. *Color*. 2009.
- PUBLICA. Não confio em nenhum candidato ou partido. *Publica*. 2014. Disponível em: <https://apublica.org/2014/10/enquete-por-que-voce-votou-branconulo-nas-eleicoes-2014/>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- RASMUSSEN REPORTS. 48% of GOP Voters Prefer A Candidate Without Political Experience. *Rasmussen Reports*. 2016. Disponível em: [http://www.rasmussenreports.com/public\\_content/politics/general\\_politics/january\\_2016/48\\_of\\_gop\\_voters\\_prefer\\_a\\_candidate\\_without\\_political\\_experience](http://www.rasmussenreports.com/public_content/politics/general_politics/january_2016/48_of_gop_voters_prefer_a_candidate_without_political_experience). Acesso em: 10 abr. 2018.
- RIEGERT, B. Skeptical Italian voters distrust politicians. *Deutsche Welle*. 2013. Disponível em: <http://www.dw.com/en/skeptical-italian-voters-distrust-politicians/a-16624585>. Acesso em: 11 abr. 2018.
- ROSENBERG, M.; CONFESSORE, N.; CADWALLADR, C. How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions. *The New York*

- Times*. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em: 19 mar. 2018.
- RUEDIGER, Marco Aurélio (coord.). Robôs, redes sociais e política no Brasil [recurso eletrônico]: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. FGV: Rio de Janeiro, 2017, 29 p.
- SCHIPANI, A. Fake news threat looms over Brazilian election. *Financial Times*. 2018. Disponível em: <https://www.ft.com/content/ea6f9b82-10e7-11e8-8cb6-b9ccc4c4dbbb>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- SUNSTEIN, C. *On Rumors*. New Jersey: Princeton University Press, 2014.
- SUNSTEIN, C. *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*. New Jersey: Princeton University Press, 2017.
- SWIRE, B.; ECKER, U. K. H.; LEWANDOWSKY, S. The Role of Familiarity in Correcting Inaccurate Information. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 43, p. 1948-1961, 2017.
- THE Invention of Lying. *Direção de Rick Grvais e Matthew Robinson*. Warner Bros, 2009.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Eleições 2018: TSE e partidos firmam acordo de não proliferação de notícias falsas*. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/eleicoes-2018-tse-e-partidos-firmam-acordo-de-nao-proliferao-de-noticias-falsas>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Especialistas em marketing político vão colaborar no esforço contra disseminação de notícias falsas*. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Junho/especialistas-em-marketing-politico-va-colaborar-com-tse-no-esforco-contra-disseminacao-de-noticias-falsas>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- UNESCO. *Media and Information Literacy*. 2018. Disponível em: <https://en.unesco.org/themes/media-and-information-literacy>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- VAN BAVEL, J.; PEREIRA, A. The Partisan Brain: An Identity-Based Model of Political Belief. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 22, n. 3, p. 213-224, 2018.
- VENTURINI, L. Como foi a ação dos robôs na campanha presidencial de 2014. *Nexo 2018*. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/03/29/Como-foi-a-ação-dos-robôs-na-campanha-presidencial-de-2014>. Acesso em: 29 jun. 2018.

- VON BULLOW, M.; STABILE, M. 'Fake News': os brasileiros acreditam?. *Instituto da Democracia e da Democratização da Comunicação*. 2018. Disponível em: <https://www.institutodademocracia.org/single-post/Fake-News-os-brasileiros-acreditam>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- VOSOUGHI, S.; ROY, D.; ARAL, S. The spread of true and false news online. *Science*, v. 359, n. 6380, p. 1146-1151, 2018.
- WARDLE, C. Fake news. It's complicated. *First Draft News*. 2017. Disponível em: <https://firstdraftnews.org/fake-news-complicated/>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- WARDLE, C.; DERAKHSHAN, H. Ban the term 'fake news'. *CNN*. 2017. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2017/11/26/opinions/fake-news-and-disinformation-opinion-wardle-derakhshan/index.html>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- WARDLE, C.; DERAKHSHAN, H. Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making. *Council of Europe*. 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>. Acesso em: 29 jun. 2018.

Recebido em 23 de junho de 2019.

Aprovado em 12 de fevereiro de 2020.

**RESUMO:** O presente artigo trata das *fake news* em contexto eleitoral, sob uma perspectiva comportamental. Para tanto, discutem-se as relações entre *fake news* e democracia, os fatores comportamentais e estruturais que explicam a disseminação de notícias falsas na *internet* e também as estratégias para seu adequado enfrentamento. Por fim, analisam-se as medidas adotadas contra as notícias falsas na legislação brasileira, com foco nas normas eleitorais, problematizando sua efetividade em função de achados da análise comportamental.

**Palavras-chave:** Fake News; democracia; tribalismo político; análise comportamental; eleições.

**ABSTRACT:** This paper examines fake news in the electoral context through a behavioral approach. It discusses the relationship between fake news and democracy, the behavioral and structural factors that explain the spread of fake news in the internet and also the strategies to face them properly. Finally, it tackles the adopted measures against fake news in the Brazilian law, notably in the electoral norms, debating their effectiveness considering the previous behavioral analysis.

**Keywords:** Fake news; democracy; political tribalismo; behavioral analysis; elections.

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** CAVALCANTI, DE AGUIAR, Júlio César; BAPTISTA, Renata Ribeiro. *Fake news, eleições e comportamento*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1320>.

# Equidade em saúde para pessoas trans: análise do processo transexualizador brasileiro

*Equity in health regarding trans people: analysis  
of brazilian trans process*

Leilane Serratine Grubba\*

*Faculdade Meridional, Passo Fundo – RS, Brasil*

## 1. Introdução

As categorias da identidade e da diferença são percebidas em variados estudos a partir de uma lógica dual e opositiva. Apesar das fundamentações da identidade em perspectivas essencialistas, como a biologia, ou em bases discursivas, ela adquire sentido por meio de sistemas simbólicos de representação, como afirma Kathryn Woodward<sup>1</sup>, sendo marcada pela diferença. Nesse sentido, a identidade de uma pessoa (aquilo que ela é) depende da caracterização daquilo que ela se distingue (aquilo que ela não é). Tomando essa noção dual identitária como base argumentativa, torna-se relevante pensar sobre os sistemas de representação e seus deslocamentos.

---

\* Doutora em Direito (UFSC/2015), com estágio de pós-doutoramento (UFSC/2017). Mestre em Direito (UFSC/2011). Mestre Interdisciplinar em Ciências Humanas na Universidade Federal Fronteira Sul (UFFS/2020). Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional - IMED (Mestrado em Direito/IMED). Professora Colaboradora do Mestrado em Psicologia da Faculdade Meridional (PPGP/IMED). Professora da Escola de Direito (IMED). Pesquisadora da Fundação IMED. Pesquisadora Coordenadora do Projeto de Pesquisa e Extensão CineLaw - Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o Empoderamento (CNPq/IMED), apoiado pelo Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) e pelo Programa Youth for Human Rights (YHRB). Coordenadora do Projeto de Pesquisa Biopolítica, Gênero e Direito (CNPq/IMED). E-mail: leilane.grubba@imed.edu.br. Orcid: 0000-0003-0303-599X.

1 WOODWARD, 2000, p. 18.

Renato Mezan articula uma perspectiva psicanalítica e indica que a identidade vai se constituindo ao longo da vida por meio de uma constante relação entre a *psiquê* e o contexto material e cultural no qual o indivíduo está inserido. Para o autor, a “sociedade precisa criar não somente obstáculos à realização dos desejos, mas também canais através dos quais o sujeito possa dispor de um *espaço psíquico interno*; e uma das partes deste espaço interno é a identidade”<sup>2</sup>. Mezan também sugere que modelos de comportamentos são inculcados socialmente por meio de mecanismos identificadores, havendo uma margem de “manobra interna para cada sujeito, um espaço dentro do qual ele possa acomodar estes modelos gerais que a sociedade lhe oferece às suas próprias fantasias e às suas próprias fontes de prazer; é neste espaço que cada um de nós é Pedro ou João”<sup>3</sup> e tem sua subjetividade.

Embora Mezan e Woodward partam de bases epistemológicas diferentes, Woodward também considera que a subjetividade de cada um é vivida em “um contexto social no qual a linguagem e a cultura dão significado à experiência que temos de nós mesmos e no qual nós adotamos uma identidade”<sup>4</sup>.

Mas para pensar as identidades de gênero, também parece importante retomar a noção de processos disciplinares, conforme alertou Michel Foucault<sup>5</sup>, cujo maior efeito foi o de controlar e administrar as pessoas<sup>6</sup>. Como exemplo de controle, o surgimento de “discursos demográficos, morais, biológicos, criminais, médicos e psiquiátricos sobre a sexualidade, que invocam as ‘fraudes contra a procriação’, a ‘etiologia das doenças mentais’, assim como o ‘conjunto das perversões sexuais’”<sup>7</sup>, afirma Grubba. No pensamento foucaultiano, a transexualidade aparece como um dispositivo de poder, que a posiciona como um fenômeno médico e psiquiátrico<sup>8</sup>, principalmente em razão do espaço de poder que a reconhece produzindo discursos verdadeiros sobre ela.

---

2 MEZAN, 1995, p. 57.

3 MEZAN, 1995, p. 58.

4 WOODWARD, 2000, p. 56.

5 FOUCAULT, 2014, p. 63.

6 FOUCAULT, 1999, p. 14.

7 GRUBBA, 2020, p. 23.

8 SANTOS, 2011, p. 119.

Contudo, se as identidades forem construídas por sistemas de representação por meio dos quais as pessoas conseguem dar sentido às suas subjetividades (ou identidades performáticas), inclusive as identidades de gênero, parece possível refutar a noção de uma identidade natural ou biológica, como sugerem Woodward e Mezan. E, nesse sentido, ambos autores se aproximam do pensamento de Foucault, segundo o qual o sujeito moderno passa por processos de subjetivação e objetivação que constituem sua identidade<sup>9</sup>.

Judith Butler retoma os mencionados processos de subjetivação e objetivação quando questiona as práticas reguladoras de gênero, as quais constituem a denominada coerência interna da pessoa – a identidade. Para a autora, normas de inteligibilidade social buscam assegurar a identidade nas noções de sexo, gênero e sexualidade. Dessa maneira, “não há identidade de gênero por trás das expressões do gênero; essa identidade é *performativamente* constituída, pelas próprias expressões tidas como seus resultados”<sup>10</sup>. A identidade de gênero, portanto, é considerada pela autora como performativa; principalmente porque os corpos tornam-se sexuados a partir dos discursos e não antes de sua determinação<sup>11</sup>.

De certa maneira, como afirma o autor trans Paul Preciado<sup>12</sup>, “a identidade sexual não é a expressão instintiva da verdade pré-discursiva na carne, e sim um efeito de reinscrição das práticas de gênero no corpo” O gênero, além de performativo, é “prostético, ou seja, não se dá senão na materialidade dos corpos. É puramente construído e ao mesmo tempo inteiramente orgânico”<sup>13</sup>. Como declara o autor, “o gênero poderia resultar em uma tecnologia sofisticada que fabrica corpos sexuais”<sup>14</sup>.

É justamente a constituição da lógica identitária generificada, assim como os atuais discursos médicos e jurídicos sobre ela que importam para este estudo, cujo objetivo de pesquisa é equidade de gênero no âmbito do sistema jurídico e de saúde brasileiro. Busco, como objetivo, analisar o respeito à “suposta” identidade de gênero das pessoas trans, considerando o seu desenvolvimento humano equitativo.

---

9 FOUCAULT, 2014, p. 9.

10 BUTLER, 2003, p. 48.

11 BUTLER, 2004, p. 20.

12 PRECIADO, 2014, p. 29.

13 PRECIADO, 2014, p. 29.

14 PRECIADO, 2014, p. 29.

De maneira prévia, afirma-se que

Transexualidade, travestilidade, transgênero são expressões identitárias que revelam divergências com as normas de gênero, uma vez que estas são fundadas no dimorfismo, na heterossexualidade e nas idealizações. As normas de gênero definirão o considerado “real” delimitando o campo no qual se pode conferir humanidade aos corpos<sup>15</sup>.

Especificamente, irei problematizar o tratamento concedido à identidade de gênero das pessoas trans no processo transexualizador do Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS), em face da concepção patológica da transexualidade; questionando: o acesso ao processo transexualizador, no Sistema Único de Saúde Brasileiro, decorre da condição patologizante prevista na ICD-10 (WHO) ou, ao contrário, decorre do respeito à dignidade e à equidade no desenvolvimento humano (acesso à saúde)? A hipótese preliminar apresentada sugere que, no Brasil, a Portaria n. 2803/SAS/MS, de 2013, que regulamenta o acesso ao processo transexualizador pelo SUS, confere um tratamento não patologizante, pautado pela universalidade do acesso e equidade no tratamento humano.

Por meio do método popperiano de tentativa e erro, a hipótese apresentada será testada no decorrer da pesquisa. Metodologicamente, o segundo capítulo será dedicado a introduzir o tema trans no âmbito da ideia de identidade de gênero, por meio da conceituação da transexualidade e do paradoxo da “patologização-identidade” de gênero. Sequencialmente, no terceiro capítulo, busco testar a hipótese oferecida ao problema de pesquisa, analisando o início e o desenvolvimento do processo transexualizador no Sistema Único de Saúde, a fim de ponderar se ele está fundado na antiga concepção patológica da transexualidade (ICD-10); ou se, ao contrário, leva em consideração o universal acesso à saúde no âmbito da identidade de gênero, cumprindo com a possibilidade de um desenvolvimento humano equitativo, desde antes da publicação do ICD-11/2018 (WHO).

A ideia da pesquisa e, conseqüentemente, a sua justificativa principal, surgiu de uma releitura do livro *Undoing Gender*, escrito por Judith Butler. Nesse livro, logo no início, a autora apresenta um grande paradoxo para a população trans nos Estados Unidos, que é a existência da disforia de

---

15 BUTLER, 2003, p. 20.



gênero trans no diagnóstico realizado pelo *Gender Identity Disorder Diagnosis*, que impõe, segundo ela, um modelo coerente de viver a vida conforme a tradicional binariedade de gênero e exclui outras complexas possibilidades de se viver. Se a patologização da transexualidade em nada ajuda na diminuição da violência a que são submetidos os copos trans, por outro lado, o diagnóstico patológico é crucial para muitas pessoas que buscam a cirurgia ou tratamento transexualizador. Ela questiona, diante disso, como reorganizar o mundo para que esse conflito seja diminuído?<sup>16</sup>

Diante do questionamento feito por Butler, tornou-se imprescindível analisar como funciona o acesso ao processo transexualizador no Brasil. Desconsiderando-se responder como reorganizar o mundo para diminuir o mencionado conflito, parece necessário questionar se, no Brasil, tal como descrito por Butler, existe a necessidade do enquadramento da transexualidade em um diagnóstico patológico para que uma pessoa trans possa realizar o processo transexualizador, ou se, diversamente, o sistema jurídico brasileiro opta por garantir o direito à saúde em detrimento da patologização, primando assim pela equidade no desenvolvimento humano.

A importância dessa definição reside justamente na consideração levantada por Castel<sup>17</sup>, de que a exigência terapêutica ao processo transexualizador constitui a última fronteira do transexualismo a ser rompida em prol da transexualidade.

## 2. Corpos *trans*: da patologia à performatividade<sup>18</sup>

Essa seção é dedicada à análise das concepções patológicas e performativas sobre a transexualidade.

O termo transgênero ou transexual, conforme o *National Center for Transgender Equality*<sup>19</sup>, designa a pessoa cuja identidade de gênero é diferente daquela atribuída ao nascimento. Indica, portanto, uma ruptura entre a mimeticidade binária do sexo-gênero. Nesse sentido, uma pessoa transexual mulher é aquela cuja identidade de gênero feminina difere da

---

16 BUTLER, 2004, pp. 4-5.

17 CASTEL, 2001, p. 90.

18 A categorização da transexualidade, em âmbito patológico e performativo, foi profundamente trabalhada pela autora deste artigo em outro texto. GRUBBA, 2020.

19 NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY, 2016.

atribuição do sexo masculino ao nascimento. De maneira oposta, uma pessoa transexual homem é aquela cuja identidade de gênero masculina difere da atribuição do sexo feminino ao nascimento.

Assim, a transexualidade indica a pessoa cujas representações que faz sobre sua subjetividade não coincidem com o gênero atribuído no nascimento em decorrência do sexo.

A noção de identificação (identidade) ou de “auto-identificação”, para Amara Rodovalho<sup>20</sup>, desloca do político para o âmbito do indivíduo a discussão de gênero. Para a autora, torna-se impossível saber ao olhar para as pessoas àquilo que elas pensam sobre si – a auto-identificação. Parece possível saber, por outro lado, o que “dizem de si”. A autora sugere, ainda, que a metáfora trans não dá conta da multiplicidade de existência das pessoas que estão sob o guarda-chuva metafórico do trans.

A autora brasileira Berenice Bento entende que essas caracterizações da transexualidade implicam em compreendê-la nos padrões heteronormativos e binários, pois como se entende o gênero como expressão complementar do sexo, o deslocamento entre o sexo (corpo) e gênero constitui a transexualidade, assim como muitas vezes é percebida como um rompimento da normalidade<sup>21</sup>. Inclusive, o próprio dispositivo da transexualidade é advindo da medicalização tributária dos séculos XVIII e XIX, visto que “no âmbito da medicina, principalmente da Psiquiatria e no esteio da construção das perversões, que a gênese da transexualidade enquanto patologia inscreve-se historicamente”<sup>22</sup>.

Entendida como um *Transtorno de Identidade de Gênero* – de personalidade e comportamento –, conforme a denominação do DSM-IV de 1994, a transexualidade foi vista como a problemática da identificação com o próprio corpo. O diagnóstico do mencionado transtorno é decorrente da forte e persistente evidência da identificação da pessoa com o gênero oposto<sup>23</sup>.

No DSM-V, substituiu-se a nomenclatura Transtorno de Identidade de Gênero para Disforia de Gênero. Buscou-se, com a mencionada substituição, a despatologização da transexualidade. O termo disforia aplica-se apenas às pessoas que não aceitam a sua identidade de gênero, pois para

---

20 RODOVALHO, 2017, pp. 366-367.

21 BENTO, 2008, p. 46.

22 SANTOS, 2011, p. 119.

23 APA, 1994.

a Associação Psiquiátrica Americana, “[...] a não conformidade de gênero não é, por si só, uma desordem mental. O elemento crucial para a disforia de gênero é a presença clínica significativa de um incômodo associado à condição de gênero”<sup>24</sup>.

Pode-se afirmar que:

Dessa maneira, apesar da despatologização da transexualidade, mantém-se o discurso da identidade de gênero centrado num sujeito unitário. Do discurso da identidade de gênero enquanto decorrência necessária do sexo biológico prevista no DSM-IV, ao discurso da identidade de gênero enquanto possibilidade de escolha do sujeito, a partir de sua relação com o mundo; mantém-se a identidade de gênero como algo necessário ao se afirmar como disforia a “não aceitação da sua própria identidade de gênero”<sup>25</sup>.

Para além das considerações da Associação Americana de Psiquiatria, no âmbito das classificações da Organização Mundial da Saúde a transexualidade continuou figurando como o sufixo *ismo*, indicativo de patologia. O transexualismo, na Classificação de Transtornos Mentais e Comportamentais da CID-10<sup>26</sup> (ICD-10), vigorou até junho de 2018.

O “transexualismo” (Código F64.0), é o

[...] desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou de impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido<sup>27</sup>.

Conforme Grubba, a Organização Mundial da Saúde, de maneira diferente da Associação Americana de Psiquiatria,

[...] patologizou a transexualidade com fundamento biologizante, levantando a problemática binária e necessária do “sexo”. Transexualismo, assim, seria

---

24 APA, 2013.

25 GRUBBA, 2020, p. 31.

26 É necessário lembrar que tal classificação (CID-10 ou ICD-10) é mundial de doenças, apoiada pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

27 WHO, 1992, p. 210.

a vontade de “viver e ser aceito como membro do sexo oposto”. Não há, por consequência, uma alusão à identidade de gênero, mas à identidade sexual biológica homem-mulher<sup>28</sup>.

Em 18 de junho de 2018, a Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) publicou uma versão da CID-11 (ICD-11) que removeu o *Transtorno de Identidade de Gênero* das desordens mentais, tornando-o uma *Incongruência de Gênero* nas condições de saúde sexual. Entendeu-se que, “[...] está claro que não se trata de uma desordem mental, e que a classificação enquanto desordem pode causar um grande estigma para pessoas trans”<sup>29</sup>.

Assim, definiu-se a Incongruência de Gênero como

[...] uma incongruência acentuada e persistente entre o sexo de experiência de um indivíduo e o sexo atribuído. Comportamento variante de gênero e preferências por si só não são uma base para atribuir os diagnósticos neste grupo<sup>30</sup>.

Com a mencionada alteração, a OMS concedeu tratamento despatologizante à transexualidade, e os países, inclusive o Brasil, deverão se adaptar à ICD-11 até a data de primeiro de janeiro de 2022.

Considerando o gênero enquanto uma identidade performativamente atribuída, parece bastante acertada a despatologização da transexualidade tanto pela Associação Psiquiátrica Americana, em 2013, quanto pela Organização Mundial da Saúde, em 2018; apesar da manutenção do constructo naturalizante do sexo/gênero.

Isto é, apesar da desclassificação da patologia da transexualidade no DSM-5 e no ICD-11, o fato do termo “disforia” aplicar-se àqueles indivíduos que apresentam problemas na aceitação da própria identidade de gênero (DSM-5); bem como o fato de a Incongruência de Gênero apontar para “uma incongruência acentuada e persistente entre o sexo de experiência de um indivíduo e o sexo atribuído”; ainda encontra sustentáculo na ideia da natureza biológica do sexo e da natureza cultural do gênero.

---

28 GRUBBA, 2020, p. 32.

29 WHO, s.d.

30 WHO, 2018.

Contudo, essa ideia da naturalidade do sexo igualmente não é pacífica. Paul Preciado indica em seus estudos que o sexo não é nem natural, nem biológico. Ele é uma

[...] tecnologia de dominação heterossexual que reduz o corpo a zonas erógenas em função de uma distribuição assimétrica de poder entre os gêneros (feminino/masculino), fazendo coincidir certos afectos com determinados órgãos, certas sensações com determinadas reações anatômicas. A natureza humana é um efeito da tecnologia social que reproduz nos corpos, nos espaços e nos discursos a equação natureza = heterossexualidade. Mais do que isso, o sistema heterossexual é um dispositivo social de produção de feminilidades e masculinidade que opera por divisão e fragmentação do corpo: recorta órgãos e gera zonas de alta intensidade sensitiva e motriz (visual, tátil, olfativa...) que depois identifica como centros naturais e anatômicos da diferença sexual<sup>31</sup>.

Em um sentido butleriano, Preciado insiste que o sistema sexo/gênero é escritural. O sexo, gênero e sexualidade não são espontâneos nos corpos de bebês, mas um sistema que inscreve e reinscreve códigos socialmente investidos de naturalidade. Não se trata também de reduzir a materialidade dos corpos à linguagem, mas de afirmar que existe uma tecnologia social heteronormativa que é linguística, médica e, também, social, que produz os corpos femininos e masculinos por meio de processos de subjetivação e de processos de construção corporal de feminilidade e masculinidades<sup>32</sup>.

Nesse sentido, o

gênero não é simplesmente performativo (isto é, um efeito de práticas culturais linguístico-discursivas) como desejaria Judith Butler. O gênero é, antes de tudo, prostético, ou seja, não se dá senão na materialidade dos corpos. É puramente construído e ao mesmo tempo inteiramente orgânico<sup>33</sup>.

O gênero é, dessa maneira, uma tecnologia que fabrica corpos sexuais. Nesse sentido, Preciado declara: “A arquitetura do corpo é política”<sup>34</sup>.

---

31 PRECIADO, 2017, p. 25.

32 PRECIADO, 2017, pp. 26-29.

33 BUTLER, 2017, p. 29.

34 PRECIADO, 2017, p. 31.

Para melhor entender a declaração acima exposta, compreende-se que a pergunta “é um menino ou uma menina?” quando existe uma gravidez, esconde

um sistema diferenciado que fixa a ordem empírica tornando o corpo inteligível graças à fragmentação ou a dissecação dos órgãos; um conjunto de técnicas visuais, discursivas e cirúrgicas bem precisas que se escondem atrás do nome “atribuição de sexo”<sup>35</sup>.

Esse é o modelo cunhado por John Money<sup>36</sup>, que descreve – ou constrói – o corpo pela análise cromossômica e juízo estético, como base nos cromossomos XX para mulheres, XY para homens, e ainda o juízo estético da classificação visual dos órgãos entendidos como sexuais – pênis e vagina.

De maneira mais detalhada:

A primeira fragmentação do corpo, ou atribuição do sexo, ocorre mediante um processo que chamarei, seguindo Judith Butler, de invocação performativa. Nenhum de nós escapou dessa interpelação. Antes do nascimento, graças à ecografia – uma tecnologia célebre por ser descritiva, mas que não é senão prescritiva – ou no próprio momento do nascimento, nos foi atribuído um sexo feminino ou masculino. O ideal científico consiste em evitar qualquer ambiguidade fazendo coincidir, se possível, nascimento (talvez no futuro, inclusive fecundação) e atribuição de sexo. Todos nós passamos por essa primeira mesa de operações performativa: “é uma menina!” ou “é um menino!” O nome próprio e seu caráter de moeda de troca tornarão efetiva a reiteração constante dessa interpelação performativa. Mas o processo não para aí. Seus efeitos delimitam os órgãos e suas funções, sua utilização “normal” ou “perversa”. A interpelação não é só performativa. Seus efeitos são prostéticos: faz corpos. Esse momento prostético que, insisto, acontece sempre e em caso, aparece mais claro nas operações de transexualidade: uma vez que a atribuição de sexo se produziu, qualquer mudança de denominação exige, literalmente, o recorte físico do corpo. Esta “segunda reatribuição” situa o corpo em uma nova ordem de classificação e redesenha, literalmente, os órgãos (já vimos até que ponto a obsessão da cirurgia vai encontrar um órgão

---

35 PRECADO, 2017, p. 128.

36 MONEY, 1988.

dentro de outro) sem deixar nada ao acaso, de tal maneira que se produziu uma segunda coerência, que deve ser tão sistemática, isto é, tão heterossexual quanto a primeira<sup>37</sup>.

De tal modo, o sexo não é natural ou biológico porque existe uma técnica utilizada como fator de atribuição de feminilidade ou masculinidade com base em órgãos designados sexuais, produtores de coerência corporal. Ainda assim, tanto a Associação Americana de Psiquiatria quanto a Organização Mundial da Saúde mantêm a noção de natureza biológica do sexo e da natureza cultural do gênero, embora sem patologizar a transexualidade.

Diante disso, ainda resta responder à problemática levantada nessa pesquisa, isto é, analisar o tratamento concedido à “identidade” performativa de gênero das pessoas trans no processo transexualizador do Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS). É necessário analisar se, no sistema brasileiro, diante do processo transexualizador, a população trans recebe tratamento patologizante ou se, ao contrário, existe no Brasil, desde antes da publicação da CID-11/2018, o primado pela equidade no desenvolvimento humano e o acesso à saúde universal.

### 3. O processo transexualizador no sistema único de saúde brasileiro

O Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro<sup>38</sup>, em primeiro de março de 2018<sup>39</sup>, emitiu historicamente a possibilidade de alteração do nome e do gênero no registro civil diretamente em cartório, sem a necessidade da realização de procedimento cirúrgico para a redesignação de sexo. A decisão ocorreu em virtude do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), com o pleito de que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973).

O voto ofertado pelo Ministro Celso de Mello é importante para a compreensão da dignidade vinculada ao nome. Segundo o Ministro: “O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do

---

37 PRECIADO, 2017, p. 130.

38 STF, 2018a.

39 Antes da mencionada decisão, o Decreto nº 8727/2016 já havia disposto sobre o “uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”.

livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênero”. Ele continua: “[...] traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal”. Ele também afirma que devem ser adotadas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos para que “[...] existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa [...] reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa”<sup>40</sup>.

Desatrelar a retificação do registro civil à cirurgia de redesignação do sexo determina, no Brasil, que os direitos humanos das pessoas trans não se relacionam aos seus órgãos sexuais, traduzindo um avanço considerável em termos de acesso à dignidade e à igualdade de direitos fundamentais.

No âmbito dos avanços do sistema brasileiro para a garantia equitativa dos direitos de todas as pessoas, esta pesquisa objetivou problematizar o tratamento concedido às pessoas trans no processo transexualizador do Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS), em face da concepção patológica da transexualidade. Nesse sentido, questionou: o acesso ao processo transexualizador, no Sistema Único de Saúde Brasileiro, decorre da concepção patológica prevista na ICD-10 ou, ao contrário, decorre do respeito às identidades performativas de gênero e à equidade no desenvolvimento humano? A hipótese preliminar apresentada sugere que no Brasil, por meio da Portaria nº 2803/2013/SAS/MS, o SUS confere tratamento não patologizante, pautado pela universalidade e equidade. Essa seção será dedicada a testar a hipótese de pesquisa sugerida, fundamentando-se no método popperiano de tentativa e erro.

No Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS), o Processo Transexualizador foi instituído pela Portaria nº 1.707/2008, do Ministério da Saúde. A Portaria fundamentou-se na orientação sexual e identidade de gênero como fatores

[...] determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT [...] a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos<sup>41</sup>.

---

40 STF, 2018b.

41 BRASIL, 2008a.



A instituição do mencionado processo foi motivada no fato de que o “[...] transexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadequação por referência a seu próprio sexo anatômico<sup>42</sup>”; representando situações que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde prestada pelo SUS. Fundamenta-se também na Resolução nº 1652/2002<sup>43</sup>, do Conselho Federal de Medicina, para a regulamentação dos procedimentos de transgenitalização. Buscou-se, à época, não apenas a integralidade da atenção, mas igualmente a humanização, apesar de manter a definição de transexualismo, bem como a seleção dos pacientes.

Em suas análises sobre a instituição do Processo pelo SUS, Tatiana Lionço<sup>44</sup> é clara em afirmar que a normatização do mencionado Processo pelo SUS representa um ganho para a população trans. Contudo, ela afirma que a iniciativa da política pública estava imersa em processos de “normatização da sexualidade e do gênero”.

A Portaria nº 457/SAS/MS, de 2008<sup>45</sup>, complementando a Portaria nº 1.797/2008, regulamentou o Processo Transexualizador no SUS, estabelecendo: (a) por meio do anexo I, as normas de credenciamento e habilitação de Unidades para a realização do processo; (b) por meio do anexo II, o formulário de vistoria do gestor para a classificação, credenciamento e habilitação das Unidades; (c) por meio do anexo III, as diretrizes de atenção especializada no processo; e, (d) por meio do anexo IV, a relação dos serviços e dos habilitados para a realização dos procedimentos.

Ambas as Portarias se pautaram pela habilitação dos serviços em Hospitais Universitários, bem como pela realização dos procedimentos hospitalares. Posteriormente, a publicação da Portaria nº 859/2013<sup>46</sup>, pelo Ministério da Saúde, buscou redefinir e ampliar o Processo Transexualizador

---

42 BRASIL, 2008a.

43 A Resolução nº 1.652/2002 (já revogada pela Resolução nº 1955/2017, do CFM) dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, em seu caráter terapêutico, que visa adequar a genitália ao sexo psíquico. Considera, nesse sentido, que o paciente transexual é “[...] portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ao auto-extermínio” (CFM, 2002).

44 LIONÇO, 2019, p. 44-45.

45 BRASIL, 2008b.

46 BRASIL, 2013c.

no SUS<sup>47</sup>; tendo sido revogada pela Portaria nº 1.579/SAS/MS/2013<sup>48</sup>, que também foi revogada pela Portaria 2803/SAS/MS/2013<sup>49</sup>, a qual redefiniu e ampliou o processo transexualizador no SUS, em acordo com a Resolução 1.955, de 2010<sup>50</sup>, do Conselho Federal de Medicina.

Compreendendo os usuários com demanda para o processo transexualizador do SUS como os transexuais e travestis, afirma-se a integralidade da atenção terapêutica, não a restringindo às cirurgias de transgenitalização e demais intervenções somáticas. Ainda, dispõe sobre a necessidade de o trabalho ser realizado por equipe interdisciplinar e multiprofissional, bem como a integração com as

ações e serviços em atendimento ao Processo Transexualizador, tendo como porta de entrada a Atenção Básica em saúde, incluindo-se acolhimento e humanização do atendimento livre de discriminação, por meio da sensibilização dos trabalhadores e demais usuários e usuárias da unidade de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana, em todos os níveis de atenção<sup>51</sup>.

---

47 Para Coacci (2018), essas revogações das portarias, feitas em menos de 24h, são exemplo claros da fragilidade das portarias brasileiras.

48 BRASIL, 2013a.

49 BRASIL, 2013b.

50 A Resolução 1955/2017, do Conselho Federal de Medicina, considera “[...] ser paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”, bem como considera que a cirurgia de transformação plásticoreconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação, em virtude do caráter terapêutico que busca adequar a genitália ao sexo psíquico. Assim, em seu artigo primeiro, autoriza a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares como tratamentos dos casos de transexualismo; bem como autoriza (artigo segundo), experimentalmente, a realização da cirurgia do tipo neofaloplastia. Importante mencionar que, conforme o artigo terceiro, para os fins elencados, a definição de transexualismo deve obedecer aos seguintes critérios: (a) desconforto com o sexo anatômico; (b) desejo expresso de eliminar os genitais, perdendo as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; (c) permanecimento nesses distúrbios continuamente e consistentemente por dois anos, no mínimo; e, (d) ausência de quaisquer outros transtornos mentais. Obedecidos os critérios do artigo terceiro, a cirurgia poderá ser feita mediante diagnóstico médico de transgenitalismo, quando a pessoa for maior de 21 (vinte e um) anos, e quando apresentar ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia (CFM, 2010).

51 A Resolução 1955/2017, do Conselho Federal de Medicina, considera “[...] ser paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”, bem como considera que a cirurgia de transformação plásticoreconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação, em virtude da caráter terapêutico que busca adequar a genitália ao sexo psíquico. Assim, em seu artigo primeiro, autoriza a cirurgia de transgenita-

Nesse sentido, se oferecem duas modalidades de atenção especializada. Uma delas é ambulatorial, consistindo no acompanhamento clínico, pré-operatório, pós-operatório e hormonioterapia. A outra modalidade é hospitalar, que consiste na realização de cirurgia, acompanhamento pré e pós-operatório destinado ao processo transexualizador. Fica definido que os acompanhamentos clínicos pré e pós-operatórios são realizados por uma equipe composta por médico psiquiatra, médico endocrinologista, médico clínico, enfermeiro; e para a hormonioterapia, por psicólogo, médico endocrinologista, médico clínico, enfermeiro e assistente social. Ainda, que para a cirurgia e acompanhamento pré e pós-operatório, a equipe se compõe de médico ginecologista, obstetra, cirurgião plástico, psiquiatra, endocrinologista, urologista, bem como enfermeiro e assistente social.

Importante mencionar, conforme Lionço, que como estratégia de promoção da saúde, o Processo Transexualizador adota a ideia de “pluralidade na transexualidade”, isto é, considera que

[...] a autonomia da pessoa transexual na tomada de decisão sobre as medidas necessárias a uma melhor qualidade de vida seria fundamental para que a atenção à saúde não dispusesse de novos mecanismos de controle de normatização sobre condutas e modos de vida<sup>52</sup>.

Por isso, inclusive, as cirurgias podem ou não fazer parte do Processo Transexualizador; passando-se de um “viés medicalizador e correcional para o foco na garantia do direito à saúde integral”<sup>53</sup>.

De fato, na Portaria não existe qualquer alusão à transexualidade com a utilização das palavras “patologia”, “disforia”, “distúrbio” ou “transtorno”.

---

lização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares como tratamentos dos casos de transexualismo; bem como autoriza (artigo segundo), experimentalmente, a realização da cirurgia do tipo neofaloplastia. Importante mencionar que, conforme o artigo terceiro, para os fins elencados, a definição de transexualismo deve obedecer aos seguintes critérios: (a) desconforto com o sexo anatômico; (b) desejo expresso de eliminar os genitais, perdendo as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; (c) permanecimento nesses distúrbios continuamente e consistentemente por dois anos, no mínimo; e, (d) ausência de quaisquer outros transtornos mentais. Obedecidos os critérios do artigo terceiro, a cirurgia poderá ser feita mediante diagnóstico médico de transgenitalismo, quando a pessoa for maior de 21 (vinte e um) anos, e quando apresentar ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia (CFM, 2017).

52 LIONÇO, 2009, p. 51.

53 LIONÇO, 2009, p. 51.

Contudo, uma das questões mais interessantes se refere às normas de habilitação contidas na Portaria, que demandam:

- 2.6. O Registro das Informações do Paciente do estabelecimento em Atenção Especializada no Processo Transexualizador modalidade hospitalar – deve possuir um prontuário único para cada paciente, que inclua todos os tipos de atendimento a ele referente. Os prontuários deverão estar devidamente ordenados no Serviço de Arquivo Médico, contendo as seguintes informações:
- a. Identificação (nome social e nome de registro);
  - b. Anamnese;
  - c. Avaliação multiprofissional e interdisciplinar
  - d. Evolução;
  - e. Prescrição;
  - f. Exames; e
  - g. Sumário de alta; e outros documentos tais como: Consentimento Livre e Esclarecido e normativos definidos nesta Portaria<sup>54</sup>.

A anamnese, conforme Alexandre Saadeh, é uma das formas de se diagnosticar a transexualidade enquanto transtorno mental. Significa, em linhas gerais:

- Anamnese: história desde a infância de inadequação de gênero; quadro não relacionado à situação de estresse; ausência de sinais de fetichismo; experiências homossexuais raras e geralmente na fase de definição pessoal, quando descobre que a categoria homossexual não lhe é adequada; vivência no gênero desejado sem conflitos; crença de que é heterossexual e de que é membro do gênero oposto ao seu sexo anatômico; busca a transformação hormonal e cirúrgica; mostra repugnância por seus genitais e vontade de transformá-los; grande sofrimento psíquico por sua situação com sintomas depressivos e história de auto-agressão, até mesmo suicídio<sup>55</sup>.

Nesse sentido, é importante mencionar que o sistema brasileiro apresenta um enorme avanço para o equitativo desenvolvimento das pessoas trans, inclusive antes da despatologização da transexualidade pela Organização Mundial da Saúde em junho de 2018. Contudo, ainda falta o livre

---

54 Grifo meu.

55 SAADEH, 2004, pp. 110-111.

acesso aos tratamentos hormonais e às cirurgias sem a obrigatória tutela psiquiátrica<sup>56</sup>. Em suma, o condicionamento da prática assistencial à tutela psiquiátrica, muito embora possibilite o acesso ao “tratamento” e permita o exercício da cidadania, é vetor de patologização e de estigma<sup>57</sup>.

Também é crítica a consideração da necessidade do acompanhamento prévio por no mínimo dois anos para o processo transexualizador. Conforme argumentam Berenice Bento e Larissa Pelúcio<sup>58</sup>, o protocolo que “orienta as políticas públicas para o atendimento à saúde da população travesti e transexual segue inteiramente os cânones da APA e do CID”. Logo, pelo protocolo, os candidatos que queiram

realizar a cirurgia [devem] fazer terapia psicológica (por um tempo mínimo de dois anos), realizar o teste de vida real (usar as roupas do gênero identificado diariamente), tomar hormônios, realizar os testes de personalidade (Roschach, MMPI) e fazer os exames laboratoriais de rotina<sup>59</sup>.

Dessa maneira, considerando-se a transexualidade não como uma patologia mental, de acordo com o ICD-11, não haveria necessidade de se utilizar um protocolo fundamentado no transtorno mental.

Ressalta-se, nesse sentido, que a própria Resolução nº 1955/2017 do Conselho Federal de Medicina, que fundamenta a Portaria, considera o paciente transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”. Segundo a Resolução, a cirurgia torna-se cabível mediante diagnóstico médico de transexualização, isto é, mediante a patologização do paciente e sua medicalização.

Ainda considerando a Portaria nº 2803/2013/MS, no seu artigo 14, define na Tabela de Procedimento e Medicamentos a necessidade da sua fundamentação na ICD-10, da seguinte maneira:

---

56 Bento e Pelúcio (2012, p. 576) percebem o “acompanhamento terapêutico como forma de protegê-las [as pessoas trans] de seus próprios desejos. Procedimento que, por meios institucionais, escamoteia a posição hegemônica de que essas pessoas são transtornadas, portadoras de subjetividades, desconectadas com a realidade e, portanto, sem condições psíquicas de administrar suas escolhas. Essa é uma estratégia discursiva que retira a autonomia e não reconhece a condição de sujeitos das pessoas transexuais e travestis”.

57 ARÁN; MURTA; LIONÇO, 2009, p. 1142.

58 BENTO; PELUCIO, 2012, p. 576.

59 BENTO; PELUCIO, 2012, p. 576.

**QUADRO 1 – Procedimentos e fundamentações ICD-10/OMS segundo o artigo 14 da Portaria nº 2803/2013/MS.**

Procedimento	Fundamentação ICD-10/OMS
03.01.13.004-3 – Acompanhamento do usuário(a) no processo transexualizador exclusivo nas etapas do pré e pós-operatório	F64.0
03.03.03.009-7 – Tratamento hormonal no processo transexualizador	F64.9 e F64.9
04.09.05.014-8 – Redesignação sexual no sexo masculino	F64.0
04.04.01.056-3 – Tireoplastia	F64.0
03.03.03.008-9 - Tratamento hormonal preparatório para cirurgia de redesignação sexual no processo transexualizador	F64.0 e F64.9
04.10.01.019-7 - Mastectomia simples bilateral em usuária sob processo transexualizador	F64.0
04.09.06.029-1 – Histerectomia c/ anexectomia bilateral e colpectomia em usuárias sob processo transexualizador	F64.0
04.09.05.013-0 – Cirurgias complementares de redesignação sexual	F64.0
03.01.13.003-5 – Acompanhamento de usuário(a) no Processo Transexualizador exclusivamente para atendimento clínico	F 64.0 e F64.9
04.10.01.020-0 – Plástica mamária reconstrutiva bilateral incluindo prótese mamária de silicone bilateral no processo transexualizador	F64.0

Fonte: elaborado pela autora.

Se o que se busca garantir é o equitativo desenvolvimento humano pelo SUS, não se pode promover para a população trans uma inclusão-excludente, ou seja, se afirmar a humanização do atendimento livre de discriminação, mas se promover o processo transexualizador mediante patologização mental do paciente. Deve-se assumir definitivamente a despatologização, retirando-se a obrigatoriedade da tutela psicológica/psiquiátrica.

Importante se torna, então, a Resolução CFEES nº 845/2018<sup>60</sup>, do Conselho Federal de Serviço Social, que dispôs sobre a atuação profissional

60 CFEES, 2018.

do Assistente Social em relação ao processo transexualizador. Considera que os direitos da livre “[...] orientação sexual e livre identidade de gênero constituem direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transsexuais (LGBT), no sentido de assegurar o pleno exercício da cidadania e a saúde integral da população LGBT”. Para o CFEES, reconhecer a liberdade como valor ético significa a defesa da autonomia individual de cada pessoa sobre o seu próprio corpo. Os Assistentes Sociais devem contribuir para a promoção do respeito à diversidade de expressão e identidade de gênero, bem como prestar acompanhamento às pessoas que buscam transformações corporais em consonância com suas expressões e identidade de gênero, rejeitando qualquer avaliação ou modelo patologizado ou corretivo da diversidade de expressão e identidade de gênero.

Ainda, sobre a importância do acompanhamento psicológico – embora não obrigatório – o Conselho Federal de Psicologia emitiu nota técnica no sentido de reafirmar a importância da Psicologia no mencionado processo. Considera que a “[...] transexualidade e a travestilidade não constituem condição psicopatológica, ainda que não reproduzam a concepção normativa de que deve haver uma coerência entre sexo biológico/gênero/desejo sexual”<sup>61</sup>. Nesse sentido, é objetivo da

[...] assistência psicológica a promoção da qualidade de vida da pessoa por meio do acolhimento e do apoio, a partir da compreensão de que a transexualidade e outras vivências trans são algumas das múltiplas possibilidades de vivência da sexualidade humana<sup>62</sup>.

Por isso, a

[...] assistência psicológica não deve se orientar por um modelo patologizado ou corretivo da transexualidade e de outras vivências trans, mas atuar como ferramenta de apoio ao sujeito, de modo a ajudá-lo a certificar-se da autenticidade de sua demanda, englobando todo o seu contexto social<sup>63</sup>.

---

61 CFP, s.d., p. 02.

62 CFP, s.d., p. 02

63 CFP, s.d., p. 03.

Finalmente, o acompanhamento psicológico, conforme requisitado pelo Ministério da Saúde, “[...] deve basear-se no acolhimento, e/ou na escuta e/ou na avaliação psicológica, quando necessário, ao longo de todo o processo transexualizador”<sup>64</sup>.

Inclusive, conforme a Resolução nº 01/2018, do Conselho Federal de Psicologia<sup>65</sup>, expressões de identidades de gênero “não devem ser compreendidas como psicopatologias, transtornos mentais, desvios e/ou inadequações”. Dessa forma, considera-se que a influência cultural exercida nas expressões de gênero e a cisnormatividade, quando apresentam discursos e práticas que patologizam, violentam ou excluem pessoas devem ser combatidos. Portanto, que a autodeterminação e autonomia de todas as pessoas em determinar sua identidade de gênero deve ser respeitada, sendo que no exercício profissional da Psicologia, não se deve “exercer qualquer ação que favoreça a patologização de pessoas transexuais e travestis”.

De fato, o Ministério da Saúde parece buscar, com o processo transexualizador, também uma vinculação com a atual Portaria n. 2836 de 2011<sup>66</sup>, que institui a Política de Saúde Integral para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais no Sistema Único de Saúde. Pondo relevância na importância da individual orientação sexual e identidade de gênero, assim como na discriminação que o mencionado grupo vulnerável sofre e a incidência de tal discriminação na saúde das pessoas (o processo de adoecimento decorrente do preconceito e estigma social), busca promover a saúde integral da população LGBT, por meio da eliminação do preconceito institucional e consolidação do SUS como sistema universal, integral e equitativo.

Contudo, apesar dos avanços no que se refere à busca da universalidade e equidade no processo transexualizador, assim como pelo respeito à dignidade individual, o acesso “formal” ao processo transexualizador, no Brasil, ainda recorre à antiga concepção patológica prevista no ICD-10/OMS, refutando a hipótese de pesquisa. Ou seja, todos os procedimentos previstos no processo transexualizador são acessados mediante fundamento nos códigos F64.0 e F64.9 da ICD-10, caracterizando que o acesso ao procedimento ocorre em função da concepção patológica da transexualidade.

---

64 CFP, s.d., p. 03.

65 CFP, 2018.

66 BRASIL, 2011.



Dessa maneira, resta questionar se, a partir do ano de 2022, com a necessidade da implementação da ICD-11/OMS, publicada em junho de 2018, que retirou o transexualidade do rol de patologias mentais e inseriu a Incongruência de Gênero no rol das Condições de Saúde Sexual, o Estado brasileiro continuará fornecendo, por meio do SUS, o acesso ao processo transexualizador, pautado pela dignidade e pelo respeito às identidades performativas de gênero, além da equidade no desenvolvimento humano; ou se, ao contrário, deixará de fornecer o acesso juntamente com a despatologização da transexualidade.

#### 4. Conclusão

O artigo teve por tema a problemática da identidade performativa de gênero no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Buscou, como objetivo, analisar o respeito à identidade performativa de gênero das pessoas trans, considerando o seu desenvolvimento humano equitativo. Especificamente, objetivou problematizar o tratamento concedido às pessoas trans no processo transexualizador do Sistema Único de Saúde Brasileiro (SUS), em face da concepção patológica da transexualidade. A hipótese preliminar apresentada sugeriu que, no Brasil, a Portaria n. 2803/SAS/MS, de 2013, que regulamenta o acesso ao processo transexualizador pelo SUS, confere um tratamento não patologizante, pautado pela universalidade e equidade no tratamento humano.

Por meio do método popperiano de tentativa e erro, refutou-se a hipótese preliminar apresentada, com embasamento na análise realizada a partir da Portaria n. 2803/2013/MS, especialmente pelo artigo 14, uma vez que o acesso formal aos procedimentos previstos na Portaria necessita da fundamentação na ICD-10/OMS, a qual, por sua vez, declara a noção patológica da transexualidade.

Diante disso, voltando à justificativa que apresentei na introdução desta pesquisa, que remonta à consideração de Butler sobre o sistema estadunidense, no qual o diagnóstico patológico realizado pelo *Gender Identity Disorder Diagnosis* é crucial para muitas pessoas poderem realizar a cirurgia ou tratamento transexualizador, mas por outro lado, em nada ajuda na diminuição da violência a que são submetidos os copos trans; chegamos ao mesmo paradoxo como resposta ao sistema brasileiro.

Por um lado, a consideração patológica em nada ajuda na diminuição

da violência a que são submetidas as pessoas trans no Brasil; por outro lado, o processo transexualizador é oferecido pelo SUS, conquanto classificado na ICD-10/OMS como patologia. Assim, parece importante questionar como será estruturado o processo transexualizador no Brasil a partir de 2022, com a implementação obrigatória do ICD-11/OMS, que despatologizou a transexualidade. Essa é uma problemática impossível de ser respondida no momento: se o SUS pautará o processo transexualizador na dignidade, na equidade do desenvolvimento humano, no acesso à saúde universal e no respeito às identidades performativas de gênero, ou se, ao contrário, deixará de realizar o processo transexualizador.

## Referências

- ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 14, n. 4, p. 1141-1149. 2009.
- APA. American Psychiatric Association. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM IV)*. Washington, DC: APA, 1994.
- APA. American Psychiatric Association. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM V)*. Washington, DC: APA, 2013.
- BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade?* São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BENTO, Berenice Alves de Melo; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Revista de estudos feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 2. 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria no. 1.707, de 18 de agosto de 2008*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 19 ago. 2008a. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707\\_18\\_08\\_2008.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html). Acesso em: 12 de janeiro de 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria no. 2.227, de 14 de outubro de 2004*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 14 out. 2004. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt2227\\_14\\_10\\_2004.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20cria%C3%A7%C3%A3o%20do,%2C%20transg%C3%AAneros%20e%20bissexuais%20%2D%20GLTB](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt2227_14_10_2004.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20cria%C3%A7%C3%A3o%20do,%2C%20transg%C3%AAneros%20e%20bissexuais%20%2D%20GLTB). Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 457/SAS, de 19 de agosto de 2008*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 20 de agosto de 2008b. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457\\_19\\_08\\_2008.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html). Acesso em: 12 de janeiro de 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 1579/SAS, de 31 de julho de 2013*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 31 jul. 2013a. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1579\\_31\\_07\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1579_31_07_2013.html). Acesso em 12 de janeiro de 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 2803/SAS, de 19 de novembro de 2013*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 19 nov. 2013b. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803\\_19\\_11\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html). Acesso em 12 de janeiro de 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 2836, de 1º de dezembro de 2011*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1 dez. 2011. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836\\_01\\_12\\_2011.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836_01_12_2011.html). Acesso em: 12 jan. 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n. 859/SAS, de 30 de julho de 2013*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 30 jul. 2013c. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2013/prt0859\\_30\\_07\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2013/prt0859_30_07_2013.html). Acesso em 12 de janeiro de 2017.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- BUTLER, Judith. *Undoing gender*. New York: Routledge, 2004.
- CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 21, n. 41. 2001.
- CFEES. Conselho Federal de Serviço Social. *Resolução n. 845, de 26 de fevereiro de 2018*. CFEES, Brasília, 26 fev. 2018. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/ResolucaoCfess845-2018.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- CFM. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.652, de 02 de dezembro de 2002*. CFM, Brasília, 02 dez. 2002. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm). Acesso em: 25 jul. 2017.
- CFM. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1955, de 12 de agosto de 2010*. CFM, Brasília, 12 ago. 2010. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=215155>. Acesso em: 25 jul. 2017.

- CFP. Conselho Federal de Psicologia. *Resolução n. 01, de 29 de janeiro de 2018*. CFP, Brasília, 29 fev. 2018. Disponível em <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolução-CFP-01-2018.pdf>. Acesso em: 17 out. 2019.
- CFP. Conselho Federal de Psicologia. *Nota técnica sobre processo transexualizador e demais formas de assistência às pessoas trans*. CFP, Brasília, s.d. Disponível em <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Nota-t%C3%A9cnica-processo-Trans.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.
- COACCI, Thiago. As engrenagens do poder: sobre alguns encaixes entre Direito, Ciências e transexualidades no Brasil. *Revista Ex aequo*, n. 38, pp. 17-31. 2018.
- FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I: a vontade de saber*. 13 Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- GRUBBA, Leilane Serratine. Corpos trans, identidade e performatividade de gênero: uma análise discursiva sobre a naturalidade da identidade mimética de sexo-gênero. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 6, n. 1, pp. 20-41. 2020.
- LIONÇO, Tatiana. Atenção integral à saúde e diversidade sexual no processo transexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios. *Revista de Saúde Coletiva*, v. 19, n. 1, pp. 43-63, 2009.
- MEZAN, Roberto. *Psicanálise, judaísmo: ressonâncias*. Rio de Janeiro: Imago, 1995.
- MONEY, John. *Gay, straight, and In-between*. New York: Oxford University Press; 1988.
- NATIONAL CENTER FOR TRANSGENDER EQUALITY. *Understanding Transgender People: The Basics*. National Center for Transgender Equality, Washington D.C., 9 jul. 2016. Disponível em: <https://transequality.org/issues/resources/understanding-transgender-people-the-basics>. Acesso em 28 de maio de 2018.
- PRECIADO, Paul. *Manifesto Contrassexual*. São Paulo: N-1 Edições, 2017.
- RODOVALHO, Amara Moira. O cis pelo trans. *Estudos feministas*, v. 25, n. 1, pp. 365-373, 2017.
- SAADEH, Alexandre. *Transtorno de identidade sexual: um estudo psicopatológico do transexualismo feminino e masculino*. (Tese de Psiquiatria). São Paulo. Universidade de São Paulo, 2004.

- SANTOS, Maria de Fátima Lima. A invenção do dispositivo da transexualidade: produção de “verdades” e experiências trans. *Revista em Pauta*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 28, pp. 117-130, 2011.
- STF Supremo Tribunal Federal. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*. STF, Brasília, 01 mar. 2018a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085&ori=1>. Acesso em: 28 maio 2018.
- STF Supremo Tribunal Federal. *Íntegra do voto do ministro Celso de Mello na ADI sobre mudança de registro civil de transgêneros*. STF, Brasília, 02 mar. 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371164&ori=1>. Acesso em: 28 maio 2018.
- WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- WHO. World Health Organization. Health topics. International Classification of Diseases. WHO, Genebra, s.d. Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/international-classification-of-diseases>. Acesso em: 19 jun. 2018.
- WHO. World Health Organization. *ICD-10 Classifications of Mental and Behavioral Disorder: Clinical Descriptions and Diagnostic Guidelines*. Geneva, 1992.
- WHO. World Health Organization. *ICD-11 for mortality and morbidity statistics: Clinical Descriptions and Diagnostic Guidelines*. Geneva, 2018. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>.

Recebido em 14 de março de 2019.

Aprovado em 14 de outubro de 2019.

**RESUMO:** O artigo tem por objeto a equidade de gênero. O problema de pesquisa reside em saber se, no Brasil, a população trans recebe acesso ao processo transexualizador mediante patologização (ICD-10/WHO) ou se, ao contrário, o acesso decorre do respeito às supostas identidades de gênero, avançando na disposição da ICD-11/2018/WHO. A hipótese oferecida sugere que o acesso ao processo transexualizador leva em consideração o acesso universal à saúde no âmbito da identidade de gênero, cumprindo com a possibilidade de um desenvolvimento equitativo. Utiliza-se, como referencial teórico, Foucault, Butler e Preciado. Emprega-se o método popperiano de tentativa e erro, com incidência de análise documental de normativas internacionais e nacionais sobre especificidades em saúde de pessoas trans.

**Palavras-chave:** acesso à saúde, direito à saúde, transexualidade.

**ABSTRACT:** The article deals with gender equity. Thus, it problematizes the treatment accorded to the transgender identity in Brazilian Unified Health System's. In face of transexualization process, transgender population receives pathological treatment (ICD-10/WHO) or, on the contrary, exists in Brazil the respect for gender identities, advancing in ICD-11/2018/WHO considerations? The hypothesis suggests that the access to transexualizing process in Unified Health System considers the universal access to health within gender identity, thus fulfilling the possibility of equitable human development. We use, for the article, Foucault, Butler and Preciado's theory. Also, we use Popperian methodology of prior and error, with documentary analysis of international and national norms on health specificities of trans people.

**Keywords:** health access, right of health, transgender.

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** GRUBBA, Leilane Serratine. Equidade em saúde para pessoas trans: análise do processo transexualizador brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1238>.

# A erosão da participação social institucionalizada em tempos de crise da democracia liberal: a reformulação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação<sup>1</sup>

*The erosion of social institutionalized participation in times of liberal democracy's crisis: the reformulation of National Council for Combating Discrimination*

Marcos Felipe Lopes de Almeida\*  
Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora – MG, Brasil

Waleska Marcy Rosa\*\*  
Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora – MG, Brasil

## 1. Introdução

A teoria democrática contempla uma série de estudos que indicam a existência de múltiplos modelos de democracia. Cada um dá ênfase a determinado aspecto que considera essencial para que uma prática possa ser qualificada como democrática.

A partir disso, aponta-se a existência de uma concepção hegemônica, representada pelo modelo liberal-representativo, que enxerga a democracia como um processo de escolha de líderes por meio de eleições. Em

---

\* Mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. E-mail: marcosfl.almeida@gmail.com.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Associada da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: waleska.ufjf@gmail.com.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

contraposição, foram elaboradas abordagens contra-hegemônicas, cujos principais exemplos são os modelos participativo e deliberativo. Apesar de possuírem diferenças, tais modelos reconhecem que o paradigma liberal-representativo reduz a participação às eleições, adota uma visão reducionista da política e retira os elementos comunicativos dela.

Atualmente, discute-se a intensificação da perda de legitimidade do modelo liberal-representativo, culminando na sua crise. A razão para isso se assenta na formação de uma classe política profissionalizada, de modo que os governantes não representam mais os governados. Tal percepção foi acentuada pela recessão econômica iniciada em 2008, visto que diversos governos optaram por proteger agentes responsáveis pela crise econômico-financeira em detrimento dos cidadãos, que passaram a sofrer com o desemprego e a retração de serviços públicos.

A perda de legitimidade ficou nítida com os processos eleitorais mais recentes ao redor do mundo, em que os partidos e lideranças tradicionais perderam espaço para nomes que, até então, não possuíam grande expressividade<sup>2</sup>. No Brasil, a vitória de Jair Bolsonaro no pleito para Presidente da República é referida como uma das expressões da crise da democracia liberal-representativa.

Os grandes impactos gerados por essa crise se dão, especialmente, em razão da existência de uma concepção hegemônica de democracia, de maneira que outras expressões foram silenciadas ao longo do tempo. Dessa forma, destaca-se a necessidade de promover espaços participativos, que complementam o modelo liberal e têm potencial para revitalizá-lo.

Recentemente, as instituições participativas ganharam destaque no debate político brasileiro, em virtude da publicação do Decreto Federal nº 9759, de 11 de abril de 2019, que extinguiu diversos órgãos colegiados em nível federal e estabeleceu diretrizes para a criação de novos, o que inclui conselhos, comitês e comissões. É necessário enfatizar o papel exercido, principalmente, pelos conselhos, que funcionam como espaço para a construção coletiva de políticas públicas, por meio da atuação conjunta do governo e da sociedade civil.

Uma análise mais refinada dos efeitos da extinção dos conselhos requer investigar, de forma detalhada, a nova configuração recebida por algum Conselho Nacional após a publicação do Decreto nº 9759/2019.

---

2 CASTELLS, 2018.



Em virtude disso, optou-se por analisar, neste artigo, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), pois foi o primeiro Conselho a passar por uma reformulação completa, com a publicação do Decreto nº 9883/2019.

Nesse sentido, formulam-se as seguintes perguntas de pesquisa: partindo do pressuposto de que atualmente há uma crise da democracia liberal, como isso pode impactar nos espaços que promovem democracia contra-hegemônica? Especificamente sobre a reformulação do CNCD promovida pelo atual governo brasileiro, quais as diferenças entre o novo desenho institucional e o anterior?

A hipótese reside no fato de que a erosão democrática cedeu lugar para o autoritarismo, de modo que a partilha de poder com espaços participativos se tornaria incompatível. No caso do CNCD, tendo em vista o cenário de extinção de órgãos colegiados, pode-se esperar uma redução do seu potencial participativo, por meio do novo desenho institucional.

Assim, o objetivo geral é investigar a reformulação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação no cenário de crise da democracia liberal. Como objetivos específicos, elencam-se: analisar o Decreto nº 9759/2019 e sua exposição de motivos; e comparar os desenhos institucionais do CNCD antes e depois do Decreto nº 9883/2019.

Para atingir referidos objetivos, a metodologia consiste em estudo de caso do Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Além da revisão bibliográfica, empreende-se a análise documental dos Decretos Federais nº 9759/2019, 7388/2010 e 9883/2019. Com esse método, busca-se compreender: com o primeiro Decreto, os motivos e os contornos da extinção dos órgãos colegiados federais; com os outros dois Decretos, os desenhos institucionais do CNCD.

A justificativa deste trabalho está na necessidade de investigar e promover os espaços democráticos que fogem aos tradicionais esquemas representativos, de modo a proporcionar uma diversidade dentro da própria democracia. Além disso, busca acompanhar as diversas mudanças sofridas pelo sistema político atual.

O texto se estrutura em três seções, além da introdução e da conclusão. Na primeira, abordam-se os modelos democráticos de maior ressonância nos âmbitos acadêmico e político, bem como os contornos da atual crise da democracia liberal-representativa e sua articulação com as iniciativas participativas. Já na seção seguinte, são apresentados os conselhos gesto-

res de políticas públicas como espaços participativos contra-hegemônicos, além dos impactos que sofreram com o Decreto nº 9759/2019. Por fim, na última seção, é dado enfoque às configurações atual e anterior do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, com o intuito de compreender melhor como os órgãos colegiados têm sido reformulados.

## 2. Os modelos democráticos em um contexto de crise da concepção liberal-representativa

No campo da teoria democrática, costuma-se afirmar que a noção genérica de democracia não é suficiente para evidenciar quais elementos estão presentes para que dada prática seja considerada democrática. Nesse sentido, faz-se necessária a utilização de um qualificador, de modo a complementar e especificar a qual modelo de democracia se faz referência.

Assim, a respeito dos modelos democráticos, Luis Felipe Miguel<sup>3</sup> considera a dicotomia entre democracia representativa e direta como a principal forma de classificação, porém é inevitável a utilização de esquemas representativos nas sociedades contemporâneas. A partir disso, dentro do campo da democracia representativa, o autor pontua cinco correntes que possuem maior ressonância no debate acadêmico e político. São elas: 1) a democracia liberal-pluralista: é a mais recorrente nos sistemas políticos ocidentais, pautando-se em um conjunto de liberdades cidadãs, competição eleitoral livre e multiplicidade de grupos de pressão, cabendo aos cidadãos comuns a escolha do governo; 2) a democracia deliberativa: fundamenta-se na tomada de decisões políticas a partir de ampla discussão, na qual todos tenham condições de participar em condições de igualdade, apresentando argumentos racionais até o alcance de um consenso; 3) o republicanismo cívico: prega a revalorização da ação na polis e do sentimento de comunidade, por isso algumas vertentes desembocam no comunitarismo, que rivaliza com o individualismo típico da tradição liberal; 4) a democracia participativa: parte do pressuposto de que a participação no período eleitoral não é suficiente para promover a qualificação cidadã, fazendo-se necessária a ampliação dos espaços de decisão coletiva na vida cotidiana, a partir da conjugação de mecanismos representativos com a participação popular na base; 5) o multiculturalismo: também chamado de

---

3 2005.

política da diferença, entende que as características distintivas dos diversos grupos existentes em uma sociedade são irreduzíveis a uma identidade única, considerando até mesmo grupos como sujeitos de direitos.

Durante o século XX, o primeiro modelo – que também pode ser chamado de liberal-representativo – se consagrou como hegemônico, dividindo-se em duas abordagens: o elitismo competitivo; e o pluralismo competitivo. A primeira abordagem teve com principal defensor Joseph Schumpeter<sup>4</sup>, que apontou a democracia como um método de seleção de líderes, isto é, seria um mero arranjo institucional em que um indivíduo adquiriria poder a partir de uma luta competitiva pelos votos do eleitor. Assim, a participação da população estaria restrita às eleições para formação dos governos. A segunda abordagem possui Robert Dahl<sup>5</sup> como referência, que reconhece a existência de uma realidade plural com diversos interesses. Desse modo, grupos são organizados e competem entre si, funcionando como intermediários entre a elite política e a população em geral. Portanto, há uma redistribuição da influência entre diversos centros de poder, contudo o processo eleitoral competitivo ainda mantém a centralidade<sup>6</sup>.

Há duas razões explicativas para a conquista da hegemonia do modelo liberal-pluralista, sendo uma de caráter acadêmico e outra de caráter político. A primeira se refere ao desenvolvimento da sociologia política, de modo que foram buscadas análises realistas e descritivas da democracia, cujos resultados apontaram a ilusão da visão clássica do homem democrático. A segunda razão se relaciona com a ocorrência dos Estados totalitários, uma vez que esses se valiam de grandes manifestações populares, assim a ideia de participação foi associada com o totalitarismo, de forma que a apatia política passou a ser vista como positiva<sup>7</sup>.

Partindo de uma perspectiva crítica, Jacques Rancière<sup>8</sup> afirma que o sistema representativo não foi inventado para amenizar o impacto do crescimento das populações. Na verdade, trata-se de uma forma oligárquica, uma representação por parte de minorias que têm títulos para se ocuparem dos negócios comuns. A eleição seria somente a expressão de

---

4 1961.

5 1989.

6 ALCÂNTARA, 2014.

7 GASPARDO, 2018.

8 2014.

um consentimento pedido por um poder superior. O autor pontua que, originalmente, a representação era o oposto de democracia, visto que esta significa que “as formas jurídico-políticas das constituições e das leis de Estado não repousam jamais sobre uma única e mesma lógica”<sup>9</sup>. Por sua vez, a democracia representativa – segundo o autor, seria mais exato chamar de sistema parlamentar ou de regime constitucional pluralista – é uma forma mista de funcionamento do Estado, com fundamento inicial no privilégio das elites naturais, sendo desviada aos poucos de sua função pelas lutas democráticas.

No final do século XX, os modelos de democracia participativa e deliberativa passaram a receber maior atenção, tendo em vista a crise de legitimidade da democracia liberal-pluralista. Por isso, tais modelos passaram a ser considerados contra-hegemônicos, baseando-se em três principais críticas: 1) a exclusão da participação em momentos diversos do processo eleitoral e da barganha entre grupos; 2) visão instrumental e reducionista da política; 3) esvaziamento dos elementos comunicativos da política<sup>10</sup>.

Para os adeptos da corrente participativa, como Carole Pateman<sup>11</sup> e Crawford Macpherson<sup>12</sup>, a democracia vai além de um sistema político, sendo, na verdade, um tipo de sociedade. Defendem a participação como um bem em si mesmo, capaz de reduzir desigualdades sociais, de modo que sua expansão deveria se dar também para novos campos, como a família e a escola<sup>13</sup>.

O modelo deliberativo, por sua vez, enfatiza a expressão pública de valores e o intercâmbio de razões por meio de um processo dialético e crítico. Privilegia-se, então, uma lógica discursiva apta a construir um entendimento. Como defensores de tal perspectiva, são apontados Jurgen Habermas<sup>14</sup>, James Bohman<sup>15</sup> e Joshua Cohen<sup>16</sup>.

---

9 RANCIÈRE, 2014, p. 71.

10 ALCÂNTARA, 2014.

11 1992.

12 1978.

13 SILVA, 2015.

14 1995.

15 1996.

16 1997.

Reconhece-se a existência de diferenças entre as concepções contra-hegemônicas, todavia, para fins deste trabalho, não serão desenvolvidas. O fato de terem a defesa de maior participação popular como denominador comum é suficiente para a análise que se pretende empreender.

Atualmente, vive-se a intensificação da perda de legitimidade da democracia liberal, o que ocasiona a crise de tal paradigma. De acordo com Manuel Castells<sup>17</sup>, essa crise se manifesta pelo sentimento majoritário de que os governantes não representam os governados. A expectativa era de que tal insatisfação pudesse ser resolvida com novas eleições, contudo houve a formação de uma classe política, que se profissionalizou e se transformou em um grupo com interesses em comum.

Essa crise está diretamente associada ao processo de globalização, pois impactou as economias nacionais e limitou a capacidade dos Estados de responder, em seu âmbito, a problemas de origem global, como crises financeiras, violações aos direitos humanos, mudanças climáticas e terrorismo. A articulação institucional entre Estados, que tem a União Europeia como maior exemplo, serviu de resposta à globalização, porém houve um distanciamento da nação em relação ao seu respectivo Estado. A recessão econômica iniciada em 2008 trouxe à tona tais problemas, visto que as medidas estatais de contenção da crise foram determinantes. Verificou-se uma proteção de especuladores e fraudadores, enquanto os cidadãos em geral tiveram que lidar com desemprego e reduções de serviços públicos<sup>18</sup>. Assim, a recessão econômica instigou políticas de austeridade direcionadas à generalidade da população em detrimento de formas de provisão social, de modo que esse momento do neoliberalismo foi marcado por tendências fortemente autoritárias<sup>19</sup>.

As subsequentes eleições ao redor do mundo evidenciaram a crise democrática: as pessoas eleitas ou com maior expressividade negavam formas partidárias existentes e alteraram de forma profunda a ordem política nacional e mundial, como é o caso de Donald Trump nos Estados Unidos da América e de Emmanuel Macron e Marine Le Pen na França. O Brexit também é uma manifestação desse processo<sup>20</sup>.

---

17 2018.

18 CASTELLS, 2018.

19 SAAD-FILHO; BOFFO, 2020.

20 CASTELLS, 2018.

Principalmente com enfoque na realidade estadunidense, mas com considerações que podem ser replicadas para outros países, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt<sup>21</sup> consideram que a eleição de Donald Trump acelerou o processo de erosão democrática, inclinando-se para o autoritarismo, pois violou duas regras que são fundamentais para o funcionamento da democracia: a tolerância mútua e a reserva institucional. A primeira pode ser resumida pela disposição dos políticos de concordarem em discordar, de modo que os rivais sejam reconhecidos como legítimos, com direito igual de existir, competir pelo poder e governar. A segunda regra se refere ao ato de evitar ações que, apesar de respeitarem a letra da lei, violam o seu espírito, isto é, há necessidade de atuação comedida, com autocontrole.

No Brasil, a vitória eleitoral de Jair Bolsonaro no pleito para Presidente da República também é apontada como uma expressão da crise da democracia liberal. Nesse sentido, Sérgio Abranches<sup>22</sup> evidencia o caráter disruptivo das eleições gerais brasileiras de 2018, pois encerraram o ciclo político que marcou o presidencialismo de coalizão nos últimos 25 anos, bem como aceleraram o processo de realinhamento partidário. Verificou-se uma mudança no equilíbrio de forças entre os partidos e uma troca radical do poder governamental, que passou da esquerda tradicional para a direita ultraconservadora. No plano do Poder Legislativo, houve redução do tamanho médio das bancadas da Câmara e aumento da fragmentação partidária no Congresso Nacional.

A eleição de Bolsonaro representou a consolidação do neoliberalismo autoritário. Sua campanha foi organizada em torno de quatro temas. Primeiro, o cenário de corrupção, em que ele se intitulava como um agente externo a esse sistema político corrompido. Segundo, a defesa de valores morais conservadores, com ataques aos movimentos sociais e à esquerda política. Terceiro, a segurança pública e acesso mais fácil a armas de fogo. Por fim, o quarto tema foi o programa econômico neoliberal, pautado na redução da burocracia e do Estado marcado pela corrupção, acompanhado do ataque a direitos de indígenas e do afrouxamento de restrições ao extrativismo que, segundo ele, limitavam o progresso econômico<sup>23</sup>.

---

21 2018.

22 2019.

23 SAAD-FILHO; BOFFO, 2020.

A crise da democracia liberal gera expressivos impactos, pois, como Leonardo Avritzer e Boaventura de Sousa Santos<sup>24</sup> afirmam, houve perda de demodiversidade, entendida como a coexistência pacífica ou conflituosa de diversos modelos e práticas democráticas. A concepção hegemônica foi considerada única e universal, com isso a sua perda de legitimidade demanda a remodelação do quadro político e social. Iniciativas participativas, que se pautam nos modelos contra-hegemônicos de democracia, surgem como complementos capazes de suprir deficiências do sistema liberal-representativo.

No mesmo sentido, Nadia Urbinati aponta que representação e participação não são formas alternativas de democracia, pois, na verdade, são correlatas, que constituem o *continuum* da ação política nas democracias modernas. A autora coloca o representante como intermediário capaz de ampliar o debate político para além de instituições governamentais, assim as decisões políticas são submetidas ao povo. Com isso, a sociedade não pode ser um espaço silencioso<sup>25</sup>.

No que tange às instituições participativas, de acordo com Leonardo Avritzer<sup>26</sup>, existem três formas de constituição: o desenho participativo de baixo para cima; a ratificação pública; e a partilha de poder. No Brasil, o autor identifica cada arranjo com uma iniciativa participativa, respectivamente: os orçamentos participativos; os planos diretores municipais; e os conselhos gestores de políticas públicas.

Com relação ao orçamento participativo, a institucionalidade é criada de baixo para cima, tendo em vista a livre entrada de qualquer cidadão no processo participativo e, na sequência, a eleição de delegados e conselheiros. No arranjo de ratificação pública, os atores da sociedade civil não integram o processo decisório, mas são chamados para referendá-lo publicamente, sendo a discussão do plano diretor de Salvador um exemplo representativo dessa organização<sup>27</sup>.

Quanto ao arranjo de partilha de poder, caracteriza-se pela constituição de um espaço em que atores estatais e da sociedade civil participam simultaneamente. As diferenças mais marcantes desse modelo, em relação

---

24 2002.

25 URBINATI, 2010.

26 2008.

27 AVRITZER, 2008.

aos outros dois, são: a possibilidade de sanção em caso de não instauração desse processo participativo e o fato de não incorporar um número amplo de agentes sociais.

Recentemente, os conselhos gestores de políticas públicas ganharam espaço no debate político brasileiro, em razão do decreto federal nº 9759, de 11 de abril de 2019, que extinguiu diversos colegiados no âmbito da administração pública federal. Tal diploma normativo, expedido pelo Poder Executivo, implicou na extinção e subsequente reformulação ou não de diversos Conselhos Nacionais.

Nesse sentido, faz-se necessária a análise do texto do referido decreto, bem como da sua exposição de motivos, com o intuito de compreender as razões de tal medida. Antes disso, é essencial que sejam tecidas algumas considerações a respeito do funcionamento dos conselhos em geral.

### 3. Os conselhos de políticas públicas como experiência contra-hegemônica

Os conselhos gestores de políticas públicas são instrumentos de expressão, representação e participação, sendo exemplos de constituição de esferas públicas não estatais<sup>28</sup>. Referidos espaços são compostos por uma pluralidade de entidades, cujos interesses podem ser até antagônicos. Assim, cabe ao Estado coordená-los com o objetivo de formular as políticas públicas a serem implementadas por ele.

No plano jurídico-institucional brasileiro, a Constituição Federal de 1988 contemplou a participação da comunidade na formulação de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, com ênfase nos direitos de segunda dimensão, quais sejam: saúde (art. 198, inciso III); assistência social (art. 204, inciso II); e educação (art. 206, inciso VI).

Desse modo, os conselhos brasileiros podem assumir diversas configurações. Com relação à sua abrangência, podem ser nacionais, estaduais ou municipais, sendo que os últimos são os que mais se aproximam da efetiva participação popular, tendo em vista que possuem maior proximidade com os cidadãos e podem ser instituídos conforme a demanda e peculiaridades de cada local.

---

28 GOHN, 2011.



Com relação às suas funções, comumente podem ser: deliberativos; ou consultivos. Quanto ao primeiro tipo, reconhece-se um campo de ação autônomo, visto que tem competência para tomar decisões. Em contrapartida, aos conselhos com funções consultivas incumbe apenas a emissão de recomendações, sem caráter vinculante, ao Poder Público. Contudo, Marcos Perez<sup>29</sup> pontua que, de forma geral, a legislação brasileira não prevê conselhos unicamente deliberativos ou exclusivamente consultivos. Na verdade, há uma combinação das duas funções dentro do desenho de cada conselho. Em alguns casos, atribuem-se também as funções normativa, relativa à elaboração de normas, e fiscalizadora, referente ao acompanhamento da execução das políticas públicas.

No que tange à forma de composição, existem as seguintes possibilidades: participação majoritária do Poder Público; participação paritária, isto é, mesmo número de participantes do Poder Público e da sociedade civil; e participação majoritária da sociedade civil. Pontua-se que, mesmo em caso de participação minoritária, o Poder Público possui melhores condições de aprovação de suas propostas, em virtude da sua estrutura técnica e poder de convencimento. Conseqüentemente, quanto menor a participação desse segmento nos conselhos, maior a aproximação do ideal participativo<sup>30</sup>.

Outro ponto de discussão no momento de construção dos conselhos é o modo de escolha de representantes da sociedade civil. Elencam-se cinco situações: 1) escolha incondicionada pelo chefe do Poder Executivo, ministros ou secretários; 2) indicação da sociedade, porém com escolha a cargo do Poder Executivo; 3) escolha pelo Poder Executivo a ser referendada pelo Poder Legislativo; 4) eleição direta pela sociedade civil; 5) composição de listas, em processo eleitoral direto ou indireto, com escolha final atribuída ao Poder Executivo<sup>31</sup>.

No âmbito federal, em 23 de maio de 2014, foi editado o Decreto nº 8243, que instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS), com o objetivo de fortalecer e articular instâncias democráticas de atuação e de diálogo entre a administração pública federal e a sociedade civil. Dentre suas diretrizes gerais, previstas no art. 3º, destaca-se a seguinte: “II - complementariedade,

---

29 2009.

30 PEREZ, 2009.

31 PEREZ, 2009.

transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta”<sup>32</sup>.

Referido decreto reconheceu a importância da participação social na formulação, execução e acompanhamento das políticas públicas, elencando os conselhos, comissões, conferências e audiências públicas como mecanismos aptos a concretizarem essa participação. Contudo, esse diploma normativo foi revogado em 2019, pelo anteriormente mencionado Decreto nº 9759.

Em linhas gerais, o Decreto nº 9759/2019 extinguiu, a partir de 28 de junho de 2019, conselhos, comissões, comitês e outros órgãos colegiados, instituídos por decretos, atos normativos inferiores a decretos ou atos de outro colegiado. Antes, estavam englobados também os colegiados mencionados em leis que não indicavam suas competências ou os membros, porém isso foi excluído pelo Decreto nº 9812, de 30 de maio de 2019, que alterou a redação do Decreto nº 9759/2019. Verifica-se que o texto sequer elenca de forma taxativa quais seriam extintos, apenas se limita a uma definição genérica e demanda o envio, até 28 de maio de 2019, por parte de órgãos e entidades da administração pública, de uma lista dos colegiados a que se vinculam.

Além da extinção, o Decreto previu condições para criação de novos colegiados, com destaque para duas que impactam diretamente o caráter dialógico e plural dos espaços participativos: a priorização de reuniões por videoconferência quando os membros estiverem em entes federativos diferentes e a limitação, a princípio, a sete membros, o que pode ser flexibilizado mediante justificativa.

A exposição de motivos do Decreto nº 9759/2019 fornece elementos para a melhor compreensão das razões dessa extinção em massa. Primeiramente, classifica como grave o excesso de colegiados, já que, em virtude disso, não foi possível realizar um levantamento confiável da quantidade existente. Em segundo, apontou-se a necessidade de uma racionalização administrativa, de modo a reduzir a produção de normas e os gastos de homem/hora com agentes públicos que integravam tais colegiados. Por fim, foi destacada a necessidade de preservação da legitimidade dos representantes políticos eleitos, nesse sentido:

---

32 BRASIL, 2014.

Grupos de pressão, tanto internos quanto externos à administração, que se utilizam de colegiados com composição e modo de ação direcionado, para tentar emplacar pleitos que não estão conforme a linha das autoridades eleitas democraticamente.

Quanto ao último ponto, cumpre destacar inclusão na proposta da **revogação** do Decreto nº 8.2143 (sic), de 2014, que *institui a Política Nacional de Participação Social PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências*. Esse ato, utilizando de linguagem deliberadamente imprecisa, visa estimular a criação e o fortalecimento de colegiados integrados por grupos políticos específicos para se contrapor ao poder das autoridades eleitas tanto para o Executivo quanto para o Legislativo<sup>33</sup>.

Imputa-se, então, culpa aos colegiados por adotarem posições que divergem das autoridades eleitas. Assim, os membros são vistos como adversários, ignorando-se a diversidade, que é essencial para a prática democrática. Nesse sentido, cria-se rivalidade entre as instituições participativas e os representantes eleitos, de modo que os modelos democráticos são tidos como antagonicos.

O Decreto nº 9759/2019 já foi questionado judicialmente, perante o Supremo Tribunal Federal, a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6121, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores. Na decisão liminar – ou seja, provisória – já proferida, o entendimento majoritário foi de que o Presidente só poderia extinguir colegiados criados por decretos, não sendo possível para aqueles que decorrem de lei. Por outro lado, alguns ministros defenderam a suspensão integral do decreto, tendo em vista a violação do princípio da participação popular.

Destaca-se que, durante as sessões de julgamento, a Advocacia-Geral da União, ao defender a constitucionalidade do Decreto nº 9759/2019, informou que existem 2593 (dois mil, quinhentos e noventa e três) colegiados ativos e inativos atualmente na Administração Pública e que, à época do julgamento ocorrido em 12 de junho de 2019, a Casa Civil já havia recebido pedidos de manutenção de mais de 300 (trezentos) colegiados<sup>34</sup>.

Conforme se extrai das informações apresentadas até aqui, o Decreto nº 9759/2019 expõe tensões existentes entre a democracia liberal-repre-

---

33 BRASIL, 2019b, grifos no original.

34 BRASIL, 2019c.

sentativa e iniciativas pautadas na participação popular. O Decreto busca fortalecer os esquemas representativos em detrimento da participação de organizações da sociedade civil, alegando que essas atrapalham a atuação dos representantes eleitos. Assim, a partilha do poder proporcionada por instituições participativas foi limitada, uma vez que foi apontada a necessidade de concentração nos representantes. Ainda que os colegiados continuem existindo, a sua reformulação não permitiria que a dinâmica participativa atual fosse mantida, já que foram estabelecidas limitações que impedem a pluralidade dos órgãos, por fixar um número máximo de participantes, e dificultam o contato direto entre os membros, já que as reuniões por videoconferência foram priorizadas.

No entanto, a limitação de possibilidades de participação institucional não implica desaparecimento, no âmbito da sociedade, de interesses divergentes e seus conflitos decorrentes. Na verdade, trata-se de uma ilusão autoritária, pois o enfrentamento de problemas estruturais da sociedade brasileira só será possível com mais participação<sup>35</sup>.

Logo após a extinção de colegiados, alguns foram criados com uma nova configuração. Com relação aos conselhos, ora objeto deste trabalho, o primeiro deles foi o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD – LGBT), anteriormente regulamentado pelo Decreto nº 7388, de 9 de dezembro de 2010, cuja revogação se deu pelo Decreto nº 9883, de 27 de junho de 2019.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) sofreu modificações anteriores às do CNCD – LGBT, por meio do Decreto nº 9806, de 28 de maio de 2019. No entanto, em razão de o CONAMA estar previsto e parcialmente regulamentado na Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981, as alterações sofridas não foram tão drásticas, as quais se limitaram à composição do órgão e às formas de escolha e eleição dos membros. Apesar de fornecer substrato para as discussões que se pretendem a seguir, a reformulação do CONAMA foi mais pontual e menos estrutural do que a promovida no CNCD – LGBT. Com base nisso, na próxima seção será dado enfoque à configuração anterior e à atual deste conselho.

---

35 TEIXEIRA; BEZERRA; SILVA, 2019.

#### 4. A reformulação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação em perspectiva

Neste trabalho, optou-se pelo estudo de caso da reformulação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, considerando o contexto de crise da democracia liberal. De acordo com Maíra Machado<sup>36</sup>, o estudo de caso é uma estratégia metodológica que trata da construção de um objeto empírico específico e definido, capaz de revelar aspectos sobre determinada problemática que não poderiam ser alcançados por outras estratégias. No mesmo sentido, Robert K. Yin<sup>37</sup> afirma que o estudo de caso é indicado para investigar a ocorrência de um fenômeno contemporâneo inserido em um contexto da vida real, sendo que os limites entre eles não são bem definidos.

Decidiu-se avaliar o desenho institucional do Conselho, pois, a partir dele, pode-se “antever as possibilidades inclusivas geradas para os atores sociais e políticos no interior desses espaços”<sup>38</sup>. Assim, Claudia Faria e Uriella Ribeiro<sup>39</sup> destacam que os documentos aptos para definir o desenho institucional são: as leis de criação e de alteração dos conselhos, bem como seus regimentos internos. Tendo em vista que ainda não foi elaborado regimento oficial para a nova configuração do CNCD, o mais adequado é tratar apenas dos diplomas normativos, quais sejam, o Decreto Federal nº 7388/2010 e o Decreto Federal nº 9883/2019.

Considerando que o estudo recairá sobre documentos, torna-se pertinente mencionar que será empregada a técnica de análise documental. A respeito dessa, André Cellard<sup>40</sup> postula que o encadeamento de ligações entre a problemática formulada e as diversas observações extraídas do documento possibilitam a produção de explicações plausíveis e de uma interpretação coerente, bem como reconstruir um aspecto qualquer de uma dada sociedade, neste ou naquele momento.

O Decreto nº 7388, de 9 de dezembro de 2010, transformou o Conselho Nacional de Combate à Discriminação, que antes dava ênfase às questões étnico-raciais, em um espaço para discussão das políticas públicas em

---

36 2017.

37 2001.

38 CUNHA et al., 2011, p. 307.

39 2011.

40 2008.

prol da população LGBT. A conformação anterior do órgão era regulamentada pelo Decreto nº 5397, de 22 de março de 2005. O CNCD-LGBT foi definido como um órgão colegiado, de natureza consultiva e deliberativa, vinculado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, sendo que, desde 2010, sua finalidade era “formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT”<sup>41</sup>.

Com relação à sua composição, havia 30 (trinta) representantes titulares e igual número de suplentes, distribuídos paritariamente da seguinte forma: 15 (quinze) representantes titulares do Poder Público Federal, lotados nos órgãos elencados no art. 3º, inciso I, do Decreto nº 7388/2010, contemplando Ministérios e Secretarias; e 15 (quinze) representantes titulares da sociedade civil, indicados por entidades sem fins lucrativos, selecionadas mediante processo seletivo público, entre aquelas voltadas à promoção e à defesa de direitos da população LGBT, integrantes da comunidade científica que desenvolvem pesquisas sobre tal grupo, entidades representativas dos trabalhadores ou de classe. O mandato dos conselheiros era de dois anos, sendo permitida uma recondução. Havia, ainda, a possibilidade de que representantes do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho, da Magistratura Federal e da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados participassem das reuniões, sendo um para cada órgão, sem direito a voto. Ademais, facultava-se a possibilidade de criação de câmaras técnicas e de grupos de trabalho para estudo e elaboração de propostas sobre temas específicos.

Quanto à presidência e vice-presidência, a eleição era anual e deveria alternar entre representantes do Poder Público e da sociedade civil. Para o primeiro mandato, foi determinado que a presidência seria exercida por representante do Poder Público e a vice-presidência pela sociedade civil, sendo a alternância aplicável às gestões subsequentes. Destaca-se a importância da presidência na atuação do Conselho, tendo em vista que cabe ao seu ocupante convocar as reuniões e proferir voto de qualidade em decisões com empate.

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República exercia a função de Secretaria Executiva do CNCD-LGBT, de modo que a ela cabia

---

41 BRASIL, 2010.

dar publicidade às resoluções elaboradas pelo Conselho, bem como prestar apoio técnico e administrativo para execução dos trabalhos. Além disso, os recursos financeiros disponibilizados para o CNCD-LGBT eram consignados ao orçamento de tal Secretaria.

Por fim, a respeito do regimento interno, a sua aprovação seria feita pelo próprio Conselho com voto de, no mínimo, dois terços dos conselheiros votantes, em reunião especialmente convocada para este fim. Até a aprovação, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República deveria expedir, por meio de portaria, regimento interno provisório. Ressalta-se que os regimentos internos fornecem contornos mais específicos sobre o funcionamento dos conselhos, uma vez que a norma que os cria é genérica.

Acerca da atuação do CNCD-LGBT, Cleyton Feitosa<sup>42</sup> pontua a elaboração de normativas que regulam e orientam o serviço público a atender as demandas da população LGBT, o que denota o exercício de uma função das instituições tipicamente representativas.

Outro dado relevante é o alto grau de institucionalização alcançado pelo CNCD-LGBT, conforme proposta de Paula Lima *et al.*<sup>43</sup>. Nesse sentido, a institucionalização é “um processo de consolidação e formalização das regras, e de inserção na burocracia estatal, que fortalece a estrutura dos conselhos e sua capacidade de execução, sem comprometer sua relativa autonomia”<sup>44</sup>. Para mensurá-la, são elencadas três dimensões de análise, que possuem subdivisões: 1) reconhecimento formal pelo Estado: a) tipo de ato normativo de criação ou regulamentação; b) caráter decisório (deliberativo ou consultivo); c) existência de política vinculada; 2) recursos disponíveis para tomada de decisão: a) secretaria executiva; b) comissões temáticas; 3) aprendizado acumulado: a) tempo de criação; b) periodicidade das reuniões; c) realização de conferência; d) número de edições de conferência.

Com base em tais elementos, chegou-se à conclusão de que o índice de institucionalização do CNCD-LGBT era de 7,13, sendo que a média dos Conselhos Nacionais era de 6,61. Os maiores índices eram dos Conselhos Nacionais de Saúde e de Assistência Social, empatados com 9,50, enquanto o menor era do Conselho Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, com 2,63. Logo, percebe-se que o CNCD-LGBT possuía um elevado grau

---

42 2017.

43 2014.

44 LIMA *et al.*, 2014, p. 11.

de institucionalização, o que possivelmente foi impactado negativamente pela revogação do Decreto nº 7388/2010.

O Decreto nº 9883/2019 aprovou um novo Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), que rompe com a orientação seguida pelo CNCD-LGBT, pois, em nenhum momento, há menção à população LGBT no texto. Assim, verifica-se que o Conselho deixou de se dedicar a um grupo específico, passando a cuidar, genericamente, da “proteção dos direitos de indivíduos e grupos sociais afetados por discriminação e intolerância”<sup>45</sup>.

Outra modificação relevante é a exclusão do caráter deliberativo do Conselho, de modo que passa a exercer apenas atividades de “consulta, assessoramento, estudo, articulação e colaboração do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos as questões relativas à proteção dos direitos de indivíduos e grupos sociais afetados por discriminação e intolerância”<sup>46</sup>.

Houve, também, mudanças significativas na sua composição, que passou de trinta membros titulares e mesmo número de suplentes para sete titulares e seis suplentes, com a seguinte configuração: 1) Secretário Nacional de Proteção Global do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), que será o Presidente e não possui suplente; 2) representante do MMFDH, que assumirá a coordenação; 3) representante da Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres do MMFDH; 4) representante da Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do MMFDH; 5) três representantes da sociedade civil. Percebe-se, novamente, um rompimento com o modelo anterior, visto que não há paridade entre o Poder Público, que possui quatro representantes, e a sociedade civil, que possui três representantes. Também é possível perceber que os membros do Poder Público estão concentrados em apenas um Ministério, ignorando o diálogo interministerial necessário para a construção de políticas públicas. Além disso, a presidência do CNCD passou a ser exercida exclusivamente pelo Secretário Nacional de Proteção Global – exceto na presença do Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, a quem caberá a presidência quando estiver presente, sem direito a voto –, impossibilitando a sua alternância com a sociedade civil. Verifica-se, portanto, uma primazia do Poder Público em detrimento da sociedade civil. Ademais, a Secretaria Executiva passou a ser exercida

---

45 BRASIL, 2019a.

46 BRASIL, 2019a.



pela Secretaria Nacional de Proteção Global, sem quaisquer menções à vinculação orçamentária.

As reuniões ordinárias se tornaram trimestrais. Anteriormente, a periodicidade não estava definida no Decreto nº 7388/2010, mas foi fixada bimestralmente pelo regimento interno do CNCD-LGBT. Foi flexibilizada a realização presencial das reuniões, de modo que aqueles que estiverem fora do Distrito Federal deverão participar por meio de videoconferência. Essa virtualização das reuniões afeta em especial a sociedade civil, uma vez que, provavelmente, os representantes do Poder Público residirão no Distrito Federal, tendo em vista a sua lotação no MMFDH. Destaca-se que, para as reuniões do CNCD-LGBT, garantia-se o pagamento de diárias e passagens para que os membros pudessem participar.

A forma de escolha dos representantes da sociedade civil se manteve: indicados por entidades sem fins lucrativos, com atuação no combate à discriminação, à intolerância e à violência, selecionadas por meio de processo seletivo público, com mandato de dois anos. Houve manutenção da possibilidade de criação de grupos de trabalho para estudos e elaboração de propostas a respeito de temas específicos, contudo com limitações: até cinco membros, duração não superior a um ano e no máximo três grupos operando simultaneamente.

Por fim, quanto ao regimento interno, exige-se que o CNCD submeta à aprovação do Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, sendo que este editará um regimento provisório até que o definitivo seja aprovado.

Com o objetivo de organizar e sistematizar a reformulação do CNCD, o desenho institucional segundo Decreto nº 7388/2010 e o reformulado de acordo com Decreto nº 9883/2019 estão condensados no quadro 1 a seguir.

#### QUADRO 1 – Comparativo entre os desenhos institucionais do CNCD, conforme Decreto nº 7388/2010 e Decreto nº 9883/2019

	Decreto nº 7388/2010	Decreto nº 9883/2019
<b>Público-alvo/ temática</b>	Defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT	Proteção dos direitos de indivíduos e grupos sociais afetados por discriminação e intolerância
<b>Natureza</b>	Deliberativa e consultiva	Consultiva

	<b>Decreto nº 7388/2010</b>	<b>Decreto nº 9883/2019</b>
<b>Total de membros</b>	30 titulares e 30 suplentes	7 titulares e 6 suplentes
<b>Paridade entre segmentos</b>	Sim, 15 representantes do Poder Público de diversos ministérios e secretarias do governo federal e 15 representantes da sociedade civil	Não, 4 representantes do Poder Público que integram o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e 3 representantes da sociedade civil
<b>Escolha de representantes da sociedade civil</b>	Indicação por entidades sem fins lucrativos, mediante processo seletivo público	Indicação por entidades sem fins lucrativos, mediante processo seletivo público
<b>Presidência e vice-presidência</b>	Eleição anual com alternância entre representantes do Poder Público e da sociedade civil	Presidência exercida pelo Secretário Nacional de Proteção Global do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, sem menção à vice-presidência
<b>Secretaria executiva</b>	Exercida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, com recursos financeiros para o CNCND consignados a ela	Exercida pela Secretaria Nacional de Proteção Global, sem quaisquer menções à vinculação orçamentária
<b>Regimento interno</b>	Aprovação feita pelo próprio Conselho com voto de, no mínimo, dois terços dos conselheiros votantes	Deve ser submetido à aprovação do Ministro de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos
<b>Câmaras técnicas e grupos de trabalho</b>	Podem ser constituídos para estudo e elaboração de propostas sobre temas específicos, por meio de ato prevendo seus objetivos, composição e prazo para conclusão dos trabalhos	Podem ser constituídos para estudos e elaboração de propostas a respeito de temas específicos, contudo com limitações: até cinco membros, duração não superior a um ano e no máximo três grupos operando simultaneamente.
<b>Reuniões</b>	Bimestrais e presenciais, de acordo com Regimento Interno, com o pagamento de diárias e passagens para membros	Trimestrais e presenciais para membros que se encontrarem no Distrito Federal, enquanto membros que se encontrem em outros entes federativos participarão da reunião por meio de videoconferência.

Fonte: Elaborado pelos autores.

Conforme é possível perceber, foram empreendidas alterações significativas na estrutura do CNCD, não se limitando a questões pontuais que geralmente são feitas para adequar os conselhos a novas iniciativas e grupos que surgem na sociedade. A mudança de direcionamento do Conselho, que não se dedica mais à população LGBT, representa uma tentativa de enfraquecimento da luta por direitos para um grupo discriminado e inferiorizado, cujas pautas têm recebido resistência por parte de Jair Bolsonaro durante toda sua trajetória política<sup>47</sup>. Ainda assim, o Conselho assumiu um enfoque generalista, visto que diversos grupos afetados por discriminação e intolerância passaram a ser abarcados, o que vai na contramão de um número reduzido de representantes da sociedade civil, pois, dessa forma, nem todos os grupos serão contemplados. Aliado a isso, há um protagonismo do Poder Público, de maneira que a sociedade civil fica impedida de pleitear demandas que possuem resistência governamental. A exigência de maioria absoluta para aprovação de medidas a serem tomadas pelo CNCD reforça o desequilíbrio entre Poder Público e sociedade civil, já que se espera que os representantes daquele tenham opiniões alinhadas, assim conseguirão decidir em nome do Conselho mesmo sem a concordância dos representantes dessa.

Conforme apontado por Eleonora Cunha<sup>48</sup>, a “democratização da gestão estatal, expressa na introdução do direito de participação da sociedade civil na formulação e no controle de diversas políticas públicas” é uma inovação que produz alterações profundas no próprio Estado. Assim, há descontinuidade da administração meramente burocrática e conduzida somente pelos gestores públicos. Logo, pode-se afirmar que a razão de ser dos conselhos reside na participação da sociedade civil, pois ela é a responsável pela reconfiguração institucional, de modo que negar ou limitar a atuação desse grupo implicaria numa contradição com os propósitos das instituições participativas.

No mesmo sentido do que já foi apontado a respeito do Decreto nº 9759/2019, a nova configuração do CNCD obstaculiza a participação social em diversos momentos na atuação do Conselho. Com isso, a partilha de poder com a sociedade civil é limitada, já que há ocupação maior por parte dos membros do Conselho que foram indicados ou possuem relação com

---

47 IRINEU, 2019.

48 2010, p. 93.

os governantes eleitos. Desse modo, adota-se uma visão de que as iniciativas participativas são antagônicas ao modelo de democracia representativa. Há uma inefetividade em potencial do CNCD, visto que, possivelmente, haverá primazia das intenções dos governantes, por meio da atuação dos membros que são representantes do Poder Público no Conselho, enquanto a sociedade civil servirá de instrumento para dar legitimidade às decisões tomadas em nome do colegiado.

Ressalta-se que o CNCD-LGBT também possuía falhas, especialmente quando se analisava a sua atuação prática, conforme detectado por Adriana Marques<sup>49</sup>. Identificou-se que o CNCD-LGBT enfrentava dificuldades para a concretização de leis e políticas públicas, de modo que questões institucionais e políticas bloqueavam a realização plena de suas capacidades. Outras tensões, especialmente relativas às identidades e disputas por legitimidade, também foram registradas por Bruna Irineu<sup>50</sup>. Desse modo, o objetivo do presente artigo não foi idealizar a configuração anterior do Conselho, mas compará-la com a atual para aferir qual detém um potencial mais participativo do ponto de vista do seu desenho institucional.

## 5. Conclusão

A hegemonia da democracia liberal-representativa levou ao apagamento de experiências democráticas diferenciadas, pautadas na participação, que poderiam complementar os esquemas representativos. Assim, pode-se dizer que houve perda da demodiversidade. Com isso, a redução de legitimidade e subsequente crise do modelo hegemônico demandam uma renovação do campo democrático, o que poderia ser feito por meio do incentivo às iniciativas participativas.

No contexto brasileiro, a extinção de órgãos colegiados no nível federal aponta para o sentido contrário de tal alternativa, visto que se reforçam as instituições e os agentes representativos, de modo que o Estado deixa de partilhar poder para, no caso dos conselhos, formular políticas públicas em conjunto com a sociedade civil. Ainda que alguns conselhos sejam mantidos ou criados, as novas configurações deverão seguir ditames que reduzem o caráter dialógico e plural de tais instituições, pois, com base na busca por

---

49 2016.

50 2016.

racionalização administrativa, delimitou-se o número máximo de membros e foi dificultado o contato direto entre eles na ocasião das reuniões.

Especificamente quanto ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação, sua nova configuração indica uma ruptura brusca em relação à conformação anterior do Conselho. As mudanças contemplam desde uma mudança de foco, visto que agora não se dedica mais à população LGBT, assumindo um enfoque generalista para grupos afetados por discriminação e intolerância, até um desequilíbrio entre a sociedade civil e o Poder Público dentro do Conselho. As razões de existência das instituições participativas são desvirtuadas, pois o seu grande diferencial está na abertura para participação da sociedade civil, desviando-se de uma administração meramente burocrática e conduzida apenas por gestores públicos.

Portanto, é possível extrair que, não necessariamente, a perda de legitimidade da democracia liberal-representativa conduzirá a um processo de abertura às diversidades democráticas. Pelo contrário, verifica-se, atualmente, maior concentração de poder combinada com a percepção dos membros de espaços participativos como adversários e empecilhos para a atuação das autoridades eleitas. Destaca-se que a presente pesquisa abordou elementos normativos, sendo que, no plano fático, o elemento participativo pode se revelar com maior presença. Em virtude disso, há necessidade de desenvolvimento de estudos dedicados à dinâmica prática do Conselho, quando a sua nova configuração alcançar maior consolidação.

## Referências

- ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: ABRANCHES, Sérgio et al. (org.). *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- ALCÂNTARA, Pedro Henrique Generino de. *Participação e deliberação: um estudo sobre duas teorias alternativas da democracia*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.
- AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. *Opinião Pública*, Campinas, v. 14, n. 1, p. 43-64, jun. 2008. <https://doi.org/10.1590/S0104-62762008000100002>.

- BOHMAN, James. *Public deliberation*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- BRASIL. *Decreto n. 7388, de 9 de dezembro de 2010*. [2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7388.htm). Acesso em: 02 set. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014*. [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm). Acesso em: 31 ago. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 9.833, de 27 de junho de 2019*. [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9883.htm#art13](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9883.htm#art13). Acesso em: 31 ago. 2019.
- BRASIL. *Exposição de motivos do Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019*. [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-Dec-9759-19.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-Dec-9759-19.pdf). Acesso em: 31 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF inicia julgamento de ação contra extinção por decreto de conselhos federais da administração pública*. 12 jun. 2019c.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean et al (org.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 295-316.
- COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (ed.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT Press, 1997, p. 67-91
- CUNHA, Eleonora Schettini. Inclusão social e política: o desafio deliberativo dos conselhos municipais de Assistência Social. In: AVRITZER, Leonardo (org.). *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 93-128.
- CUNHA, Eleonora Schettini Martins et al. Uma estratégia multidimensional de avaliação dos conselhos de políticas: dinâmica deliberativa, desenho institucional e fatores exógenos. In: PIRES, Roberto Rocha (org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: IPEA, 2011, p. 297-321.
- DAHL, Robert. *Prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.
- FARIA, Claudia Feres; RIBEIRO, Uriella Coelho. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In: PIRES, Roberto Rocha (org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: IPEA, 2011, p. 125-135.

- FEITOSA, Cleyton. Mapeando demandas por participação política da população LGBT no Brasil. *Bagoas*, Natal, n. 17, p. 283-317, 2017.
- GASPARDO, Murilo. Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 65-88, abr. 2018. <https://doi.org/10.5935/0103-4014>. 20180006.
- GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995. <https://doi.org/10.1590/S0102-64451995000200003>.
- IRINEU, Bruna Andrade. *A política pública LGBT no Brasil (2003-2014): homofobia cordial e homonacionalismo nas tramas da participação social*. 2016. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- IRINEU, Bruna Andrade. “Boys wear blue and girls wear pink”: the LGBTI agenda in the face of an extreme right-wing offensive in Brazil. In: INTERNATIONAL LESBIAN, GAY, BISEXUAL, TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION. *State-Sponsored Homophobia 2019*. Genebra: ILGA, 2019, pp. 106-107.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LIMA, Paula Pompeu Fiuza *et al.* Conselhos nacionais: elementos constitutivos para sua institucionalização. *Texto para discussão do IPEA*, Brasília, n. 1951, abr. 2014.
- MACHADO, Maira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 357-389.
- MACPHERSON, Crawford. *A Democracia Liberal: origens e evoluções*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- MARQUES, Adriana. *O Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção de Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT): entraves e possibilidades de participação na elaboração e implementação de políticas públicas*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- MIGUEL, Luis Felipe. Teoria democrática atual: esboço de mapeamento. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 59, p. 5-42, 1. sem. 2005.

- PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- SAAD-FILHO, Alfredo; BOFFO, Marco. The corruption of democracy: Corruption scandals, class alliances, and political authoritarianism in Brazil. *Geoforum*, article in press, 2020. <https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2020.02.003>
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SILVA, Fabrício Pereira da. *Democracias errantes: reflexões sobre experiências participativas na América Latina*. Rio de Janeiro: Ponteio, 2015.
- TEIXEIRA, Ana Claudia; BEZERRA, Carla de Paiva; SILVA, Marcelo Kunrath. Participação e democracia: o Brasil precisa de conselhos. *Nexo Jornal*, 25 maio 2019. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2019/Participa%C3%A7%C3%A3o-e-democracia-o-Brasil-precisa-de-conselhos>. Acesso em: 02 jul. 2020.
- URBINATI, Nadia. Representação como advocacy: um estudo sobre deliberação democrática. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 9, n. 16, p. 51-88, abr. 2010. <https://doi.org/10.5007/2175-7984.2010v9n16p51>
- YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

Recebido em 17 de fevereiro de 2020.

Aprovado em 29 de março de 2020.



**RESUMO:** o presente trabalho busca investigar a reformulação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação no cenário de crise da democracia representativa liberal. Para isso, são apresentados os aspectos da referida crise, bem como se analisa o Decreto Federal nº 9759/2019, que extinguiu órgãos colegiados da administração pública federal brasileira. Por meio de estudo de caso e da técnica da análise documental, comparam-se os desenhos institucionais do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, antes e depois do Decreto Federal nº 9883/2019, que o reformulou. Por fim, verificou-se que houve limitação da partilha de poder com a sociedade civil, com adoção de visão de que as iniciativas participativas são antagônicas ao modelo de democracia representativa liberal.

**Palavras-chave:** participação social, crise da democracia liberal, democracia contra-hegemônica, conselho de políticas públicas.

**ABSTRACT:** The present work seeks to investigate the reformulation of Nation Council for Combating Discrimination amidst the crisis of liberal-representative democracy. To do that, the aspects of this crisis are presented, as well as the analysis of Federal Decree n. 9759/2019, which extinguished collegial organizations in the Brazilian federal public administration. Using case study and document analysis technique, the institutional designs of the National Council for Combating Discrimination are compared, before and after the Federal Decree n. 9883/2019, that reformulated it. Finally, it is concluded that there is a limitation of power sharing with civil society, adopting the view that participatory initiatives are antagonistic to the model of liberal-representative democracy.

**Keywords:** social participation, liberal democracy's crisis, counter-hegemonic democracy, public policy council.

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** ALMEIDA, Marcos Lopes de; ROSA, Waleska Marcy. A erosão da participação social institucionalizada em tempos de crise da democracia liberal: a reformulação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1367>.

# É menino! É menina! Os riscos das tecnologias de análise facial para as identidades de gênero trans e não-binárias

*It's a boy! It's a girl! The risks of facial analysis technologies for trans and non-binary gender identities*

Paula Guedes Fernandes da Silva\*

Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto, Porto, Portugal

## 1. Introdução

Atualmente, mesmo nos raros casos daqueles que a desconhecem, a tecnologia de análise facial<sup>1</sup>, que inclui o reconhecimento facial (RF), já impacta a vida das pessoas em todo o mundo. De usos simples, como em *tags* automáticas de fotos em mídias sociais e desbloqueios de *smartphones*, aos mais complexos, a exemplo de verificação de identidades por aplicativos e câmeras de segurança, a ferramenta torna-se cada vez mais presente e onipresente nas sociedades.

Nesse cenário, há argumentos a favor da tecnologia que, para seus defensores, supostamente traria ganhos de acurácia, eficiência, conforto e comodidade em certas áreas. Porém, sua implementação acelerada e sem

---

\* Doutoranda em Direito pela Universidade Católica Portuguesa (bolsista da Fundação para a Ciência e a Tecnologia) e Mestre em Direito Internacional e Europeu pela mesma instituição; especialista em Direito Digital pelo ITS-Rio em parceria com a UERJ. Pesquisadora do grupo de pesquisa em Direito e Tecnologia da PUC-Rio (Legalite) e do Grupo de Estudos em Novas Regulações de Serviços Digitais no Direito Comparado do Legal Grounds Institute. E-mail: paulaguedes94@hotmail.com.

1 O reconhecimento facial e a análise facial são processos intimamente conectados. É comum que pesquisadores de aprendizado de máquina, inclusive, classifiquem o “reconhecimento” como uma forma de análise, o que incluiria também a detecção, classificação e estimativa; CONCERNED RESEARCHERS, 2019.

supervisão formal mínima já se provou uma ameaça para direitos e liberdades fundamentais, principalmente de grupos tradicionalmente marginalizados da sociedade, como indivíduos transexuais e não-binários. No atual estágio de desenvolvimento, além de permitir a vigilância em massa, estatal e privada, o uso do reconhecimento facial pode ocasionar danos associados à privacidade, proteção de dados, dignidade, liberdades, autodeterminação e igualdade, com especial impacto negativo em comunidades vulneráveis.

Dito isso, o objetivo deste trabalho é analisar as consequências maléficas da implementação da análise facial especificamente em identidades trans e não-binárias, comunidades já historicamente discriminadas na sociedade. Para isso, será necessária uma breve análise e explicação da tecnologia e suas classificações para posterior exposição dos possíveis riscos aos direitos fundamentais desses grupos associados à sua utilização. Por fim, serão expostas algumas estratégias de solução ou, ao menos, mitigação de violações e abusos.

## 2. Breve explicação sobre tecnologias de reconhecimento facial

As TRF são ferramentas digitais de inteligência artificial (IA) que executam determinadas tarefas em imagens e vídeos que contenham rostos humanos, atualmente presentes em diversos aspectos da vida em sociedade em razão de sua implementação difundida em bancos, transporte público, escolas, lojas e até em dispositivos conectados.<sup>2</sup> Dentre as possibilidades de uso, a ferramenta pode desempenhar diferentes funções, de acordo com a pergunta que se busca responder. Vejamos:

1 – Detecção Facial – processo de detecção da presença de rostos em determinada imagem ou vídeo. Busca-se apenas responder à pergunta “há um rosto?”, sem efetuar a identificação ou categorização do rosto encontrado;

2 – Categorização/Classificação facial – o objetivo é analisar e classificar um rosto de acordo com suas emoções, expressões ou características. Por exemplo, o *software* pode ser desenvolvido para extrair atribui-

---

2 BUOLAMWINI, 2020, pp. 2, 7-8.

tos do rosto detectado e separar em categorias com base em gênero<sup>3</sup>, idade, raça ou etnia, além da possibilidade de detectar acessórios (a presença de barba, óculos ou bigode) ou classificar emoções de acordo com expressões faciais (sorriso para felicidade, por exemplo). O que se busca é responder à pergunta “que tipo de rosto é mostrado?”, mas sem reconhecer a identidade do indivíduo-alvo;

3 – Reconhecimento Facial – apesar da expressão ser utilizada de forma genérica, refere-se ao processo de usar representações digitais de rostos para identificar ou verificar a identidade de um indivíduo único, o que pode ocorrer em verificação ou identificação. No primeiro caso, o objetivo é determinar se uma imagem representa uma pessoa em particular, como acontece em desbloqueio de celular, a partir de uma análise de 1 para 1. Já no segundo, tenta-se responder à pergunta “de quem é esse rosto?”, em uma análise de um para muitos.<sup>4</sup>

Por lidar diretamente com uma característica física única do ser humano – o rosto – as TRF são classificadas como tecnologias de biometria, em que dados biométricos<sup>5</sup> são o principal insumo<sup>6</sup>. Consequentemente, independentemente do uso que é feito dela, a tecnologia trata dados pessoais sensíveis nos termos do art. 5º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil (LGPD), que podem ser coletados, inclusive, à distância e sem o conhecimento do indivíduo-alvo<sup>7</sup>.

Especificamente para o reconhecimento facial, de forma simplificada, a tecnologia segue alguns passos. Primeiramente, o rosto deve ser fotografado ou gravado para sua detecção e posterior inclusão em um banco

---

3 Quando falamos da classificação de rostos com base em gênero, é comum a utilização do termo “reconhecimento automático de gênero”. Em outras palavras, é um subgrupo de tecnologias de reconhecimento facial que visa identificar algoritmicamente o gênero de indivíduos de fotografias ou vídeos; KEYES, 2018, pp. 1.

4 BUOLAMWINI *et al*, 2020, pp. 3-5.

5 De acordo com o art. 4º (14) do Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa (RGPD), dados biométricos são “dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos”.

6 BUOLAMWINI *et al*, 2020, pp. 8.

7 BUOLAMWINI *et al*, 2020, pp. 8.

de dados de pessoas a serem reconhecidas, o que pode ocorrer de forma voluntária (quando o indivíduo ativamente permite que seu rosto seja capturado) ou involuntária (quando o envolvido desconhece a captura do rosto). Em seguida, o dado facial passa por um processo automatizado de representação digital, que permite a criação de um código numérico (*faceprint*) correspondente à forma, distância e posição das partes do rosto, como boca, sobrancelha, nariz e olhos. Finalmente, para o efetivo uso da tecnologia, o banco de dados e suas respectivas representações numéricas serão comparadas com outra imagem ou vídeo, em tempo real ou não, para fins de identificação, verificação ou atribuição de *score* de similaridade<sup>8</sup>.

Quando o RF é utilizado para verificação, o objetivo é decidir se duas imagens são correspondentes, isto é, se representam a mesma pessoa. Já para identificação, o rosto-alvo é comparado com diversos outros do banco de dados para saber se a face coletada corresponde a alguma outra. Porém, o sistema pode falhar nesses processos por motivos diversos, como baixa qualidade das mídias, condições de luminosidade precárias, ângulos distintos ou problemáticas relacionadas à construção do modelo algoritmo ou da base de dados, por exemplo. Conseqüentemente, a tecnologia pode gerar resultados equivocados tanto por não reconhecer um rosto que deveria (falso negativo) como por reconhecer um rosto que não deveria (falso positivo)<sup>9</sup>.

### 3. Identidades trans e não-binárias

Apesar da dicotomia clássica entre homem e mulher ter surgido de uma análise biológica dos sexos, a identidade de gênero é apresentada como uma construção social de masculino e feminino, o que permite que um indivíduo possa experimentar identidades de gênero que não se moldam aos modelos binários de homem/masculino e mulher/feminino – modelo cisgênero de correspondência entre sexo e gênero<sup>10</sup>. Assim, diferentemente do sexo biológico, a orientação sexual e a identidade de gênero são fruto de construções sociais e da autopercepção do indivíduo sobre si<sup>11;12</sup>.

---

8 BUOLAMWINI *et al*, 2020, pp. 9-10.

9 YAVUZ, 2019, pp. 45-46.

10 MAIA; BEZERRA, 2017, pp. 168 e 1695.

11 MAIA; BEZERRA, 2017, pp. 1689; JESUS, 2012, pp. 6.

12 Há teorias de gênero que entendem de forma diferente. Por exemplo, para a filósofa Judith Butler, tanto gênero como o sexo biológico seriam construções sociais; BUTLER, 1999, pp. 10-11; MIKKOLA, 2017.

Por isso, é possível que uma pessoa nasça com distanciamento entre corpo e mente, isto é, possua características biológicas de um determinado sexo, como órgãos genitais, hormônios e cromossomos, mas não se reconheça em seu corpo físico por se identificar com o gênero oposto (“sexo psicológico”). É o caso dos transexuais, que não se reconhecem no gênero correspondente ao sexo biológico, o que leva a uma incongruência entre seu sexo biológico e a identidade de gênero construída e pela qual desejam ser reconhecidos<sup>13</sup>.

A transexualidade, pois, refere-se não à orientação sexual, mas à identidade de gênero, que é fluida e variável, como um desejo de autodeterminar-se e ser aceito como pessoa do sexo oposto ao biológico. Esta desconexão gera um desconforto psicológico e emocional que pode fazer com que o indivíduo transexual busque a transgenitalização (cirurgia de redesignação sexual) ou tratamento hormonal. Essa situação não deve ser tratada como um problema, doença ou anomalia, como já entendido no passado, mas apenas como uma condição pessoal que é igualmente merecedora de reconhecimento, respeito e garantia de direitos<sup>14</sup>.

Porém, ainda hoje, vivemos os reflexos de uma sociedade patriarcal, binária, machista e racista que dissemina a crença de que órgãos genitais definem se uma pessoa é homem ou mulher, criando um modelo “normal” associado à cisnormatividade e à heterossexualidade<sup>15;16</sup>. Consequentemente, a população LGBTQIA+, especialmente trans e não binários, enfrentam diferentes e diversas formas de violência, direta e indireta, institucionais e estruturais, inclusive naturalizadas e enraizadas na cultura das sociedades<sup>17</sup>.

O Brasil, por exemplo, é recordista mundial em assassinatos de pessoas transgênero, triste posição que assume desde 2008<sup>18</sup>, tendo, inclusive, mantido a primeira posição neste ranking mundial em 2020 com números acima da média<sup>19</sup>. Há um ciclo de exclusões e violências direcionados a

---

13 MAIA; BEZERRA, 2017, pp. 1689.

14 MAIA; BEZERRA, 2017, pp. 1696-1697.

15 JESUS, 2012, pp. 5.

16 SILVA; VARON, 2021, pp. 6.

17 BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, pp. 26.

18 O GLOBO, 2021.

19 BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, pp. 7.

essa comunidade, reforçando a situação de precarização e vulnerabilidade, iniciada na infância, ainda no ciclo familiar, e que se perpetua pelo resto da vida por meio de preconceitos, dificuldade de acesso a direitos fundamentais e omissão estatal em garantia de bem-estar<sup>20</sup>.

Nesse contexto, de acordo com dados de 2020 da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 94,8% da população trans já sofreu algum tipo de violência em razão de sua identidade de gênero, o que inclui, além de discriminação, assassinatos, tentativas de assassinato, ameaça e violência nas redes sociais, inclusive com aumento dos casos em relação ao ano anterior. Tais números refletem a perseguição de pautas pró-LGBT-QIA+ e as campanhas de ódio direcionadas à “ideologia de gênero”, vindas principalmente dos setores mais conservadores<sup>21</sup>.

Além do crescimento dos números de violência, a pandemia de COVID-19 deflagrada em 2020 também agravou as desigualdades já existentes, o que colocou a população trans em situação de ainda maior vulnerabilidade e precarização por falta de acesso às políticas emergenciais do Estado brasileiro, que não se mobilizou para criar políticas de assistência para essa comunidade<sup>22</sup>.

Ainda, apesar da recente criminalização da LGBTIfobia como uma forma do crime de racismo por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>23</sup>, o que deveria ter deflagrado a implementação medidas de proteção à essa população pelo Estado, não houve reflexo significativo na atuação estatal, reforçando a falta de interesse no enfrentamento do problema<sup>24</sup>. Somada a essa omissão, a ausência de acolhimento efetivo e da necessária adequação das documentações dessa comunidade pelos órgãos governamentais no Brasil faz com que haja subnotificação das violências sofridas por esses grupos<sup>25</sup>. Além disso, pessoas trans já lutam há anos pela garantia mínima do direito à autodeterminação de gênero e à identidade pessoal, incluindo o direito ao nome e a identificação civil, mas também a capacidade de se reconhecer por meio de traços de personalidade, comportamento, carac-

---

20 BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, pp. 37-38.

21 BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, pp. 7-8.

22 BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, pp. 7-8.

23 BARIFOUSE, 2022.

24 BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, pp. 26.

25 BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, pp. 26-27.

terísticas físicas e biométricas (direito do indivíduo de ser si mesmo e ser retratado como tal)<sup>26</sup>. Apesar de não estar expresso no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à identidade pessoal é fundamental para o pleno desenvolvimento da personalidade e de suas potencialidades<sup>27</sup>, o que é, por vezes, negado a essas pessoas.

O direito à identidade pessoal<sup>28</sup> seria, então, um direito de personalidade autônomo, associado à dignidade da pessoa humana, de um indivíduo ter a sua própria verdade pessoal e de ser reconhecido por ela<sup>29</sup>, o que está intimamente ligado ao direito de pessoas transexuais de serem conhecidas por quem são, inclusive de terem o reconhecimento jurídico-social do Estado<sup>30</sup>.

Nesse contexto, o documento de identidade pode ser visto como um resumo de algumas dimensões da identidade individual, já que lida com dados identitários<sup>31</sup>. Todavia, os direitos associados aos elementos objetivos do documento de identidade, tais como nome, sexo/gênero e fotografia (imagem), eram negados ou dificultados para pessoas trans, que, conseqüentemente, mantinham-se invisíveis para o Estado em uma política estatal de diferenciação, segregação e exclusão dessas comunidades<sup>32</sup>.

Apenas em 2018 o STF reconheceu o direito de pessoas transexuais de alteração de nome e gênero no assento de registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou autorização judicial<sup>33</sup>, em entendimento à luz do princípio da dignidade humana e igualdade, respeitando a identidade individual e, por fim, desassociando os elementos de identificação ao sexo biológico<sup>34</sup>. A decisão foi um marco em prol do direito à

---

26 SILVA; VARON, 2021, pp. 9-10; CAMPOS, 2006, pp. 178-180.

27 KONDER, 2018, pp. 7-8.

28 Em seus primórdios, esse direito não era reconhecido como um direito da personalidade autônomo, mas vinculado a outros, como o direito ao nome, em uma noção mais estática de identidade. Essa noção estaria relacionada à imutabilidade de certos atributos, como nome, identificação física, imagem e registro civil. Porém, hoje, falamos também de uma dimensão dinâmica, ligada à construção constante da identidade pessoal ao longo da vida, como resultado de suas crenças, vivências culturais e sociais do indivíduo; CAMPOS, 2006, pp. 178-180.

29 DE CUPIS, 2004, pp. 179-180; KONDER, 2018, pp. 2.

30 KONDER, 2018, pp. 7.

31 SILVA; VARON, 2021, pp. 9-10.

32 SILVA; VARON, 2021, pp. 10-11.

33 O entendimento foi firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275 de 2018 que deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 58 da Lei de Registros Públicos; STF, 2018.

34 MAIA; BEZERRA, 2017, pp. 1712.



identidade individual, dignidade humana e autodeterminação de gênero de pessoas transexuais no Brasil, o que foi seguido por implementações de diferentes resoluções pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>35</sup>.

Apesar desses importantes avanços, há ainda muito a ser feito, especialmente quando consideramos, como mencionado, que indivíduos de fora da conformidade cisgênera já experienciam violências sistemáticas mesmo sem a intermediação de tecnologias. Com o atual contexto de avanço no tratamento de dados pessoais por técnicas de IA, como tecnologias de reconhecimento facial, a tendência é que essas violências, inclusive em termos de identidade e autodeterminação de gênero, sejam reforçadas e escalonadas.

#### **4. Potenciais violações de direitos fundamentais de indivíduos transexuais no uso do reconhecimento facial**

Com a progressiva implementação de tecnologias de análise facial em locais públicos e privados variados, como lojas, bancos, aeroportos, transporte público, escolas, repartições públicas e ruas, usualmente sob o argumento de segurança pública e melhoria da efetividade da prestação de serviços<sup>36</sup>, crescem também riscos de violação de direitos fundamentais.

Questões relacionadas ao uso ilegal ou abusivo, fruto da falta de acurácia ou programas de vigilância em massa, por exemplo, são ameaças constantes a direitos como privacidade, proteção de dados, não discriminação (igualdade), autonomia/identidade e liberdades fundamentais de todos, mas especialmente para grupos já à margem da sociedade, que já sofrem violações de seus direitos mesmo sem a implementação de tecnologias, como é o caso das pessoas trans e não binárias, como será analisado a seguir.

##### **a. Igualdade e não-discriminação**

Apesar dos argumentos a favor da neutralidade da tecnologia, diversos estudos revelam a automatização de preconceitos socialmente enraizados e o re-

---

35 O CNJ vem sendo uma instituição relevante na promoção de direitos de pessoas trans, a partir da criação de diferentes regulações sobre o tema, como a Resolução nº 270/2018 sobre o uso de nome social, Resolução nº 348/2020 sobre o tratamento e garantia de direitos da população LGBTQIA+ no sistema prisional e o Provimento 73 que trouxe as regulamentações necessárias para o efetivo cumprimento da decisão do STF na ADI 4275.

36 SILVA; VARON, 2021, pp. 6.

forço de estruturas patriarcais binárias, racistas e machistas, principalmente contra grupos historicamente marginalizados da sociedade, a exemplo de negros, pobres e comunidades LGBTQIA+<sup>37</sup>. Já em 2012, pesquisa realizada pelo Instituto de Engenheiros Eletricistas e Eletrônicos (IEEE) concluiu que sistemas de reconhecimento facial identificam erroneamente, com maior frequência, pessoas negras, mulheres e jovens de 18 a 30 anos<sup>38</sup>.

No mesmo sentido, estudo de 2018 do *MIT Media Lab*, conduzido pela pesquisadora Joy Buolamwini, descobriu que algoritmos de análise facial automatizada e seus bancos de dados eram enviesados em relação a certas categorias, como raça e gênero. Inicialmente, foram auditadas as principais ferramentas comerciais de reconhecimento facial e classificação de gênero, produzidas pela *Microsoft*, *IBM* e *Face++*, o que levou a constatação de que esses sistemas performavam melhor para rostos de homens brancos e pior em mulheres negras (taxa de erro variável entre 20.8% e 34.7%).<sup>39</sup> Em seguida, em 2019, a pesquisadora verificou que o sistema de análise facial da *Amazon* apresentava resultados enviesados de forma similar, ao apresentar taxas de erro de 31% para classificação de gênero de mulheres negras, em comparação com 0% de imprecisão para homens brancos<sup>40</sup>.

Essas taxas de erro na identificação de raça e gênero, principalmente quando combinados, decorre de banco de dados construído a partir de um referencial masculino e branco, com representação insuficiente de grupos não hegemônicos, o que ameaça, de forma significativa, direitos fundamentais dos sub-representados<sup>41</sup>. Além disso, o estudo mostrou como é fundamental a realização de estudos baseados em interseccionalidade<sup>42</sup>, já que es-

---

37 SILVA; VARON, 2021, pp. 6.

38 KLARE *et al*, 2012, pp. 1789–1801.

39 BUOLAMWINI; GEBRU, 2018, pp. 8.

40 As ferramentas da *Microsoft*, *IBM* e *Face++* melhoraram seus níveis de acurácia geral ao diminuir as disparidades que existiam entre homens/mulheres e peles claras/escuras, principalmente no que tange a mulheres negras. Porém, mesmo com a melhoria, se pensarmos em utilização em massa, a diferença de acurácia é ainda muito significativa; BUOLAMWINI; RAJI, 2019, pp. 1; CONCERNED RESEARCHERS, 2019.

41 SILVA; VARON, 2021, pp. 40-41.

42 Interseccionalidade é um termo criado pela jurista norte-americana Kimberlé Crenshaw para abordar o problema da associação de múltiplos sistemas de subordinação, buscando capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos de subordinação. Em outras palavras, analisa a forma como o racismo, patriarcalismo, opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que são exacerbadas quando fluem em conjunto; CRENSHAW, 2002, pp. 177.

tatísticas agregadas mascaram diferenças importantes entre as comunidades – nenhum subgrupo pode representar a universalidade da humanidade<sup>43</sup>.

Dito isso, é possível constatar que essas tecnologias de análise facial para classificação de gênero utilizam, em sua maioria, rótulos cisgênero e binários de sexo feminino e masculino, em uma visão reducionista de gênero que não captura adequadamente as complexidades envolvidas e, por isso, não aborda identidades trans e não-binárias<sup>44</sup>. Nesse sentido, estudo realizado em 10 ferramentas de análise facial que classificam pessoas com base em gênero constatou que essa tecnologia não funciona adequadamente para indivíduos transexuais e são incapazes de classificar pessoas não binárias<sup>45</sup>.

De acordo com a pesquisadora Sasha Costanza-Chock, a cisnormatividade, ou seja, a suposição de que todas as pessoas são cisgênero – possuem identidade de gênero consistente com o sexo atribuído ao nascer, é passada para o banco de dados, os algoritmos e o *design* das ferramentas de IA<sup>46</sup>, como é o caso de tecnologias de reconhecimento facial como um todo.

Para Costanza-Chock, vivemos em uma sociedade com forte predomínio de uma matriz de dominação<sup>47</sup>, isto é, uma realidade em que raça, classe e gênero atuam como sistemas de opressão entrelaçados, distribuindo poder, opressão, resistência, privilégios, penalidades, benefícios e danos de forma desproporcional na sociedade. Por meio dela, se pressupõe a existência de apenas dois gêneros, em conformidade com o sexo biológico, e os corpos que não se enquadram em uma faixa aceitável de desvio do corpo binário são usualmente sinalizados como “arriscados” ou “anômalos”, sujeitos a uma carga elevada e desproporcional de danos<sup>48</sup>.

Desta forma, é possível compreender que as tecnologias de análise facial, como o reconhecimento ou a classificação automatizada de gênero/raça, não são neutras e falham em seus resultados quando aplicadas em identidades trans e não binárias ao reproduzir um modelo de sociedade que as discrimina e segrega como “anormais”<sup>49</sup>. Por isso, no atual estado

---

43 BUOLAMWINI, 2019a.

44 BUOLAMWINI; GEBRU, 2018, pp. 6.

45 SCHEUERMAN *et al*, 2019, pp. 1.

46 2018, pp. 4.

47 O termo matriz de dominação (*matrix of domination*) foi criado pela feminista negra Patricia Hill Collins para se referir a raça, classe e gênero como sistemas interligados de opressão; 2018, pp. 4.

48 COSTANZA-CHOCK, 2018, pp. 4.

49 SILVA; VARON, 2021, pp. 41; LEUFER, 2021.

de desenvolvimento da tecnologia, o seu uso aumenta o risco de decisões discriminatórias em larga escala para esses grupos<sup>50</sup>.

## b. Direito à identidade e à autodeterminação de gênero

O ato de rotular rostos humanos a partir de classificações demográficas, como raça e gênero, é passível de erros, como visto, principalmente em relação aos grupos marginalizados, a exemplo das identidades trans e não binárias, roubando-lhes o controle e a agência de autoidentificação conforme suas realidades<sup>51</sup>. Empresas persistem em utilizar dados biométricos da face para criar sistemas que inferem aspectos complexos de identidades individuais<sup>52</sup>. Assim, o *design* da tecnologia de análise facial, ao basear-se em uma lógica binária de gêneros, nega as identidades divergentes desse padrão, impactando essas diferentes biografias e suas chances de vida<sup>53</sup>.

Pesquisadores constataram que as TRF, que pretendem reconhecer e classificar gêneros com base em análise de rostos, só “funcionam” quando negam o papel do autoconhecimento de gênero e, conseqüentemente, negando também identidades trans e não binárias. Não são utilizadas visões mais inclusivas de gênero, que reconheceriam a importância e a primazia do direito à identidade pessoal, mas, ao contrário, impõem a visão cisgênera de mundo no código aplicado para todos, sem distinção. Por isso, entende-se que esses sistemas não classificam o gênero de forma genuína, apenas o atribuem conforme visões hegemônicas<sup>54</sup>.

Essa tecnologia de reconhecimento automatizado de gênero, então, remove dos indivíduos a oportunidade de se identificar, já que infere esse atributo de seus dados biométricos de rosto, de forma a reduzir a identidade em simples modelos binários. Além de basear-se em inferências sem quaisquer previsões científicas<sup>55</sup>, a ferramenta representa uma forma de apagamento de pessoas trans ou não binárias, o que reforça preconceitos

---

50 BUOLAMWINI, 2019b, pp. 4.

51 BUOLAMWINI, 2019b, pp. 12.

52 LEUFER, 2021.

53 COSTANZA-CHOCK, 2018, pp. 8.

54 KEYES, 2018, pp. 17.

55 Esses sistemas ameaçam reforçar visões biológicas essencialistas da orientação sexual e de gênero ao ecoar princípios de eugenia, isto é, uma estrutura histórica que alavancou a ciência e a tecnologia para justificar a violência individual e estrutural contra pessoas consideradas inferiores; LEUFER, 2021.

e estereótipos sociais existentes<sup>56</sup>. Como esses sistemas são atualmente incapazes de identificar a existência dessas identidades, seu uso constantemente infringe direitos e reforça as invisibilidades já experienciadas por esses grupos<sup>57</sup>.

### c. Exclusão

As tecnologias de classificação de gênero por análise facial já são uma realidade prática. Um exemplo foi a tentativa do Metro de São Paulo de instalar “portas interativas digitais” nas estações da Linha 4 com intuito de detectar a presença humana e prever emoções, idade e gênero para aprimoramento dos serviços publicitários, o que seria feito sem autorização do indivíduo e, por isso, foi contestado e barrado na justiça<sup>58</sup>.

Ademais, além do uso de TRF em câmeras públicas ou em estabelecimentos comerciais, a tecnologia tem sido utilizada para autenticar e verificar identidades para a Carteira Nacional de Habitação do Brasil e para acesso a serviços públicos, como os ligados ao INSS, Receita Federal, transporte público, aeroportos, MEI e ENEM<sup>59</sup>. Diante da constatação de que as TRF podem não reconhecer a identidade de uma pessoa trans e não binária, ou não identificá-la de forma adequada, o seu uso gradual cria risco de exclusão dessas pessoas, que podem enfrentar dificuldades de acesso à serviços essenciais<sup>60</sup>.

Tal situação seria ainda pior se implementada em massa para, por exemplo, controlar acesso a banheiros públicos, prédios governamentais, hospitais ou outros locais de acesso a serviços essenciais, de forma a excluir pessoas trans e não binárias, cujos corpos não são adequadamente identificados pela tecnologia. Quando um indivíduo e sua comunidade não são representados de forma adequada, a capacidade de advogar por direitos e liberdades fundamentais fica também prejudicada, afetando áreas essenciais como saúde e educação<sup>61</sup>.

---

56 LEUFER, 2021.

57 COCKERELL, 2021.

58 IDEC, 2018.

59 SILVA; VARON, 2021, pp. 43.

60 SILVA; VARON, 2021, pp. 41.

61 LEUFER, 2021.

#### d. Privacidade e proteção de dados

Como já mencionado, o rosto humano é um dado pessoal biométrico, considerado sensível nos termos do art. 5º, inciso II, da LGPD quando utilizado para fins de reconhecimento ou mesmo classificação. Por ser um identificador imutável e facilmente visível, o uso de dados faciais em grandes quantidades para TRF, com pouca ou nenhuma supervisão prévia efetiva, pode apresentar riscos sem precedentes à privacidade e a proteção de dados que potencialmente levam a outras violações de direitos fundamentais<sup>62</sup>.

Como supramencionado, algoritmos de análise facial são capazes de inferir características individuais, como idade, gênero, raça, comportamento, emoções, estado neurológico ou de saúde e traços de personalidade, mesmo quando não há evidências científicas para apoiar a decisão do sistema. Essas inferências servem de base para a criação de perfis detalhados dos indivíduos que podem ser usados para uma gama diversa de atividades, incluindo buscas policiais injustificadas, práticas discriminatórias, compartilhamento não autorizado e até análise de níveis de criminalidade<sup>63</sup>.

Considerando que as análises de TRF podem alcançar informações a respeito de gênero e identidade de gênero, dados estes com grande potencial discriminatório, especialmente no contexto brasileiro de violação sistemática de pessoas de fora do padrão cisgênero, é preocupante a omissão da LGPD quanto a definição desses dados pessoais como sensíveis. Apesar de a lei expressamente mencionar “vida sexual”, não há menção à identidade de gênero, o que cria incertezas quanto à proteção dessa categoria e reforça a realidade de preconceito e discriminação da população trans e não binária, já extremamente marginalizada<sup>64</sup>.

Apesar dessa lacuna de proteção na LGPD, como as TRF demandam o tratamento de grandes quantidades de dados faciais, passíveis de coleta mesmo sem o conhecimento ou autorização do titular<sup>65</sup>, é crucial que sejam cumpridos os direitos dos titulares e respeitados os princípios de proteção de dados, principalmente finalidade, adequação, necessidade e

---

62 BUOLAMWINI, 2019b, pp. 4.

63 BUOLAMWINI, 2019b, pp. 5-6 e 12.

64 COSTA, GAGLIARDI; TORRES, 2022, pp. 3.

65 FRA, 2019, pp. 23-24.

não-discriminação, presentes tanto na LGPD como no RGPD. Na prática, porém, isso não é verificado, já que a maioria das TRF são opacas e não sujeitas à relatórios de impacto ou auditorias externas, além de não serem fornecidas informações mínimas a respeito do modelo, da escolha de dados ou mesmo como esses dados são tratados<sup>66</sup>.

### e. Liberdade e dignidade

Diante da constatação de que as TRF apresentam uma lógica transfóbica, partindo de bases de dados majoritariamente masculinas e brancas, a maior taxa de indivíduos trans e não binários equivocadamente identificados como sendo outra pessoa (falsos positivos) é alarmante, especialmente no uso para segurança pública<sup>67</sup>. Nesse contexto, uma identificação equivocada pode levar a prisões ilegais ou constrangimentos desnecessários de inocentes, ferindo o direito de liberdade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana, todos constitucionalmente garantidos no contexto brasileiro.

Porém, mesmo que a tecnologia evolua em termos de acurácia e ausência de resultados enviesados, sua implementação é ainda assim uma ameaça para direitos fundamentais, já que pode ser utilizada para vigilância em massa por Estados ou empresas privadas ou mesmo para controle e perseguição de certos grupos<sup>68</sup>, o que é ainda mais prejudicial para pessoas não conformes com a cisheteronormatividade, que já sofrem com sistemáticas violações de seus direitos básicos.

Em determinados contextos, pois, a TRF pode representar riscos significativos tanto em momentos de acerto como de falhas em suas análises, o que ocorre no caso de aplicação em indivíduos transsexuais e não binários. Por isso, ativistas temem que, se a tecnologia não for regulada ou proibida, logo se tornará onipresente. Tal cenário é especialmente problemático quando implementada em países autoritários, onde as pessoas LGBTQIA+ são criminalizadas, já que a tecnologia poderia ser potencialmente utilizada para “eliminar” esses grupos vulneráveis<sup>69</sup>.

---

66 CONCERNED RESEARCHERS, 2019.

67 SILVA; VARON, 2021, pp. 41.

68 SILVA; VARON, 2021, pp. 41-42.

69 COCKERELL, 2021.

## 5. Conclusão e recomendações

Já não há dúvidas de que as tecnologias de análise facial podem amplificar desigualdades e violar direitos e liberdades fundamentais, principalmente no caso das comunidades trans e não binárias. Como o rosto apresenta dado biométrico sensível, imutável e de fácil coleta, os riscos associados à proteção de dados, privacidade, liberdade, dignidade, identidade e autodeterminação são alarmantes, o que se agrava em um cenário de implementação opaca e com pouca ou nenhuma supervisão<sup>70</sup>.

Diante dos riscos, grande parte das organizações não governamentais e defensores de direitos humanos advogam por uma moratória que proíba o uso de TRF até que seja possível atestar sua acurácia e ausência de enviesamento ou, ao menos, até que sejam adotados regulamentos específicos que garantam proteções e seu uso responsável e transparente<sup>71</sup>.

No Brasil<sup>72</sup> e na União Europeia já existem leis gerais de proteção de dados que trazem orientações e obrigações para o tratamento legal e legítimo de dados pessoais, apesar de ainda existir debates na legislação brasileira a respeito da categorização da identidade de gênero como dado pessoal sensível ou não<sup>73</sup>. Para a garantia de proteção integral de identidades não conformes à perspectiva binária de gênero, é fundamental que a abrangência do que se entende como dado pessoal sensível pela LGPD inclua a identidade de gênero, seja pela interpretação extensiva do termo “vida sexual” do art. 5º, II, ou mesmo pela definição de que o rol deste artigo é meramente exemplificativo, em consonância com o §1º do art. 11<sup>74</sup>.

---

70 BUOLAMWINI, 2019b, pp. 18.

71 BUOLAMWINI, 2019b, pp. 15.

72 Em 5 de novembro de 2020 foi entregue à Câmara dos Deputados o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal, que ficou conhecida como “LGPD Penal” (Comissão de Juristas, nov. 2020). O documento busca regular o tratamento de dados pessoais no âmbito da segurança pública e persecução penal, finalidades excluídas do escopo de aplicação da LGPD pelo art. 4º, inciso III, alíneas “a” e “d”. Em especial, o anteprojeto cria um capítulo específico para as tecnologias de monitoramento e tratamento de dados de elevado risco, onde se encontraria as tecnologias de reconhecimento facial, impondo uma série de requisitos para essas ferramentas e, inclusive, proibições, a exemplo do uso de TRF para identificação de pessoas indeterminadas em tempo real e de forma contínua quando não houver a conexão com a atividade de persecução penal individualizada e autorizada por lei e decisão judicial. No momento, o anteprojeto ainda se encontra na Câmara dos Deputados, à espera de que algum parlamentar o transforme em projeto de lei formalmente.

73 COSTA, GAGLIARDI; TORRES, 2022, pp. 3-4.

74 COSTA, GAGLIARDI; TORRES, 2022, pp. 22-23.



Ademais, para além da discussão sobre a natureza jurídica do dado pessoal referente à identidade de gênero, como não há dúvida de que os dados biométricos do rosto são considerados dados pessoais sensíveis, as leis de proteção de dados aplicam-se à tecnologia. Porém, uma regulação específica<sup>75</sup> acerca das TRF ainda se mostra necessária para lidar com suas particularidades e consequências maléficas, além de levar em consideração as experiências de grupos já socialmente marginalizados, em uma lógica interseccional sempre que possível, especialmente no contexto brasileiro em que a segurança pública e nacional são exceções de aplicação da LGPD.

Nesse sentido, atualmente, está em tramitação na União Europeia (Comissão Europeia, 2021) uma proposta de regulação de Inteligência Artificial, pensada a partir de uma abordagem baseada no risco, estipulando quatro classificações de acordo com o sistema de IA em específico, incluindo os riscos inaceitáveis, altos, limitados e mínimos. A ideia da proposta é não criar restrições desnecessárias ao desenvolvimento de tecnologias de IA, criando obrigações diferentes de acordo com o risco catalogado. Desta forma, a intervenção jurídica é destinada apenas às situações concretas em que existe um motivo de preocupação justificado ou em que tal preocupação pode ser razoavelmente antecipada num futuro próximo<sup>76</sup>.

Diante dos inegáveis riscos associados às TRF, a proposta traz tópicos específicos sobre esses sistemas, que variam entre os níveis de risco inaceitável e alto, quando a proposta impõe, respectivamente, o banimento e o cumprimento de diversos requisitos prévios, como a elaboração de uma avaliação de impacto, medidas de transparência e estratégias para mitigação de riscos, além da supervisão humana. Caso aprovado, o regulamento poderá resultar em um novo efeito Bruxelas, servindo de inspiração para outras leis e iniciativas legislativas ao redor do mundo, a exemplo do que aconteceu com o RGPD.

Para além do Direito, outras forças regulatórias são também chamadas a atuar no cenário. No que tange ao mercado, enquanto não haja o banimento ou regulações específicas para as TRF, é indispensável que empresas desenvolvedoras respeitem as legislações de proteção de dados por

---

75 Há atualmente uma proposta de regulação de Inteligência Artificial em geral na União Europeia feita a partir de uma abordagem baseada no risco, que poderá lidar especificamente com as tecnologias de reconhecimento facial.

76 COMISSÃO EUROPEIA, 2021, pp. 3.

padrão e por *design*, incluindo no código princípios éticos e orientações em prol de direitos humanos sempre que possível, de forma a privilegiar visões de mundo mais plurais e inclusivas que quebrem a lógica social hegemônica.

Para isso, é indispensável a implementação de processos internos e auditorias externas de mitigação de *bias* na IA de análise facial, principalmente no caso de usos sensíveis, como segurança pública e verificação de identidade para acesso a serviços essenciais<sup>77</sup>, sempre levando em consideração as particularidades das populações-alvo e o contexto de implementação. Ainda, conforme demonstrado em diferentes estudos, é essencial que a análise seja interseccional e desagregada em diferentes categorias e suas combinações, como gênero, raça e classe<sup>78</sup>, já que práticas de *design* universalista apagam certos grupos de pessoas, especificamente aqueles que são interseccionalmente desfavorecidos ou sobrecarregados sob o padrão de supremacia branca, masculina, cisgênero e colonial<sup>79</sup>.

Ademais, como a tecnologia reproduz a realidade, é indispensável que haja um projeto de reestruturação pedagógico-educacional em prol da inclusão de pessoas trans e não binárias na sociedade, em conjunto com ensino sobre identidades de gênero em consonância com os direitos humanos, para redução de estigmas, preconceitos e estereótipos raciais e de gênero. Somado a isso, cabe a sociedade cobrar de empresas e governantes uma maior transparência quanto ao tratamento de seus dados pessoais, além de fiscalizar e controlar, por meio de representantes e organizações sociais, os processos de criação de bancos de dados e auditorias algorítmicas prévias e frequentes<sup>80</sup>.

Dito isso, porém, é relevante mencionar que algumas tecnologias de análise facial, como a classificação automatizada de gênero, devem ser totalmente banidas, uma vez que não podem ser simplesmente corrigidas com banco de dados mais inclusivos, maior precisão ou métodos técnicos de redução de vieses: seu objetivo não é compatível com direitos fundamentais, especialmente o direito à identidade e autodeterminação de gênero, minando anos de luta por justiça de gênero e direitos LGBTQIA+<sup>81</sup>.

---

77 BUOLAMWINI, 2019b, pp. 13 e 16.

78 CONCERNED RESEARCHERS, 2019.

79 COSTANZA-CHOCK, 2018, p. 6-7.

80 SILVA; VARON, 2021, pp. 68.

81 LEUFER, 2021.

Desta forma, o presente trabalho não buscou uma solução final para as questões associadas às TRF e sua relação com identidades trans e não binárias, mas sim expor a questão e propor algumas recomendações. De certo, uma abordagem plural, multisetorial e multidisciplinar, que coordene diferentes setores da sociedade, é essencial. Leis e o próprio *design* tecnológico devem ser redesenhados com base na experiência daqueles que prejudicam, dando protagonismo aos grupos que mais sofrem com o atual uso da tecnologia, pois pessoas diferentes experimentam algoritmos de análise facial de forma diversa<sup>82</sup>. Assim como podem ser utilizadas para dificultar a autoafirmação de gênero, essas tecnologias, quando reguladas, podem potencialmente ser instrumento de ampliação de lutas sociais e políticas.<sup>83</sup>

## Referências

- BARIFOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização da homofobia. *BBC News Brasil*, São Paulo, 12 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em 03 jun. 2022.
- BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim. *Dossiê dos assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2020*. Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA). São Paulo: Expresso Popular, 2020.
- BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. *Cambridge: Proceedings of Machine Learning Research*, vol. 81, pp.1–15, 2018.
- BUOLAMWINI, Joy; ORDÓÑEZ, Vicente; MORGENSTERN, Jamie; LEARNED-MILLER, Erik. *Facial Recognition Technologies: a primer*. Algorithmic Justice League, 2020. Disponível em: [https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b775ed1002058516c11ed-c66a14\\_FRTsPrimerMay2020.pdf](https://global-uploads.webflow.com/5e027ca188c99e3515b404b775ed1002058516c11ed-c66a14_FRTsPrimerMay2020.pdf).
- BUOLAMWINI, Joy; RAJI, Inioluwa Deborah. *Actionable Auditing: investigating the impact of publicly naming biased performance results of commercial AI products*. Cambridge: Association for the Advancement of Artificial Intelligence/ACM conference on Artificial Intelligence, Ethics, and So-

---

82 COSTANZA-CHOCK, 2018, pp. 5.

83 SILVA, VARON, 2021, pp. 67.

- ciety, 2019. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/publications/actionable-auditing-investigating-the-impact-of-publicly-naming-biased-performance-results-of-commercial-ai-products/>.
- BUOLAMWINI, Joy. *Hearing on facial recognition technology (part 1): its impact on our civil rights and liberties*. Washington: United States House Committee on Oversight and Government Reform, mai. 2019. Disponível em: <https://oversight.house.gov/legislation/hearings/facial-recognition-technology-part-1-its-impact-on-our-civil-rights-and>.
- BUTLER, Judith. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. 1ª ed. Nova York: Routledge Press, 1999.
- CAMPOS, Ligia Fabris. *O direito de ser si mesmo: a tutela da identidade pessoal no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.
- COCKERELL, Isobel. *Facial recognition systems decide your gender for you. Activists say it needs to stop*. Authoritarian Tech, abr. 2021. Disponível em: <https://www.codastory.com/authoritarian-tech/facial-recognition-automated-gender>.
- COMISSÃO DE JURISTAS. *Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal*. Brasília, nov. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Regulamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial)*. Bruxelas, 21 abr. 2021, COM (2021) 206 final. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF).
- COMISSÃO EUROPEIA. *Regulatory framework proposal on Artificial Intelligence*. Europa: Shaping Europe's digital future, 2021. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai>.
- CONCERNED RESEARCHERS. *On Recent Research Auditing Commercial Facial Analysis Technology*. Medium, mar. 2019. Disponível em: <https://medium.com/@bu64dcjrytwitb8/on-recent-research-auditing-commercial-facial-analysis-technology-19148bda1832>.

- COSTA, Ramon Silva; GAGLIARDI, Marília Papaléo; TORRES, Livia Paziannotto. Gender Identity, Personal Data and Social Networks: An analysis of the categorization of sensitive data from a queer critique. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61992>. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/61992.
- COSTANZA-CHOCK, Sasha. Design Justice, A.I., and escape from the matrix of domination. *Cambridge: Journal of Design and Science*, jul. 2018. DOI:10.21428/96c8d426. Disponível em: <https://jods.mitpress.mit.edu/pub/costanza-chock/release/4>.
- CRENSHAW, Kimberle. *Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero*. Tradução de Liane Schneider. Los Angeles: Estudos Feministas, ano 10, pp. 171-188, 2002.
- DE JESUS, Jaqueline Gomes. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília: Autor, 2012. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES\\_POPULAR%C3%87%C3%83O\\_TRANS.pdf?1334065989](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULAR%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989).
- European Union Agency for Fundamental Rights – FRA. *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*. Europa: FRA Focus, 2019.
- Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. *Ação Civil Pública*. São Paulo, 2018. Disponível em: [https://idec.org.br/sites/default/files/acp\\_viaquatro.pdf](https://idec.org.br/sites/default/files/acp_viaquatro.pdf).
- KEYES, Os (2018). *The misgendering machines: trans/HCI implications of automatic gender recognition*. Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction, vol. 2, n. CSCW, art. 88, 2018. <https://doi.org/10.1145/3274357>.
- KLARE, Brendan F; BURGE, Mark; KLONTZ, Joshua; BRUEGGE, Richard. Face recognition performance: role of demographic information. *IEEE Transactions on Information Forensics and Security*, vol. 7, n. 6, pp. 1789–1801, dec. 2012. 10.1109/TIFS.2012.2214212.
- LEUFER, Daniel. *Computers are binary, people are not: how AI systems undermine LGBTQ identity*. Access Now, abr. 2021. Disponível em: <https://www.accessnow.org/how-ai-systems-undermine-lgbtq-identity>.
- MAIA, Aline Passos; BEZERRA, Lara Pinheiro. Transexuais e o Direito à Identidade de Gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. *Quaestio Iuris*, vol. 10,

- n. 3, pp. 1688-1717, 2017. <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.26854>.
- MIKKOLA, Mari. *Feminist Perspectives on Sex and Gender*. California: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/feminism-gender/>.
- O Globo. Brasil mata 175 travestis e transexuais em 2020 e segue recordista global de assassinato de pessoas transgênero, diz dossiê anual da Antra. Rio de Janeiro: *O Globo*, 29 jan. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/brasil-mata-175-travestis-transexuais-em-2020-segue-recordista-global-de-assassinatos-de-pessoas-transgenero-diz-dossie-anual-da-antra-24859138>.
- Supremo Tribunal Federal – STF. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*. Brasília: Notícias STF, mar. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>.
- SCHEUERMAN, Morgan Klaus; PAUL, Jacob; BRUBAKER, Jed. How Computers See Gender: an evaluation of gender classification in commercial facial analysis and image labeling services. *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, vol. 3, n. CSCW, art. 144, nov. 2019. <https://doi.org/10.1145/3359246>.
- SILVA, Mariah Rafaela; VARON, Joana. *Reconhecimento Facial no Setor Público e Identidades Trans: tecnopolíticas de controle e a ameaça à diversidade de gênero em suas interseccionalidades de raça, classe e território*. Uma pesquisa realizada pela Coding Rights com apoio da ONG Privacy International via financiamento do International Development Research Center (IDRC). Rio de Janeiro: jan. 2021.
- STANFORD. *Stanford HAI 2019 Fall Conference – Keynote: the coded gaze with Joy Buolamwini*. California: Stanford, 2019. 1 vídeo (45 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Mk5gLin7So>.
- YAVUZ, Can. *Machine Bias: artificial intelligence and discrimination*. Master Thesis (Master of International Human Rights Law) – Faculty of Law, Lund University, Lund, 2019.

Recebido em 10 de março de 2022.

Aprovado em 05 de junho de 2022.

**RESUMO:** Nos últimos anos, houve rápido crescimento do desenvolvimento e uso de tecnologias de análise facial, como o reconhecimento facial, justificadas por razões ligadas à aumento da segurança, ganhos de eficiência, prevenção de fraudes e oferecimento de melhores produtos e serviços. Porém, no atual estado da arte da tecnologia, sua implementação é potencialmente violadora de direitos humanos, principalmente para pessoas de identidades de gênero trans e não-binárias. O objetivo deste artigo é avaliar como a utilização de diferentes aplicações da tecnologia de reconhecimento facial impacta significativamente os direitos dessas pessoas, que já sofrem com marginalização da sociedade. Ao final, conclui-se que uma regulação multisetorial e multidisciplinar é imprescindível para garantir o desenvolvimento e uso de tecnologias que reforcem o exercício pleno de direitos fundamentais desses grupos, sem desconsiderar que alguns dos usos dessa ferramenta devem ser, desde logo, banidos em razão de sua incompatibilidade intrínseca com os direitos humanos, especialmente o direito à identidade e autodeterminação.

**Palavras-chave:** inteligência artificial, reconhecimento facial, dado pessoal sensível, identidade de gênero trans e não-binárias, direitos humanos, regulação.

**ABSTRACT:** Seeking asylum presents itself as a surviving strategy to a part of the population in the 21st century globalization period due to political, social and economic crisis. In this regard, this paper aims to analyze if the Brazilian economic crisis discourse stimulates xenophobia towards refugees sheltered in Brazil. Therefore, this article is divided into two stages. Initially, the migratory context in the 21st century is exposed, followed by and explanation of the international and national legal support regarding the refugee issue. Then, the possibility of the economic discourse as a xenophobia stimulator was pointed out. The research is based on a bibliographic methodology, pure, qualitative, descriptive and exploratory, using a legislative and data analysis of the National Refugee Committee. Thus, it is concluded that the economic crisis discourse does promote xenophobic practices, and those behaviors must be efficiently combated to there by guarantee human rights to refugees in Brazil.

**Keywords:** artificial intelligence, facial recognition, sensitive personal data, trans and non-binary gender identity, human rights, regulation.

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** SILVA, Paula Guedes Fernandes da. É menino! É menina! Os riscos das tecnologias de análise facial para as identidades de gênero trans e não-binárias. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1875>.

# Interpelações parlamentares a um homossexual na Constituinte de 1987-88: reações à fala de João Antônio Mascarenhas na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais

*Parliamentary interpellations to a homosexual in the Constituent Assembly of 1987-88: reactions to the speech by João Antônio Mascarenhas in the Subcommittee on Individual Rights and Guarantees*

Rafael Carrano Lelis\*

*Graduate Institute of International and Development Studies,  
Genebra, Suíça*

## 1. Introdução

Os anos de 1987 e 1988 marcaram um momento em que a esperança se espalhava pelo país. Ainda buscando a superação das sequelas jurídicas e sociais deixadas pelo regime ditatorial civil-militar nos anos anteriores, centenas de parlamentares se reuniam nos salões do Congresso Nacional em Brasília para pactuar a refundação da nação, elaborando o texto da nova Constituição. Foi também nesse momento que grupos organizados da sociedade civil se esforçaram para traduzir suas demandas em termos jurídicos que permitissem sua inscrição no texto constitucional. Entre eles, estava o insurgente Movimento Homossexual Brasileiro (MHB), compo-

---

\* Doutorando em Direito Internacional pelo *Graduate Institute of International and Development Studies* (IHEID). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Especialista em Gênero e Sexualidade pelo IMS/UERJ. E-mail: rafael.carrano.lelis@gmail.com/rafael.carrano@graduateinstitute.ch. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1794-8135>.



sição inicial do atual Movimento LGBTI+, que buscava a inclusão da expressão “orientação sexual”, visando à proteção contra discriminação desses indivíduos. Este artigo se insere em uma pesquisa mais ampla, cuja questão principal indaga como ocorreu a discussão sobre essa temática na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 (ANC) e por que a “orientação sexual” ficou de fora do texto final promulgado em cinco de outubro de 1988.

A discussão nos foros da Constituinte foi estimulada pela presença de um dos representantes do MHB, João Antônio de Souza Mascarenhas – o único integrante do movimento que conseguiu participar – em nome da organização Triângulo Rosa. O ativista teve vinte minutos para expor a demanda em duas subcomissões temáticas e posteriormente respondeu a questionamentos levantados pelos parlamentares. Nesse sentido, este trabalho explora as interpelações direcionadas a Mascarenhas pelos constituintes presentes em sua fala em audiência pública perante a Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais (1-C). A extensão do material empírico não permite que o discurso inicial e as indagações dos parlamentares sejam abordados em um só trabalho, de modo que os principais elementos da fala do ativista do Triângulo Rosa são analisados em outro artigo<sup>1</sup>.

Os anais digitalizados da ANC, disponíveis no site do Senado Federal, foram a principal fonte de pesquisa. Em relação ao método, adota-se uma abordagem foucaultiana da análise do discurso, priorizando sua concepção enquanto práxis e consideradas as formações discursivas enquanto produtoras da realidade e não meros signos representacionais da intenção do falante<sup>2</sup>.

Por outro lado, o marco teórico que sustenta as análises conduzidas é a noção de performatividade de gênero construída por Judith Butler e os demais desdobramentos críticos relacionados à sua teoria. Embora a utilização da obra da filósofa estadunidense em análises voltadas à temática LGBTI+ e *queer* já esteja bastante disseminada, seu uso neste artigo se dá devido à especificidade do desenvolvimento de sua teoria. A autora é frequentemente vinculada ao pós-estruturalismo, mas mantém constante diálogo com diversas outras perspectivas, sobretudo (e cada vez mais) com a tradição de teoria crítica da Escola de Frankfurt<sup>3</sup>. No contexto deste

---

1 LELIS; OLIVEIRA, 2021.

2 FOUCAULT, 2016.

3 MORAES; FRATESCHI; RODRIGUES, 2019.

trabalho, a abordagem discursiva desenvolvida pela filósofa para tratar do discurso de ódio e dos efeitos produzidos por ele fornece um componente essencial para a compreensão do impacto dos acontecimentos analisados na Constituinte.

Em especial, o uso que Butler faz do conceito de *interpelação*, a partir de Althusser e Foucault, possui singular relevância para compreender esse momento específico da ANC, no qual as falas foram proferidas não em uma discussão interna dos constituintes, mas na presença de (e direcionadas a) João Antônio Mascarenhas, um homem assumidamente gay. Sob esse aspecto, no exemplo althusseriano de interpelação, o chamamento de um policial a um indivíduo que passa na rua desencadeia seu processo de formação social. Esse agente, que representa em alguma medida a vontade estatal, provoca no indivíduo seu próprio reconhecimento enquanto sujeito e vulnerável à aplicação de lei ou sanção diante da saudação recebida. Embora Althusser julgue se tratar de um processo unilateral – essa subjetivação provocada pela interpelação –, Butler aponta exatamente para o contrário, indicando que é a falha constitutiva desse ato performativo que permitiria diferentes graus de desobediência e rearticulação<sup>4</sup>. Do mesmo modo atua o discurso de ódio que, segundo a autora, possui essa dimensão interpelativa, agindo na constituição do sujeito, ainda que suscetível a falhas por não se tratar de uma operação unilateral<sup>5</sup>. Assim, é preciso considerar que as falas analisadas a seguir foram formas de interpelações sofridas por um homem gay em contexto no qual não se encontrava entre pares. E tais falas, além de atuarem diretamente sobre ele, cristalizam a produção de um imaginário social acerca desses indivíduos e seguem a interpelar novos sujeitos, mesmo que pela mera reprodução escrita. O momento de criação da Carta Política delimitava e constituía a nação brasileira e também circunscrevia a constituição de outros sujeitos, ainda que excluídos desse conceito de nação.

Optou-se por desenvolver os aspectos teóricos de forma conjunta com a análise. Desse modo, o desenvolvimento a seguir possui um duplo propósito. Primeiro, de descrição de parte dos eventos Constituintes e de recuperação desses elementos históricos que provocaram a exclusão do termo “orientação sexual”. O segundo objetivo é de analisar aspectos des-

---

4 BUTLER, 1993, pp. 81-82.

5 BUTLER, 1997, p. 24.

ses discursos à luz da lente teórica fornecida por Butler. Assim, o trabalho se divide, guiado pelas temáticas discutidas, em sete seções de desenvolvimento, que são nomeadas a partir de discursos extraídos do material empírico. Nesse sentido, a principal contribuição deste artigo é colocar em perspectiva esses elementos que contribuíram para a construção da nova democracia brasileira a partir de um alijamento demarcado de sujeitos dissidentes de gênero e sexualidade, em especial trazendo à tona dados pouco explorados nas pesquisas até o momento.

## 2. “Nossa preocupação com o homossexualismo masculino é bem mais forte”

Passada a fala inicial de Mascarenhas na subcomissão Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, foram seis parlamentares que o interpelaram, mediados pelo presidente Antônio Mariz (PMDB-PB): Ubiratan Spinelli (PDS/MT), Dirce Tutu Quadros (PTB/SP), José Viana (PMDB/RO), Eliel Rodrigues (PMDB/PA), Lúcia Braga (PFL/PB) e Luiz Salomão (PDT/RJ). São essas interpelações que serão analisadas no artigo.

O debate foi inaugurado por Ubiratan Spinelli. Inicialmente, o parlamentar destaca que “**nossa** preocupação com o **homossexualismo** masculino é bem mais forte do que no concernente às mulheres”<sup>6</sup>. Um primeiro elemento a se notar é o emprego do pronome possessivo “nossa”, na primeira pessoa do plural, ao invés da alternativa “minha”, na primeira pessoa do singular. O contexto de sua fala não permite afirmar o motivo que levou à escolha do pronome, mas duas interpretações parecem possíveis (e até mesmo conciliáveis). O uso do plural agrega maior valor à assertiva do parlamentar, indicando que se trata de uma “preocupação” compartilhada (seja por outros constituintes ou mesmo por membros da sociedade que ele estaria ali representando) e não uma mera visão pessoal sua. Trata-se de um artifício que possibilita a amplificação de sua posição. Por outro lado, o uso do pronome no plural ameniza a carga de responsabilidade pessoal do parlamentar pela frase ofensiva que se seguiria, demonstrando algum grau, ainda que mínimo, de precaução em evitar um embate mais direto com o expositor da audiência pública a quem, ainda assim, ele atingia com sua fala.

---

6 BRASIL, 1987, p. 115, grifos meus.

A acepção completa do enunciado destacado, por sua vez, reflete a perpetuação de visões machistas até mesmo em uma esfera de preconceito homofóbica. Nesse sentido, além de mulheres lésbicas e bissexuais historicamente sofrerem com a invisibilização dentro do próprio MHB<sup>7</sup>, a percepção, na lógica do detrator, de sua suposta “inofensividade” também atua perante construções sexistas que estabelecem regras estritas de masculinidade e associam a feminilidade a espaços e ações de menor relevância ou impacto. Esse padrão é identificado por Butler ao analisar o objeto de estudo de um professor de neuropsiquiatria estadunidense que concentra seus esforços na necessidade de efetivação de um diagnóstico de “distúrbio de identidade de gênero” quase exclusivamente em meninos, não vendo relevância de estender sua preocupação às pessoas do sexo feminino. Segundo ela, “sua incapacidade de ver a ameaça que as mulheres de todos os tipos” refletem o caráter “frágil e falível” da masculinidade, que “precisa do apoio social do casamento e de uma vida familiar estável para encontrar seu caminho correto”<sup>8</sup>.

Seguindo em sua intervenção, o parlamentar ressalva que não pretende generalizar, pois, segundo ele, o “homossexualismo pode ser dividido em classes”, as quais ele classifica da seguinte forma: os “mais comedidos” ou os “homossexuais educados”; os “gays”, segundo ele responsáveis pelo “trabalho mais de perturbação, de escândalo perante a sociedade”; e “os [sic] travestis”. O tratamento negativo de expressões de travestilidade seguem distinção inicialmente estabelecida pelo próprio João Mascarenhas e que será discutida ao final do artigo. Por outro lado, é interessante notar a diferenciação cunhada pelo parlamentar entre as figuras do gay e do homossexual, como se as palavras não representassem a mesma condição. Notadamente, o termo “homossexuais” vem acompanhado de “educados”, conferindo uma adjetivação que sugere se tratar de uma característica não usualmente associada a esse grupo de indivíduos, o mesmo ocorrendo com a menção a serem eles os “mais comedidos”.

Essa tentativa de taxonomia de pessoas homossexuais pode, em alguma medida, ser relacionada com a pesquisa realizada por Peter Fry na década de 1970 no Brasil, na qual buscava recuperar, sob uma perspectiva antropológica, o histórico da construção e nomeação da homossexualidade

---

7 FACCHINI, 2005.

8 BUTLER, 2004, p. 90.

no país. Nesse sentido, o autor retoma categorias que designam representações da sexualidade encontradas em pesquisa de campo realizada por ele, conjugando uma série de identidades que relacionam a orientação do desejo, papéis sexuais e performances de gênero. Dentre uma miríade de possibilidades, as nomeações perpassam: macho, homem, bicha, ativo, passivo, entendido, entre outros. Fry traça um paralelismo entre a superação do paradigma médico e as diferenças de identidades no Brasil. Assim, aponta que o termo “gay” surgiu como uma forma de caracterização da homossexualidade como algo positivo, no contexto da liberação sexual, opondo-se à categoria médica do “homossexual”. Do mesmo modo, o “entendido” é uma forma de superar a noção hierárquica e estigmatizante produzida pelo termo “bicha”, propondo uma caracterização igualitária<sup>9</sup>.

Sob essa luz, é possível notar o maior conforto do parlamentar com a utilização do termo associado à medicalização da condição da homossexualidade, enquanto variações a essa categoria, que possam representar maior autonomia e empoderamento desse grupo social, apresentam-se como uma ameaça potencializada. Trata-se, portanto, do grupo mais “perigoso”, capaz não somente de “desencaminhar” demais inocentes – levando-os à prática do “homossexualismo” –, mas também responsáveis pela disseminação do uso de drogas.

Seguindo sua fala, o constituinte demonstra sua preocupação com certa “contagiosidade” e com atos performativos da expressão da homossexualidade. Segundo ele,

**Intimamente não temos nada contra os homossexuais.** Não acha V. S<sup>a</sup> que eles deveriam **ser mais comedidos** perante a sociedade, sem **ferir a individualidade** de outras pessoas, sem **agredir publicamente**? Às vezes, estamos num lugar, sentado, e alguns desses homossexuais – não falo em termo geral – vêm com insinuações, praticando certas atitudes que incomodam muito as pessoas. Esta é a nossa preocupação<sup>10</sup>.

Spinelli delimita sua preocupação em relação à expressão pública de afeto entre pessoas do mesmo sexo que, segundo ele, seria uma forma de “agressão” aos demais. Em trabalhos mais recentes, Butler reforça que, em-

---

9 FRY, 1982, pp. 87-115.

10 BRASIL, 1987, p. 115, grifos meus.

bora tenha estabelecido a noção de performatividade de gênero a partir da teoria dos atos de fala construída por John Austin<sup>11</sup>, essa performatividade é (e sempre foi<sup>12</sup>) também corporal. Significa dizer que os corpos também possuem essa dimensão performativa a partir da qual seus atos constituem o gênero, assim como constituem outros aspectos da subjetividade<sup>13</sup>. É nesse sentido que o parlamentar reconhece um grau de performatividade relacionado à homossexualidade. Assim como falar sobre ela passa a se configurar como o mesmo que praticá-la, a disposição de dois corpos de pessoas do mesmo sexo lado a lado, na qual haja alguma insinuação de afeto, não somente parece se traduzir em um ato de “sexo público” – um atentado ao pudor –, como também possui tamanha força performativa a ponto de ser responsável por alguma forma de agressão aos que compartilham o mesmo ambiente que tais corpos.

Um aspecto adicional de análise nos leva de volta às categorias descritas na pesquisa de Peter Fry. O incômodo do parlamentar, ao reforçar a necessidade de que homossexuais sejam “mais comedidos”, na realidade, parece se dar com relação à categoria da “bicha” trabalhada por Fry. Segundo ele, às “bichas” se associam papéis femininos e uma posição sexual “passiva”<sup>14</sup>. Nesse sentido, como também frisado por Butler<sup>15</sup>, parece haver um maior incômodo e uma exacerbação do ódio quando se tornam mais evidentes os rompimentos com as normas tradicionais de gênero, o que encontra seu ápice em casos de expressões e identidades de gênero que não correspondem ao sexo designado no nascimento. Desse modo, a abjeção maior, no caso dos gays, dá-se com relação àqueles que são vistos como mais “espalhafatosos” ou “afeminados”, que incorporam expressões de gêneros tidas como femininas, um preconceito que reverbera até mesmo nas relações existentes dentro da própria população LGBTI+<sup>16</sup>.

---

11 AUSTIN, 1975.

12 BUTLER, 2007, p. xxviii.

13 BUTLER, 2018.

14 FRY, 1982, pp. 87-115.

15 BUTLER, 1993.

16 Um exemplo disso são as interações sexuais por aplicativos, nas quais homens gays frequentemente indicam, já em seu perfil, não terem interesse de nem ao menos iniciar conversa com homens afeminados. Sobre isso, ver: COSTA, 2020, pp. 88-158.

### 3. “Como mãe de família [...] minha preocupação em relação aos meus filhos”

Os trabalhos seguem com a participação da constituinte Dirce Tutu Quadros, que inicia a intervenção se posicionando como “uma representante do povo que acredita que quanto mais livre a sociedade, mais sadia ela será, e que realmente todos os cidadãos são iguais”. Segundo ela, “nunca deixei de conviver com um homossexual ou nunca me afastei de um homossexual de forma alguma. Todo ser humano para mim é igual”<sup>17</sup>. Tendo dito isso, passa a manifestar suas “preocupações” não somente como “representante do povo, mas **como mãe de família**”<sup>18</sup>. Tutu Quadros antecipa que o esclarecimento que pede pode soar desagradável e o resume da seguinte forma:

Por exemplo, eu gostaria de apresentar um **projeto de opção de controle à natalidade**. Esse projeto naturalmente vai incluir um projeto de educação sexual nas escolas etc. Só daí, por esse princípio, eu gostaria de formular perguntas. Por exemplo, a **minha preocupação em relação aos meus filhos se estende pura e simplesmente em razão do fato de que eu gostaria que eles tivessem filhos e da preocupação das conseqüências que o homossexualismo está trazendo no momento – a Aids e uma série de outros efeitos**. Gostaria de saber a sua opinião, por mais chocante que seja, quanto à educação sexual etc. Poderá parecer estranho, mas gostaria de saber, por exemplo: **o homossexual é um cidadão realizado, ou ele gostaria de não ser homossexual?** Pergunto isso para **saber se vale a pena colocar uma proposta, na parte de educação, para se prevenir o homossexualismo**. Repito, homossexualismo não me ofende de forma alguma. Cada um, na minha opinião, se realiza sexualmente como bem entende. Mas nós representantes do povo, temos de nos informar da melhor maneira possível.

A então deputada constituinte, além de possuir formação acadêmica no exterior, foi responsável pela defesa de uma série de pautas consideradas progressistas na ANC, entre elas a educação sexual e descriminalização

---

17 BRASIL, 1987, p. 115.

18 BRASIL, 1987, p. 115, grifos meus.

do aborto<sup>19</sup>. Isso, todavia, não impediu seu desconhecimento e mesmo reprodução de estereótipos com relação a fatores ligados ao tema da homossexualidade, o que, mais uma vez, ilustra o déficit estrutural na formação nessa seara, sobretudo no contexto da época. A menção à Aids e o estabelecimento de sua relação direta com a homossexualidade reflete que esse estereótipo persistia mesmo dentre aqueles vistos como aliados do movimento, não obstante a existência de estudos que indicavam que a disseminação do vírus não se ligava à orientação sexual<sup>20</sup>. Além disso, a dúvida, aparentemente genuína, com relação à necessidade ou não de uma educação de prevenção à homossexualidade escancara, mais uma vez, as consequências da falta de representatividade dentro do ambiente constituinte. Isso porque a presença de pessoas LGBTI+ não somente facilitaria a disseminação das pautas pregadas pelo movimento, mas também teria o efeito de aumentar a empatia dos parlamentares com relação a esses indivíduos, humanizando suas existências. Nesse sentido, Andrew Reynolds, em pesquisa realizada sobre a representatividade LGBTI+ em casas legislativas, nomeia isso como “familiaridade por presença”, indicando que a presença desses indivíduos no parlamento torna suas vivências menos abstratas, dando nomes e materializando esse “outro”, o que propicia um ambiente mais aberto à aprovação de políticas que beneficiem essa população<sup>21</sup>.

#### 4. “Eu acredito que o homossexualismo seja doença”

O próximo constituinte a se manifestar foi José Viana (PMDB-RO). Sua fala inicial foi breve e reproduzo-a de forma integral:

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ VIANA: – Sr. Presidente, **apesar de o Conselho Federal de Medicina afirmar que não é doença, eu acredito que o homossexualismo seja doença**. Gostaria de dizer também que **sou evangélico**.

---

19 CPDOC, s/d.

20 Com efeito, Vera Paiva elucida que a “pesquisa social e epidemiológica nos informava desde 1985” que a morte em virtude da Aids “poderia ser masculina ou uma história feminina, de amor heterossexual ou homossexual, de alguém bem jovem ou de pessoas na meia idade”. Nesse sentido, “já sabíamos que o vírus não escolhe sexo, idade, religião, classe social, país ou continente, e se expande em contextos de maior vulnerabilidade social”. Apesar dessas evidências científicas, no entanto, seguia-se a associação da epidemia provocada pelo HIV, com grande contribuição da mídia e de autoridades tecno-científicas, aos “chamados ‘promíscuos’ – homossexuais, usuários de drogas, trabalhadores do sexo, africanos e haitianos”. Ver: PAIVA, 2018, p. 642.

21 REYNOLDS, 2013.



A **Bíblia Sagrada**, que é o livro dos livros e o livro por excelência, **condena radicalmente esse ato**. Também me parece que **essa prática fere a moral da família e da sociedade**. Como disse o nosso companheiro, homossexual nunca me prejudicou. Sou um homem democrata, **defendo os direitos individuais e da liberdade**, acho que **todo cidadão tem direito à vida e à liberdade**. Mas se eu tivesse um filho assim – graças a Deus, até hoje não tive filhos assim – procuraria fazer tudo, procuraria um tratamento para que não acontecesse isso. Isso me parece **ferir a moral da família e da sociedade**. Acredito que seja **uma enfermidade, uma doença**. Apesar, repito, de o Conselho Federal de Medicina dizer que não é doença, parece-me que é doença. Era o que tinha a dizer<sup>22</sup>.

Um primeiro elemento relevante na fala é a negação com relação a aspectos médico-científicos. Apesar do histórico de medicalização e patologização da homossexualidade no Brasil e no mundo, dois anos antes, em 1985, o Conselho Federal de Medicina optou pela retirada da homossexualidade do rol de doenças a serem diagnosticadas pelos profissionais credenciados, em iniciativa articulada pelo Grupo Gay da Bahia<sup>23</sup>. Não obstante esse fato, do qual o parlamentar afirma ter conhecimento, o orador reafirma sua crença (e este parece ser o termo mais adequado) de classificação do “homossexualismo” enquanto uma forma de patologia sem a apresentação de quaisquer argumentos técnicos para tanto. Pelo contrário, o aparente embasamento de José Viana, que se declara evangélico, são os textos bíblicos que, segundo ele, condenariam tais atos. Como enfatiza Cristina Câmara, em análise da fala de outro parlamentar, “quando as explicações do saber médico questionam as concepções religiosas, a última palavra é sempre a de Deus”<sup>24</sup>.

É também a partir desse referencial que o parlamentar enquadra a homossexualidade enquanto uma ameaça à moral da família e da sociedade. É inegável a influência exercida por certos grupos religiosos nesse momento de construção da carta política que delimitará os rumos da nação brasileira. O texto, que preconiza a laicidade do Estado, é cunhado a partir de preceitos religiosos específicos que impossibilitam, desde o início, que haja qualquer aplicação real dessa pretensa laicidade.

---

22 BRASIL, 1987, p. 116, grifos meus.

23 LELIS, 2021.

24 CÂMARA, 2002, p. 126.

## 5. “Sexo, como Deus os criou: homem e mulher”

O próximo a tomar a palavra foi o constituinte Eliel Rodrigues (PMDB-PA), que participativa dos trabalhos da subcomissão na condição de suplente. O tom que mistura ofensividade e contradição visto na fala de José Viana volta a se repetir. De início, demonstra seu “pesar”, dirigindo-se diretamente a Mascarenhas, por ver um “semelhante” seu “envolvido num problema dessa natureza”. Dito isso, Eliel declara que o homossexual deve ter direito à liberdade; quê, por ser livre, precisa “exercer seu direito livremente”<sup>25</sup>. Não obstante essa pequena introdução, traz seu primeiro argumento contrário à inclusão do termo “orientação sexual”, neste momento embasando-se em um fundamento mais técnico-jurídico do que relativo ao conteúdo: “quando a nossa atual Constituição, em seu §1º do art. 153, diz que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça e tudo mais’, creio que está envolvido aí esse direito também do homossexual”. Esse posicionamento, que se repetirá dentre os opositores do pleito do MHB, fornece um pretexto que, simultaneamente, nega a demanda e alega aceitá-la, sob a justificativa de que ela estaria abarcada seja pela proteção genérica, seja pelo termo “sexo”. Prosseguindo em sua intervenção, o parlamentar faz menção, de forma descontextualizada, ao número de homossexuais no território nacional que, segundo ele, “não sei se chega a cinco por cento”. Considera, assim, como se essas pessoas não precisassem nem mesmo serem contadas enquanto cidadãs, novamente traçando uma linha de separação entre o que aquela Assembleia pretendia estabelecer enquanto nação e povo brasileiro “legítimo”. O tamanho da população, pelo contrário, não deveria importar. O próximo trecho de sua fala merece uma transcrição completa:

O SR. CONSTITUINTE ELIEL RODRIGUES: – Em torno disso. Mas vemos isso com certo pesar, porque cremos que, na **dignidade das recuperações**, de que falou o Deputado José Viana, devíamos lutar com todas as forças, com o **objetivo de soerguer, nosso semelhante**, porque, pelo que V. S<sup>a</sup> falou, muitas vezes, trata-se de um jovem criado com aquele amor, com aquele carinho em casa, mas surgem certos problemas na sua vida, certos traumas. **Eu mesmo tenho pessoas amigas, conhecidas, a quem estimo, que são homossexuais**. E tenho por essas pessoas, poderia dizer até, profunda

---

25 BRASIL, 1987, p. 116.

compaixão, porque são meus semelhantes. E eu os amo, porque Cristo ama a todos, mas não posso compartilhar do mesmo **sentimento de uma liberação total, em termos do sexo, como Deus os criou: homem e mulher**. Parece-me que sempre há certa expectativa de uma influência má sobre as pessoas, **uma força má que as induziu, que as levou e as leva a essa prática**, por que [sic], no princípio, Deus não estabeleceu ninguém com uma situação desse tipo. **Ou é homem ou é mulher**. Então, **essa formação congênita**, em que pese aos trabalhos médicos que há esse respeito, às verificações desse tipo que V. S<sup>a</sup> citou, realmente, é um problema um tanto complexo. Reservo-me o direito, humanamente falando, de **me sentir pesaroso por isto, ao mesmo tempo em que desejo assegurar ao homossexual a sua vida livre na sociedade**, como um ser responsável, que um dia terá de prestar contas diante de Deus de seus atos, como todos nós. Era o que tinha a dizer<sup>26</sup>.

Há três elementos centrais no discurso que parecem estar interligados: a reaparição de alusões religiosas, servindo como forma de embasamento à posição defendida; também ligado a isso, a percepção de que haveria, dentre homossexuais, um sentimento voltado para a “liberação total” do sexo, o que evidentemente se opõe aos valores religiosos do parlamentar; e, mais uma vez, a confusão que parece se repetir entre orientação sexual e identidade de gênero – um retrato, também, do estado das discussões à época e não uma exclusividade de Rodrigues – na menção do parlamentar que, de acordo com a criação divina, trata-se de “homem” ou “mulher”, ainda que o fato de determinada pessoa possuir atração por alguém do mesmo sexo não diga nada sobre ela se identificar ou não com algum gênero específico.

## 6. “Daria margem a que um professor homossexual, por exemplo, induzisse até os jovens ao homossexualismo”

Dentre as diversas formas de oposição ao que estava sendo pleiteado pelo Triângulo Rosa, era frequente um questionamento de caráter semântico, pondo em dúvida o termo escolhido pelo movimento para melhor representar suas próprias demandas. Foi nesse sentido a sexta interpelação dirigida a João Antônio Mascarenhas na sessão daquele dia. Quem trouxe o assunto foi a constituinte Lúcia Braga (PFL-PB):

---

26 BRASIL, 1987, p. 116, grifos meus.

A SRA. CONSTITUINTE LÚCIA BRAGA: – Gostaria de **parabenizar o ilustre expositor pela coragem de sua proposta, numa sociedade discriminatória, em que o preconceito contra o homossexual, é forte, evidente e aberto**. Queria endossar, em princípio, as palavras da colega Dirce Tutu Quadros, quando ela se refere a essa **preocupação dos filhos nas escolas**, e perguntaria ao ilustre expositor: **Por que o termo “orientação sexual”?** A meu ver, é uma colocação **muito abrangente**. **Daria margem** a que um professor homossexual, por exemplo, **induzisse até os jovens ao homossexualismo**. Por que não o termo comportamento homossexual, por exemplo? Gostaria de um esclarecimento a esse respeito. Quero também dizer, de antemão, que **não tenho preconceito contra o homossexualismo**, muito ao contrário.

As partes inicial e final do trecho destacado são relevantes para compreender a posição a partir da qual e na qual a constituinte insere sua fala. Ela reconhece a intensidade da homofobia observada na sociedade brasileira da época, ao mesmo tempo em que assevera que ela não está entre tais pessoas preconceituosas. O preconceito é configurado como um mal cuja origem é externa aos dois interlocutores, de modo algum provocado por ela. No entanto, ao esclarecer, mais à frente, o que queria dizer com a indução de jovens ao “homossexualismo”, a parlamentar assume a homossexualidade como negativa e indesejada. Segundo ela, o questionamento “não é no sentido dele [professor] querer ter prática sexual com o aluno”, mas se refere à conotação didática do termo, por meio da qual poderia haver uma tentativa de ensino da prática do “homossexualismo” em sala de aula. E arremata a descrição de seu sentimento da seguinte forma: “acho que haverá um risco. Nossa preocupação, como mãe, seria a de **nosso filho ainda adolescente tender para o homossexualismo**, induzido pelo mestre, pela força que o professor tem diante do aluno”<sup>27</sup>. Isso revela a complexidade da disseminação de debates sobre sexualidades naquela época<sup>28</sup>. Ao mesmo tempo, delineia um aspecto estrutural da homofobia, que transpassa a intenção aparente do indivíduo. De acordo com o discurso da constituinte, seria compatível se apresentar como uma pessoa sem preconceito e se preocupar com uma suposta “indução” de seu filho à

---

27 BRASIL, 1987, p. 117, grifos meus.

28 E também recentemente, considerando a permanência de reverberação desses discursos contemporaneamente, a partir da noção de “ideologia de gênero”.

homossexualidade, embora a possibilidade de “indução” à heterossexualidade não lhe cause qualquer desconforto.

### 7. “Não sou homossexual, pelo menos por enquanto”

A última interpelação a João Antônio Mascarenhas na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais é feita pelo parlamentar Luiz Salomão, filiado ao PDT do Rio de Janeiro. Friso novamente sua filiação, já mencionada acima, com o intuito de sublinhar o fato de ser o primeiro pertencente a um partido de esquerda, e vinculado ao bloco dos progressistas na ANC<sup>29</sup>, a se manifestar diante de Mascarenhas. De fato, o tom e conteúdo de sua fala também se sobressaem com relação ao que se ouviu até este momento. Sua colocação inicial nos permite uma série de análises diversas. Por isso, sigamos por partes. A intervenção se inaugura da seguinte forma:

O SR. CONSTITUINTE LUIZ SALOMÃO: – Sr. Presidente, Sras e Srs. Constituintes, nobre expositor, **gostaria de dizer inicialmente que não sou homossexual, pelo menos por enquanto. Pode ser que um dia venha a ser, não sei.** Mas tenho compromissos com grupos homossexuais do Rio de Janeiro de defender a sua causa e até me sinto um tanto inadimplente, porquanto os trabalhos nesta Casa nos têm absorvido muito e sequer tenho respondido às solicitações que me vêm desses grupos do Rio de Janeiro. E **tenho compromisso com esses cidadãos basicamente porque estou empenhado na democracia.** Não sei se esta questão foi abordada anteriormente – imagino que sim –, mas acho que **os democratas têm o dever de lutar contra os preconceitos e a discriminação sob quaisquer formas.** Nesse sentido, o que é fundamental **na nova Constituição é reconhecer a homossexualidade como um fato natural,** como um fato ainda não muito bem explicado, não muito bem conhecido que, por isso mesma, por conta dessa **ignorância social, conduz a explicações verdadeiramente absurdas,** como por exemplo, a tentativa de dar explicações de natureza fisiológica como uma doença, nessa interpretação verdadeiramente absurda que conduziu, em certos momentos exacerbados da história, à discriminação extrema do nazismo, com o isolamento em campos de concentração, com a chacina de homossexuais. Essa questão é particularmente grave, no momento em que há uma história

---

29 PILATTI, 2016, pp. 3-4.

coletiva com relação a essa doença que vem apavorando a todos – **a AIDS – e que particularmente estigmatiza os homossexuais**. Há tentativa de explicações psicológicas também ainda insuficientes, a despeito do esforço de investigação de tantos cientistas, no intuito de caracterizar bem essa questão<sup>30</sup>.

O primeiro aspecto relevante do trecho acima se refere à forma como o parlamentar se apresenta. Se analisada separadamente, a afirmação “não sou homossexual” poderia ser interpretada como uma maneira de se afastar essa condição de alguém que defenderia o pleito desse grupo e, por isso, enseja a possibilidade de associação a esse rótulo identitário percebido como negativo. Todavia, não se trata de uma tentativa do constituinte de manter intacta sua presunção de heterossexualidade. Pelo contrário, as palavras que se seguem (“pelo menos por enquanto”; “pode ser que um dia venha a ser, não sei”) não somente colocam em dúvida o engessamento de sua própria sexualidade, reconhecendo a fluidez das manifestações de desejo, como também tem o potencial de maximizar a empatia dos parlamentares com essa condição, alertando que qualquer um deles poderia vivenciar essa forma de orientação sexual. Outro ponto até então sem precedentes na discussão que observamos é a associação direta da defesa de direitos de gays e lésbicas à democracia. A conexão feita pelo parlamentar ilustra como o pleito do MHB está mais intrinsecamente ligado ao regime que será instaurado pela carta política discutida na ANC: recusar a proteção contra discriminação a certos grupos também significa, desde o começo, contribuir para uma democratização deficitária e excludente. Arrematando essas palavras iniciais, Salomão reconhece a necessidade de conceber a homossexualidade (e, frise-se, ele é o primeiro parlamentar a empregar este termo e não “homossexualismo”) como natural, contrapondo-se aos discursos proferidos anteriormente, inclusive chamando atenção para a estigmatização que recai sobre esse grupo em virtude da epidemia de HIV/Aids.

Por fim, na análise do discurso, a percepção das ausências também é um fator significativo. Nesse caso, é notável que o parlamentar não tenha inserido em seu discurso uma referência direta ao fato de ele “não ter preconceito contra homossexuais”, algo presente em quase todas as falas anteriores. Essa contraposição evidencia que tal tipo de afirmação é frequentemente utilizada como suporte para exposição de visões precon-

---

30 BRASIL, 1987, p. 118, grifos meus.

ceituosas e negativas sobre a homossexualidade, mesmo dentre aqueles que demonstram alguma forma de apoio ao pleito do movimento. No caso de Salomão, a ausência de preconceito se afirma indiretamente (e, por que não, performativamente), a partir da defesa que fez dos direitos desse grupo. E essa posição apresenta coerência no restante de sua exposição:

[...] O que me parece, como Constituintes, é que **devemos preservar, sobretudo nesta Comissão, tão importante, a questão da liberdade de opções, sem preconceitos**, até porque **a luta dos homossexuais no Brasil está apenas engatinhando. É muito recente. Só recentemente os homossexuais se organizaram e conquistaram as suas primeiras vitórias**, mas ainda há uma longa estrada, inúmeros obstáculos a vencer, para atingirmos situações parecidas com as de outros países. Agora me recordo de noticiário recente sobre a Suécia, onde há projetos de lei permitindo que a herança seja legada a um parceiro homossexual, o que já é um reconhecimento quase que pleno das relações homossexuais ao mesmo nível das relações heterossexuais. Com essas considerações, **gostaria de indagar ao ilustre conferencista se a proposição do Triângulo Rosa é considerada suficiente, isto é, se basta incluir no art. 153, § 1º, como propõe, a questão da não discriminação do cidadão por sua orientação sexual**. Na Subcomissão em que sou titular, a da Ordem Econômica, tivemos uma separação em relação à Constituição vigente dos direitos sociais e dos direitos econômicos. Mas tive oportunidade de apresentar sugestão de norma constitucional, na parte referente aos princípios da ordem social, no sentido de vedar, de proibir a discriminação do salário, da remuneração em função da idade, do sexo, do estado civil, enfim, de todos os elementos que servem para os patrões discriminarem os seus empregados. **Gostaria de perguntar ao ilustre conferencista se, na avaliação do Movimento que aqui representa, esta proposição do art. 153, § 1º da Constituição vigente seria suficiente, ou se há outras partes da Constituição que careceriam de consideração especial dessa questão da orientação sexual**. O ilustre conferencista e sua entidade já deve ter apresentado sugestões de normas constitucionais, mas, se não teve oportunidade de fazê-lo eu, com muito gosto, e outros Constituintes que têm esse pensamento democrático, esse pensamento antipreconceituoso, estaríamos dispostos a patrocinar emendas tendentes a eliminar essa fórmula odiosa de discriminação dos cidadãos. Muito obrigado. (Palmas.).<sup>31</sup>

31 BRASIL, 1987, p. 118, grifos meus.

Assim como a referência, no trecho anterior, aos assassinatos e tortura de homossexuais pelo holocausto nazista, a menção à recente organização do movimento de homossexuais no Brasil demonstra um conhecimento maior do interlocutor sobre a pauta debatida, principalmente quando comparado a seus colegas parlamentares. Além disso, seu questionamento acerca de outros possíveis direitos a serem incluídos na Constituição mostram um real comprometimento em atender às demandas da causa apresentada naquela audiência pública perante a subcomissão. Não somente apoiou o pleito inicial, como também se abriu à possibilidade de maior consolidação da cidadania desses indivíduos.

### **8. “Digamos, um homem que quer passar por mulher, transexual masculino para feminino”**

A resposta de João Mascarenhas que se segue recupera elementos de seu discurso inicial. Segundo o ativista, aquela era a reivindicação única do movimento para a ANC, sendo os demais objetivos a nível infraconstitucional. Durante a listagem das reivindicações básicas do movimento, o constituinte Luiz Salomão faz um último questionamento, o qual irá desencadear a manifestação que deixa mais evidente a limitação de Mascarenhas para representar todas as pessoas LGBTI+ e suas diferentes demandas. O ativista mencionava a discriminação no ambiente de trabalho, o que levou Salomão a indagar:

O SR. CONSTITUINTE LUIZ SALOMÃO: – Permita-me que o aparteie, apenas para me referir a esse ponto que V. S<sup>a</sup> acabou de mencionar; o fato de que há um dispositivo da Constituição vigente que impede a discriminação por sexo, na questão do trabalho. É minha intenção emendar minha própria sugestão, no sentido de incluir a expressão proposta pela entidade que V. S<sup>a</sup> representa.

Embora houvesse aparentemente concordância entre os dois, já que a sugestão do parlamentar era justamente incluir o termo “orientação sexual” também no trecho referente a questões trabalhistas, Mascarenhas aproveitou a oportunidade para esboçar uma explicação do porquê a palavra “sexo” não abarcaria a discriminação contra gays, lésbicas e bissexuais. Isso poderia ter sido feito de muitas formas. Entretanto, a via escolhida pelo



integrante do Triângulo Rosa se sustentou por meio de um discurso de subordinação de identidades trans, que transcrevo a seguir:

O SR. JOÃO ANTÔNIO DE SOUZA MASCARENHAS: – Exatamente. Porque há pessoas que nos dizem: Para que vocês querem a inclusão de orientação sexual, pois já fala em sexo? É a mesma coisa. Não é. **Sexo é o sexo biológico, masculino, feminino.** Vamos dizer, **Roberta Close, por mais feminino que seja, por mais silicone que use, por mais hormônios que tome, por mais elegantes as roupas femininas que vista, continuará sendo homem.** E, mais ainda, parece que **ele** não é transexual. O transexual é aquele que faz **a mudança cirúrgica de sexo, que ele pretende que seja de sexo, mas não é.** Digamos, **um homem que quer passar por mulher,** transexual masculino, para feminino, aí **se faz castrar, faz construir um arremedo de vagina,** usa silicone para as mamas, para as ancas, **mas continua um homem, não consegue procriar,** não consegue amamentar, jamais conseguirá uma implantação dos órgãos internos femininos, ou mesmo uma transexual mulher para se passar para homem. Poderá fazer o **arremedo de um pênis. Esse pênis nunca terá ereção, nunca poderá ejacular.** Ela jamais poderá conseguir testículo. Quer dizer, **por mais que do ponto da aparência exterior, continuem parecendo do sexo oposto, realmente não são, porque gêneros só existem dois: masculino e feminino.**

A isso, segue-se o final da lista de reivindicações básicas que Mascarenhas mencionava. O trecho destacado acima permite uma infinidade de análises distintas, incluindo a centralidade da genitália na definição do sexo, problematizada por Butler em seus escritos<sup>32</sup>; o enfoque na maternidade na definição de “mulher” – a falta de “mulheridade” de uma mulher trans residiria em sua impossibilidade de procriar e amamentar – e no vigor sexual na definição de “homem” – neste caso, a preocupação reside com a possibilidade de se ter uma ereção e de ejacular –; e a sobreposição dos conceitos de sexo e gênero na descrição feita por Mascarenhas. Todos, pontos importantes. Contudo, quero aproveitar esse trecho para discutir a limitação da representatividade de Mascarenhas e as alternativas de atuação do MHB hegemônico, considerando o contexto da época.

---

32 BUTLER, 2015.

Traçar esse tipo de análise, cerca de 35 anos mais tarde, requer bastante cuidado. Principalmente em se tratando de uma figura importante para o MHB e que dedicou grande parte de sua vida na luta por direitos que hoje se consolidam. Minha preocupação é evitar o anacronismo no exame da fala. Mais que isso, trata-se também de uma tentativa de refletir sobre o próprio desenvolvimento do movimento LGBTI+ brasileiro, evidenciando os processos de hierarquização que levaram à sua formação e à subalternização de certas identidades. Trazer tais contradições à tona não significa destruir e macular a história de luta e ativismo ocorridas até aqui, dentro de condições de possibilidade específicas. Pelo contrário, isso permite uma reflexão acerca das formas de construção política do movimento, o que inclui um aprimoramento de suas abordagens para que se evitem futuros processos de hierarquização e exclusão. Tais questões devem sempre ser abordadas e compreendidas sob o prisma de sua complexidade, de modo que não é possível condenar certas atitudes cegamente, descontextualizadas, e nem mesmo assimilá-las de forma inocente, como se apenas o enjamento do contexto histórico tivesse produzido determinadas formas de incidência política seletiva.

Um elemento crucial a ser considerado nesse contexto recupera as limitações à participação de movimentos sociais, especialmente aqueles ligados a dissidentes sexuais e de gênero, na ANC e a restrição a falas autorizadas. A mera participação de um gay publicamente assumido, representante de uma organização que militava em prol dos direitos de homossexuais, já pode ser considerado um evento sem precedentes para o ambiente político da época – um “escândalo”. Por isso mesmo, é compreensível que essa única organização que obteve acesso a esse espaço privilegiado procure calibrar o discurso diante de sua audiência, apresentando demandas bastante aquém do almejado pelo próprio movimento. E parece que isso realmente foi feito ao se focar todos os esforços de incidência política na proibição contra discriminação com base em orientação sexual. Não se “ousou” tocar em outras demandas como união civil, direitos patrimoniais, penalização de crimes de ódio, entre outros, até pelo fato de muitas dessas pautas ainda não terem avançado para um consenso maior dentro do movimento naquele momento. Por outro lado, não parece ser possível enquadrar nesse tipo de cálculo político aceitável as manifestações de Mascarenhas sobre a vivência de pessoas trans e travestis.

Nessa linha, torna-se oportuno recuperar uma reflexão de Butler acerca da atuação de um movimento progressista por direitos sexuais. Ainda que naquela oportunidade a autora traçasse a discussão à luz do direito ao casamento, sua conclusão se aplica também ao nosso quadro de análise. No contexto do casamento, a busca por legitimação diante do Estado, um pleito que garante acesso a inúmeros outros direitos, opera de forma semelhante à abjeção de certos indivíduos para o estabelecimento de outros sujeitos de direitos. Nesse caso, trata-se de uma forma de legitimação que, com frequência, requer a manutenção de outros arranjos de relação como ilegítimos. Ou, ao menos, prescinde de certos arranjos afetivos-sexuais em sua articulação. Nas palavras da autora, “a delimitação da legitimação ocorrerá apenas através de uma exclusão de um certo tipo [...]. A esfera da aliança íntima legítima é estabelecida por meio da produção e intensificação de regiões de ilegitimidade”<sup>33</sup>. Todavia, segundo ela, o quadro do campo sexual não se limita a essa dicotomia entre legítimo e ilegítimo. Há, ainda, um campo mais radical que não é pensado a partir do referencial da legitimidade e que opera externamente a esse jogo de deferência estatal. Essas disputas, então, promovem a foraclusão que rende opções externas ao casamento com impensáveis. Nos termos do debate sobre o casamento gay, à época, parte da articulação levada pelo movimento organizado se pautava de certa forma que garantir o direito ao casamento para gays e lésbicas operava, simultaneamente, como uma maneira de exclusão de outros arranjos sexuais<sup>34</sup>. Nesse sentido, Butler salienta:

Essas hierarquias não apenas fazem valer a distinção entre vidas queer legítimas e ilegítimas, mas também produzem distinções tácitas entre formas de ilegitimidade. O par estável que se casaria se pudesse é moldado como ilegítimo, mas elegível para uma legitimidade futura, enquanto os agentes sexuais que funcionam fora do âmbito do vínculo matrimonial e sua reconhecida, se ilegítima, forma alternativa, agora constituem possibilidades sexuais que nunca serão elegíveis para uma tradução em legitimidade. Essas são possibilidades que se tornam cada vez mais negligenciadas na esfera política como consequência da prioridade que o debate sobre o casamento assumiu. Trata-se de uma ilegitimidade cuja condição temporal deve ser foracluída de

---

33 BUTLER, 2004, p. 105.

34 BUTLER, 2004.

qualquer possível transformação futura. Não é apenas *ainda não* legítimo, mas é, podemos dizer, o irrecuperável e irreversível passado da legitimidade: *o nunca será, o nunca foi*<sup>35</sup>.

Essa mesma hierarquização de ilegitimidades é acarretada a partir dos discursos de Mascarenhas na ANC. Gays, lésbicas e bissexuais são considerados ilegítimos, porém dentro de um alcance no qual ainda é plausível que suas vivências, e também aqui talvez somente parcela desses LGB se enquadrariam no padrão normativo proposto, transponham-se para uma esfera de legitimidade; ao passo que pessoas trans e travestis constituem aquela ilegitimidade interdita, impassível de serem abarcadas pelos círculos de aceitabilidade social, jurídica e estatal.

Desse modo, a atuação de Mascarenhas avança o limite da construção do discurso que seria considerado politicamente possível para seu contexto histórico. Não se trata apenas disso, uma vez que tal conjuntura possivelmente corresponderia a não advogar por direito de pessoas trans, porém sem posicioná-las de forma abjeta e utilizá-las, a partir de discursos transfóbicos, como base para estabilizar a legitimação de gays, lésbicas e bissexuais. A falta de incorporação de uma perspectiva crítica ao ativismo leva a que “a partir da urgência de se fazer uma reivindicação política, naturalizam-se as opções mais legíveis dentro do campo sexual”<sup>36</sup>. Nessa medida, a atuação política, a aparente necessidade de “agir e falar de maneiras que são reconhecidamente políticas”<sup>37</sup>, sustenta-se na forclusão do próprio campo político, o qual carece de uma perspectiva crítica, sem a qual “depende fundamentalmente de um desconhecimento – e despolitização – das próprias relações de força pelas quais seu campo de atuação é instituído”<sup>38</sup>. De fato, na posição crítica que Butler assenta sobre o ativismo em torno do casamento gay, torna-se importante o sopesamento entre o que é politicamente possível e aquilo criticamente aceitável. Trata-se da possibilidade de abordar essa forclusão como algo que é inevitavelmente produzido, concebendo um ativismo mais consciente das próprias exclusões que produz, de modo a minimizá-las, ao mesmo tempo que “conserva viva a

---

35 BUTLER, 2004, p. 106, tradução minha, itálico no original.

36 BUTLER, 2004, p. 108, tradução minha.

37 BUTLER, 2004, p. 107, tradução minha.

38 BUTLER, 2004, p. 107, tradução minha.

tensão entre manter uma perspectiva crítica e fazer uma reivindicação politicamente legível”.<sup>39</sup> Em conclusão, o jogo de legitimação é ambivalente, sendo crucial o cuidado para que a deslegitimação não seja meramente transposta para outra parte da população LGBTI+, que não se “transforme a deslegitimação coletiva em uma deslegitimação seletiva”<sup>40</sup>.

Portanto, tendo em vista a reflexão traçada, é evidente como o debate promovido pela única representação de dissidentes sexuais na ANC se inseriu nessa complexa rede na qual a militância política pode atuar na mesma lógica excludente que ela procura dissolver. Novamente, evitando anacronismos, é preciso destacar que uma análise discursiva, como a desenvolvida aqui, não está preocupada e, por isso, não adentra o campo da intenção do falante do discurso. Sendo assim, o propósito desta análise é posicionar esses mesmos discursos como elementos históricos que compõem a construção do que hoje é conhecido como Movimento LGBTI+. Expor as fraturas de seu estabelecimento político é essencial para garantir a incorporação de um aspecto crítico.

## 9. Conclusão

Este artigo buscou explorar parte dos dados empíricos primários obtidos em pesquisa nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. Com o intuito de recuperação de elementos históricos relevantes para o contexto atual, utilizou-se o método de análise foucaultiana do discurso para que fosse possível unir a descrição parcial dos eventos observados ao exame crítico do material. O enfoque amostral do trabalho se restringiu às interpelações feitas pelos parlamentares constituintes a João Antônio de Souza Mascarenhas, ativista representante do MHB, e à fala final feita pelo militante do Triângulo Rosa na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais (1-C).

O desenvolvimento desse esforço analítico permitiu que fossem evidenciados elementos recorrentes nos debates sobre a “orientação sexual” que tiveram lugar na ANC. Nesse sentido, destacam-se: 1) a perturbação dos parlamentares com formas de expressão da homossexualidade masculina; 2) a centralidade da família no questionamento à legitimidade do

---

39 BUTLER, 2004, p. 108, tradução minha.

40 BUTLER, 2004, p. 115, tradução minha.

pleito; 3) a percepção patologizante da homossexualidade e a negação de critérios científicos; 4) a presença da religião como elemento sustentador da oposição à “orientação sexual”; 5) a problematização da suposta ambiguidade do termo e da possibilidade de “indução ao homossexualismo”; 6) a maior abertura à temática por parte de alguns parlamentares do campo da esquerda, embora mesmo dentre eles houvesse resistência à demanda; 7) os limites da representação de João Mascarenhas e o alijamento de travestis e transexuais no processo de formação do Movimento LGBTI+ no Brasil.

Embora a análise tenha se restringido a um momento específico de apenas uma subcomissão, os resultados identificados nesse contexto se replicaram por toda a Assembleia. Assim, após levantamento de todo o material, esse trecho particular foi escolhido para análise por ter o condão de resumir os principais pontos de discussão que reverberaram sobre a temática nos salões de Brasília naqueles meses de 1987 e 1988. Além disso, o exame individual dessas formações discursivas ilustra como diversos desses discursos permanecem ativos no contexto contemporâneo, sustentando expressões de exclusão homo e transfóbicas, ainda que isso seja um tema para ser explorado em outro trabalho.

## Referências

- AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- BRASIL. Senado Federal. *Anais da Assembleia Constituinte (Atas de Comissões)*. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher - Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Ata da 12ª Reunião em 30 de abril de 1987. Brasília: Senado Federal, 1987.
- BUTLER, Judith. *Bodies that matter: on the discursive limits of “sex”*. London and New York: Routledge, 1993.
- BUTLER, Judith. *Excitable speech: a politics of the performative*. London and New York: Routledge, 1997.
- BUTLER, Judith. *Undoing gender*. London and New York: Routledge, 2004.
- BUTLER, Judith. Preface (1999). In: BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. New York and London: Routledge, 2007.

- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CÂMARA, Cristina. *Cidadania e orientação sexual: a trajetória do grupo Triângulo Rosa*. Rio de Janeiro: Academia Avançada, 2002.
- CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL (CPDOC). *Dirce Maria do Vale Quadros*. Rio de Janeiro: FGV, s/d. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/dirce-maria-do-vale-quadros>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- COSTA, Ramon Silva. *Entre taps e direitos: proteção de dados pessoais, privacidade e liberdade no aplicativo Grindr*. Dissertação (mestrado acadêmico) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.
- FACCHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas?: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Lisboa: Edições 70, 2016.
- FRY, Peter. Da hierarquia à igualdade: a construção histórica da homossexualidade no Brasil. In: FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1982.
- LELIS, Rafael Carrano. Despatologização, Ética Jornalística e Constituinte: Elementos da articulação política do MHB na luta pela cidadania sexual na década de 1980. *Revista Brasileira de Estudos da Homocultura*, v. 4, n. 14, 2021.
- LELIS, Rafael Carrano; OLIVEIRA, Adriana Vidal de. Inclusão Excludente: Limitações da Incidência Política na Luta pela Inclusão da Orientação Sexual na Assembleia Nacional Constituinte. *Revista Direito Público*, Brasília, Volume 18, n. 97, 748-776, jan./fev. 2021.
- MORAES, Maria Lygia Quartim de; FRATESCHI, Yara; RODRIGUES, Carla. Entrevista com Judith Butler. *Margem Esquerda*, n. 33, v. 2, 2019.
- PAIVA, Vera. A psicologia redescobrirá a sexualidade?. *Psicologia em Estudo*, v. 13, n. 4, out/dez 2018, pp. 641-651.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

REYNOLDS, Andrew. Representation and rights: the impact of LGBT legislators in comparative perspective. *American Political Science Review*, Cambridge, v. 107, n. 02, pp. 259-274, 2013.

Recebido em 03 de junho de 2021.

Aprovado em 22 de julho de 2021.



**RESUMO:** este artigo buscou explorar parte dos dados empíricos primários obtidos em pesquisa nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88 (ANC). Com o intuito de recuperação de elementos históricos relevantes para o contexto atual, utilizou-se o método de análise foucaultiana do discurso para que fosse possível unir a descrição parcial dos eventos observados ao exame crítico do material. O enfoque amostral do trabalho se restringiu às interpelações feitas pelos parlamentares constituintes a João Antônio de Souza Mascarenhas, ativista representante do Movimento Homossexual Brasileiro, e à fala final feita pelo militante do Triângulo Rosa na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais (1-C). O desenvolvimento desse esforço analítico permitiu que fossem evidenciados elementos recorrentes nos debates sobre a “orientação sexual” que tiveram lugar na ANC, englobando tanto as formações discursivas mais frequentes nos argumentos levantados pelos parlamentares em relação ao pleito, quanto aspectos relativos ao déficit de representatividade do próprio movimento social organizado que levou a demanda até a Constituinte.

**Palavras-chave:** Movimento Homossexual Brasileiro, Assembleia Nacional Constituinte, Orientação Sexual, Movimento LGBTI+.

**ABSTRACT:** This article sought to explore part of the primary empirical data obtained in research on the Proceedings of the National Constituent Assembly of 1987-88 (ANC). In order to recover historical elements relevant to the current context, the Foucauldian discourse analysis method was used to unite a partial description of the events observed with the critical examination of the material. The analytical focus of the work is restricted to the interpellations made by the constituent parliamentarians to João Antônio de Souza Mascarenhas, an activist representing the Brazilian Homosexual Movement, and to the final speech made by the activist from Triângulo Rosa in the Subcommittee on Individual Rights and Guarantees (1-C). The development of this analytical effort allowed us to highlight recurrent elements in the debates on “sexual orientation” that took place in the ANC, encompassing both the most frequent discursive formations in the arguments raised by parliamentarians in relation to the plea, and aspects related to the representativeness deficit of the organized social movement itself that took the demand to the Constituent Assembly.

**Keywords:** Brazilian Homosexual Movement, National Constituent Assembly, Sexual Orientation, LGBTI+ Movement.

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** LELIS, Rafael Carrano. Interpelações parlamentares a um homossexual na Constituinte de 1987-88: reações à fala de João Antônio Mascarenhas na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1794>.

# A desalentadora função das punições: revisitando as teorias da pena à luz da psicologia experimental<sup>1</sup>

*The disheartening function of punishment: revisiting the theories of punishment in the light of experimental psychology*

Ricardo Lins Horta \*

*Conselho Nacional de Justiça, Brasília – DF, Brasil*

## 1. Introdução

Passam-se os anos e, mais uma vez, o Congresso brasileiro aprova e o governo alardeia uma legislação que traz um tratamento ainda mais rigoroso dos criminosos, valendo-se do apelido “anticrime” para defender sua importância<sup>2</sup>. Seria de se esperar que o debate dessa lei viesse acompanhado de dados e evidências que fornecessem bons motivos para se crer que, desta vez, a nova lei, com as medidas de sempre, será um sucesso. Paradoxalmente, e de forma nada inédita, não foi o caso. Afinal, não faltam na

---

\* Doutor em Direito (UnB), Mestre em Neurociências e Graduado em Direito (UFMG), pesquisador visitante na École Normale Supérieure, Rue d’Ulm, Paris (2016-2017). Integrante da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) federal. Ocupou vários cargos de Assessoria e Chefia de Gabinete na Presidência da República, no Ministério da Justiça, e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especializando-se em gestão de políticas de justiça e cidadania e em elaboração normativa E-mail: ricardolinshorta@gmail.com.

1 Este artigo resulta de pesquisa doutoral realizada na *École Normale Supérieure*, em Paris, no ano acadêmico de 2016-2017, sob a orientação de Nicolas Baumard e Coralie Chevallier, a quem agradecemos. Somos gratos também às valiosas contribuições de Pedro Pinheiro-Chagas e Noel Struchiner para esta discussão. Versão anterior deste trabalho foi apresentada no 1º Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCrim), em São Paulo, em 01/07/2017.

2 Trata-se da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que ficou conhecida como “pacote anticrime”.

literatura especializada estudos que questionam que o endurecimento das penas privativas de liberdade seja a melhor política direcionada à redução da criminalidade, ou que indiquem existir alternativas mais eficazes na redução da violência na sociedade. Na verdade, há décadas, especialistas, pesquisadores e acadêmicos vêm advertindo governantes e lideranças políticas que a insistência no encarceramento em massa como solução preferencial para o problema da criminalidade é um equívoco. Tais apelos, lamentavelmente, não costumam ser levados a sério<sup>3</sup>.

Não por acaso, nas últimas três décadas, o aumento da população encarcerada foi a tendência no contexto internacional. Para justificá-lo, o argumento preventivo das penas privativas de liberdade frequentemente foi invocado: se há crime, mais prisões são a resposta, porque elas previnem futuros delitos. Ou ainda, se as penas privativas de liberdade não estão dando conta do recado, é porque não são *severas* o suficiente – isto é, aumentar ainda mais o tempo que as pessoas passam atrás das grades é a resposta adequada e desejável.

Para que uma escolha política pareça tão óbvia, e seja tão persistente no tempo e no espaço, é necessário compreender a lógica argumentativa subjacente. E essa é uma história bem conhecida: para se mudar um comportamento indesejado, deve-se punir, porque a punição funciona. Daí, segue-se um salto lógico: ora, a forma como nossa sociedade pune é a aplicação, na gramática do Direito Penal, de penas privativas de liberdade. Logo, para coibir condutas criminosas, o caminho é criar ou aumentar penas privativas de liberdade, ou tornar mais rigorosas as suas condições.

Os dados disponíveis corroboram a constatação de que a tônica da política criminal tem priorizado a criminalização de novas condutas e o agravamento penas privativas de liberdade<sup>4</sup>. Para o que importa no presente

---

3 TONRY, 2019; PRATT, 2007; GARLAND, 2001.

4 É fundamental qualificar essa afirmação, destacando as múltiplas contradições das dinâmicas da política criminal e do processo político que a configuram. Na visão de Campos (2014), em estudo a partir da produção legislativa penal entre 1989 e 2006, existe na verdade uma coexistência ou complementaridade entre, de um lado, leis de ampliação de direitos e, de outro, proposições legislativas que apostam no recrudescimento penal. Por sua vez, Cifali (2015), focando no período do governo Lula, mostra como um certo “realismo de esquerda” buscou se contrapor discursivamente a um punitivismo de tonalidade neoconservadora, ao passo que foram aprovadas leis mais duras sobre drogas, de crimes hediondos, e da criação do Regime Disciplinar Diferenciado; bem como investiu na criminalização de condutas que afetam grupos sociais específicos. É o caso da exasperação de punições a crimes ambientais, contra idosos, de violência doméstica, ou de redução à condição análoga à de escravo.

trabalho, importa ressaltar que, com certa frequência, as teorias modernas da pena são invocadas como justificativa para essa expansão do Direito Penal.

Realizando estudo sistemático de proposições legislativas penais que tramitaram na Câmara dos Deputados entre 1987 e 2006, Maíra Machado e colegas<sup>5</sup> descobriram que, de uma amostra de 100 proposições, em 35 delas os supostos efeitos preventivos e retributivos eram explicitamente utilizados como argumento para a exasperação da pena.

No mesmo sentido, com base no levantamento das 122 leis que alteraram o sistema penal brasileiro entre 1940 e 2009, e examinando todas as justificativas para a proposição de normas penais na Câmara dos Deputados entre 2007 e 2009, e no Senado entre 2003 e 2009, Luís Gazoto<sup>6</sup> constatou uma tendência de agravamento geral do quadro de punitivismo. As propostas de normas penais mais duras frequentemente traziam justificativas preventivas, sem dados empíricos que sustentassem suas alegações.

Por sua vez, analisando 37 Propostas de Emenda Constitucional (PEC) apresentadas entre 1993 e 2010, referentes à questão da redução da maioridade penal, bem como os respectivos discursos parlamentares, Ricardo Cappi<sup>7</sup> constatou que os discursos punitivistas mais duros se apoiam numa mescla de argumentos dissuasórios e retributivistas.

O uso rotineiro das teorias tradicionais da pena, sem forte rigor conceitual, se dá também na prática judiciária. A partir de entrevistas com magistrados e membros do Ministério Público de todo o país, José Roberto Xavier<sup>8</sup> encontrou discursos nem sempre articulados e coerentes, apoiados em enunciados retributivistas e dissuasórios, que justificavam infligir sofrimento nos condenados.

Esse quadro, que não tem dado sinais de reversão, apoia-se em grande medida no discurso da dogmática penal, que insiste, em manuais introdutórios ou avançados, numa teoria que tem como um dos seus pressupostos a “função preventiva” das penas privativas de liberdade<sup>9</sup>. Não é

---

5 MACHADO et al, 2010, p. 35.

6 GAZOTO, 2010.

7 CAPPI, 2014.

8 XAVIER, 2010.

9 No caso brasileiro, as contradições internas ao discurso de aplicação da lei penal parece ser regra também no caso das medidas de segurança. Em censo abrangente da população de 3.989 indivíduos que viviam nos 26 Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do país, Debora Diniz verificou uma frágil relação entre os diagnósticos psiquiátricos que atestariam a

surpreendente, assim, que desde o início de sua formação teórica e prática, juristas sejam persuadidos e socializados de modo a naturalizar esse suposto vínculo causal entre o encarceramento e a prevenção de futuros delitos.

Penas privativas de liberdade são efetivas em suas declaradas funções preventivas? Penas mais severas são mais efetivas na redução da criminalidade? São perguntas centrais à reflexão penal, mas cuja resposta não é meramente teórica: são questões empíricas e que, portanto, demandam uma resposta com amparo nos *dados* disponíveis. Felizmente, nos últimos anos, uma legião de criminólogos, economistas, sociólogos e juristas se dedicou a analisar as estatísticas disponíveis, especialmente em países ricos, para endereçar essa questão – e alguns desses trabalhos serão revisados e discutidos neste artigo. Estranhamente, embora esses dados e esse debate sejam bem conhecidos pelos especialistas em segurança pública no Brasil, ele é praticamente ausente da discussão da dogmática penal brasileira.

Neste ensaio, buscamos apresentar aos juristas uma área ainda pouco debatida em nosso meio, que é a Psicologia Experimental, como forma a contribuir para o preenchimento dessa lacuna. Essa escolha se justifica porque os estudos dessa área trazem achados de cunho descritivo que tratam de questões que historicamente foram objeto de teorização normativa sobre os fundamentos e finalidades da punição – e, de forma surpreendente, são trabalhos pouco conhecidos da comunidade jurídico-penal brasileira. Para tanto, faremos uma revisão dos principais achados da literatura recente em Psicologia da Punição, cotejando seus principais achados com os pressupostos teóricos adotados pela dogmática penal em relação às teorias que fundamentam a pena privativa de liberdade<sup>10</sup>. Esposamos, assim, a tese de que uma abordagem interdisciplinar e empírica faria bem aos teóricos do direito, resultando em melhores teorias normativas<sup>11</sup>.

Mostraremos que mesmo os proponentes de versões garantistas ou democráticas da dogmática penal parecem acreditar que penas privativas de liberdade previnem crimes. No entanto, sustentaremos que a persistência da defesa da prisão como meio preventivo da criminalidade decorre de três premissas questionáveis, que merecem ser discutidas à luz das conclusões

---

suposta periculosidade, e o tratamento conferido aos indivíduos infratores, muitos dos quais continuavam ilegalmente sob custódia (DINIZ, 2013).

10 Uma área correlata é a da Neurociência da Punição, que foi revisada em outro trabalho. Vide HORTA, 2018.

11 No mesmo sentido, STRUCHINER; CHRISMANN, 2012.

da Psicologia Experimental: (i) o de que os cidadãos visam sobretudo à prevenção de novos delitos quando demandam do Estado a severa punição dos transgressores; (ii) o de que a punição é uma forma efetiva de exercer pedagogia comportamental; e (iii) o de que indivíduos que são punidos por meio da privação de liberdade seriam menos, e não mais, propensos a reincidir. Neste trabalho, buscamos contestar essas três premissas com base em resultados de estudos empíricos, e, a partir dessa crítica, apontar para possíveis novas direções para as teorias da pena.

Para este fim, iniciaremos revisitando as teorias da pena, e o tratamento que elas fazem do vínculo causal entre a punição e a prevenção de delitos futuros (Seção 2); em seguida, desafiaremos seus pressupostos com base em duas linhas de pesquisa psicológica empírica, aquela que se debruça sobre os processos mentais de quem *decide punir* (Seção 3), e das pessoas que são *destinatárias da punição* (Seções 4 e 5). Por fim, traçaremos algumas hipóteses para a persistência do discurso e da prática da política criminal de insistir em penas sempre mais duras como resposta adequada ao fenômeno criminal (Seções 6 e 7).

## 2. As teorias da pena: a imprecisão conceitual da doutrina penal

O debate contemporâneo na dogmática penal brasileira deriva de forte influência alemã, e tende a rejeitar as chamadas *teorias absolutas* da pena. Ou seja, em vez de se justificar o fundamento da pena como sendo puramente retributivista ou exclusivamente preventivo, os autores nacionais têm preferido adotar teorias *relativas*, também referidas como dualistas, unificadas ou mistas. Segundo essa perspectiva, a justificação da pena conjuga tanto fatores de prevenção (e suas variantes: geral e especial, negativa e positiva) quanto, a partir da tradição retributivista, a reprovabilidade ou culpabilidade da conduta punível<sup>12</sup>. Assim, cada autor tende a enfatizar um ou outro ingrediente de cada uma das tradições, como veremos a seguir.

---

12 Essa perspectiva eclética é esposada pelo art. 59 do Código Penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção do crime*”. Da mesma forma, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: “Retribuição, restituição, prevenção, ressocialização do perpetrador, expiação e retaliação por injustiças cometidas são considerados aspectos de uma sanção apropriada” (BVerfGE 45, 187, 210, em tradução livre).

Em paralelo a essa caracterização “prevenção vs. retribuição”, nas últimas décadas, sob influência do giro linguístico-pragmático da filosofia jurídica, as teorias penais passaram a esposar enfoques que insistem na função “comunicativa”, expressiva<sup>13</sup> ou de “denúnciação” das penas privativas de liberdade<sup>14</sup>. Em princípio, essas teorias rejeitam o retributivismo, enquanto imposição de sofrimento no transgressor, como uma justificativa “pouco civilizada” e não defensável. Contudo, ao mesmo tempo, conferem à tradição retributivista uma nova roupagem, ao enfatizar o aspecto de responsabilização dos transgressores por meio do caráter expressivo ou comunicativo da pena. Tal como na tradição retributivista, é o ato situado no passado, e a resposta proporcional ao dano, que são a tônica da pena – veremos a seguir três autores emblemáticos dessa perspectiva.

Na versão mais recente de sua teoria justificadora da pena, o autor neorretributivista Andreas von Hirsch<sup>15</sup> sustenta que a severidade da punição deve refletir o grau de reprovabilidade da conduta. Assim, quando o dano causado é grave, a pena de prisão se justifica, desde que proporcional à culpa do agente. O tratamento duro da pessoa privada de liberdade, por sua vez, justifica-se em bases “comunicativas”: causar sofrimento no autor do delito é um modo de transmitir a censura ou desaprovação, proporcional ao mal causado. O ofensor é um agente moral, a quem essa censura é direcionada, e a proporcionalidade é o seu critério de justa medida. Para von Hirsch, apenas de maneira secundária se pode considerar os propósitos preventivo-gerais da pena.

Ainda na linha das teorias expressivas ou da denúnciação se insere a formulação de Klaus Günther. O autor assinala que, enquanto na época do *Welfare State*, encarou-se a punição como uma forma instrumental de lidar com o indivíduo transgressor, tendo vista finalidades coletivas, o giro comunicativo passou a considerá-lo como um agente comunicativo, que deve responder pelo que fez. Assim como o delito é uma comunicação de nega-

---

13 Importante destacar que, no debate alemão, a *função expressiva da pena* é um fundamento frequentemente invocado, pois permitiu, retoricamente, que se defendesse a punição de criminosos nazistas, mesmo passado tanto tempo dos seus delitos. Ora, muitos deles estavam em idade avançada, não sendo mais capazes de reincidir; desse modo, pareceria inútil sustentar que o encarceramento serviria a qualquer propósito preventivo. A “função expressiva”, porém, justificaria o tratamento punitivo, na medida em que serviria como uma comunicação ao restante da sociedade alemã da reprovabilidade de sua conduta (ROXIN, 2014, p. 40).

14 TONRY, 2017; PIRES, 2004

15 VON HIRSCH, 2017, pp. 17-43

ção da validade da norma, a punição encerra uma *mensagem moral* que reforça a validade do direito legitimamente instituído. Se os cidadãos são seres racionais, “colegisladores” num processo democrático, é como se aqueles que transgrediram as normas optassem por rejeitar o resultado do processo deliberativo. Ao não tratarem as vítimas como iguais, os transgressores devem receber a mensagem de que o que fizeram é errado, deixando assim o lugar de coautores e passando a ser destinatários da norma penal – continuando de todo modo a serem considerados pessoas morais<sup>16</sup>.

Claus Roxin, numa elaboração mais atualizada de sua concepção, rejeita a perspectiva da censura, adotando em seu lugar o princípio da responsabilidade. O delito perturba a paz social, o que gera uma *responsabilidade* por parte do transgressor, medida pela sua culpa ou reprovabilidade. A transgressão gera um dano, que precisa ser restaurado, o que justifica que o indivíduo seja punido – o que ecoa a tradição retributivista. A finalidade da punição é, por sua vez, conforme o caso em particular, atender aos propósitos preventivos gerais e especiais, negativos e positivos. Para Roxin, a punição permite a ressocialização, a realização da função expressiva e os fins preventivo-gerais: o efeito pedagógico sobre o restante da sociedade, reassegurar a confiança no Estado de Direito e a pacificação social<sup>17</sup>.

Se a doutrina alemã mais celebrada, assim, deixou num segundo plano a função preventiva<sup>18</sup> – sem dela abrir mão completamente – a doutrina italiana ainda manteve essa chama acesa. Luigi Ferrajoli, em sua perspectiva garantista, distingue o que seriam as teorias descritivas ou empíricas de *por que se pune*, das teorias filosófico-normativas acerca de *por que deve existir a punição*. Ferrajoli adverte, inclusive, que devem ser chamadas “ideologias” aquelas teorias que confundem os esquemas de explicação dos modelos de justificação, como casos de *falácia naturalista* ou *normativista*. Em seguida, argumenta que, no plano normativo da justificação, as penas se justificam

---

16 GÜNTHER, 2014, pp. 123-139.

17 ROXIN, 2014, pp. 33-42.

18 Vale destacar que a dogmática penal alemã do pós-guerra tende a ver com maus olhos as perspectivas mais destacadamente retributivistas, priorizando as justificativas que sustentam os aspectos preventivos da pena. Essa abordagem, muito influente nos países da tradição jurídica romano-germânica, contrasta com o debate jurídico-penal dos países de *Common Law*, onde prevaleceram, nas últimas décadas, teorias mistas que conferem maior ênfase a justificativas de cunho neoretributivista como a do “justo merecimento” (*just deserts*). Para esse rico debate, e objeções a essas teorias mais recentes, vide DUBBER, 2005, p. 696-706; GRECO, 2012, p. 264-265; CARVALHO, 2015, pp. 95-122.



como uma forma de *evitar o mal maior*: a arbitrariedade desmedida da potencial reação social ao delito. O direito penal, assim, teria a dupla função preventiva: a de prevenir futuros delitos, mas, mais importante ainda, a de prevenir ou minimizar penas desproporcionais<sup>19</sup>.

Os exemplos acima mostram como as formulações justificativas da pena mesclam de formas variadas os componentes da secular discussão entre os que defendem uma visão *retrospectiva* sobre a magnitude do dano causado, ao qual deve corresponder um juízo de reprovabilidade; e os que apontam para uma visão *prospectiva*, dos efeitos futuros de aplicação da pena.

Importante destacar que mesmo sendo relegada a um segundo plano em abordagens influenciadas pelo chamado neorretributivismo, a tese da prevenção nunca está ausente do debate – e o condão das já citadas teorias “relativas” é justamente de manter ambas as justificativas para as penas punitivas ao alcance retórico do discurso punitivo. Trata-se de uma conveniente combinação entre dois fatores de distintas dimensões: (i) a reprovabilidade do agente legitima a punição ao mesmo tempo que, supostamente de forma humanista e garantista, a limita; e (ii) a prevenção de futuros delitos, que segue citada como sua função, embora não a principal. Essa mescla confusa, em que nunca se tem uma métrica clara para orientar o julgador sobre qual dos fatores é o mais relevante num caso concreto, tem sido uma opção retórica de diversos representantes relevantes na doutrina penal pátria.

Na teoria mista defendida por Marcelo Ruivo<sup>20</sup>, há supostamente uma importante distinção conceitual entre o porquê e a finalidade da pena: o *fundamento* da punição é sempre a retribuição da culpa pela conduta, embora a sua *finalidade* seja prevenir futuros delitos. Todavia, o jogo retórico de conceitos, de forma velada, não resolve o problema essencial diante do qual qualquer magistrado se depara no caso em concreto: quais os parâmetros para priorizar a retribuição pelo dano causado pela conduta, ou, alternativamente, para prevenir a reincidência? É possível que um mesmo delito seja excepcional ou rara ocorrência, caso em que a lógica da prevenção demandaria uma punição elevada para se alcançar a suposta dissuasão desejada; mas cause um dano mínimo e seja pouco reprovável. Nunca é plenamente explicitado, no entanto, se a majoração de uma pena serve ao propósito da retribuição ou da prevenção. Não obstante esse problema

---

19 FERRAJOLI, 1995, pp. 321-337.

20 RUIVO, 2016.

prático evidente, trata-se de posicionamento emblemático do que se encontra nos manuais de dogmática penal no Brasil<sup>21</sup>.

Diante dessa profusão de justificativas, não raro conflitantes entre si, Juarez Cirino dos Santos sugere, numa perspectiva crítica, que as teorias relativas ou mistas, com suas pretensões ecléticas ou unificadoras das justificativas das penas, não raro contraditórias entre si, não passam de “*uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto*”<sup>22</sup>. Essa fragmentação teórica, segundo Salo de Carvalho, impede que se tenha um consenso mínimo sobre o papel da sanção penal, e ao oferecer “*à la carte*” uma enorme variedade de teorias, ignora incompatibilidades lógicas existentes entre elas, e acaba colocando a dogmática a serviço de concepções autoritárias e punitivistas quando da aplicação da lei penal<sup>23</sup>.

É digno de nota que em vários dos textos doutrinários revisados, abundam justificativas empíricas de por que uma determinada escolha teórica é mais ou menos desejável: as teorias preventivas apostariam num efeito intimidação que seria *ineficaz*; as prisões seriam *ineficazes*, etc<sup>24</sup>. Contudo, de maneira surpreendente, pesquisas empíricas recentes não figuram entre as referências bibliográficas citadas. Ou seja, sem adentrar no mérito de cada uma das teorias, parece-nos que os fundamentos empíricos trazidos ao debate ou estão desatualizados, ou não foram baseados na literatura científica disponível.

Para contribuir com a qualificação desse debate, aportaremos alguns resultados da literatura recente nas Ciências Comportamentais. Nesse sentido, é essencial primeiro compreender *por que* as pessoas acham que transgressores merecem ser punidos. Iniciaremos mostrando que, contrariamente a uma crença bem estabelecida, as *justificativas* alegadas pelas pessoas que desejam punição a um transgressor não correspondem às *motivações intuitivas* subjacentes ao comportamento de punir.

---

21 A exemplo de BITTENCOURT, 2016, pp. 130-162; MARQUES, 2008, p. 148; PRADO, 2013, pp. 637-638; SCHECAIRA; CORRÊA JR., 2002, p. 144-145.

22 SANTOS, 2010, p. 430.

23 Vide CARVALHO, 2015, pp. 123-128. A incoerência entre os objetivos professados para a sanção penal não passou despercebida do debate mais qualificado. A discussão sobre a chamada “antinomia dos fins da pena” lançou-se, justamente sobre o problema de como conciliar as diferentes finalidades da pena no momento da aplicação da lei penal. No direito penal alemão, uma das tentativas majoritárias de solução é a “teoria do espaço livre” (*Spielraumtheorie*). Vide TEIXEIRA, 2015, pp. 35-51.

24 BITTENCOURT, 2016, p. 145; SANTOS, 2010, p. 425.

### 3. A evidências empíricas: por que punimos? Um olhar sobre os *aplicadores da lei penal*

Após décadas de estudos e Psicologia Experimental, hoje dispomos de um extenso corpo de evidências comportamentais que demonstra que, quando pessoas observam uma situação de transgressão, embora declarem que a punição se justifica para dissuadir ou prevenir ofensas semelhantes no futuro, elas na verdade desejam o restabelecimento da justiça por motivações inerentemente retributivistas, proporcionais ao dano causado. Dito de outra forma, embora as pessoas *justifiquem discursivamente* que punem por um motivo preventivo, o *processo psicológico* que efetivamente ocorre está em dissonância com essa justificativa.

Um dos primeiros estudos dessa linha foi conduzido no fim da década de 1970 nos Estados Unidos. Os pesquisadores inicialmente aplicaram questionários a 151 estudantes universitários, avaliando suas opiniões sobre o efeito preventivo da pena de morte. Desse grupo, foram selecionados 24 que acreditavam no efeito preventivo, e 24 que não acreditavam na eficácia da pena capital em reduzir crimes. A amostra foi reunida em grupos mistos, com defensores e detratores da medida. Em seguida, cada um dos sujeitos de pesquisa lia um resumo de um estudo empírico que provava ou falsificava a hipótese do efeito preventivo da pena de morte. Na etapa seguinte, eles respondiam a um novo questionário, para medir se o contato com as novas evidências fazia com que mudassem de ideia.

Após esse momento, os sujeitos pesquisados tinham acesso a uma versão mais detalhada dos estudos empíricos, explicitando os métodos empregados, cuja consistência lhes cabia examinar. Por fim, essas etapas eram repetidas, *mas com um estudo que tinha as conclusões contrárias* aos dos que os sujeitos tinham originalmente lido. Dessa forma, cada sujeito tinha contato tanto com resultados de um estudo que confirmavam sua crença original sobre a adequação da pena de morte, quanto com resultados que a contradiziam.

Os achados revelaram haver uma forte tendenciosidade na assimilação de informações sobre os estudos. Sujeitos que favoreciam a pena de morte *a priori* aceitavam com facilidade os resultados do estudo que confirmavam sua crença, e desconfiavam da qualidade metodológica do estudo que os contrariava. Os adversários da pena de morte exibiram um padrão semelhante, mas inverso, acreditando no estudo que mostrava a inexistência

de efeitos preventivos, e pondo em dúvida o estudo no sentido contrário. Além disso, como os pesquisadores aplicaram questionários com a opinião dos sujeitos antes e depois de terem contato com os estudos, eles verificaram uma maior polarização das atitudes: mesmo diante de evidências em contrário à sua crença original, os estudantes se agarravam às conclusões dos estudos que as confirmavam para fortalecê-las ainda mais<sup>25</sup>.

Examinando essa questão de outra perspectiva, Phoebe Ellsworth e Samuel Gross<sup>26</sup> revisaram pesquisas de opinião aplicadas na segunda metade do século XX ao público estadunidense, sobre os motivos que levavam ao apoio ou à oposição à pena de morte. O trabalho, publicado em meados da década de 1990, época do auge de apoio às políticas de “lei e ordem” naquele país, mostrava que o alto nível de suporte à pena de morte se mantinha mesmo quando os entrevistados não acreditavam mais no seu efeito preventivo. Ao longo dos anos, à medida que os dados iam colocando em dúvida a eficácia da pena de morte em diminuir crimes, os seus apoiadores simplesmente mudavam a justificativa para defendê-la: se não prevenia mais delitos, a pena de morte seria, segundo eles, menos custosa ao Erário do que a prisão perpétua, por exemplo; ou seria mais adequada simplesmente porque a “lei de Talião” deveria valer no caso de crimes graves. Assim, esse trabalho, além de ser um retrato da escalada punitivista naquele país dos anos 1960 a 1990, mostrou que o público poderia apoiar a pena capital a despeito de dados sobre sua ineficácia, unicamente apoiado em intuições retributivistas.

O fato de que a coleta e interpretação de dados tende a se dar de forma enviesada é, hoje, uma conclusão incontroversa no campo da Psicologia do Raciocínio. Ao contrário da visão que costumamos ter de nós mesmos, não temos acesso privilegiado aos processos mentais subjacentes às inferências que levam a determinadas conclusões – e a sensação que temos de que podemos compreender nosso raciocínio é tão enganadora quanto uma ilusão de óptica pode ser<sup>27</sup>. Um dos fenômenos a que estamos sujeitos, sem nos darmos conta, é que tendemos a assimilar com facilidade informações

---

25 LORD et al., 1979.

26 ELLSWORTH; GROSS, 1994.

27 Para o estudo clássico que colocou em dúvida a capacidade da introspecção sobre os próprios processos mentais, e desde então foi confirmado com os mais variados métodos e técnicas experimentais na Psicologia, vide NISBETT; WILSON, 1977. Para a discussão da mente inconsciente na tomada de decisão juridicamente relevante, vide HORTA, 2019.

novas que confirmem suas concepções, e ignorar ou questionar com veemência aquelas que contradizem crenças pré-estabelecidas. A revisão dessa rica literatura extrapola o objetivo deste trabalho<sup>28</sup>, mas para o que nos interessa, basta pontuar que as *justificações* que são utilizadas para a aplicação de uma pena não são necessariamente os *motivos* que internamente conduziram a essa conclusão.

Nas últimas décadas, essas intuições por trás de raciocínios punitivos foram objeto de investigação pela Psicologia Experimental de forma mais detalhada. A maioria dos estudos dessa linha consiste na exibição, aos sujeitos de pesquisa – geralmente algumas dezenas de estudantes universitários estadunidenses –, de vinhetas, isto é, textos curtos, contendo descrições do cometimento de crimes, ao lado de outras informações que poderiam qualificar a gravidade do dano causado, as características pessoais do ofensor, a possibilidade de reincidência e as motivações por trás de seus atos. Em seguida, os sujeitos pesquisados devem assinalar a punição considerada justa para cada ação. Ao manipular, em diferentes cenários, cada uma dessas variáveis, os psicólogos descobriram um padrão: o impulso primordial para punir alguém, em todos os estudos, parece ser retributivista, ainda que a justificativa discursivamente empregada seja outra.

Num estudo muito citado, Kevin Carlsmith, John Darley e Paul Robinson<sup>29</sup> primeiro avaliaram se os sujeitos pesquisados efetivamente sabiam diferenciar quais variáveis estariam associadas a uma punição de caráter preventivo ou retributivo. Em resposta aos questionários, os participantes corretamente assinalaram que, se o propósito da punição é prevenir, ela deve ser majorada em casos em que é muito difícil detectar um delito, e ser publicizada o máximo possível, para se melhor atingir o efeito dissuasório. Por sua vez, se o que move a punição é a retribuição ao mal causado, deve haver uma proporcionalidade entre ambos, a menos que haja causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade da conduta. Ou seja, as pessoas participantes do estudo estavam corretamente cientes dos marcos normativo-filosóficos por trás das teorias da pena.

No momento seguinte, os pesquisadores mostraram a 336 sujeitos as vinhetas, descrevendo crimes graves ou leves; de fácil ou de difícil de-

---

28 Para uma revisão atualizada, abrangente e qualificada deste tópico, remetemos à obra *The Enigma of Reason* (MERCIER; SPERBER, 2017).

29 CARLSMITH; DARLEY; ROBINSON, 2002.

teção; com ou sem justificativa defensável; e com maior ou menor nível de publicidade que a condenação atingiria na comunidade. Ao manipular essas variáveis e questionar qual seria a pena justa, os pesquisadores verificaram que os participantes eram sensíveis aos fatores associados ao retributivismo, mas não aos fatores que importariam se o propósito da condenação fosse prevenir futuros delitos. A gravidade do delito e a ausência de uma circunstância mitigadora da conduta do autor eram fortes variáveis preditivas da pena que seria assinalada, ao contrário da probabilidade de detecção do delito ou o grau de publicidade da condenação.

Num estudo seguinte, Kevin Carlsmith<sup>30</sup> assinalou a 42 participantes a tarefa de reunir informações sobre um crime cometido para proferir a sentença condenatória. Havia 9 grupos de informações dos quais eles poderiam extrair informações relativas ao crime, que seriam relevantes para a avaliação dos propósitos da pena: preventivo (ex: crimes desse tipo são ou raros, ou muito comuns), retributivo (como a magnitude do dano causado), ou de incapacitação (ex: o réu é uma pessoa tranquila e dificilmente reincidiria, ou é alguém impulsivo e agressivo). À medida que os sujeitos selecionavam uma informação, os pesquisadores queriam avaliar assim qual seria a informação considerada prioritária, que deveria ser buscada primeiro, por cada participante. Mais uma vez, os fatores mais relevantes eram os de ordem retributivista.

Esta linha de estudos<sup>31</sup> mostra que, embora as pessoas endossem o propósito preventivo das penas, na prática elas avaliam a justiça de uma condenação segundo uma lógica retributivista. Ou seja, as intuições morais estão em conflito com o que as pessoas dizem desejar atingir com a punição.

Essa conclusão fica ainda mais patente no experimento de Eyal Aharoni e Alan Fridlund<sup>32</sup>. Os pesquisadores perguntaram a 49 pessoas qual seria a sentença apropriada para um crime gravíssimo – estupro de menor, seguido de homicídio. O caso, porém, tinha algumas particularidades: todo o julgamento do caso, bem como sua condenação, correriam em total segredo de justiça, em virtude da menoridade da vítima; após o crime, o acusado teria desenvolvido paralisia total dos membros inferiores e supe-

---

30 CARLSMITH, 2006.

31 Revisada e resumida em CARLSMITH; DARLEY, 2008.

32 AHARONI; FRIDLUND, 2011.

riores, tornando-se inofensivo para a sociedade desde então; e a família da vítima havia declarado que não desejava vingança, ou punição pelo crime. Escolhida a punição devida, os participantes eram submetidos a uma entrevista semiestruturada em que se buscava entender a motivação da pena.

O que se seguiu foi um interessante mergulho sobre a dissociação entre o comportamento observado e suas justificativas. Se os participantes diziam que a punição se legitimava como forma de evitar o cometimento de novos crimes pelo acusado (prevenção especial), o entrevistador lembrava que, estando paralisado, este não teria como cometer novos crimes do gênero. Se a justificativa era a necessidade de fornecer um exemplo para as demais pessoas (prevenção geral), o pesquisador apontava que o processo correria em total sigilo e ninguém jamais saberia da punição no mundo exterior. Se os sujeitos argumentavam a Lei de Talião (retribuição), mesmo a despeito da postura da família da vítima de não fazer o mesmo, eram em seguida questionados qual propósito se atingiria com isso.

Após a entrevista, dos 49 participantes, 3 decidiram desde o início não punir; 10 deles mudaram de ideia após o processo de discussão e argumentação com os pesquisadores; 34, porém, decidiram punir o acusado mesmo assim, ainda que sem conseguir articular justificativas racionais para tanto. Ou seja, ainda que diante da impossibilidade de justificar a punição, ainda assim a maioria dos participantes se ateu à sua decisão intuitiva em favor de sua aplicação<sup>33</sup>.

Um questionamento que se poderia fazer é que, quando as pessoas decidem a punição justa para uma transgressão, os motivos retributivista e preventivo estariam, na verdade, entrelaçados. Não seria possível isolar um do outro, na medida em que ao buscar uma retribuição justa e proporcional, a punição *também* serviria como exemplo dissuasório, via prevenção geral, ou como forma de incapacitação ou prevenção especial negativa. O ideal seria, assim, isolar ambas as variáveis, buscando casos em que a gravidade da transgressão (argumento retributivista) estaria absolutamente dissociada do propósito preventivo.

---

33 Esse fenômeno é conhecido na literatura a partir do termo popularizado pelo psicólogo Jonathan Haidt (HAIDT, 2001), “*moral dumbfounding*”, ou “estupefação moral”: diante de contradições evidentes, as pessoas se surpreendem, ridicularizam ou riem da sua inabilidade de encontrar motivações racionais para suas crenças morais, mas nem por isso são capazes de alterá-las.

Num delineamento experimental inusitado, Jeffrey Goodwin e Adam Benforado<sup>34</sup> tentaram isolar esses motivos, perguntando aos participantes se um *animal* que tivesse provocado uma agressão fatal deveria ser morto. Embora o sistema penal atual não se aplique a animais não humanos, os pesquisadores lembram que diversas sociedades, em vários momentos históricos, tinham leis específicas para lidar com animais “transgressores”. E, como a punição de um animal não teria nenhum efeito dissuasório sobre outros animais, não haveria possível efeito de prevenção geral neste caso.

Como resultado, os 267 participantes tinham atitudes quanto mais punitivas, quanto maior o dano causado: se o “animal transgressor” (que podia ser um tubarão, um touro, ou um cão *pitbull*) havia matado um cão de estimação, os impulsos punitivos eram menores do que se ele havia matado uma criança humana. A objeção mais óbvia a este estudo seria que os participantes visariam, antes de tudo, a “incapacitação” de um animal perigoso.

Em dois outros estudos, porém, o efeito incapacitação também foi isolado. Desta vez, o cenário era a captura de um tubarão, após que havia matado uma criança pequena que brincava na praia. O tubarão capturado podia ser o próprio animal que matou a criança, ou outro animal, igualmente perigoso. Os 415 participantes do estudo tendiam a desejar uma morte mais sofrida para o tubarão capturado quando ele era exatamente o mesmo que atacara a vítima, em relação a um outro tubarão da mesma espécie – uma decisão incompatível com o propósito de incapacitação, mas coerente com os impulsos retributivistas.

Embora possa parecer absurdo fazer experimentos com casos hipotéticos envolvendo animais que vitimizam seres humanos, é preciso lembrar que esses resultados estão em linha com os anteriormente apresentados: as intuições de justiça das pessoas parecem seguir, antes de tudo, uma lógica de retribuição proporcional ao dano causado.

Outro resultado interessante advém de um estudo que buscava sondar por que cidadãos estadunidenses poderiam ser favoráveis às técnicas de tortura durante interrogatórios de prisioneiros da Guerra do Iraque. Embora justificassem a “utilidade” da tortura como forma de extrair informações para prevenir futuros ataques terroristas, os sujeitos de pesquisa na verdade estavam pouco interessados na suposta “eficácia” do procedimento, na verdade movidos por sentimentos retributivistas<sup>35</sup>.

---

34 GOODWIN; BENFORADO, 2015.

35 CARLSMITH; SOOD, 2009.



Katrina Fincher e Philip Tetlock<sup>36</sup>, por sua vez, conduziram um estudo sobre o “retributivismo oculto”, isto é, a decisão de assinalar punições além do que é legalmente fixado, com base em intuições vingativas. Para tanto, eles se valeram do exemplo de sanções legais “oficiais” – a pena privativa de liberdade – ao lado do inconfessável desejo retributivista de causar sofrimento no ofensor. Ora, a existência de condições degradantes no cárcere não é defensável do ponto de vista jurídico, uma vez que consiste numa forma de sofrimento adicional à pena. O sentimento retributivista emergiria, assim, quando, além de assinalar uma punição “justa”, do ponto de vista legal, as pessoas ainda assim quisessem causar sofrimento adicional ao condenado.

Nesse estudo, 300 participantes desempenhavam o papel de “juiz de execução”, devendo direcionar para o presídio A ou B um condenado por um crime bárbaro: estupro, tortura e morte de uma garota inocente de 7 anos de idade. Uma tabela descrevia ambos os estabelecimentos por uma série de características não muito diferentes entre um e outro: custo do preso, presença ou não de programa de estudos, grau de segurança, taxa de reincidência. Uma quinta característica, porém, os diferenciava com clareza: o grau de brutalidade com que os detentos eram tratados, e as violências a que estariam sujeitos estando encarcerados em cada um deles.

A manipulação foi feita em dois cenários: um, em que os sujeitos tinham que, de forma “aberta” e gradual, ir indicando qual dos estabelecimentos era mais adequado para a execução da sentença, conforme cada um dos fatores. Outro, “fechado”, em que eles escolhiam um dos estabelecimentos de uma só vez, justificando posteriormente sua decisão. Assim, na segunda condição, os participantes poderiam “mascarar” qual variável havia efetivamente sido a decisiva para sua escolha. Os resultados mostraram que, na condição “aberta”, os sujeitos escolhiam o estabelecimento mais barato, mais seguro e menos violento, ao passo que na condição “fechada”, eles tendiam a preferir o presídio mais brutal, embora buscassem a justificativa para sua decisão em alguma das outras variáveis. Ou seja, o “retributivismo oculto” se manifestava quando era possível justificar de outra forma o sofrimento que o condenado “mereceria”, para além da sanção legalmente estabelecida.

---

36 FINCHER; TETLOCK, 2015.

Todos esses resultados sugerem que, a despeito de toda a discussão normativa da dogmática penal e da filosofia da punição sobre qual o fundamento legítimo para o discurso de justificação do sofrimento causado nos acusados mediante a aplicação de penas, as intuições retributivistas parecem ser, no plano descritivo, a motivação primordial por trás da decisão de punir. Embora as pessoas construam uma legítima e sincera *argumentação* no sentido que a punição pode evitar novas transgressões no futuro, as *intuições* que conduzem ao juízo moral dependem não da probabilidade ou da eficácia em se prevenir futuros delitos, mas na extensão do mal causado no passado, bem como a existência ou não de excludentes da ilicitude ou culpabilidade da conduta. Dito de outra forma, os discursos teóricos justificativos da punição em abstrato, e as intuições que movem as decisões de punir – baseadas no senso prático de justiça – não estão em sintonia.

A principal objeção que se pode fazer contra essa série de estudos é a sua validade ecológica. Afinal, trata-se de amostras de estudantes de um país rico, que dificilmente é representativa da população daquele país como um todo ou de outros países. De todo modo, a replicação do mesmo resultado em todos os estudos merece ser levada a sério – e ao menos um estudo transcultural, com uma amostra de participantes chineses, mostrou resultados no mesmo sentido<sup>37</sup>.

Em suma, os experimentos da Psicologia Social recentes descartam a tese de que o desejo pedagógico de evitar futuros crimes seja a principal *motivação* por trás da atitude de punir um ofensor. Nesse cenário, a agenda de pesquisa de psicólogos e filósofos experimentais dos últimos anos tem sido, em vez disso, uma tentativa de descobrir não “se” o raciocínio moral das pessoas é consequencialista-preventivo (as evidências sugerem o contrário), mas “por que” ele funciona conforme a dinâmica retributivista<sup>38</sup>.

Todos os resultados de estudos discutidos nesta seção mostram que o vínculo que se faz entre o que ocorre durante o ato de punir e as suas justificativas publicamente sustentadas está longe de ser satisfatório. Durante certo tempo, alguns teóricos chegaram a propor que a onipresença da punição derivava da própria evolução da cooperação na espécie humana, e que grupos humanos em que trapaceiros e agressores não eram punidos

---

37 ZHANG et al., 2017.

38 CUSHMAN, 2017; BAUMARD; SHESKIN, 2015; NADLER; MACDONNEL, 2012.

não tinham como se proteger de futuras transgressões<sup>39</sup>. Estudos mais recentes, porém, têm indicado, inclusive com base no registro antropológico, que punir transgressores é apenas mais uma das formas possíveis de lidar com transgressões a normas – ao contrário, essa literatura mostra que as sociedades humanas historicamente se valeram de um vasto repertório de respostas comportamentais possíveis a conflitos e a violações de regras, que vão desde sanções informais como a fofoca e a exclusão do grupo, até comportamentos reparativos de compensação, composição e perdão<sup>40</sup>.

Porém, se admitirmos que não punimos para este fim declarado, coloca-se uma questão relevante: se nos parece intuitivo, na vida cotidiana, que a punição “funciona”, o que estaria errado? Se crianças são rotineiramente educadas com castigos, se animais de estimação são domesticados com punições, se toda estrutura organizacional contemporânea prevê sanções institucionalizadas para comportamentos indesejados, como conciliar isso com os achados empíricos? Para endereçar essa questão, abrimos um breve parêntese para revisitar a análise comportamental da eficácia das punições.

#### 4. Punir funciona? A resposta das Ciências Comportamentais

Punir é uma medida eficaz para alterar comportamentos?

A resposta do senso comum sobre a eficácia da punição parece ser inequívoca. Seja no ato de educar crianças, seja nas discussões sobre a violência na sociedade, seja no trato com animais, é comum que as pessoas acreditem que a punição é indissociável de qualquer tentativa de se provocar a mudança comportamental. Porém, basta uma ligeira pesquisa na literatura das ciências comportamentais para encontrar evidências em sentido contrário.

As evidências disponíveis indicam que, em geral, punir não funciona. O que sabemos acerca da efetividade da punição deriva de experimentos

---

39 Essa visão, muito influente no início dos anos 2000, baseia-se em numerosos estudos com paradigmas de teoria dos jogos, inclusive numa perspectiva transcultural. Mais recentemente, porém, diversos pesquisadores vêm apontando as limitações metodológicas de se extrapolar o resultado de jogos econômicos artificiais em laboratório para inferências sobre como se deu a evolução da cooperação na espécie humana, e defendendo que há diversas formas em que sociedades humanas podem sustentar a cooperação para além da aplicação de punições (Para estudos mais recentes, vide PEDERSEN et al., 2019, 2018; para um debate dessa literatura, vide HORTA, 2018 e GUALA, 2012).

40 MOLHO et al., 2020; McCULLOUGH, 2013.

clássicos da Psicologia que foram conduzidos já nos anos 1960 e 1970, e que são de conhecimento da comunidade científica desde então – e é sintomático que sejam tão pouco difundidos e debatidos no meio jurídico<sup>41</sup>.

Do ponto de vista da tradição comportamental, ainda que punições sirvam como um desestímulo a certas condutas, somente são eficazes em condições muito específicas: elas deveriam ocorrer *imediatamente e sempre que o comportamento transgressor ocorra*, e não esporadicamente e muito tempo depois de sua realização; deveriam estar baseadas em *regras claras e pré-estabelecidas, não seletivas*; deveriam ser aplicadas *imediatamente após a transgressão*; e deveriam ser *adequadas à situação específica do sujeito punido*<sup>42</sup>.

Além disso, o uso da punição como estratégia de mudança comportamental traz diversos efeitos colaterais indesejáveis, que vão do aumento da tolerância do sujeito punido à punição em si, o que reduziria paulatinamente sua eficácia, bem como o *aumento* de comportamentos antissociais como resposta, num ciclo de perpetuação da violência. Não por acaso, nas últimas décadas, a Psicologia deixou de sugerir que a punição, nas mais diversas circunstâncias, seja uma forma adequada de mudança comportamental, insistindo, em vez disso, em outras formas de reforço de comportamentos pró-sociais<sup>43</sup>.

Embora, portanto, a punição *possa* funcionar – ainda que com efeitos colaterais que devem ser levados em conta – isso apenas ocorre em condições bastante particulares, frequentemente ausentes na dinâmica da justiça criminal.

Ora, não é preciso conhecer a fundo o sistema penal para se verificar que se trata de uma estrutura incapaz de atender a tamanho grau de exigência e de controle sobre as ações das pessoas, e que é mais provável que as punições sejam desproporcionais, ineficazes e contraproducentes do que o contrário. O sistema é seletivo, punindo preferencialmente certos estratos sociais e grupos raciais<sup>44</sup>; a maioria dos crimes nunca é detectada, investigada, processada ou condenada<sup>45</sup>. A punição criminal, quando ocorre, é frequentemente aplicada anos após o fato delitivo. Por fim, a lei

---

41 ANDREWS; BONTA, 2010, p. 442.

42 MILTENBERGER, 2011; ANDREWS; BONTA, 2010, p. 443-447.

43 ANDREWS; BONTA, 2010, p. 447-451.

44 BARATTA, 2017; WALKER et al., 2017.

45 Para a discussão sobre taxas de esclarecimento de homicídios no Brasil, vide BRASIL, 2014.

prevê um *quantum* abstrato de punição para qualquer transgressor, ainda que o sistema penal se proponha a individualizar penas.

Há um problema óbvio aí, que é o de definição conceitual: o que os psicólogos comportamentais chamam de “punição” em ambientes experimentais de laboratório é algo muito distante das sanções institucionalizadas que temos na dinâmica criminal. No entanto, é provável que seja justamente essa a mesma confusão conceitual que leva tantas pessoas a crer que “aplicar uma pena privativa de liberdade” e “punir um comportamento” sejam essencialmente a mesma coisa.

Uma segunda confusão sobre a qual se pode tecer hipóteses é a de que, do fato de que as pessoas sejam retributivistas intuitivos, e que a “vingança” seja um traço onipresente no comportamento e nas sociedades humanas, absolutamente não decorre que essa seja uma reação *efetiva* para provocar a desejada mudança comportamental. Ao contrário, a literatura aponta que embora seja onipresente, a retaliação ou retribuição trazem poucos benefícios às vítimas de violência e podem ser sintoma da falta de melhores estratégias para lidar com conflitos<sup>46</sup>.

Uma hipótese para esse descompasso entre as expectativas das pessoas com relação à suposta eficácia da punição para mudança comportamental e a sua fracassada realidade fática é que os mecanismos psicológicos da mente punitiva tenham sido adaptativos num passado distante da espécie, mas atualmente, em que Estados organizados se valem do Direito Penal para fins disciplinares, eles resultem em vieses<sup>47</sup>. Independentemente dessa discussão de fundo, porém, deveria causar surpresa o quanto o raciocínio moral por trás de uma punição está dissociado de suas consequências no mundo real.

Não por acaso, as penas privativas de liberdade cada vez mais severas, diante do objetivo de prevenir crimes, têm sido um fracasso à luz das melhores evidências disponíveis, como veremos na próxima seção.

## 5. As evidências empíricas: penas mais duras previnem crimes? Um olhar sobre os *destinatários* da lei penal

A pretensão normativa de conferir fundamento às penas privativas de liberdade em virtude da sua capacidade dissuasória assenta-se sobre o pres-

---

46 JACKSON et al., 2019.

47 CUSHMAN, 2017.

suposto empírico de que esse tipo de punição, em alguma medida, previne o cometimento de futuros delitos. Especificamente, no tocante à *prevenção geral negativa* e *prevenção especial negativa*, tal efeito serviria de justificativa para penas mais duras – a lógica disso sendo: quando há necessidade de prevenir a ocorrência de um determinado crime, deve-se majorar a pena assinalada.

Tal é a premissa da visão econômica da teoria racional do crime – o criminoso faria um “cálculo de utilidade”, subtraindo do proveito potencialmente advindo do crime o “custo” de ser descoberto e preso<sup>48</sup>. Nessa perspectiva, seria possível, do ponto de vista da política criminal, elevar penas até um “ponto ótimo”, que desestimularia o agente racional a transgredir a norma penal. Essa perspectiva supõe, assim, que seria possível baixar as taxas de criminalidade ao se aumentar o “custo”, por meio da instituição de penas mais severas, certas e céleres<sup>49</sup>.

Todavia, a despeito de muitos esforços, e de vasta disponibilidade de dados, especialmente no contexto estadunidense, a criminologia empírica tem sido incapaz de demonstrar que o aumento na severidade das penas privativas de liberdade iniba delitos.

Neste ponto, é preciso diferenciar a *dissuasão absoluta* e a *dissuasão marginal*. É intuitivo imaginar que a absoluta ausência de resposta estatal ao cometimento de delitos seria equivalente a deixar a sociedade à mercê do caos. Essa intuição parece estar correta. Há elementos na literatura que levam a crer que a existência de punições, por si só, produz algum efeito dissuasório – nesse sentido, cita-se o exemplo da Dinamarca, em 1944, como um “experimento natural”. Ocupado pelos nazistas, o país teve todas as suas forças policiais detidas pelo exército invasor. Em seguida, os crimes de rua tiveram um forte aumento, sugerindo que a mera presença de um aparato policial, em oposição à sua inexistência, teria o condão de prevenir crimes – a *dissuasão absoluta*<sup>50</sup>.

Porém, aqui é importante ter em mente o seguinte: a validade de um efeito de “dissuasão absoluta” não significa que o mero endurecimento do aparato repressor *sempre* aumente a dissuasão marginal, isto é, aumente a inibição dos comportamentos criminosos de forma proporcional. Dito de

48 O texto clássico nessa literatura é BECKER, 1968.

49 PATERNOSTER, 2010, p. 784.

50 CHALFIN; MCCRARY, 2017, p. 15; NAGIN, 2013, pp. 234-235.

outra forma, o fato de que a existência da previsão de sanções seja importante para a algum grau de manutenção da ordem jurídica não equivale a dizer que o agravamento de penas previstas na legislação penal seja sempre capaz de prevenir delitos previstos em lei. Na verdade, as evidências apontam em sentido contrário.

Revisando diversos estudos que, desde a década de 1960, empregam diferentes metodologias para investigar o efeito preventivo do aumento de penas, o criminólogo Daniel Nagin tece uma conclusão desalentadora para aqueles que advogam o seu efeito preventivo: são escassas as evidências de que o aumento de penas já longas previna ainda mais o cometimento de futuros crimes<sup>51</sup>. Ou seja, para que se justifique o aumento de penas, pode-se alegar o retributivismo, ou talvez o efeito da incapacitação, mas não um suposto efeito preventivo.

Muitos dos estudos que alegam ter encontrado um efeito preventivo do aumento da população prisional apresentam falhas metodológicas que colocam em questão sua validade. Quando há um efeito de redução de criminalidade, é difícil distinguir se este se deveria ao efeito dissuasório das penas mais duras, ou ao efeito “incapacitação”: a prisão de criminosos contumazes apenas evitaria que estes cometessem mais delitos, não havendo aí propriamente um efeito “pedagógico” ou de mudança de comportamentos futuros<sup>52</sup>.

E mais: mesmo quando se verifica uma queda nos crimes, essa se dá de forma cada vez mais residual, no sentido que penas cada vez mais longas reduzem cada vez menos os crimes. Isso ocorre porque, se a população prisional já é elevada, os criminosos contumazes já tendem a estar encarcerados, e a cada detento “a mais”, a redução de delitos é paulatinamente menos significativa. Além disso, a expansão desenfreada das penas faz com que, cada vez mais, pessoas que cometeram delitos de forma isolada, ou apenas circunstancialmente, também acabem presas. Se considerarmos que cada detento representa um custo para o Estado – já que sua manutenção demanda onera o orçamento público – e para a sociedade – são pessoas

---

51 NAGIN, 2013, p. 253.

52 CHALFIN; MCCRARY, 2017, p. 31; NAGIN, 2013, pp. 220-221. Num experimento altamente significativo, Harding e colegas (2019) analisaram os dados de uma coorte de 111 mil pessoas sentenciadas no Estado de Michigan entre 2003 e 2006. Acompanhando os casos no ano de 2015, anos após a soltura, portanto, e comparando os desfechos, isto é, se houve reincidência ou não, os pesquisadores descobriram efeitos dissuasórios praticamente nulos das penas privativas de liberdade, em contraposição à concessão de livramento condicional, a qual se revelou uma estratégia muito mais efetiva de prevenção da violência na comunidade.

a menos no meio familiar e comunitário para cuidar de crianças e idosos, trabalhadores a menos no mercado de trabalho etc. – é altamente questionável se o “ganho” com uma prisão adicional justifica o seu “custo”<sup>53</sup>.

É quase um lugar-comum na discussão contemporânea retomar Cesare Beccaria para afirmar que não é o rigor da pena, mas a *certeza* da punição, o que coíbe o cometimento de delitos. No entanto, como salienta Daniel Nagin, por “certeza” é preciso compreender a probabilidade que uma série de passos e concretizem: a chance de cada crime cometido seja detectado, somado à probabilidade de que seja efetivamente investigado pela polícia, mais a possibilidade de obtenção de uma condenação etc.<sup>54</sup>.

O que explicaria, então, a persistência dessa defesa do efeito dissuasório das penas? Uma possível explicação é o comprometimento ideológico: muitos proponentes de penas mais duras confundem a crença intuitiva de que “punir mais coíbe mais”, a despeito de esse não ser o “cálculo” que muitos potenciais transgressores fazem na vida real. Ao contrário, muitos crimes ocorrem em momentos de tensão emocional, sob o efeito de entorpecentes ou em situações de desespero, transtorno mental ou aperto financeiro, e não após a execução de um frio cálculo racional. Além disso, a maioria das pessoas está sequer ciente de quais são as penas cominadas para um determinado comportamento delituoso; e quando leis mais duras são aprovadas, isso tampouco costuma ser de conhecimento geral. Por fim, contrariamente ao que se pressupõe, muitos crimes são cometidos sem que seus autores sequer cogitem que possam um dia ser pegos<sup>55</sup>.

De todo modo, para que majoração de penas funcionasse na prática, não bastaria que uma sanção fosse severa em abstrato; ela precisaria ser *reconhecida* como tal<sup>56</sup>. Nesse sentido, a literatura sobre *percepção* de ser apreendido, que floresceu a partir dos anos 1980, traz achados relevantes. Os estudos disponíveis apontam que a severidade das penas *in abstracto* não é tão relevante na avaliação de risco que as pessoas fazem diante da possibilidade de violarem a lei penal. Na verdade, as previsões objetivas de penas contidas na lei penal estão em descompasso com as percepções subjetivas a seu respeito<sup>57</sup>.

---

53 TAHAMONT; CHALFIN, 2018, p. 636; NAGIN, 2013, pp. 230-231.

54 NAGIN, 2013, pp. 201-202.

55 WEBSTER; DOOB, 2012, pp. 178-183; APEL, 2013, pp. 88-89.

56 TAHAMONT; CHALFIN, 2018, pp. 631-632.

57 APEL, 2013; PATERNOSTER, 2010, pp. 804-810.



Em estudos que entrevistavam cidadãos estadunidenses, buscando investigar se a percepção que eles tinham da certeza de apreensão e da severidade das penas aplicadas era coerente com a realidade, estudiosos encontraram um grande descompasso – não há uma correlação forte entre o que de fato ocorre naquele sistema penal as pessoas pensam ser o caso<sup>58</sup>.

Estudos empíricos sugerem que a percepção de risco é, antes de tudo, dependente da *experiência* individual e dos pares<sup>59</sup>. Quando um indivíduo decide cometer um crime, em geral tende a superestimar o risco de ser pego. Se, contudo, comete um crime e nada lhe ocorre, passa a acreditar que a chance de ser preso é baixa – e assim, quanto mais crimes comete, menor é a sua percepção de risco. Assim, carreiras criminais “bem-sucedidas” resultam em baixas percepções de risco de apreensão, sendo a severidade das sanções penais especialmente inútil nesses casos de impunidade. Quem na verdade tem percepções mais precisas do risco de ser preso são justamente os criminosos contumazes que já foram presos no passado, ou que viram parceiros e conhecidos próximos serem presos.

Ou seja, contrariamente ao que a teoria da prevenção sugere, *não é a abstrata cominação da lei penal o que faz os indivíduos ajustarem sua percepção de risco* – essa “correia de transmissão” entre o que está escrito na lei penal e o cálculo probabilístico que as pessoas fazem é extremamente imperfeita. É a experiência *real* do que ocorre após o cometimento de um delito o que estimula ou desestimula a continuidade dessa conduta. Nessa perspectiva, se há algo que desestimula delitos, não é a *duração* das penas previstas na lei penal, mas a efetividade na apreensão de criminosos.

É mesmo nesse caso, outro aspecto que é ignorado pelas teorias econômicas da escolha racional é o de que o efeito dissuasório da punição não afeta as pessoas da mesma forma. Não só o cálculo de risco de captura, como também o modo de processar informações sobre custos e recompensas varia entre as pessoas – os estudos acerca das diferenças individuais apontam que os efeitos das sanções sobre os comportamentos são altamente variável<sup>60</sup>.

---

58 APEL, 2013, p. 78.

59 Para uma revisão desses estudos, vide TAHAMONT; CHALFIN, 2018, pp. 632-633; APEL, 2013, pp. 78-85.

60 LOUGHRAN et al., 2019.

Uma outra frente de questionamento sobre a avaliação do “custo de ser preso” provém dos estudos recentes em Economia Comportamental. Esses estudos vêm mostrando que a avaliação probabilística sobre ser pego ou não, bem como do eventual sofrimento futuro no caso de prisão, como várias outras que as pessoas fazem, é passível de vieses cognitivos e impulsos emocionais. Sendo assim, a decisão de transgredir ou de reincidir não se dá de forma racional, tal como se parece supor em diversos enfoques teóricos, especialmente aqueles calcados na teoria econômica da escolha racional já mencionada<sup>61</sup>.

Esses resultados da Psicologia experimental aplicada à punição estão em linha com achados que provêm de outra frente de pesquisa, a literatura da Criminologia Empírica. Mesmo sem pretensões abolicionistas – como é o caso de correntes da Criminologia Crítica –, esse campo de pesquisa tem se tornado paulatinamente mais cético em relação à teoria dos efeitos preventivos da pena privativa de liberdade. Se a Psicologia da Punição mostra o quanto são tênues as relações entre a aplicação de penas de prisão e os efeitos psicológicos preventivos desejados, os dados criminológicos falsificam qualquer pretensão de uma relação direta entre punições mais severas e menores índices de criminalidade.

Começemos por como os dados da criminalidade nos Estados Unidos lançam dúvida sobre a solidez da base empírica da teoria da dissuasão. A correlação sugerida por essa teoria – penas mais duras levam a menos crimes – está longe de ser óbvia quando se olha para os dados agregados disponíveis. Nos Estados Unidos, houve uma forte tendência de alta na criminalidade entre os anos 1960 e o início dos anos 1990. Porém, durante os anos 1980, a criminalidade segue aumentando, *a despeito de as taxas de encarceramento dobrarem no período*. A partir do início dos anos 1990, há um forte declínio na criminalidade, que prossegue nos anos 2000, sem que tenha havido grande mudança na política criminal<sup>62</sup>.

Ao mesmo tempo, no Canadá, país culturalmente e geograficamente próximo aos Estados Unidos, a mesma tendência de aumento da criminalidade ocorre a partir da década de 1960, seguida de queda, nos anos

---

61 POGARSKY et al., 2018; CHALFIN; MCCRARY, 2017, p. 38.

62 PATERNOSTER, 2010, pp. 803-804. Registre-se que a tendência desde 2008 naquele país é de queda da população encarcerada, em paralelo à redução do número de crimes violentos (ROBERTSON, 2019).

1990, sem que a taxa de encarceramento canadense tenha aumentado no período. Ou seja, a criminalidade no Canadá se reduziu em linha com os Estados Unidos, sem que para tanto aquele país tivesse adotado políticas duras de encarceramento. Esses dados sugerem que a causa do aumento, e posterior diminuição da onda de criminalidade está mais correlacionado a outras variáveis do que à severidade da política criminal<sup>63</sup>.

Ademais, o efeito criminogênico das penas privativas de liberdade tem sido reconhecido pela literatura em Criminologia Empírica<sup>64</sup>. Empregando um desenho metodológico rigoroso, Bales e Piquero<sup>65</sup> compararam longitudinalmente duas coortes de condenados na Flórida entre 1994 e 2002, dos quais 79 mil condenados a penas privativas de liberdade, e 65 mil sentenciados a serviços comunitários. As taxas de reincidência entre os que haviam sido presos eram da ordem de 12 a 15% maior, confirmando a existência do efeito criminogênico da prisão.

Para compreender por que as prisões teriam um efeito criminogênico, estudos psicológicos com egressos fornecem um quadro ilustrativo. John Bronsteen e colegas<sup>66</sup> revisaram os estudos disponíveis, de forma a desvendar os efeitos psicológicos da experiência de encarceramento. O que eles encontraram em *surveys* e entrevistas com ex-detentos representa outro duro golpe nos pressupostos das teorias da dissuasão. Em primeiro lugar, os dados indicam que qualquer experiência de encarceramento produz efeitos deletérios e duradouros na saúde física e mental e na satisfação com a vida. O primeiro ano preso produz um forte abalo nos laços familiares e comunitários, e é suficiente para diminuir significativamente as chances de obter emprego no futuro. Passado esse período de adaptação inicial, os detentos tendem a se acostumar com sua nova vida no cárcere, independentemente do tempo que ainda devem cumprir.

Assim, não faz sentido pretender que a proporcionalidade da experiência do encarceramento seja a mesma de um número fixado friamente numa sentença. O que essa literatura mostra é que uma pena de prisão de dois anos *não é duas vezes mais severa* que uma pena de um ano; ou que uma pena de oito anos não é proporcionalmente duas vezes mais severa

---

63 TONRY; FARRINGTON, 2005; PATERNOSTER, 2010, p. 803.

64 NAGIN, 2013; CHEN; SHAPIRO, 2007; DURLAUF; NAGIN, 2011.

65 BALES; PIQUERO, 2012.

66 BRONSTEEN et al., 2009.

que uma pena de quatro anos<sup>67</sup>. Basta que a condenação supere o primeiro ano para que o máximo sofrimento e do impacto interpessoal tenha sido causado. E mais, passado esse primeiro ano, o condenado não tem alternativa senão se adaptar à sua dura rotina, acostumando-se com ela – e então, passar mais de tempo preso causa um “sofrimento marginal decrescente”, como diriam os economistas. Essa dinâmica da experiência subjetiva do encarceramento lança sérias dúvidas sobre o cálculo de custo-benefício pretendido pela perspectiva econômica do cálculo racional da pena como um “custo”, tal como proposto pela teoria econômica do crime tradicional.

Posteriormente, ao retornar à sociedade, independentemente do tempo passado na prisão, o estrago causado no casamento, na relação com os filhos, nas possibilidades de encontrar trabalho, ou na confiança entre o egresso e a comunidade está feito. Por sua vez, os comportamentos impulsivos, agressivos e de desconfiança, que são importantes para a sobrevivência dentro do ambiente prisional, dificultam ainda mais a readaptação ao ambiente externo. Consequentemente, o suposto “custo” associado a uma pena privativa de liberdade não pode ser medido em termos de *quantos anos de prisão* a sentença determinou, uma vez que os efeitos deletérios da experiência de ser preso, seja por curta ou por longa duração, tendem a durar para o resto da vida<sup>68</sup>. Pelo contrário, por já ter passado pela experiência de ter sido preso, o custo associado à reincidência pode até mesmo ser menor do ponto de vista do indivíduo, que passa a ter menos a perder – daí uma das causas do efeito criminogênico da pena privativa de liberdade<sup>69</sup>.

De toda forma, ainda que exista uma suposta “racionalidade” no cometimento de delitos, o sistema penal não é o mais indicado para explorá-la. Ao contrário, a partir do que os estudos criminológicos empíricos mostram, as características do sistema tendem a produzir o efeito inverso. A existência de punição é, em si, uma incerteza, como já apontado – muitos dos crimes cometidos jamais resultarão em inquéritos, ações penais, condenações ou execuções de pena. A punição, quando existe, ocorre muito tempo depois do cometimento dos delitos, o que torna os desincentivos a ela associados algo difícil de ser computado. E por fim, quando a punição

---

67 BRONSTEEN et al., 2009, p. 1059.

68 BRONSTEEN et al., 2009.

69 TAHAMONT; CHALFIN, 2018, pp. 631-632; BRONSTEEN, 2009, p. 1067.

se materializa, e o sentenciado passa seu tempo na prisão, ao retornar à sociedade, com laços sociais rompidos e menos oportunidades de trabalho, a possibilidade de cometer novos delitos pode parecer mais atrativa do que antes<sup>70</sup>. Embora seja uma questão de difícil mensuração empírica, cada vez mais surgem evidências de que punições mais severas simplesmente não reduzem a reincidência<sup>71</sup>.

Buscando compreender por que, então, diante da comprovada ineficácia das penas duras na prevenção de delitos, estas seguem sendo defendidas, Cheryl Webster e Anthony Dobb<sup>72</sup> defendem que a necessidade de fazer da pena uma reafirmação dos valores sociais – uma versão da prevenção geral positiva, esposada pelas teorias expressivas – acaba mesclada com o argumento da prevenção. Juízes sentenciam penas duras não porque estejam convencidos de que elas inibem delitos, mas porque sentem necessidade de enviar um recado forte ao condenado e à sociedade. O estudo de José Roberto Xavier<sup>73</sup> parece corroborar essa hipótese na realidade brasileira: membros do Ministério Público e juízes apenas assinalam, “intuitivamente”, penas mais duras a crimes mais graves, justificando sua decisão com uma mescla pouco coerente de argumentos retributivistas e preventivos.

Diante desse cenário, Cheryl Webster e Anthony Dobb sugerem: talvez seja chegada a hora de abandonar a essa crença, tão sem sentido quanto se buscar provas da existência de animais mitológicos, e simplesmente admitir que não há provas da existência dessa ‘criatura’ chamada *dissuasão por longas penas privativas de liberdade*<sup>74</sup>.

Isso não significa que não há nada que possa ser feito para o controle e a redução da criminalidade. Os mesmos estudos que contestam a hipótese da prevenção de delitos por meio de penas mais severas apontam inúmeros caminhos para políticas criminais mais efetivas.

Como mencionamos, os estudos de percepção apontam que, mais importante do que a percepção de *severidade* das sanções é a percepção de

---

70 PATERNOSTER, 2010, pp. 818-823.

71 RAAIJMAKERS et al., 2016.

72 WEBSTER; DOBB, 2012, p. 188.

73 XAVIER, 2010.

74 WEBSTER; DOOB, 2012, pp. 190-191.

*certeza* das sanções<sup>75</sup>. Achados assim sugerem que, como política de enfrentamento da criminalidade, a existência de policiamento efetivo pode ser muito mais efetiva do que o aumento de penas cominadas na legislação penal<sup>76</sup>. Há cada vez mais evidências empíricas da eficácia de formas de atuação policial que são políticas públicas devidamente avaliadas, como as chamadas práticas de “*hots spots*” e “*pulling levers*”, que basicamente são focadas nas localidades onde ocorre maior número de delitos, ou nos integrantes da comunidade mais vulneráveis a comportamentos transgressores. Ou seja, para fins preventivos da criminalidade, o investimento em políticas preventivas de policiamento inteligente e cidadão parece muito mais justificável do que o gasto público com a expansão do sistema penitenciário<sup>77</sup>.

Além disso, diversos estudos sobre as causas da criminalidade, em diversos países, apontam para os suspeitos de sempre: desorganização familiar, pobreza, desemprego, desigualdade social e racial são as variáveis preditivas mais associadas a índices altos de criminalidade<sup>78</sup>. Ademais, a literatura aponta que o temor subjetivo de sanções informais, como a censura familiar ou dos pares, pode ser mais eficaz na prevenção de comportamentos antissociais do que o receio de sanções formais, o que indica que laços sociais fortes e vínculos de confiança entre os cidadãos são uma vacina mais segura contra comportamentos transgressores do que a lei penal<sup>79</sup>. Por sua vez, sociedades com índice de Gini mais elevado, isto é, mais desiguais, são não só mais violentas e menos saudáveis<sup>80</sup>, mas também aquelas com atitudes mais punitivistas na população<sup>81</sup>. Em resumo, os dados indicam que comunidades menos desiguais e mais saudáveis tenderão a ser menos violentas; e endereçar as causas socioeconômicas da criminalidade, do ponto de vista das evidências, parece um melhor caminho do que insistir em punições cada vez mais severas.

Uma objeção que poderia ser levantada sobre essas evidências empíricas é: não se pode confundir o âmbito *descritivo*, que mostra o quanto

---

75 PATERNOSTER, 2010, pp. 817; APEL, 2013, p. 73.

76 NAGIN, 2013, p. 240.

77 CHALFIN; MCCRARY, 2017; TONRY, 2019; DURLAUF; NAGIN, 2011.

78 CHALFIN; MCCRARY, 2018, pp. 33-35; PRATT et al., 2006; PRATT; CULLEN, 2005.

79 MANN et al., 2016; PATERNOSTER, 2010, p. 812.

80 PICKETT; WILKINSON, 2010.

81 VAN KESTEREN, 2009.

as penas privativas de liberdade são contraproducentes para a finalidade preventiva, com a dimensão *normativa*, segundo a qual não se deve abandonar um ideal normativo apenas por não ter sido realizado na prática. *É de se questionar, todavia, qual a pretensão por trás de se seguir defendendo, em debates da dogmática penal, um ideal normativo que não tem qualquer lastro na realidade empírica.* Neste ponto, a pergunta que se pode devolver é: a que ou a quem serve um sistema penal que promete resultados que jamais poderá entregar?

## 6. Por que então o punitivismo persiste?

Diversas tentativas de explicação para a crescente onda punitivista mundial têm sido propostas. Uma mudança das opiniões da população, cada vez mais favoráveis a penas mais severas, estariam influenciando legisladores e agentes públicos<sup>82</sup>. Novos arranjos socioeconômicos e uma nova dinâmica estatal, resultante do desmonte do Estado de Bem-Estar Social, ocasionariam políticas penais menos baseadas em evidências, e mais populistas, conservadoras e focadas no controle social<sup>83</sup>. Diferenças culturais, oriundas da trajetória histórico-social, poderiam explicar a variação entre as posturas punitivistas de país a país<sup>84</sup>, embora, mais recentemente, mesmo os países nórdicos, ora tido como exemplares, estejam sucumbindo a políticas mais duras na área penal<sup>85</sup>.

Isso traz à baila uma questão de fundo, que não pode ser ignorada diante do que se discutiu sobre a Psicologia da Punição: se as pessoas são na verdade retributivistas em suas intuições morais, não poderíamos abandonar de uma vez por todas argumentos preventivos e consequencialistas, e abraçar o caráter retributivista do sistema punitivo? Se as intuições das pessoas são retributivistas, não deveria o sistema penal a isso se adequar, deixando de lado de uma vez a pretensão de prevenir crimes, e assim se alinhando aos desejos dos cidadãos e das comunidades? O sistema jurídico não seria tão mais legítimo quanto entregasse a resposta penalmente almejada, de forma coerente com os anseios da população?

---

82 ENNS, 2014.

83 PRATT, 2007; GARLAND, 2001.

84 KUGLER et al, 2013.

85 SHAMMAS, 2016; PRATT, 2007.

Ora, o que os estudos mostram é que as pessoas desejam a correção de injustiças após a ocorrência de transgressões, e de forma *proporcional* ao dano causal. Esse mecanismo psicológico parece bem claro. Não é verdade, porém, que as pessoas sempre desejem a *prisão* como melhor resposta possível – aliás, essa é uma limitação metodológica de boa parte dos estudos aqui revisados, os quais, por ocorrerem em sociedades onde a pena de prisão está prevista, valem-se de vinhetas ou casos hipotéticos que tratam dessas punições. Há uma miríade de sanções ou alternativas penais possíveis como resposta para um crime, para muito além das penas privativas de liberdade<sup>86</sup>.

A insistência numa forma de reação social à criminalidade que não entrega os resultados esperados, e, pelo contrário, perpetua práticas seletivas, discriminatórias e racistas frequentemente é apontada como resultado de uma estratégia ideológica de dominação social e de criminalização da pobreza<sup>87</sup>. Ao lado disso, pode ser que outro obstáculo para se repensar a questão da punição seja de ordem cognitiva: o de *enquadramento* da questão. Nesse sentido, o conceito de “Racionalidade penal moderna” de Álvaro Pires oferece uma possibilidade de encarar a questão com um olhar distinto<sup>88</sup>. Os atores envolvidos com o sistema de justiça não se dariam conta do quanto a lógica penal em que operam é uma construção historicamente situada. Nem sempre a imposição de uma pena afliativa foi a forma eleita para comunicar normas ou manter a coesão social – pelo contrário, essa é uma forma recente e relativamente excepcional, em termos antropológicos. A relação crime/pena não é uma relação necessária, nem inevitável. O Direito Penal contemporâneo, assim, assenta-se sobre um sistema de pensamento que é *político*, e que faz crer que diante de um crime, o Estado tem a *obrigação* de cominar uma sentença condenatória para ser cumprida no cárcere<sup>89</sup>.

---

86 Vide ROBERTS; DE KEIJSER, 2014. Num estudo na província de Buenos Aires, considerando uma amostra de pessoas liberadas do sistema entre 1998 e 2007, e comparando as taxas de reincidência, Di Tella e Scharogradsky (2013) descobriram índices de reincidência muito inferiores naqueles a quem foi determinada monitoração eletrônica em vez do encarceramento.

87 PIMENTA, 2018.

88 PIRES, 2004.

89 Um outro argumento que pode ser ressaltado é o do processo de *naturalização* da prisão: a sociedade se acostumou de tal forma com a onipresença das prisões, que não só se sente mais segura com sua mera existência, como sequer há espaço para que se questione se haveria formas mais efetivas de resolver o problema da violência na sociedade. Vide DAVIS, 2020, pp. 14-20.



Admitido que os dados revelam a inadequação da pena privativa de liberdade como forma de dissuasão de futuros delitos, ou de diminuição da reincidência, uma resposta possível seria reafirmar o ideal normativo do próprio retributivismo como forma de restabelecimento da justiça. Contudo, como pretendemos mostrar, isso seria uma falsa resposta, uma vez que o caráter precário e seletivo do sistema carcerário dificilmente resulta numa verdadeira *proporcionalidade* da resposta estatal ao delito. A retribuição por um dano causado não se dá necessariamente apenas pela imposição de sofrimento ao ofensor<sup>90</sup>.

Existe ao menos uma forma alternativa de lidar com crimes, mesmo os mais graves, que vem se mostrando promissora. Trata-se da Justiça Restaurativa, que inclui, por exemplo, a prática de solucionar conflitos por meio do encontro entre vítimas e ofensores, de modo a promover o contato direto entre ambos e a buscar a compensação do dano causado<sup>91</sup>. As práticas restaurativas podem envolver inclusive a prática do pedido de desculpas e do eventual perdão como formas de restabelecimento das relações sociais após a ocorrência de um injusto. Além disso, o envolvimento da comunidade e, sobretudo, o tratamento digno dispensado ao ofensor tendem a ser mais efetivos do que a cominação de uma pena. As evidências disponíveis apontam que os índices de reincidência são muito menores do que aqueles casos para os quais o sistema de justiça tradicional assinala penas de prisão, e que as próprias vítimas emergem desse processo mais satisfeitas<sup>92</sup>. Estudos psicológicos mais recentes, usando novos métodos experimentais, sugerem que mais até do que a punição como resposta, o comportamento de compensação da vítima é algo extremamente valorizado pelas pessoas<sup>93</sup>.

Interessante notar, a esse respeito, que algumas teorias mais recentes incorporam, em alguma medida, a abertura à possibilidade de se utilizar procedimentos de Justiça Restaurativa. Claus Roxin destaca que o princí-

---

90 Apontamos aqui para uma discussão filosófica de respeito, que ultrapassa o propósito do presente trabalho. Perguntas que merecem exame ulterior incluem: É lícito dissociar uma teoria da pena “ideal” do que se verifica na prática da punição penal contemporânea? Dever-se-ia punir um ofensor, ainda que isso não trouxesse nenhum ganho preventivo para a sociedade? Pode o Direito Penal simplesmente ignorar a completa falência de um sistema que impõe sofrimento a milhões de pessoas sem entregar o que se propõe a atingir? Para referências nessa discussão, vide CARVALHO, 2015, pp. 60-56; GRECO, 2012.

91 PALLAMOLLA, 2018; PIMENTA; LEITE, 2018.

92 STRANG et al., 2013; GROMET, 2012.

93 PATIL, 2018.

pio da responsabilidade é contemplado quando o transgressor assume sua conduta e contribui para a restauração da ordem sócio-legal<sup>94</sup>. No entanto, muitas teorias parecem seguir presas à racionalidade de conceber a pena como um *locus central* de discussão da dogmática penal. Noutra sentença, Roxin defende que, mesmo que as ciências sociais empíricas sejam incapazes de demonstrar que os mecanismos de punição que geram a prevenção geral funcionem, eles são *plausíveis*, o que os justifica – uma posição desanimadora, para não dizer obscurantista, que mostra que, embora abertas a novas possibilidades, a concepção segue atada à falta de criatividade que limita os debates contemporâneos<sup>95</sup>.

Klaus Günther, numa postura mais razoável, ressalta que encarar a punição como comunicação é uma forma de conferir às vítimas o estatuto de agentes morais cujas necessidades e interesses devem ser reconhecidos<sup>96</sup>, o que é coerente com discussões na área de Justiça Restaurativa. Nas mesmas bases, rejeita o tratamento duro dispensado pelas penas privativas de liberdade – se o ofensor é um agente moral, não se justifica o sofrimento excessivo; se a punição é um ato comunicativo, como não considerar que o encarceramento é um ato de exclusão do outro?<sup>97</sup>.

Assim, a presente discussão sugere que talvez a melhor saída para o desalento do argumento preventivo das penas privativas de liberdade seja trazer à discussão uma concepção mais ampla do que é corrigir ou reequilibrar injustiças causadas por pessoas. A inadequação das teorias penais contemporâneas é ainda mais patente quando se verifica que mesmo as teorias mistas de viés garantista ou democrático têm muita dificuldade em explicar por que, para manifestar aos cidadãos a vigência da norma, e para expressar a denúncia a um comportamento antissocial, faz-se necessária uma “comunicação” que se dá com o sofrimento no ofensor pela imposição da pena<sup>98</sup>. Ademais, na recente trajetória do neorretributivismo, as teorias penais deram muito destaque a categorias como *reprovabilidade* e comunicação da *censura*, e pouco a outras dimensões de justiça que deveriam ser visadas pelo sistema, tais como equidade, proporcionalidade, igualdade ou

---

94 ROXIN, 2014, p. 38.

95 ROXIN, 2014, p. 30.

96 GÜNTHER, 2014, p. 124.

97 GÜNTHER, 2014, p. 134.

98 MATRAVERS, 2011.

parcimônia<sup>99</sup>.

## 7. Conclusão

Na Introdução deste artigo, propusemos duas perguntas, uma geral, e outra específica. Penas privativas de liberdade são efetivas em suas declaradas funções preventivas? Penas mais severas são mais efetivas na redução da criminalidade?

Com base na revisão aqui empreendida, podemos sustentar que as evidências colocam em dúvida uma eventual resposta afirmativa a ambas as perguntas. Especificamente, sabemos, com base nos estudos da Psicologia da Punição, que (i) cidadãos visam sobretudo à satisfação de intuições retributivistas, e não à prevenção de novos delitos quando demandam do Estado a severa punição dos transgressores; (ii) a punição não é uma forma efetiva de exercer pedagogia comportamental, e menos ainda se aplicada na dinâmica do sistema criminal vigente; e (iii) indivíduos que são punidos por meio da privação de liberdade são mais propensos a reincidir, em contraposição à aplicação de alternativas penais.

Essas conclusões se chocam com o contexto que levantamos na Introdução: na prática judicial brasileira, com o apoio da dogmática penal majoritária, argumentos retributivistas e preventivos são utilizados, numa mescla conceitual pouco rigorosa, como justificativa para a pena criminal. Ademais, a despeito de um suposto rigor “científico”<sup>100</sup>, a dogmática penal emprega categorias oriundas tanto da tradição retributivista, quanto da

---

99 Para esse debate, vide TONRY, 2017. Um caso que merece destaque é o da chamada “Teoria das Janelas Quebradas”: supostamente baseada numa premissa da Psicologia Social, a de que pequenas transgressões comunicam e incentivam a desordem, seus proponentes propuseram, com considerável sucesso numa perspectiva internacional, uma resposta claramente desproporcional: penas duras e “tolerância zero” com pequenos delitos como solução à criminalidade. Não só se tratou de uma proposta que elevou ainda mais o encarceramento de grupos marginalizados, como os fundamentos da teoria não resistiram ao escrutínio empírico mais rigoroso dos últimos anos. Numa meta-análise de 96 estudos, O’Brien e colegas (2018) mostraram a fragilidade metodológica e a ausência de resultados confiáveis em defesa da “Teoria das Janelas Quebradas”.

100 Nesse sentido, constata-se que persiste, mesmo na dogmática penal mais qualificada, um discurso em defesa de sua “cientificidade” entendida como renúncia à abertura para outras áreas do conhecimento – como é o caso de GRECO, 2015, p. 33. Ora, o fechamento à Psicologia e à Sociologia não produz “melhor ciência”; ao contrário, é o caminho para um discurso que, a despeito de se classificar como “racional”, é, na verdade, mais distante das evidências científicas atualmente disponíveis.

tradição preventiva, num artifício retórico que confere respeitabilidade à doutrina, mas não resolve um problema prático essencial: estabelecer claramente o *quantum* de punição, com base numa ou noutra categoria.

Ora, a Psicologia da Punição, após décadas de experimentos realizados, sugere que as pessoas punem por uma motivação psicológica retributivista, mas justificam sua decisão em termos de possibilidade de produzir mudança comportamental. Todavia, como é pacífico na literatura psicológica, a punição como forma de pedagogia comportamental só funciona em condições muito específicas, as quais estão ausentes do sistema punitivo criminal existente. Por sua vez, os estudos empíricos sobre os efeitos da extensão da pena privativa de liberdade na criminalidade, tentamos mostrar que a sua baixa eficácia preventiva se deve ao fato de que o cálculo de risco feito pelos transgressores tem pouca relação com o texto abstrato da lei penal; e que a prisão pode ser criminogênica mesmo em durações curtas, em virtude do rompimento de laços sociais e da violência experimentada pelos sujeitos encarcerados.

Diante de tantas evidências, resta a pergunta de como o punitivismo exibe considerável persistência. Esse conjunto de conclusões parciais reforça um ponto que já havia sido destacado pela Criminologia Crítica, o de que o punitivismo e o encarceramento em massa parecem estar baseados mais numa escolha político-ideológica do que propriamente no que se sabe com base em evidências. Se a política criminal efetivamente estivesse preocupada com a redução da violência, deveria começar a se preocupar em entender por que alternativas penais, como é o caso da aplicação de medidas cautelares em liberdade, ou a prática da justiça restaurativa, podem ter melhores resultados na prevenção da criminalidade.

Ao trazer para o debate das teorias da pena uma revisão da literatura psicológica mais recente sobre os processos psicológicos envolvidos com a punição de um comportamento transgressor, buscamos evidenciar como é possível qualificar essa discussão para além de argumentos normativos frequentemente invocados, que contudo exibem escassa base empírica. A dogmática penal se justifica de maneira tão aparentemente segura na tese de que existe um caráter preventivo na pena privativa de liberdade, escamoteando na verdade uma crise profunda. Uma premissa tão frágil do ponto de vista empírico talvez só persista na área jurídica devido ao pouco hábito do diálogo interdisciplinar nessa temática e a motivações político-ideológicas. A crescente literatura da Psicologia da Punição é um convite

a uma abordagem mais ampla da questão de como é possível construir sociedades menos violentas do que aquela perspectiva que ainda prevalece no Direito Penal, marcada pela centralidade da pena privativa de liberdade como única resposta possível à criminalidade ou ao problema mais amplo da violência na sociedade.

Muitas das críticas direcionadas à dogmática penal aqui delineadas não são novidade – há décadas, sociólogos, criminólogos e especialistas em segurança pública vêm advertindo sobre a falência e a insustentabilidade do sistema punitivo. Todavia, ao se ampliar o repertório de argumentos utilizados no debate das funções e finalidades das sanções penais na sociedade contemporânea, incorporando experimentos psicológicos rigorosos, buscou-se ampliar o repertório de argumentos utilizados no debate na esfera pública sobre o papel do Direito Penal na questão da criminalidade.

Entender a mente de quem clama às instituições que punam transgressores, sempre com maior rigor, assim como buscar compreender os processos comportamentais pelos quais a punição pode *não* representar a dissuasão ou mudança comportamental almejada em manuais da dogmática penal, assim, traz um olhar adicional para se compreender e questionar a forma como se legitima a distribuição estatal de sofrimento<sup>101</sup>. Pois é isso que nunca se deve esquecer: o Direito Penal, é, antes de tudo, não uma ciência “racional” asséptica, mas um conjunto de justificativas que são fruto de um processo histórico, que legitima diversas instituições que persistem, mesmo quando fracassam diariamente em seus propósitos declarados.

Este trabalho visa, assim, a contribuir para a compreensão multidimensional do problema da punição<sup>102</sup>, e, com base nos saberes psicológicos, renovar o debate das teorias da pena à luz de evidências empíricas recentes, abrindo horizontes para imaginar formas diferentes de lidar com conflitos. A perspectiva experimental convida a explorar alternativas melhores para a prevenção da violência, a exemplo das práticas de justiça restaurativa, que têm um imenso potencial para repensar um sistema hoje exclusivamente focado em penas privativas de liberdade, cada vez mais severas, e cada vez mais contraproducentes.

---

101 CHRISTIE, 2007; CACIEDO, 2014, pp. 148-157.

102 GARLAND, 1991.

## Referências

- ANDREWS, Donald Arthur; BONTA, James. *The Psychology of Criminal Conduct*. 5<sup>th</sup> ed. New Providence, NJ: LexisNexis, 2010.
- AHARONI, Eyal; FRIDLUND, Alan J. Punishment without reason: isolating retribution in lay punishment of criminal offenders. *Psychology, Public Policy, and Law*. Vol. 18, n. 4, pp. 599-625, 2012.
- APEL, Robert. Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence. *Journal of Quantitative Criminology*. Vol. 29, pp. 67-101, 2013.
- BALES, William D.; PIQUERO, Alex R. Assessing the impact of imprisonment on recidivism. *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 8, pp. 71-101, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BAUMARD, Nicolas; SHESKIN, Mark. Partner choice and the Evolution of a Contractualist Morality. In: Decety, J.; Wheatley, T. (Eds.). *The moral brain: A multidisciplinary perspective*. Cambridge: MIT Press, pp. 35-48, 2015.
- BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, vol. 76, n. 2, pp. 169-217, 1968.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. *A investigação de homicídios no Brasil*. Ministério da Justiça; Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Brasília, 2014.
- BRONSTEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan. Happiness and Punishment. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, n. 3, pp. 1037-1082, 2009.
- CACIEDO, Patrick Lemos. *Pena e Funcionalismo Sistemico: Uma análise crítica da prevenção geral positiva*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº15, 2014, pp. 315-347.
- CAPPI, Riccardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 - 2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, jan, pp. 10-27, 2014.

- CARLSMITH, Kevin M. The roles of retribution and utility in determining punishment. *Journal of Experimental Social Psychology*, Vol. 42, pp. 437-451, 2006.
- CARLSMITH Kevin M.; DARLEY John M.; ROBINSON Paul H. Why do we punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment. *Journal of Personality and Social Psychology*, 83 (2), 284-299, 2002.
- CARLSMITH, Kevin M.; DARLEY, John M. Psychological Aspects of Retributive Justice. *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol. 40, pp. 193-236, 2008.
- CARLSMITH Kevin M.; SOOD, Avani Mehta. The fine line between interrogation and retribution. *Journal of Experimental Social Psychology*. Vol. 45, n. 1, pp. 191-196, 2009.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHALFIN, Aaron; MCCRARY, Justin. Criminal deterrence: a review of the literature. *Journal of Economic Literature*, Vol. 55, n. 1, 2017, pp. 5-48.
- CHEN, M. Keith; SHAPIRO, Jesse M. Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity-based Approach. *American Law and Economics Review*. Vol. 9, n. 1, pp. 1-29, 2007.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy*. Eugene, OR: Wipf and Stock Publishers, 2007.
- CIFALI, Ana Claudia. *A Política Criminal Brasileira no Governo Lula (2003-2010): Diretrizes, Reformas Legais e Impacto Carcerário*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Porto Alegre: PUC-RS, 2015.
- CUSHMAN, Fiery. Is non-consequentialism a feature or a bug? In: KIVERSTEIN, Julian. *The Routledge Handbook of Philosophy of the Social Mind*. New York: Routledge, 2017.
- DAVIS, Angela. *Estarão as Prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: Difel, 2020.
- DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: Letras Livres / Editora UnB, 2013.
- DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring. *Journal of Political Economy*, Vol. 121, no. 1, 2013.
- DUBBER, Markus Dirk. Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, N. 3, 2005, pp. 679-707.
- DURLAUF, Steven N.; NAGIN, Daniel S. Imprisonment and crime: can

- both be reduced? *Criminology & Public Policy*. Vol. 10, n. 1, pp. 13-54, 2011.
- ELLSWORTH, Phoebe C.; GROSS, Samuel R. Hardening of the attitudes: Americans' views on the Death Penalty. *Journal of Social Issues*, Vol. 50, No. 2, pp. 19-52, 1994.
- ENNS, Peter K. The public's increasing Punitiveness and its influence on Mass Incarceration in the United States. *American Journal of Political Science*, Vol. 58, n. 4, October, pp. 857-872, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FINCHER, Katrina M.; TETLOCK, Philip E. Brutality under cover of ambiguity: activating, perpetuating, and deactivating covert retributivism. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 41, n. 5, pp. 629-642, 2015.
- GARLAND, David. Sociological perspectives on punishment. *Crime and Justice*. Vol. 14, pp. 115-165, 1991.
- GARLAND, David. *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The Chicago University Press, 2001.
- GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Sociologia). Brasília: Universidade de Brasília, 2010.
- GOODWIN, Geoffrey PP; BENFORADO, Adam. Judging the Goring Ox: Retribution Directed Toward Animals. *Cognitive Science*, Vol. 39, n. 3, pp. 619-646, 2015.
- GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (coords.). *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu septuagésimo aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 263-279.
- GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GROMET, Dena M. Restoring the victim: emotional reactions, justice beliefs, and support for Reparation and Punishment. *Critical Criminology*, Vol. 20, n. 1, pp. 9-23, 2012.
- GUALA, Francesco. Reciprocity: weak or strong? What punishment experiments do (and do not) demonstrate. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 35, n. 1, pp. 1-15, 2012.



- GÜNTHER, Klaus. Criminal Law, Crime and Punishment as Communication. In: SIMESTER AP; DU BOIS-PEDAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, pp. 123-139, 2014.
- HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*. Vol. 108, n. 4, pp. 814-834, 2001.
- HARDING, David J.; MORENOFF, Jeffrey D.; NGUYEN, Ahn, P.; BUSHWAY, Shawn D.; BISWANGER, Ingrid A. A natural experiment study of the effects of imprisonment on violence in the community. *Nature Human Behaviour*, 2019.
- HORTA, Ricardo Lins. Cérebros que punem: uma revisão crítica da neurociência da punição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 928-944, 2018.
- HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 3, p. 83-122, 2019.
- JACKSON, Joshua Conrad; CHOI, Virginia K.; GELFAND, Michele J. Revenge: A Multilevel Review and Synthesis. *Annual Review of Psychology*, Vol. 70, pp. 319-345, 2019.
- KUGLER, Matthew B.; FUNK, Friederike; BRAUN, Judith; GOLLWITZER, Mario; KAY, Aaron C.; DARLEY, John M. Differences in punitiveness across three cultures: a test of American Exceptionalism in Justice attitudes. *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 103, n. 4, 2013.
- LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 37, n. 11, pp. 2098-2109, 1979.
- LOUGHRAN, Thomas A.; PATERNOSTER, Raymond; PIQUERO, Alex R. Individual Difference and Deterrence. In: NAGIN, Daniel S.; CULLEN, Francis T.; JONSON, Cheryl Lero (Eds). *Deterrence, Choice, and Crime*. Advances in Criminological Theory, Vol. 23. New York: Routledge, 2019.
- MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro Penna; PARENT, Colette; MATSUDA, Fernanda Emy; FERREIRA, Carolina Cutrupi; LUZ, Yuri. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Série Pensando o Direito, n. 32. Brasília: Ministério da Justiça / Secretaria de Assuntos Legislativos, 2010.

- MANN, Heather; GARCIA-RADA, Ximena; HORNUF, Lars; TAFURT, Juan. What deters crime? Comparing the effectiveness of legal, social, and internal sanctions across countries. *Frontiers in Psychology*. Vol. 7, article 85, 2016.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MATRAVERS, Matt. Is Twenty-first Century Punishment Post-Desert? In: TONRY, Michael (ed.). *Retributivism has a past. Has it a Future?* Oxford: Oxford University Press, 2011.
- McCULLOUGH, Michael E.; KURZBAN, Robert; TABAK, Benjamin A. Cognitive systems for revenge and forgiveness. *Behavioral and Brain Sciences*, Vol. 36, 2013, p. 1-58.
- MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason – A New Theory of Human Understanding*. London: Allen Lane, 2017.
- MILTENBERGER, Raymond G. *Behavior Modification: Principles & Procedures*. 5th ed. Belmont, CA: Cengage Learning, 2011.
- MOLHO, Catherine; TYBUR, Joshua M.; VAN LANGE, Paul A.M.; BALLIET, Daniel. Direct and indirect punishment of norm violations in daily life. *Nature Communications*, Vol. 11, 3432, 2020.
- NADLER, Janice; MCDONNELL, Mary-Hunter. Moral character, Motive, and the Psychology of Blame. *Cornell Law Review*. Vol. 97, n. 2, pp. 255-304, 2012.
- NAGIN, Daniel S. Deterrence in the Twenty-First Century. *Crime and Justice*, Vol. 42, n. 1, pp. 199-263, 2013.
- NISBETT, R.E.; WILSON, T.D.C. Telling more than we can know: verbal reports on mental processes. *Psychological Review*. Vol. 84, n. 3, 231-259, 1977.
- O'BRIEN, Daniel T.; FARRELL, Chelsea; WELSH, Brandon C. Looking Through Broken Windows: the impact of neighborhood disorder on aggression and fear of crime is an artifact of research design. *Annual Review of Criminology*, Vol. 2, p. 2.1-219, 2019.
- PATERNOSTER, Raymond. How much do we really know about criminal deterrence? *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 100, n. 3, pp. 765-824, 2010.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. As práticas restaurativas no Sistema Prisional Brasileiro. In: DEVITTO, Renato C.PP.; DAUFEMBA-CK, Valdirene. *Para Além da Prisão: reflexões e propostas para uma nova*

- política penal no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, pp. 185-202, 2018.
- PATIL, Indrajeet; DHALIWAL, Nathan A.; CUSHMAN, Fiery. Reputational and cooperative benefits of third-party compensation. *PsyArXiv Preprint*, 2018.
- PEDERSEN, Eric J.; MCAULIFFE, William H.B.; MCCULLOUGH, Michael E. The unresponsive avenger: More evidence that disinterested third parties do not punish altruistically. *Journal of Experimental Psychology General*, Vol. 147, n. 4, pp. 514-544, 2018.
- PEDERSEN, Eric J.; MCAULIFFE, William H.B.; SHAH, Yashna; TANAKA, Hiroki; MCCULLOUGH, Michael E. When and Why Do Third Parties Punish Outside of the Lab? A Cross-Cultural Recall Study. *Social Psychological and Personality Science*, 2019.
- PICKETT, Kate; WILKINSON, Richard. *The Spirit Level: Why Equality is Better for Everyone*. New York: Bloomsbury Press, 2010.
- PIMENTA, Victor Martins. *Por trás das grades: O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- PIMENTA, Victor Martins; LEITE, Fabiana de Lima. Alternativas ao Encarceramento e Prevenção à Violência. In: DEVITTO, Renato C.PP.; DAUFEMBACK, Valdirene. *Para Além da Prisão: reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, pp.133-155, 2018.
- PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, n. 68, pp. 39-60, 2004.
- POGARSKY, Greg; ROCHE, Sean Patrick; PICKETT, Justin T. Offender Decision-Making in Criminology: Contributions from Behavioral Economics. *Annual Review of Criminology*. Vol. 1, n. 1, pp. 379-400, 2018.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- PRATT, John. *Penal Populism*. New York: Routledge, 2007.
- PRATT, Travis C. ; CULLEN, Francis T. Assessing Macro-Level Predictors and Theories of Crime: A Meta-Analysis. *Crime and Justice*. Vol. 32, pp. 373-450, 2005.
- PRATT, Travis C.; CULLEN, Francis T.; BLEVINS, Kristine R.; DAIGLE, Leah E.; MADENSEN, Tamara D. The empirical status of deterrence theory: A Meta-analysis. In: *Taking stock: The status of criminological theory*. New York: Routledge, pp. 367-395, 2006.

- RAAIJMAKERS, Ellen A. C.; LOUGHRAN, Thomas A.; KEIJSER, Jan W. de; NIEUWBEERTA, Paul; DIRKZWAGER, Anja J. E. Exploring the Relationship between Subjectively Experienced Severity of Imprisonment and Recidivism: A Neglected Element in Testing Deterrence Theory. *Journal of Research in Crime and Delinquency*. Vol. 54, n. 1, pp. 3-28, 2016.
- ROBERTS, Julian V.; de KEIJSER, Jan W. Democratising punishment: Sentencing, community views and values. *Punishment & Society*, Vol. 16, n. 4, pp. 474-498, 2014.
- ROBERTSON, Campbell. Crime Is Down, Yet U.S. Incarceration Rates Are Still Among the Highest in the World. *The New York Times*, 25 de abril, 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/04/25/us/us-mass-incarceration-rate.html>. Acesso em: 31 jan. 2020.
- ROXIN, Claus. Prevention, Censure and Responsibility: the recent debate on the purposes of punishment. In: SIMESTER AP; DU BOIS-PE-DAIN, Antje; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, pp. 23-42, 2014.
- RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 121, ano 24, pp. 161-190, 2016.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SCHECAIRA, Sérgio Salomão; Corrêa Jr., Alceu. *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- SHAMMAS, Victor L. The rise of a more Punitive State: On the attenuation of Norwegian Penal Exceptionalism in an Era of Welfare State transformation. *Critical Criminology*. Vol. 24, pp. 57-74, 2016.
- STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W., MAYO-WILSON, Evan; WOODS, Daniel; ARIEL, Barak. Restorative Justice Conferencing (RJC) - using face-to-face meetings of offenders and victims: effects on offender recidivism and victim satisfaction. A Systematic Review. *Campbell Systematic Reviews*, 12, 2013.
- STRUCHINER, Noel; CHRISMANN, Pedro H.V. Aspectos filosóficos e psicológicos das punições: reunindo algumas peças do quebra-cabeça. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. spe 02, pp. 133-150, 2012.

- TAHAMONT, Sarah; CHALFIN, Aaron. The Effect of Prisons on Crime. In: WOOLDREDGE, John; SMITH, Paula (eds.). *The Oxford Handbook of Prisons and Imprisonment*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TONRY, Michael. Punishment Theory for the Twenty-first Century: The Need to Replace Retributive and Mixed Theories. In: BOTTOMS, A.E.; PEDAIN, A.B. *Censure Theory*. Oxford: Hart, 2017.
- TONRY, Michael. An Honest Politician's Guide to Deterrence: Certainty, Severity, Celerity, and Parsimony. In: NAGIN, Daniel S.; CULLEN, Francis T.; JONSON, Cheryl Lero (Eds.). *Deterrence, Choice, and Crime*. Advances in Criminological Theory, Vol. 23. New York: Routledge, 2019.
- TONRY, Michael; FARRINGTON, David PP. Punishment and Crime Across Space and Time. *Crime and Justice*. Vol. 33, pp. 1-39, 2005.
- VAN KESTEREN J. Public Attitudes and Sentencing Policies Across the World. *European Journal of Criminal Policy Research*, Vol. 15, pp. 25-46, 2009.
- VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. London: Hart Publishing, 2017.
- WALKER, Samuel; SPOHN, Cassia; DELONE, Miriam. *The Color of Justice: Race, Ethnicity, and Crime in America*. 6<sup>th</sup> Ed. Boston: Cengage Learning, 2017.
- WEBSTER, Cheryl Marie; DOOB, Anthony N. Searching for the Sasquatch: Deterrence of Crime through sentence severity. In: PETERSILIA, Joan; REITZ, Kevin R. (Eds.) *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*. Oxford: Oxford University Press, pp. 173-195, 2012.
- XAVIER, José Roberto F. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 84, maio-junho, pp. 271-311, 2010.
- ZHANG, Y; CHEN, C; GREENBERGER, E; KNOWLES, E. A Cross-Cultural Study of Punishment Beliefs and Decisions. *Psychological Reports*, Vol. 120, n.1, pp. 5-24, 2017.

Recebido em 01 de fevereiro de 2020.

Aprovado em 27 de julho de 2020.

**RESUMO:** O argumento de que as penas privativas de liberdade não funcionam já foi repisado inúmeras vezes na literatura criminológica. No entanto, a defesa da prisão como solução para a criminalidade segue cada vez mais forte na esfera pública, sendo um argumento rotineiramente invocado em debates legislativos e na prática judicial. Para compreender a persistência desse discurso, examinamos a literatura recente em Psicologia Experimental e o que os estudos empíricos têm a dizer sobre processos psicológicos relacionados à decisão de punir um transgressor e à decisão de transgredir normas. Buscou-se, assim, uma resposta com base em evidências científicas para a seguinte pergunta: penas privativas de liberdade são efetivas em suas declaradas funções preventivas? Em primeiro lugar, a tradição de pesquisa revisada mostra que, embora as pessoas geralmente se utilizem de argumentos preventivos para justificar punições, são as intuições retributivistas que efetivamente guiam essas decisões. Por sua vez, do ponto de vista da mente das pessoas que são punidas, os estudos mostram que pressupostos do argumento preventivo – o de que os destinatários da lei penal são capazes de calcular os “custos” associados à severidade da punição, por exemplo – carecem de base empírica consistente. Sugerimos, com base nessa revisão, que as teorias da pena tradicionais na dogmática penal sejam reformuladas, inclusive com vistas a uma compreensão mais ampla das respostas possíveis ao fenômeno delitivo, menos focada na centralidade das penas privativas de liberdade.

**Palavras-chave:** Teorias da Pena; Psicologia Experimental; Psicologia da Punição; Justiça Restaurativa.

**ABSTRACT:** The argument that prison sentences do not work has been repeated many times in the criminological literature. However, the opposite view seems resilient and ever-stronger in the public sphere, being routinely invoked in legislative debates and judicial practice. To understand the persistence of this discourse, we examine the recent literature in Experimental Psychology and discuss what empirical studies have to say about both psychological processes related to punishment decisions, and transgressor's decisions to take risks and violate rules. Our aim was to find an evidence-based answer to the following question: is legal punishment an effective prevention strategy? The reviewed tradition of research shows that, while people use preventive arguments to justify punishments, it is retributive intuitions that guide their decisions. On the other hand, from the point of view of the minds of those who are punished, studies show that various assumptions of the preventive argument – that the recipients of criminal law are able to calculate the ‘costs’ associated with the severity of punishment, for example – lack consistent empirical basis. As a conclusion from this review, we suggest that traditional punishment theories should be reformulated, including a broader view of possible responses to the criminal phenomenon, less focused on the centrality of prison sentences.

**Keywords:** Theories of Punishment; Experimental Psychology; Psychology of Punishment; Restorative Justice.

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** HORTA, Ricardo Lins. A desalentadora função das punições: revisitando as Teorias da Pena à luz da Psicologia Experimental. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1346>.

# Alteridade e teoria crítica dos direitos humanos como fundamento ético dos direitos dos refugiados

*Alterity and critical human rights theory as an ethical foundation for refugee rights*

Rodrigo Alvarenga\*

*Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil*

Thais Silveira Pertille\*\*

*Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis – SC, Brasil*

Caroline Filla Rosaneli\*\*\*

*Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil*

## 1. Introdução

A população mundial de refugiados foi de 25,9 milhões em 2018, sendo 52% menor de 18 anos de idade<sup>1</sup>. Conforme o mais recente Relatório de Tendências Globais da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>2</sup>, ao final

---

\* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina, com estágio de pesquisa na Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Mestre pela PUCPR. Membro da Coordenação do Núcleo de Direitos Humanos da PUCPR e coordenador do Grupo de estudos e pesquisas em Direitos humanos, saúde mental e políticas públicas. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas e do Curso de Filosofia da PUCPR. E-mail: alvarenga.rodrigo@pucpr.br.

\*\*Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela PUCPR. E-mail: thaispertille@gmail.com.

\*\*\*Pós-doutora pela Cátedra UNESCO da UnB de Bioética. Doutora pela PUC-PR, mestre pela Unicamp. Graduada pela UFSC. Vice-líder do grupo-pesquisa Saúde pública, bioética e direitos humanos. E-mail: caroline.rosaneli@gmail.com.

1 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES, 2019.

2 ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2019.

do ano de 2018 o número de deslocamentos forçados ao redor do globo atingiu seu recorde pelo sexto ano consecutivo. O número de pessoas que necessitaram de deslocamento superou a marca de 70 milhões de pessoas em 2018, sendo que a população dos países em desenvolvimento são as desproporcionalmente mais atingidas. Porém, os países em desenvolvimento abrigam cerca de 85% da população que necessita de refúgio, e quase metade são menores de 18 anos<sup>3</sup>.

Os indicadores individuais evidenciam violações em deslocamentos de cerca de 44,5 mil pessoas diariamente, ou uma pessoa a cada dois segundos, segundo o ACNUR<sup>4</sup>, sendo que cerca de 75% destas pessoas estão nessa situação não pela primeira vez. Estes vulneráveis necessitam de acolhimento por outros países para que sejam amparados e com dignidade possam exercer seus plenos direitos humanos. Desde a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e, na sequência, seu Protocolo de 1967, os quais são marcos teóricos para o acolhimento a refugiados - pessoas que saíram de seu país por causa de perseguição racial, social ou política, por conflitos armados, violência generalizada ou violação massiva dos direitos humanos -, o Brasil tem aberto possibilidades de acolher estes fragilizados<sup>5</sup>.

Até o final de 2018, o Brasil reconheceu 11.231 refugiados de diversas nacionalidades, sendo a nacionalidade com maior número acumulado de pessoas refugiadas reconhecidas é da Síria (51%). A solicitação de reconhecimento da condição de refugiado em 2018 foi de 80.057 pessoas, sendo que 61.681 eram da Venezuela, 7.030 do Haiti, 2.749 de Cuba, 1.450 da China, seguidos de 947 de Bangladesh, 675 da Angola, 462 do Senegal, 409 da Síria, 370 da Índia, e 4.284 de outras nacionalidades<sup>6</sup>.

Dos refugiados acolhidos no Brasil em 2017, 52% moram em São Paulo, 17% no Rio de Janeiro e 8% no Paraná. Os venezuelanos representaram mais da metade dos pedidos realizados, com 17.865 solicitações. Na sequência estavam os cubanos, os haitianos e os angolanos<sup>7</sup>. O Brasil, nos

---

3 ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2019.

4 ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2018a.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951; ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2016, 2018b.

6 COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS, 2019.

7 BRASIL, 2017; ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2018b.



últimos anos, se tornou o principal destino de refugiados sírios na América Latina, continente que tem tradição na acolhida de refugiados e na recepção do Estatuto de 1951. Esse crescimento tem razões também ligadas ao início da guerra na Síria, em 2011, que se transformou no maior evento individual causador de deslocamento no mundo<sup>8</sup>. A concentração de pedidos de refúgios no Brasil em 2017 foi de 71% de homens e 29% de mulheres e em 2018, 44% de mulheres e 66% homens<sup>9</sup>. Para a distribuição etária, segundo o Conare (2019), eram 1% menores de 4 anos, 8,4% entre 5 e 11 anos, 3,5% entre 12 e 17 anos, 80,5% entre 18 e 59 anos, e apenas 3,6% acima de 60 anos<sup>10</sup>.

As migrações envolvem deslocamentos de indivíduos sozinhos em buscas de melhores vidas para suas famílias, que permaneceram no país de origem, assim como podem envolver famílias inteiras ou parte delas, ou até mesmo crianças ou jovens sem suas famílias. As fronteiras dos países precisam ampliar seus horizontes para, como pontes, acolher os seres humanos e ajudar a promover um futuro melhor e mais digno para todos. Analisar o reflexo dos deslocamentos nas migrações nacionais e internacionais e suas relações na defesa dos direitos humanos é um papel social de extrema urgência. As migrações colocam os sujeitos a enfrentar riscos e o desconhecido, num processo que envolve rupturas espaciais e temporais, que afetam os laços entre os seres humanos. Em seu nomadismo territorial e subjetivo, estes refúgios necessitam que os Estados receptores sejam capazes de criar estratégias para integrar alteridade, redes de colaboração e solidariedade e, com isto, construir formas de resistência e de liberdade<sup>11</sup>.

Desse modo, o objetivo desse estudo é compreender os limites da normatividade jurídica com base na teoria crítica dos direitos humanos e na ética da alteridade, considerando os pressupostos básicos dos direitos dos refugiados, conforme estabelecidos pelos organismos internacionais, bem como sua aplicação no Brasil, a partir do Estatuto dos Refugiados. O ponto de partida será a análise da Lei 9.474/1997, que define os mecanismos para a implementação do Estatuto do Refugiados, de 1951, visando demonstrar que apesar dos princípios éticos e jurídicos presentes na lei, existe uma

---

8 CAPELLO, 2011.

9 COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS, 2019.

10 COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS, 2019.

11 WALDELY *et al.*, 2015.

distância enorme entre a normatividade jurídica e a garantia dos direitos humanos, a qual precisa ser compreendida.

Em seguida será realizada uma análise da teoria crítica dos direitos humanos de Costa Douzinas<sup>12</sup>, a partir da obra *O fim dos direitos humanos*, bem como da perspectiva de Joaquim Herrera Flores<sup>13</sup>, considerando as obras *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais* e *A re-invenção dos direitos humanos*. Ao final, se buscará na ética da alteridade de Emmanuel Lévinas<sup>14</sup> uma forma de fundamentar a proteção dos direitos dos refugiados e potencializar sua efetivação no Brasil, a partir das obras *Entre nós: ensaio sobre alteridade* e *Totalidade e infinito*.

Entende-se que a positivação dos direitos humanos, por si só, não tem sido capaz de contemplar a dignidade humana nas suas diversas especificidades. O que se observa na relação entre os deslocamentos populacionais internacionais e os Estados nacionais é uma fragilidade em sua capacidade de efetivar os direitos humanos dos refugiados, que envolvem dificuldades de diferentes características, desde a questão econômica dos custos, o interesse político, até a questão ética da intersubjetividade. Daí a necessidade de buscar uma forma crítica de pensar os direitos humanos, cujo enfoque esteja na dimensão da alteridade.

## 2. O Estatuto dos Refugiados no Brasil

O regime internacional dos refugiados se estabelece logo após a II Guerra Mundial, em decorrência das inúmeras violações de direitos que se evidenciaram no período entre as duas grandes guerras mundiais, contra as pessoas que foram obrigadas a se deslocarem de seus países. O instituto do refúgio se estabeleceu desde a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), quando se definiu o grupo de pessoas que deveria ter reconhecida a condição de refugiado. Refugiado passa a ser aquele que:

Em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionali-

---

12 DOUZINAS, 2009.

13 FLORES, 2009a, 2009b.

14 LÉVINAS, 2004, 1980.

dade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele<sup>15</sup>.

O instituto do refúgio, desde então, compreende dois momentos, um anterior ao reconhecimento dessa condição, quando o sujeito acaba sendo obrigado a deixar seu território e país de origem, outro posterior, quando ele se encontra já em um novo país e passa a ser legalmente considerado um refugiado, que seria a fase da proteção<sup>16</sup>.

No Brasil, a Lei 9.474/1997<sup>17</sup>, como instrumento de tutela, normatiza os direitos que permitem a chegada de pessoas que buscam em território brasileiro condições de dignidade humana que foram abaladas em seus locais de origem. O instituto do refúgio permite atenção especial às pessoas que vem ao país em situação de diversas necessidades e revela que “sua normativa nacional é importante por ser mais ampla e contar com políticas públicas para a atenção, proteção e busca de soluções duradouras para os refugiados”<sup>18</sup>.

Mais recentemente, foi publicada a nova Lei de Migração (13.455/2017). Também com perspectiva includente, essa Lei substituiu o antigo Estatuto do Estrangeiro (6.815/1980) que guardava o autoritarismo da época ditatorial em que foi concebido<sup>19</sup>. O Estatuto do Estrangeiro generalizava a migração em uma expectativa de possíveis inimigos da nação brasileira, colocando logo na abertura da lei a prioridade do dispositivo, qual seja, a segurança nacional a despeito da dignidade humana. Certo que a segurança deva ser uma prioridade da nação, porém, a nova situação migratória e política compreende que mais importante dos que os limites territoriais que separam os países é a identificação humana enquanto seres dignos e solidários.

Portanto, a dignidade humana e a solidariedade, fundamentos da Constituição Federal<sup>20</sup>, passaram a reger a Lei de Migração atual. O avanço do novo diploma de migração, necessário para atual crise humanitária, em

---

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951.

16 MENEZES; REIS, 2013.

17 BRASIL, 1997.

18 BARRETO, 2010, p. 50.

19 BRASIL, 1980.

20 BRASIL, 1988.

síntese, consiste na mudança de foco para garantia dos direitos das pessoas que migram, dos estrangeiros que no Brasil aportam, aos brasileiros que vivem no exterior, de forma temporária ou definitiva.

Salienta-se, no entanto, que mesmo com a publicação de uma nova Lei de migração, a política brasileira de implementação de seus institutos ainda oscila entre os comportamentos de recepção humanitária, a exemplo dos migrantes haitianos, considerado o maior fenômeno migratório da última década para o Brasil, e o fechamento de fronteiras, como no caso da Venezuela recentemente. Os princípios da solidariedade e da responsabilidade elaborados no âmbito de acordos internacionais são interpretados e ressignificados por atores situados em diferentes escalas de influência e participação na implementação das políticas de proteção e assistência a refugiados<sup>21</sup>. Com a insensibilidade, indiferença e a falta de solidariedade, a nossa sociedade promove um comportamento egoísta e excludente, e tenta justificar moralmente tal realidade que afronta a história, segregando seres humanos a partir dos espaços geográficos.

É importante focar atenção nas peculiaridades que afrontam os direitos dos refugiados em específico para tornar possível uma proteção futura que seja abrangente também ao que lhes é particular. Afinal, os direitos humanos não passam de uma utopia irrealizável enquanto não reconhecerem as nuances de cada ser vulnerável que demanda sua proteção. Segundo Barreto<sup>22</sup>, “para efeito de se implementar os instrumentos internacionais sobre refugiados resulta fundamental que um Estado defina quem são os sujeitos de sua proteção, vale dizer a quem se considera como refugiados.”

A Lei 9.474/1997 concede aos refugiados direitos e deveres específicos e, logo em seus primeiros artigos, assegura ao refugiado que essa condição não será dada somente a ele, mas também à sua família, como se destaca do artigo 2º:

Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional<sup>23</sup>.

---

21 MULLER, 2013

22 BARRETO, 2010, p. 50

23 BRASIL, 1997

Os episódios de migração forçada envolvem pessoas para além dos indivíduos perseguidos, devendo, como fez a lei brasileira, ser possível estender os efeitos do refúgio aos cônjuges, ascendentes, descendentes e a todos do grupo familiar que do refugiado dependam. Muito embora a garantia da dignidade humana para os refugiados esteja atrelada a muitos aspectos que não podem ser garantidos pela lei, como a convivência harmônica com os nacionais e a recepção dada por eles, deve-se procurar averiguar se o processo de positivação permite o indispensável tratamento individualizado que esses casos requerem.

A dignidade da pessoa humana, como já referida, é certa de depender de mais fatores do que a lei pode garantir, mas, no que diz respeito à lei brasileira, é necessário salientar alguns tópicos que demonstram o quão funcional a norma se revela como instrumento de manutenção da dignidade dos refugiados quando em terras brasileiras. O olhar pela manutenção da dignidade das pessoas que recorrem à condição de refugiado no Brasil começa pela cautela com a privacidade dessas pessoas, conforme dispõem os artigos 20 e 47 do Estatuto, sendo que o processo para reconhecimento da condição além de gratuito, também é urgente e sigiloso. Para que o sigilo seja uma opção real do requerente, o artigo 20 ainda dispõe que os procedimentos devem ser realizados “por funcionários qualificados e em condições que garantam o sigilo das informações”<sup>24</sup>.

Todavia, apesar da clara intenção da lei de resguardar a privacidade dos requerentes, Soares<sup>25</sup> ressalva que “na prática, apesar da previsão legal, o que se verifica é que a tradução é muitas vezes precária e feita por um refugiado já reconhecido e que conhece o idioma do solicitante”. Situação essa bastante preocupante, vez que o reconhecimento da condição de refugiado, que depende de análise técnico-jurídica, pode ser prejudicado pela ausência de comprovação da situação de perseguição sofrida no território de origem ou falta da demonstração de que o país de sua nacionalidade esteja em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos.

Ainda assim, a Lei 9.474/1997<sup>26</sup> tenta, dentro dos limites intrínsecos a qualquer processo de positivação, concretizar o fundamento da dignidade da pessoa humana, constante de modo expresse no artigo 1º da Constitui-

---

24 BRASIL, 1997

25 SOARES, 2012, p. 126

26 BRASIL, 1997.

ção Federal<sup>27</sup>. É de ressaltar o ideal verdadeiramente humanitário do Estatuto brasileiro diante do fato de que mesmo aqueles que tenham entrado de maneira ilegal ou irregular em território nacional não vinculam, com isso, o indeferimento de seu pedido disposto no artigo 8º da Lei 9.474/1997<sup>28</sup>.

A fim de preservar a liberdade dos refugiados, o artigo 6º traz a previsão de que, concedido refúgio, os recém-chegados terão direito “a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem”<sup>29</sup>. Tal dispositivo garante o ir e vir das pessoas nessa condição, possibilitando que possam ter uma vida enquadrada nos parâmetros sociais de sua inserção, tornando-se possível trabalhar e transitar em território brasileiro, assim como sair e retornar ao país.

Pelas razões supramencionadas, há consenso de que a dignidade da pessoa humana é atendida em parâmetros satisfatórios no sistema jurídico sobre refugiados no Brasil, sendo uma constante em seus objetivos a materialização da proteção aos que se encontram na respectiva condição. A característica da universalidade das normas de Direitos Humanos, criticada por tratar de forma tão abstrata o humano sujeito à proteção e por deixar excessivamente vaga a ideia de dignidade a ser assegurada, ganhou na Lei brasileira expectativa de real aplicação diante de seus dispositivos, os quais conferem a possibilidade de proteção sobre pessoas concretas. De tal forma, pode-se dizer que o referido diploma instrumentalizou satisfatoriamente a dignidade ao permitir que, diante de cada caso, as autoridades possam considerar as peculiaridades que os distinguem, buscando alcançar a isonomia como objetivo final a partir das naturais diferenças que distinguem os seres humanos. Entretanto, permanece sendo um desafio para as políticas públicas a concretização desses direitos.

Ao ser reconhecido o refugiado passa a fazer parte do âmbito de proteção do ordenamento jurídico brasileiro, possuindo os mesmos direitos e a mesma assistência básica que deve ser prestada a qualquer nacional ou estrangeiro que resida legalmente. Conforme dispõe o artigo 5º:

O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados

---

27 BRASIL, 1988.

28 BRASIL, 1997.

29 BRASIL, 1997.

de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública<sup>30</sup>.

Mesmo com o compromisso firmado na Lei 9.474/1997, ainda que diante das coerentes intenções das instituições envolvidas no procedimento que envolve o requerimento do refúgio, a prática demonstra que há falhas que vão além do que a lei pode assegurar. Como exemplo, serve a atuação dos agentes de Polícia Federal que muitas vezes “não recebem capacitação técnica necessária para lidar com a questão dos refugiados e atuam muitas vezes como substitutos (ilegais) do Conselho Nacional de Refugiados (CONARE), determinando eles próprios quem é e quem não é ‘refugiado’”<sup>31</sup>. Ainda pior é quando violam o princípio do “*non refoulement*”, “deportando os estrangeiros sem observar o procedimento previsto na lei nacional, violando, conseqüentemente, o direito de solicitar refúgio”<sup>32</sup>.

A despeito das situações em que a Polícia Federal, por própria conta, decide a quem cabe à concessão do refúgio, oficialmente o reconhecimento do status de refugiado deve se dar por decisão do CONARE. As decisões do CONARE quanto ao deferimento da condição de refugiado, apesar de estarem vinculadas a taxatividade disposta na Lei 9.474/1997, mostram que há certa elasticidade no que concerne ao entendimento daquilo que seriam os “fundados temores de perseguição” (artigo 1º, inciso I). Vale ressaltar que por vezes a maleabilidade intrínseca ao conceito também ocasiona “decisões influenciadas por pressões políticas fazendo com que, nesses casos, o Estado brasileiro deixe o seu compromisso com a proteção dos refugiados em segundo plano para atender a interesses diversos”<sup>33</sup>.

Outro ponto negativo passível de destaque acerca das decisões do CONARE, conforme Oliveira<sup>34</sup>, está na “ausência de uma fundamentação satisfatória das suas decisões o que viola, por consequência, o princípio básico da Administração Pública traduzido na necessidade de motivação dos seus atos.” Reconhecido o *status* de refugiado, passam essas pessoas

---

30 BRASIL, 1997.

31 SOARES, 2012, p. 151.

32 SOARES, 2012, p. 151.

33 SOARES, 2012, p. 169.

34 SOARES, 2012, p. 170.

a terem os direitos e deveres de qualquer nacional e, então, as mesmas condições – e falta delas – de vida oferecidas aos cidadãos brasileiros. Para Silva e Fernandes<sup>35</sup>, a inserção social dos imigrantes no Brasil enfrenta inúmeros desafios, desde a falta de acolhida, a barreira do idioma, o preconceito e atos xenófobos, restando à sociedade civil e as entidades religiosas a prestação humanitária de auxílio aos refugiados, mas a empregabilidade segue como um dos maiores desafios.

Para ACNUR<sup>36</sup>, os refugiados podem ser discriminados por causa da desinformação sobre o tema refúgio, o que tende a reduzir a inclusão no mercado de trabalho, comprometendo diretamente a geração de renda e sua integração sociocultural. Trata-se de algo que a universalização apoiada na Lei 9.474/1997, não é capaz de garantir, ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana tenha pautado o estabelecimento da legislação. Considerando o já alcançado reconhecimento dos direitos humanos, sua internacionalização e, como no caso brasileiro, a positivação desses direitos, o problema que emerge é a necessidade de efetivar a proteção desses direitos.

### 3. Teoria crítica dos direitos humanos e refúgio

Partindo do marco histórico dos direitos humanos, a Declaração de 1948, que representou o reconhecimento dos valores da igualdade, liberdade e fraternidade, segundo o qual “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”<sup>37</sup>, se faz necessário avaliar criticamente os fundamentos dos direitos humanos. Isso porque se percebe certo esgotamento da concepção tradicional dos direitos humanos, aquela herdada do Iluminismo e fundamentada na concepção de indivíduo e na liberdade contratualista<sup>38</sup>.

Segundo Douzinas<sup>39</sup>, a abstração do texto quanto ao referido dispositivo, especialmente quando se refere à necessária concretização do sujeito

---

35 SILVA; FERNANDES, 2017.

36 CAPELLO, 2011.

37 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948.

38 PEREIRA, 2013.

39 DOUZINAS, 2009.



de direitos, não encontra guarida na realidade, esclarecendo o autor que o sujeito da declaração “ou é muito abstrato para ser real, ou muito concreto para ser universal”<sup>40</sup>. Apesar disso, essa constatação não desmerece a importância histórica da Declaração, mas “nos ajuda a colocá-la em seu contexto concreto, o qual, em momentos posteriores, pode nos servir para explicar algumas das dificuldades que encontramos para sua implementação prática”<sup>41</sup>.

A lei é o local onde a abstração humana pode ganhar contornos particulares e concretos, pois o sistema normativo “como veículo de direitos legais medeia entre natureza humana abstrata e o ser humano concreto que vaga pela vida criando suas próprias narrativas únicas e desempenhando-as no mundo”<sup>42</sup>. Ao trazer para os Estados a tarefa de dar legitimidade aos direitos humanos por meio de suas internas construções legais, surge um “paradoxo adicional”, vez que tais direitos “foram declarados inalienáveis porque eram independentes dos governos, de fatores temporais e locais e expressavam de forma legal os direitos do homem”<sup>43</sup>.

O paradoxo, nesse sentido, consiste no fato de que os direitos humanos foram criados com a finalidade de proteção dos cidadãos e dos refugiados contra os abusos de poder e da exploração, mas também podem se transformar em um modo de operação destes, quando a própria normatividade jurídica se torna uma forma de impor a violência contra determinados países ou grupos populacionais. “O fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico”<sup>44</sup>, ou seja, quando eles deixam de almejar o ideal de justiça para o qual foi criada para se reduzir a uma ferramenta de poder. Por consequência, restará aos direitos humanos os elementos formais de sua constituição, sem uma incidência prática do ponto de vista da universalização dos direitos.

De acordo com Douzinas<sup>45</sup> “o capitalismo cosmopolita é apresentado como globalização humanizada: o cosmopolitismo humaniza o capitalismo, ameniza os efeitos colaterais da globalização, e limita regimes opres-

---

40 DOUZINAS, 2009, p. 113.

41 FLORES, 2009b, p. 36.

42 DOUZINAS, 2009, p. 109.

43 DOUZINAS, 2009, p. 114.

44 DOUZINAS, 2009, p. 384.

45 DOUZINAS, 2011, p. 2.

sivos e totalitários”. Com isso, se ignoram as violações das próprias economias liberais contra os pobres em seu território, assim como contra um povo estrangeiro que vive num sistema supostamente marcado por violações mais graves. O problema está em perder de vista o objetivo central dos direitos humanos de resistência à dominação e à opressão em nome da ideologia política, “ou em idolatria do capitalismo neoliberal ou na versão contemporânea da missão civilizatória”<sup>46</sup>.

Para compreender o atual distanciamento entre o que se diz e o que se faz em nome dos direitos humanos na atualidade, seria necessário considerar os principais pontos que caracterizam o tipo de alienação política implicada nas teses dos direitos humanos, “que os tornam ferramentas de controle, sob a promessa de liberdade”<sup>47</sup>. No caso da proteção dos refugiados é preciso considerar as limitações dos direitos humanos no que se refere à própria definição de humano que lhes constitui.

Considerando que a noção de humano não é algo estático e que a ideia de humanidade pode ser concebida de diferentes maneiras, não se pode desdobrar daí as regras morais ou legais. Na medida em que se estabelece uma visão de humano pelo Ocidente e pelo sistema capitalista, considerada como ideal, se ignora a pluralidade da existência humana no planeta, acarretando uma diferenciação entre as pessoas no que se refere ao acesso aos direitos, conforme elas sejam consideradas “mais ou menos” humanas. Segundo Douzinas<sup>48</sup> “alguém é um homem em maior ou menor grau porque é um cidadão em maior ou menor grau. O estrangeiro é a lacuna entre homem e cidadão”. Os direitos humanos, nessa perspectiva, teriam se tornado uma ferramenta biopolítica de dominação, que estabelece a qualidade da vida que deve ser protegida e aquela que deve ser deixada para morrer.

Com intuito de explicar tal relação, Agamben<sup>49</sup> explica que o estabelecimento dessa diferenciação entre os seres, que torna possível a violação sistemática dos direitos humanos, está relacionado ao próprio paradoxo da soberania, visto que o direito ao mesmo tempo que inclui a vida pela norma legal, a exclui pela exceção - isso porque o soberano pode estar dentro e fora da norma. A possibilidade do recurso ao Estado de exceção deixa claro

---

46 DOUZINAS, 2011, p. 3.

47 DOUZINAS, 2011.

48 DOUZINAS, 2009, p. 119.

49 AGAMBEN, 2004.

essa forma de governar, que possibilita o agir fora da norma constitucional, reduzindo a vida humana a uma vida esvaziada de direitos, tornando-a mais vulnerável às violações dos direitos humanos. Agamben<sup>50</sup> relembra a figura jurídica do *homo sacer*, “uma estranha figura do direito romano que, julgado pelo povo por algum delito, não poderia ser sacrificado por ele, mas quem por ventura o fizesse, não cometeria homicídio”<sup>51</sup>. Segundo Pereira<sup>52</sup>, o mais impressionante na tese de Agamben não está em dizer que existe uma circunstância onde vidas são consideradas obsoletas, mas sim “no fato de que as pessoas em geral não percebem que é do Estado o poder de definir qual vida é digna de ser vivida e qual não é”<sup>53</sup>.

Essa lacuna contemplou milhares de pessoas que já não sabiam de onde pertenciam, ou não tinham mais condições de pertencer de onde saíram no final das duas grandes guerras do século XX - migrantes, refugiados e apátridas -, o que resultou na violação sistemática dos direitos humanos dessa parcela da população em especial. Tratava-se de um grupo de pessoas que não apenas não eram reconhecidas como cidadãos, como sofriam as consequências de se tornarem o oposto à norma. A característica dessa exclusão, desse estar fora, portanto, não é simplesmente marcado por uma ausência de direitos que dificultaria acesso a bens e serviços e exporia os migrantes a condição de pobreza.

Essa relação com a normatividade jurídica, que caracteriza a cidadania e a exclusão, interfere na própria forma ética da intersubjetividade, possibilitando a elaboração de uma subjetividade inimiga do sistema que deve ser eliminada. Mesmo na elaboração da categoria dos refugiados, que foi um modo de tentar proteger as pessoas da violência relacionada as consequências de se estar sob a égide da exceção jurídica, revelava a face ética do problema na medida em que se discutia seu alcance com base na nacionalidade de origem. Na análise de Moreira e Borba<sup>54</sup>, nas discussões da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 a categoria foi pensada a partir de visões e motivações diferenciadas, sendo que havia uma linha denominada universalista, a qual considerava refugiado pessoas de todas

---

50 AGAMBEN, 2004.

51 AGAMBEN, 2004, p. 196.

52 PEREIRA, 2011.

53 PEREIRA, 2011, p. 65.

54 MOREIRA; BORBA, 2018.

as origens e nacionalidades, e outra tendência que advogava que apenas os europeus deveriam ser reconhecidos como refugiados.

As potências ocidentais tinham ciência de que o processo migratório seria uma questão de caráter permanente e que não pretendiam comprometer-se sobretudo em relação a recursos financeiros a serem aportados para lidar com essa população<sup>55</sup>. A questão financeira levou os Estados a ter que priorizar os recursos e, por consequência, a terem que escolher entre quais vidas devem ser asseguradas em seus direitos. Não se tinha interesse político em efetivamente partilhar os recursos para que todos fossem de alguma forma protegidos, pois isso poderia interferir nos benefícios da população local. Desse modo, a fim de priorizar algumas pessoas em detrimento de outras, tornou-se necessário uma narrativa que fomentasse a lógica do outro como problema, o que historicamente levou à xenofobia e desembocou em violência, quer por parte do Estado ou dos cidadãos que absorveram e reproduziram a mesma postura preconceituosa.

Destarte, é possível compreender que a crítica aos direitos humanos se coloca como alternativa a toda abstração que lhes afasta de atuarem na realidade, opondo-se a generalizações que ocultem as violações que se dão em contextos concretos. A crítica centra-se na insuficiência da teoria tradicional em corporificar os direitos humanos, dando a entender, na maior parte das vezes, que o caráter abstrato das normas não apresenta correspondência com os fatos, como se aquilo que se identifica como real não fizesse qualquer diferença diante de normas que abarcam praticamente tudo<sup>56</sup>.

Considerando a perspectiva crítica de Flores<sup>57</sup>, seria necessário reinventar os direitos humanos para que eles realmente possam ser efetivados. Para isso é preciso considerar o contexto histórico-social para além da racionalização abstrata, percebendo as contradições das situações de desigualdade social e a emergência da situação dos que mais padecem sob a violência. Sendo assim, o reconhecimento jurídico de determinados direitos não são concessões fruto de ideias que dão sentido a realidade, mas decorrem das lutas sociais que se organizaram ao longo do tempo pelos que mais sofrem o resultado da concentração de poder e de riqueza, e dos efeitos das guerras geradas pela ambição humana.

---

55 SALOMON, 1991.

56 GRUBBA; AQUINO, 2015.

57 FLORES, 2009a.

É necessário uma metodologia de ação emancipatória, que tenha como condições: entender as posições desiguais, postas pelas reproduções das forças hegemônicas, em relação ao acesso aos bens necessários a uma vida digna; perceber que essas estratégias de reprodução cumprem as funções de perpetuação do sistema; bem como denunciar as manipulações simbólicas<sup>58</sup>.

De acordo com Flores<sup>59</sup>, torna-se necessário compreender que direitos não são concessões, mas o resultado de lutas pela dignidade. Para que se possa ampliar sua efetivação é necessário aumentar os espaços onde essas lutas possam ocorrer, por meio da criação de fóruns, comissões e conselhos, que possam favorecer a elaboração e entrega da melhor política pública possível para o atendimento da população migrante. Contudo, considerando que o sistema de valores hegemônico na atualidade está diretamente relacionado a matriz econômica e política neoliberal, torna-se muito difícil fazer prevalecer a ética e o acolhimento da diferença em face dos interesses econômicos que pautam as decisões políticas, inclusive no que diz respeito a efetivação dos direitos dos refugiados.

Uma teoria crítica dos direitos humanos deve considerar, para além do universalismo abstrato dos direitos humanos, que se fundamenta na possibilidade de uma essência comum entre os seres humanos, a experiência radical da alteridade, daquilo que enquanto manifestação humana transcende as categorias de igualdade e de diferença. Dessa maneira, os direitos humanos poderiam ser concebidos não apenas a partir dos códigos jurídicos nacionais e internacionais, que incluem a todos pelo mesmo padrão de normatividade, mas se abrir para as diferentes formas de luta pela dignidade.

Para que se possa ampliar sua efetivação é necessário aumentar os espaços onde essas lutas possam ocorrer, por meio da criação de fóruns, comissões e conselhos, que possam favorecer a elaboração e entrega da melhor política pública possível para o atendimento da população migrante. Contudo, considerando que o sistema de valores hegemônico na atualidade está diretamente relacionado a matriz econômica e política neoliberal, torna-se muito difícil fazer prevalecer a ética e o acolhimento da diferença em face dos interesses econômicos que pautam as decisões políticas, inclusive no que diz respeito a efetivação dos direitos dos refugiados.

---

58 FLORES, 2009a, p. 116.

59 FLORES, 2009b.

Surge daí, de acordo com Flores<sup>60</sup>, a dificuldade de um acesso igualitário aos direitos, bens e serviços, ou seja, trata-se de dificuldades geradas pelas próprias injustiças, desigualdades e contradições do sistema neoliberal, o que muitas vezes é ocultado pelos discursos superficiais com relação a situação dos refugiados. Isto porque a prioridade do lucro e a gestão econômica da vida colocam os números à frente das pessoas, de modo a naturalizar a desigualdade e a exclusão. Tudo se passa como se o problema fosse a falta de dinheiro, a incompetência administrativa ou a ausência de vontade política, mas na verdade é a falta de uma ética do reconhecimento da alteridade, que desconstruísse a xenofobia e despertasse a empatia entre as pessoas - o que está no fundamento de tudo isso.

#### 4. A ética da alteridade na proteção dos refugiados

A lei brasileira que instrumentaliza o Estatuto dos Refugiados de 1951 destaca-se por permitir uma efetivação das medidas humanitárias, sobretudo por não ser um diploma penal e que, conforme parecer da ONU, se distingue também como “uma das mais modernas, abrangentes e generosas do mundo”<sup>61</sup>. Contudo, para que o Brasil possa ter mais do que uma lei exemplar para refugiados é preciso que seja trabalhada a relação do brasileiro para com o refugiado, para que o medo do nacional em relação à chegada do Outro não seja motivo de contribuição para comportamentos autoritários de natureza nacionalista. Tal reação temerosa dos nacionais para com o Outro está relacionada a categorização de pessoas como sendo menos humanas do que outras, processo visto na história, como se comprova com a escravização das pessoas negras e indígenas, impactando na forma com são acolhidos refugiados com dessa descendência.

Observa-se na sociedade brasileira uma dificuldade para reconhecer os direitos humanos e os direitos dos refugiados, que expressa um ódio social, um “afeto que se expressa como intolerância projetiva ou, no extremo, declaração de morte ao outro”<sup>62</sup>. Do ponto de vista da ética da alteridade, esse tipo de comportamento se funda na dificuldade de reconhecimento da própria diferença, devido a fixação na dimensão do mesmo, da identi-

---

60 FLORES, 2009b

61 BARRETO, 2010, p. 216

62 TIBURI, 2015, p. 32

dade do ego consigo mesmo em face da uma ideia padronizada específica de ser humano. Essa dificuldade ética, que se expressa nas relações sociais e políticas no ódio ao outro, está diretamente relacionado ao paradigma estabelecido pela modernidade ocidental e a racionalidade constituinte, a partir da qual o Outro será pensado na perspectiva do mesmo.

A ontologia do sujeito e objeto, que caracteriza a tradição ocidental moderna, se funda numa perspectiva do ser sobre o não ser, ou seja, a identidade define o ser e a diferença é pensada a partir do próprio ser, não sendo reconhecida a dimensão da alteridade. Conforme explica Lévinas<sup>63</sup>, “a compreensão, ao se reportar ao ente na abertura do ser, confere-lhe significação a partir do ser. Neste sentido, ela não o invoca, mas apenas o nomeia. E, assim, comete a seu respeito uma violência e uma negação”. Projeta-se sobre o estrangeiro um olhar reificante que, em vez de acolhê-lo na sua diferença étnico-racial e cultural, estabelece uma relação de estranhamento, isso porque, o eu está fixado no solipsismo de sua consciência e é incapaz de reconhecer a dimensão da transcendência, a qual Lévinas<sup>64</sup> denomina de infinito.

A relação com o infinito não pode, por certo, exprimir-se em termos de experiência – porque o infinito extravasa o pensamento que o pensa. Nesse extravasamento, produz-se precisamente a sua própria infindição, de modo que será preciso exprimir a relação com o infinito por outros termos de experiência objectiva. Mas se experiência significa precisamente relação como o absolutamente outro – isto é, como aquilo que extravasa sempre o pensamento – a relação com o infinito completa a experiência por excelência<sup>65</sup>.

Isso significa que as relações intersubjetivas são marcadas não simplesmente por aquilo que iguala ego e alterego, mas justamente por aquilo que os transcende e, portanto, lhes diferenciam. O acolhimento ético na forma da hospitalidade, segundo Lévinas<sup>66</sup>, é fruto dessa abertura que a experiência de outrem possibilita, visto que ela revela o absolutamente outro, o infinito, conforme se evidencia na relação com o estrangeiro.

---

63 LÉVINAS, 2004, p. 31.

64 LÉVINAS, 1980.

65 LÉVINAS, 1980, p. 13.

66 LÉVINAS, 1980.

O absolutamente Outro é Outrem; não faz número comigo [...]. Ausência de pátria comum que faz do Outro – o Estrangeiro; o Estrangeiro que o perturba ‘em sua casa’. Mas o estrangeiro quer dizer também o livre. Sobre ele não posso poder, porquanto escapa ao meu domínio num aspecto essencial, mesmo que eu disponha dele: é que ele não está inteiramente no meu lugar. Mas eu, que não tenho conceito comum com o Estrangeiro, sou tal como ele, sem gênero<sup>67</sup>.

Considerando a ética da alteridade, a relação com o Outro precede até mesmo o ser, pois os direitos daquele com quem o Eu se relaciona aparecem antes dos dele, numa espécie de primazia das obrigações com a integridade do Outro<sup>68</sup>. O outro, nesse sentido, é aquele para quem a responsabilidade do Eu é exigida, sendo que esse Outro real e infinitamente diferente do Eu não pode ser caracterizado no humano universalizado pelas declarações pautadas pelo liberalismo, e nem em aquele humano abstrato e formalista que decorre dos processos de normatização.

Se existe algo verdadeiramente universal no discurso dos direitos humanos, se algum traço metafísico sobrevive a sua desconstrução isso talvez seja o reconhecimento de absoluta singularidade da outra pessoa e do meu dever moral de salvá-la e protegê-la<sup>69</sup>.

Assim, a dimensão da alteridade vai além da perspectiva individualista do Iluminismo e da matriz liberal dos direitos humanos, a qual iguala todos os seres humanos a partir daquilo que lhes é comum, essencialmente a liberdade individual. É preciso reconhecer que o apelo ético do Outro a responsabilidade para aqueles que sofrem e precisam de ajuda antecede o próprio direito à liberdade no sentido de escolher ou não oferecer o auxílio, quer seja por parte dos indivíduos ou dos governos. “Quando me torno parcialmente livre por me conceber como refém do outro no sentido de ser responsável por ele, oponho-me e rompo com a ideia de liberdade ilimitada, vendida como símbolo da modernidade iluminista”<sup>70</sup>. Quan-

---

67 LÉVINAS, 1980, p. 27.

68 DOUZINAS, 2009.

69 DOUZINAS, 2009, p. 354.

70 PEREIRA, 2011, p. 187.



do se limita a liberdade subjetiva do ego e de sua posse sobre o mundo e sobre outrem, admitindo e vivenciando a experiência do Outro como transcendência, é possível experimentar uma vivência autêntica de reconhecimento.

Quando os países e a população local colocam seus interesses em primeiro plano, de forma tão radical ao ponto de negar direitos fundamentais de sobrevivência da população migrante, o que se evidencia é um problema ético, na forma como foi apresentada por Lévinas. Desse modo, a expressão do termo refugiado antecede o reconhecimento de uma diferença que desperte para a dimensão do rosto de outrem e leve ao compromisso ético para com a pessoa migrante. É o prejuízo econômico em ajudar que se coloca antes de qualquer reconhecimento de dignidade humana e a consequente efetivação de direitos, fazendo com que a dimensão da alteridade fique ofuscada por uma perspectiva do ser sobre o não ser, do ser rico sobre o ser pobre, do ser cidadão sobre o ser estrangeiro. Contra isso nenhuma estratégia pode ser deixada de lado, desde a positivação dos direitos aos espaços de lutas por reconhecimento e efetivação, considerando os limites da universalização abstrata em face da alteridade radical que desperta para o acolhimento ético.

## 5. Considerações finais

Com o estabelecimento do Estatuto do refugiados de 1951 e seus desdobramentos em território brasileiro por meio da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que instituiu as normas aplicáveis aos refugiados e aos solicitantes de refúgio no Brasil e criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), observou-se que, do ponto de vista normativo, o direito encontra-se positivado, porém não se acham os meios necessários para sua efetivação.

Considerando a teoria crítica dos direitos humanos, foi possível verificar que o discurso e a positivação jurídica, baseados na abstração da universalização, não são suficientes para que as necessidades básicas das pessoas que migram forçadamente para o Brasil sejam garantidas. Embora de extrema importância, os pactos, acordos e leis são constantemente violados e milhares de pessoas ficam à mercê de um Estado que não cria uma política pública específica para garantir a efetivação dos direitos, restando a solidariedade de algumas poucas entidades da sociedade civil e religiosas para atenuar as violações dos direitos humanos.

Trata-se de um verdadeiro paradoxo, que se caracteriza pela ampliação das esferas normativas ao mesmo tempo que se intensificam as violações, eis o que os direitos humanos teriam para oferecer, ao ponto de se declarar o fim deles. A hegemonia do capitalismo global na forma do neoliberalismo após a queda do muro de Berlim não teria sido efetivamente a vitória dos direitos humanos, mas o seu fim utópico. Com a primazia dos direitos humanos na forma dos direitos individuais se constituiu uma forma política ideológica de dominação, que permite a dominação e a exploração se reproduzirem e aprofundarem. O estabelecimento de uma noção abstrata e universal de ser humano e de humanidade acaba por ser parte de uma ferramenta de controle, na medida em que hierarquiza as pessoas e países a partir de um ideal supostamente comum, ignorando as radicais diferenças que pode haver entre as pessoas e os povos.

Nesse sentido, a teoria crítica dos direitos humanos e a ética da alteridade se apresentam como uma forma importante de contribuir para o desafio da efetivação dos direitos dos refugiados, pois partem do pressuposto de que os direitos humanos se constituem como processo histórico de luta pela dignidade, cuja normatividade jurídica ratifica. A fim de que se possa avançar na materialização desses direitos, torna-se necessário ampliar os espaços de participação política, que possibilitem, pela resistência ao regime neoliberal, o aprofundamento da democracia e a construção de uma ética do acolhimento pelo reconhecimento da alteridade. De tal modo, os próprios migrantes e refugiados poderiam se organizar, junto às entidades e movimentos de direitos humanos, na luta política pela reivindicação de direitos, conforme as suas reais necessidades.

## Referências

- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS.  
*Global trends: forced displacement in 2018*. Genebra: ACNUR, 20 jun. 2019. Disponível em: [https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf#\\_ga=2.83994777.1225343878.1560779393-685702386.1530279534](https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf#_ga=2.83994777.1225343878.1560779393-685702386.1530279534). Acesso em: 20 mai. 2020.
- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS.  
*Tendencias globales: desplazamiento forzado en 2017*. Genebra: ACNUR, 20 jun. 2018a. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/unh->

- crsharedmedia/2018/Global\_Trends\_Forced\_Displacement\_in\_2017/TendenciasGlobales\_2017\_web.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020.
- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Coletânea de Instrumentos de Proteção Nacional e Internacional de Refugiados e Apátridas*. Brasília: ACNUR/CONARE, dez. 2016.
- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. *Dados sobre refúgio*. Genebra: ACNUR, 2018b. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 20 mai. 2020.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília: ACNUR: Ministério da Justiça, 2010.
- BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. *Institui a Lei de Migração*. Brasília: Presidência da República, 24 mai. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm). Acesso em: 20 mai. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997. *Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências*. Brasília: Presidência da República, 22 jul. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm). Acesso em: 20 mai. 2020.
- BRASIL. Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980. *Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração*. Brasília: Presidência da República, 19 ago. 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm). Acesso em: 20 mai. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 mai. 2020.
- CAPELLO, Pedro. Moradia e trabalho são principais desafios para refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil. ACNUR, Brasília, 30 mar. 2011. Disponível em: <https://unicrio.org.br/moradia-e-trabalho-sao-principais-desafios-para-refugiados-e-solicitantes-de-refugio-no-brasil/>. Acesso em: 09 nov. 2020.
- Comitê Nacional para os refugiados. *Refúgio em números*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019.

- DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- DOUZINAS, Costas. Os paradoxos dos direitos humanos. Tradução de Caius Brandão. In: *Pensar os Direitos Humanos: desafios à educação nas sociedades democráticas*. Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos - UFG. Vol.1. n. 1, 2011. Disponível em: <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>. Acesso em 10 nov. 2020.
- FLORES, Joaquim Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.
- FLORES, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009b.
- GRUBBA, Leilane Serratine; AQUINO, Sérgio Fernandes de. Direitos Humanos: O problema do contexto. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, p. 1964-1989, 2015.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: Ensaio sobre a alteridade*. Tradução de Pergentino Estefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 2004.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980.
- MENEZES, Thais Silva; REIS, Rossana Rocha. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento pós-determinação do status de refugiado. *Revista Brasileira de Política Internacional*, [online], v. 56, n. 1, p. 144-162, 2013.
- MOREIRA, Julia Bertino; BORBA, Janine Hadassa Oliveira Marques. Direitos humanos e refugiados: relações entre regimes internacionais construídos no sistema ONU. *Monções*, [online], v. 7. n. 14, p. 59-90, 2018.
- MULLER, Paulo Ricardo. Noções de solidariedade e responsabilidade no campo da cooperação internacional para a proteção de refugiados. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, [online], v. 21, n. 40, p. 229-244, 2013.
- Organização Internacional para as Migrações. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Genebra: OIM, 2019.
- Organização das Nações Unidas. *Convenção relativa ao Estatuto do refugiado*. Genebra: ONU, 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/>

fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\_relativa\_ao\_Estatuto\_dos\_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 20 mai. 2020.

Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 20 mai. 2020.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Da Tolerância à Hospitalidade na Democracia por vir. Um ensaio a partir do pensamento de Jacques Derrida. *Sapere Aude*, [online], v. 4, n. 7, p. 308-328, 2013.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *A pátria dos sem pátria: Direitos Humanos e Alteridade*. Porto Alegre: UniRitter, 2011.

SALOMON, Kim. *Refugees in the cold war: toward a new international refugee regime in the early postwar era*. Lund: Lund University Press; Bromley: Chartwell-Bratt, 1991.

SILVA, Filipe Rezende; FERNANDES, Durval. Desafios enfrentados pelos imigrantes no processo de integração social na sociedade brasileira. *Revista do Instituto de Ciências Humanas*, [online], v.13, n. 18, p. 50-64, 2017.

SOARES, Carina de Oliveira. *O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: Análise da Efetividade da Proteção Nacional*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2012.

TIBURI, Marcia. *Como conversar com um fascista*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

WALDELY, Aryadne Bittencourt; SOUZA, Fabricio Toledo de; THEUBET, Matteo Louis Raul Meirelles; TAVARES, Natalia Cintra de Oliveira; NEPOMUCENO, Raísa Barcellos. Migração como crime, êxodo como liberdade. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, v. 23, n. 45, p. 235-247, jul./dez. 2015.

Recebido em 10 de fevereiro de 2020.

Aprovado em 23 de abril de 2020.

**RESUMO:** Com o agravamento da crise migratória na atualidade, diante da incapacidade dos diferentes países em cumprir com suas obrigações, a fragilidade dos acordos internacionais acaba sendo evidenciada. Desse modo, o objetivo desse estudo é compreender os limites da normatividade jurídica com base na teoria crítica dos direitos humanos e na ética da alteridade, considerando os pressupostos básicos dos direitos dos refugiados, conforme estabelecidos pelo Estatuto dos Refugiados e aplicados no Brasil a partir da Lei 9.474/1997. Pelo que foi possível perceber, a partir da perspectiva crítica de Douzinas e Flores, os direitos humanos se consolidaram como uma abstração jurídica que comprometeu sua efetivação. Com base na ética da alteridade de Lévinas se compreendeu que o universalismo abstrato não implica no reconhecimento do outro refugiado, sendo necessário considerar os direitos humanos prioritariamente em sua dimensão intersubjetiva, a fim de que as legislações e as políticas públicas sejam construídas com a participação dos próprios refugiados, sujeitos de direitos.

**Palavras-chave:** alteridade, direitos humanos, refugiados, ética, teoria crítica.

**ABSTRACT:** With the worsening of the migratory crisis today, due to the inability of different countries to comply with their obligations, the fragility of international agreements ends up being evidenced. Thus, the objective of this study is to understand the limits of legal norms based on the critical theory of human rights and the ethics of otherness, considering the basic assumptions of refugee rights, as established by the Refugee Statute and applied in Brazil with the law 9.474/1997. As far as it was possible to perceive, from the critical perspective of Douzinas e Flores, human rights were consolidated as a legal abstraction that compromised their effectiveness. Based on Lévinas' ethics of otherness, it was understood that abstract universalism does not imply the recognition of the other refugee, and it is necessary to consider human rights as a priority in its intersubjective dimension, so that laws and public policies are constructed with the participation of refugees themselves, subject to rights.

**Keywords:** alterity; human rights; refugees; ethics; critical theory

**SUGESTÃO DE CITAÇÃO:** ALVARENGA, Rodrigo; PERTILLE, Thais Silveira; ROSANELI, Caroline Filla. Alteridade e teoria crítica dos Direitos Humanos como fundamento ético dos direitos dos refugiados. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 60, 2022. DOI: [https:// 10.17808/des.0.1359](https://10.17808/des.0.1359).



## Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2022 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.



**Aluno:** Aloisio da Silva Lopes Júnior (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Homo economicus: A métrica do pensamento analítico econômico do direito de Richard Posner

**Data da defesa:** 28/06/2022

**Banca:** Adrian Sgarbi (Orientador), Antônio Pereira Gaio Júnior, Noel Struchiner.

**Resumo:** Richard Posner, adepto do critério analítico econômico do direito, parametrizou o desenvolvimento de sua “Teoria do Direito” na construção das decisões judiciais, elaborando, para tanto, um estudo eivado de elementos interdisciplinares descritos nas ciências jurídica e da economia, buscando, com isso, apresentar um cenário estável e seguro para aplicação do direito. Desta forma, a presente dissertação apresentará, em seu primeiro capítulo os elementos fundamentais das ciências econômicas, em especial seu conceito de eficiência, cujo escopo será essencial para o desenvolvimento do trabalho de Richard Posner. Já em seu segundo capítulo, o trabalho voltará seu olhar para o desenvolvimento e desdobramento do pensamento do autor americano, demonstrando o início de seu processo investigativo até seu giro pragmático, provocado, sobretudo, pelas intervenções e críticas de Ronald Dworkin, chegando, por fim, ao terceiro capítulo no qual o objeto de investigação será o processo de metrificação do pensamento jurídico, demonstrando a teoria da “maximização da riqueza” desenvolvida por Posner e evidenciando as razões pelas quais o autor renegou o trabalho de Pareto e de Kaldor-Hicks. Em sua conclusão, esta dissertação demonstrará o processo evolutivo do pensamento de Richard Posner, em especial o processo de metrificação da eficiência baseada na “maximização da riqueza”, que embasará o processo decisório dos Juízes e promoverá, segundo sua visão, a construção da “Teoria do Direito”

**Aluno:** Braulio da Silva Fernandes (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A influência da propriedade na construção da norma jurídica: uma proposta abolicionista acerca dos delitos contra o patrimônio

**Data da defesa:** 21/03/2022

**Banca:** Francisco de Guimaraens (Orientador), Joao Ricardo Wanderley Dornelles, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

**Resumo:** A presente pesquisa traz como proposta a investigação da propriedade privada no que tange à construção da norma jurídica, em especial, em relação à norma jurídica criminal. Nesse sentido, visando elaborar o trabalho da melhor forma possível, estabeleceu-se a seguinte situação-problema: com a finalidade de se contrapor à legalidade capitalista, na seara penal, é possível apoiar-se em uma proposta abolicionista no que diz respeito aos delitos contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça à pessoa)? Como hipótese fixada pela dissertação, logo após a construção da criação e naturalização da propriedade em Locke e na revolução francesa, além de apresentar os problemas encontrados no nascimento da prisão (sob a ótica de Foucault), busca-se, portanto, examinar se a criminalização dos crimes contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça) estabelecem uma relação direta de desigualdade perante o sistema capitalista, propondo, a partir da referida análise, uma possível abolição desses delitos da esfera penal, uma vez que tais criminalizações representam o interesse apenas de uma classe (dominante) sobre uma classe subalterna, a qual não possui acesso à propriedade privada de maneira cômoda e natural. Para tal, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental, a partir das obras relacionadas ao tema, além de se valer de gráficos com a finalidade de demonstrar os problemas da prisão na contemporaneidade.

**Aluna:** Camila Machado Correa (Mestrado)

**Título do Trabalho:** “Preso convertido é preso calmo”: assistência religiosa no cárcere, discurso religioso e limites constitucionais

**Data da defesa:** 31/03/2022

**Banca:** Fabio Carvalho Leite (Orientador), Rodrigo Vitorino Souza Alves, Adriano Pilatti, Elisa Rodrigues,

**Resumo:** Nos últimos anos as religiões - sobretudo as evangélicas - vêm ganhando espaço no debate público no Brasil. Há representantes declaradamente religiosos no Congresso Nacional, no Supremo Tribunal Federal e nas mais variadas esferas de poder. O sistema prisional, que também está inserido na sociedade, não passou impune ao avanço religioso. Nos últimos anos religiões cristãs evangélicas ganharam espaço e protagonismo no cenário carcerário por meio da assistência religiosa - que é um direito constitucional de toda pessoa presa -. Diante desse quadro, o objetivo do presente estudo é compreender como as religiões operam e como o seu discurso ecoa no ambiente carcerário, dados os limites constitucionais impostos pela Constituição Federal de 1988 e demais ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. A pesquisa alia revisão bibliográfica, documentos oficiais e dados estatísticos de fontes oficiais – temas como a laicidade, secularização, ordenamento jurídico, sistema prisional, pentecostalismo e religiões são fatores importantes e determinantes para esta pesquisa – além de contar com dados e informações coletados junto a unidade prisional Penitenciária Professor Ariosvaldo Campos Pires, de Juiz de Fora, que é o foco referencial principal da presente pesquisa. A referida unidade, assim como acontece com a maioria das unidades prisionais no Brasil, conta com as mais variadas denominações religiosas que prestam assistência aos seus acautelados. Esse aporte permite analisar o *modus operandi* pelos quais as entidades envolvidas com a capelania atuam dentro do sistema - tanto antes quando depois da pandemia de Covid-19 -. Nesse sentido, este campo é mais um setor social que vem sendo ocupado pelo crescimento das religiões, seu discurso e atuação. Esta pesquisa demonstrou, no entanto, que há limites constitucionais a serem respeitados, mesmo dentro da liberdade religiosa de que goza cada indivíduo. Preso ou não

**Aluna:** Carla da Silva de Britto Pereira (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Regime jurídico da publicidade de alimentos ultraprocessados no Brasil: uma perspectiva crítica à luz dos determinantes comerciais da saúde.

**Data da defesa:** 23/05/2022

**Banca:** Fabio Carvalho Leite (Orientador), Fernanda Nunes Barbosa, Adalberto de Souza Pasqualotto, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de Castro

**Resumo:** O consumo de alimentos ultraprocessados, ao lado do consumo do tabaco e do álcool, constitui uma das principais causas de doenças crônicas não transmissíveis – principal causa de mortes em adultos no Brasil –, sendo a publicidade de tais produtos considerada pela Organização Mundial da Saúde um dos fatores comerciais determinantes deste problema de saúde pública. A situação demanda a análise quanto a se o controle jurídico da publicidade no país tutela, de forma suficiente, os direitos fundamentais à saúde e à proteção do consumidor impactados pelas estratégias de marketing da indústria alimentícia. Neste sentido, o trabalho se propõe a realizar esta análise, com o intuito de compreender o regime jurídico de controle da publicidade no Brasil, por meio das normas do Código de Defesa do Consumidor e da autorregulamentação publicitária, assim como a natureza da proteção jurídica da publicidade no Direito brasileiro, a partir dos conceitos de liberdade de expressão comercial e livre iniciativa, a fim de identificar a legitimidade de restrições a estes direitos, com foco em estudos doutrinários e pesquisas em Tribunais brasileiros, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; realizando, por fim, algumas proposições críticas, com o objetivo de contornar os problemas verificados – em especial a necessidade de regulação específica para estabelecer medidas restritivas à publicidade destes alimentos.

**Aluno:** Carlos Eduardo Ferreira de Souza (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Desinformação, publicidade personalizada e regulação de novas tecnologias

**Data da defesa:** 30/05/2022

**Banca:** Fabio Carvalho Leite (Orientador), Ivar Alberto Martins Hartmann, Clara Iglesias Keller, Florian Fabian Hoffmann

**Resumo:** O presente trabalho pretende analisar como a desinformação é monetizada no ambiente virtual e compreender aspectos regulatórios estruturais e concretos para reduzir os efeitos nocivos desta prática. Assim, será demonstrado o conceito de desinformação e de publicidade personalizada, além da relação que possuem entre si. Em virtude dos diversos benefícios gerados por este tipo de publicidade e dos riscos para a liberdade de expressão que podem advir da regulação focada em conteúdo, são apresentadas soluções centradas na arquitetura da plataforma e na proteção de dados pessoais. Como proposta, se apresenta uma regulação multiparticipativa, com amplitude de instrumentos e com a mescla de conceitos mais precisos e mais vagos, buscando segurança jurídica sem descuidar da necessária elasticidade diante da dinâmica que envolve novas tecnologias. Por fim, são apresentadas medidas concretas voltadas para (i) transparência e empoderamento do usuário; (ii) transparência e controle para o anunciante; (iii) accountability e dados pessoais.

**Aluna:** Carolina Bouchardet Dias (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Moderação Algorítmica e Autodefesa Digital: A autoexposição de usuárias do Instagram como resistência ao governo algorítmico das condutas

**Data da defesa:** 27/06/2022

**Banca:** Ilié Antonio Pele (Orientador), Bethânia de Albuquerque Assy, Caitlin Sampaio Mulholland

**Resumo:** Com o crescente emprego de inteligência artificial na moderação de conteúdo do Instagram, a empresa é cada vez mais criticada pelos efeitos discriminatórios de seus sistemas algorítmicos, que parecem revelar uma hierarquia de humanidades dentro da rede social. Ainda que a autoexposição dos usuários seja a fonte primária de dados usados pelo Instagram em sua geração de lucros, alguns corpos detêm plena e irrestrita visibilidade enquanto outros são desproporcionalmente ocultados pela moderação automatizada. A moderação algorítmica na rede social integra um novo tipo de governo das condutas, baseado em dados e correlações estatísticas, que assume traços específicos com relação a usuárias mulheres. Trata-se de um poder que, ocultado sob discursos tecnoutópicos e corporativistas do Instagram, não se reconhece como poder e se torna mais dificilmente detectável. Existe, contudo, a possibilidade de resistência a tal governo das condutas. Enquanto grande parte dos trabalhos acadêmicos sobre resistência online é focada na resistência ora a violências interpessoais entre usuários ora a práticas e discursos sexistas, é escassa a literatura sobre a resistência ao poder dos sistemas algorítmicos de moderação de conteúdo. Esta pesquisa pretende contribuir com o debate sobre o tema, explorando como técnica de resistência ou “autodefesa digital”, a autoexposição das usuárias do Instagram voltada à denúncia do poder algorítmico da rede social, em especial aos silenciamentos e discriminações por ele perpetuados.

**Aluno:** Cassio Ribeiro Proton (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A inclusão produtiva da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: uma visão sobre o aspecto da dignidade humana

**Data da defesa:** 24/03/2022

**Banca:** Ilié Antonio Pele (Orientador), Gisele Guimaraes Cittadino, Deo Campos Dutra

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma reflexão a respeito da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Como se trata de tema de grande complexidade, se faz necessário uma

abordagem tanto na questão das lutas das pessoas com deficiência para serem reconhecidas como pessoas capazes de exercer o trabalho de forma digna, bem como a questões legislativas do direito de trabalho, com a finalidade de fiscalizar, auxiliar a estimular tanto empresas privadas quanto órgãos públicos a oferecerem vagas para pessoas com deficiência. Torna-se igualmente necessário trazer uma abordagem sob o prisma da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos na luta pelo reconhecimento tanto da capacidade civil quanto laboral dessas pessoas. Para realizar o presente trabalho nos utilizamos de pesquisas bibliográficas, doutrinas e leis, com metodologia dedutiva, para análise dos maiores problemas enfrentados pela pessoa com deficiência, com a acessibilidade ou mobilidade reduzida de utilização dos espaços públicos ou coletivos com segurança autônoma, total ou assistida, tornando imprescindível que sejam de fato incluídas na sociedade. E por fim, o estudo da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, não visando apenas a própria inclusão em si, mas todo o processo histórico das pessoas com deficiência e sua adaptação na sociedade que influi diretamente e fundamentalmente no mercado de trabalho, onde este processo começa desde cedo. A pessoa com deficiência precisa de estímulos externos específicos e o processo de inclusão deve começar pela própria família que exerce um papel fundamental na inclusão social rompendo o preconceito.

**Aluno:** Felipe Oliveira de Moraes (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Policiamento preditivo e aspectos constitucionais

**Data da defesa:** 12/04/2022

**Banca:** Joao Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador). Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho

**Resumo:** O Policiamento Preditivo é um sistema computadorizado de processamento algoritmo que se utiliza de um banco de dados e análises estatísticas para predizer um acontecimento criminoso futuro. Sistema pouco utilizado em nosso país, mas que já está em fase de operação avançada

nos países desenvolvidos como Estados Unidos da América e China. O sistema, que funciona baseado em análise criminal, consegue antever e prevenir crimes, evitando ofensa a bens jurídicos e consequente diminuição da violência. Essa tecnologia que vem sendo implementada como estratégia de prevenção criminal, utilizado pelas polícias brasileiras precisa de ajustes finos e sistemáticos. Mesmo que em passos lentos, as políticas criminais atuariais veem neste sistema de modelagem computacional um aporte importante para a prevenção do crime. Paralelo a esse avanço tecnológico temos um movimento legislativo crescente na dogmática protetiva dos direitos fundamentais relativo à privacidade, intimidade e proteção de dados. Assim, para uma viabilidade jurídica deste sistema de policiamento preditivo deve-se analisar seu funcionamento em correlação com os direitos e garantias constitucionais envolvidos no processo. Nesta dissertação propomos como desafio primeiramente levantar informações fidedignas sobre os programas tecnológicos de predição criminais colocados à disposição da segurança pública e os aspectos técnico-jurídicos envolvidos. Em uma abordagem dogmático-jurídico analisamos os direitos constitucionais relacionados com a operacionalização do sistema. Questões atinentes a discriminação algoritma e desigualdades sociais são temas sensíveis tratados no estudo, pois o sistema de policiamento preditivo, quando mal estruturado, pode agravar problemas sociais e ser ineficiente ao combater o crime. Sua fonte de alimentação de dados, quando mal pesquisada, pode trazer uma discriminação social e direcionar um policiamento que já nasce enviesado desde a origem e aplicado com parcialidade. O próprio funcionamento do sistema revela problemas ligados a gerenciamento de 7 dados pessoais, intimidade e privacidade, quando ultrapassam os limites da razoabilidade. Outro aspecto é relacionado com a culpabilidade antecipada, pois o sistema classifica pessoas suspeitas e despacha efetivo policial para abordá-las antes mesmo de ocorrida qualquer atividade criminal, somente orientado por um engenho tecnológico de inteligência artificial, baseado em análises estatísticas. As teorias envolvidas por trás dos softwares de policiamento preditivo podem ainda trazer ideologias de acordo com a linha adotada pelo desenvolvedor do sistema, com braços, por exemplo, em “políticas de tolerância zero” e modelos capitalistas de gerir sistemas. Em uma face ainda mais oculta podemos observar com um olhar aguçado, auxiliado pela obra “Vigiar e punir: nascimento da prisão” de Michel Foucault, que por vezes o Estado utiliza do discurso de combate ao crime e da



fiscalização para realizar um controle social e domínio das massas. Como o estado não está obrigado a ficar isolado do sistema social, sem aproveitar dos avanços tecnológicos, temos no policiamento preditivo pode uma ferramenta eficiente na diminuição da criminalidade e da violência desde que sua operacionalização esteja compatibilizada com o ordenamento jurídico e não funcione para retroalimentar discriminação social, aprofundar desigualdades e distribuir injustiças

**Aluna:** Francieny Magalhaes Brandel Pires

**Título do Trabalho:** Wearables, Transhumanismo e a dignidade da pessoa humana

**Data da defesa:** 24/04/2022

**Banca:** Ilié Antonio Pele (Orientador), José Eduardo de Resende Chaves Júnior, Florian Fabian Hoffmann

**Resumo:** Não disponível

**Aluno:** Frederico Boghossian Torres

**Título do Trabalho:** Proteção de dados nas cidades inteligentes.

**Data da defesa:** 23/05/2022

**Banca:** Caitlin Sampaio Mulholland (Orientadora), Carlos Affonso Pereira de Souza, Virgínia Totti Guimarães

**Resumo:** As cidades contemporâneas, cuja população está em tendência de crescimento, são palco dos desafios do presente, como as mudanças climáticas, o acesso a alimentos, os desastres ambientais, o consumo de energia e emissão de gases poluentes, a violência, a desigualdade social, entre outros. A solução desses problemas é complexa e necessita o envolvimento de múltiplos atores e o investimento de volumosos recursos financeiros.

Com atenção a isso, surge o ideal da cidade inteligente, que busca utilizar as tecnologias da informação e comunicação para diagnosticar e enfrentar problemas urbanos a partir da coleta e uso de dados sobre a cidade e os cidadãos. Se, por um lado, a tecnologia pode e deve ser utilizada para a melhoria da qualidade de vida, por outro lado, o seu uso traz dúvidas sobre a violação da privacidade dos cidadãos. Por estes motivos, a presente pesquisa objetiva estudar de que forma é possível realizar as promessas da cidade inteligente sem que isso signifique a expansão da vigilância e a sistematização da violação às leis de proteção de dados. Para isso, o trabalho irá: estudar as definições do conceito de cidade inteligente, abordar os desafios para a proteção de dados neste contexto e propor medidas que mitiguem os danos à privacidade dos cidadãos.

**Aluna:** Gisele Braz de Souza (Mestrado)

**Título do Trabalho:** O período 1946-1964: um debate sobre o conceito de populismo na primeira democracia brasileira (1946-1964)

**Data da defesa:** 07/04/2022

**Banca:** Renato de Andrade Lessa (Orientador), Adriano Pilatti, Mayra Goulart da Silva

**Resumo:** O período brasileiro 1946-1964 foi tradicionalmente denominado pela literatura brasileira como um período populista, com versões que desqualificam a primeira experiência democrática do país e que foram fortemente internalizadas na sociedade. Nesta pesquisa, o objetivo foi analisar a hipótese formulada no sentido de que a crítica da ideia de populismo é uma condição para se pensar a primeira experiência democrática brasileira, apresentando uma reflexão crítica da literatura sobre o que se chamou de populismo no Brasil. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da revisão de literatura. Realizou-se um mapeamento da trajetória social e acadêmica do conceito de populismo, apresentando as formulações de alguns historiadores que participaram da problematização do uso desse conceito nesse período histórico do país. O resultado encontrado foi que o paradigma do populismo está empenhado em uma literatura ne-

gativa do período, pois, abandonando-se a chave negativa do populismo, foram encontrados elementos caracterizadores de um processo democrático, como exemplo, sujeitos sociais que foram capazes de tomar iniciativas próprias; houve criação de partidos com ampla consistência social, além da incorporação inédita da população no processo político. Concluiu-se que no período analisado ocorreu a vigência de um processo democrático com os seus limites e contradições. A democracia estava sendo construída, mas foi, prematuramente, interrompida pelo golpe militar.

**Aluno:** Guilherme de Castro Pereira (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A (im)pertinência do magistrado-mediador nos procedimentos autocompositivos

**Data da defesa:** 08/04/2022

**Banca:** Joao Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

**Resumo:** A partir da metáfora que sugere a figura híbrida do “magistrado-mediador” para dar nome ao recente – e crescente – movimento em que magistrados atuam diretamente em procedimentos autocompositivos enquanto mediadores e conciliadores, busca-se estudar a pertinência ou a impertinência dessa realidade e, para tanto, submete-se essa figura híbrida a três esferas de influência, com o objetivo de analisar as reações de compatibilidade: a esfera do próprio microsistema da autocomposição, a esfera da autonomia das partes que medeiam e a esfera do próprio magistrado que, após a sua atuação em autocomposição, terá que atuar em heterecomposição. Como percurso de investigação da (im)pertinência, o trabalho propõe três estágios de análise e o faz por meio do esquema realidade>>espelho<<-simbólico, no qual a realidade representaria esse nosso lado do espelho, o mundo real do trabalho, da técnica, das leis, estruturas e sistemas, já o simbólico representaria o reflexo daquele lado do espelho, ou seja, as fontes mitológicas, simbólicas e literárias que formam o senso comum da figura do magistrado e, por fim, apresenta-se o próprio espelho como função de

interpretação metodológica, na qual os referenciais teóricos de Habermas – juridificação e pressupostos da ação comunicativa - e Warat – noção de senso comum, influência e o peso do simbolismo jurídico e o estudo transdisciplinar da mediação como ferramenta emancipadora – desenvolvem o raciocínio que irá ajudar a construir as respostas sobre a (im)pertinência do magistrado-mediador nas ditas três esferas de influência.

**Aluna:** Isabel Godinho de Lima (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A Liberdade de Expressão do Empregado na Internet e o Direito à Honra do Empregador

**Data da defesa:** 18/03/2022

**Banca:** Fabio Carvalho Leite (Orientador), Rodrigo Gaspar de Mello, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de Castro

**Resumo:** As manifestações de pensamento e opinião passaram a ocorrer de forma mais intensa após o advento da internet, considerando que qualquer pessoa conectada à rede pode realizar uma publicação de mensagem e esta ter difusão e amplitude antes inimaginável - como, por exemplo, enviar um conteúdo para uma ou mais pessoas que estão do outro lado do mundo em tempo real e essa publicação ter visualizações na casa dos milhões. A própria relação empregatícia está sendo impactada nesse aspecto. O direito à liberdade de expressão passou a ser invocado de maneira recorrente por empregados que têm sofrido represálias decorrentes de manifestações na internet. Por outro lado, os empregadores têm como principal respaldo legal para justificar suas atitudes o argumento que essas manifestações lesam sua honra, e, com base no artigo 482, alínea K, da Consolidação das Leis do Trabalho (1943), que expressamente prevê que constitui motivo suficiente para justa causa “ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos (...)”, aplicam a justa causa. Portanto, há claramente colisão de dois direitos garantidos constitucionalmente em uma relação marcada pela subordinação jurídica do empregado ao empregador em virtude do contrato de trabalho. Desse modo, torna-se fundamental entender o que determina a preponde-

rância de um ou outro direito quando estão em colisão, pois a consequência da manifestação neste caso pode ser bem mais gravosa que se fosse feita em uma relação entre comuns: o empregado pode ser dispensado por justa causa, o que elimina não somente o seu sustento a curto prazo, mas também uma série de direitos trabalhistas. Para compreender essa colisão, além da pesquisa doutrinária, investiga-se como a liberdade de expressão do empregado em manifestações na internet tem sido decidida pelos Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região - Minas Gerais (TRT-3), Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região - São Paulo (TRT-2) e Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região - Rio de Janeiro (TRT-1), através de análise dos acórdãos proferidos no período de 01/01/2015 até 31/12/2021.

**Aluno:** Jaime Grabois Moura Rocha (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A Criança como sujeito de direitos na Convenção de Haia: Análise das exceções ao retorno à luz da jurisprudência.

**Data da defesa:** 15/06/2022

**Banca:** Nádia de Araújo (Orientadora), Carolina de Campos Melo, Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Daniela Trejos Vargas

**Resumo:** A presente dissertação apresenta uma análise crítica e prática sobre os artigos 12 e 13, “b” da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Ademais, o trabalho indica os procedimentos para a análise das exceções no Brasil e apresenta as divergências jurisprudenciais acerca da temática, com enfoque na necessidade de prova pericial, estudando casos do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 3ª Regiões. Ao final, faz proposições práticas sobre os procedimentos da Convenção, o sistema legal local e a jurisprudencial brasileiro.

**Aluno:** Jose da Silva Raimundo (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Operação Lava Jato: Opção pelo Lawfare Político e pela Jurisdição como Fonte da Exceção

**Data da defesa:** 30/06/2022

**Banca:** Francisco de Guimaraens (Orientador), Gisele Guimaraes Citadino, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

**Resumo:** A presente dissertação investiga e analisa a instrumentalização do processo penal, convertido em arma de guerra – lawfare –, para viabilizar práticas autoritárias punitivas amparadas no casuísmo, no âmbito da chamada Operação Lava Jato, bem como analisa o manejo/utilização/implementação de mecanismos de exceção dentro da rotina democrática brasileira com o fim de eliminar um inimigo personificado na figura do ex-presidente Lula, objetivando retirá-lo da corrida eleitoral de 2018, estabelecendo, assim, a consolidação do golpe iniciado em 2016, com a derrubada da Presidenta Dilma Rousseff. O trabalho discute a Operação Lava Jato abordando o fenômeno do intercruzamento entre direito e política (ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça), analisando criticamente a atuação da grande mídia hegemônica oligopolista brasileira. Desta forma, esta pesquisa enfrenta essa questão a partir do fenômeno identificado como lawfare. No capítulo introdutório, é apresentado o tema, problema, hipóteses, objeto da pesquisa, a justificativa do trabalho, referencial teórico e metodologia da pesquisa. No segundo capítulo são apresentadas algumas abordagens conceituais sobre o termo lawfare, desenvolvidas por diversos intelectuais que se debruçaram sobre o tema, trazendo a discussão para o contexto brasileiro. No terceiro capítulo, analisa-se o lawfare para fins geopolíticos e empresariais, a extraterritorialidade coercitiva universal estadunidense e como esse emaranhado de legislação internacional impacta na soberania econômica do Brasil. No quarto capítulo defende-se que a Operação Lava Jato foi um maxiprocessos jurídico-político-midiático utilizado como instrumento de lawfare, interferindo no realinhamento de forças políticas no país e abrindo caminho para implantação de um governo neoliberal extremado, com suporte da mídia hegemônica oligopolista e da ofensiva restauradora do campo neoliberal

ortodoxo. No Anexo 1, apresenta-se parte das mensagens periciadas pela Polícia Federal no bojo da Operação Spoofing. No anexo 2, apresenta-se a decisão favorável ao ex-Presidente Lula, proferida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU.

**Aluno:** Jose Luiz Amorim Ribas Filho (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Crítica da forma jurídica: método, debates e questões atuais

**Data da defesa:** 31/05/2022

**Banca:** Adriano Pilatti (Orientador), Guilherme Leite Gonçalves, Jose Maria Gomez, Mariana Trotta Dallalana Quintans

**Resumo:** Crítica da forma jurídica: método, debates e questões atuais. A crítica da forma jurídica é uma vertente da crítica materialista ao direito que, com apoio na crítica marxiana da economia política, pretende avaliar o complexo jurídico a partir de sua forma e da relação desta com a forma mercadoria. Suas principais implicações críticas são: o reconhecimento da relação entre a abstração do trabalho e a abstração das relações jurídicas, do que decorre à desmistificação do sujeito de direito enquanto interpe-lação ideológica; e, como consequência, a integração da crítica ao direito no complexo de problemas ligados à reificação, ao estranhamento e à ideologia. A crítica da forma jurídica também ressalta a ligação ontológica entre o direito burguês e o capital, tese que fundamenta, até hoje, posições que negam ou diminuem a pertinência das lutas sociais por direitos. Este trabalho tem como objetivos situar a crítica da forma jurídica em seus fundamentos metodológicos, e refletir sobre sua pertinência para a crítica ao direito no contexto brasileiro. Para tanto, conjuga a pesquisa bibliográfica de fundo teórico com aportes bibliográficos de fundo empírico, vindos da historiografia e da sociologia. A pesquisa conclui que o desenvolvimento desigual dos complexos sociais brasileiros, em decorrência do escravismo e da dependência, determinou uma generalização lenta e heterogênea do regime assalariado de trabalho, que convive com formas de exploração do trabalho não mercantis e marcadas pelo racismo e pela discriminação

regional. Em razão disso, o complexo jurídico brasileiro se desenvolveu num regime dialeticamente ambíguo: importando de fora uma estrutura geral de direito burguês, que assumiu a forma de uma abstração pela subjetivação; e criando dispositivos próprios de determinação dos limites de exclusão deste complexo, onde a abstração jurídica funciona pela objetivação ou pela mera exclusão de certos grupos, e onde a categoria do sujeito de direito não exerce a mesma eficácia ideológica. Este caráter desigual autoriza uma renovação da crítica da forma jurídica, de modo a reconhecer o potencial de radicalidade das lutas por subjetivação dentro do próprio complexo jurídico.

**Aluno:** Kissy de Paula Andrade (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Justiça Restaurativa: reflexões e interfaces sob o olhar penal humanizador

**Data da defesa:** 17/05/2022

**Banca:** Joao Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo analisar as potencialidades da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo do pressuposto de que o sistema criminal está em crise de legitimidade, pelo foco na manutenção do viés punitivo-repressivo e pelo discurso deste paradigma. Neste sentido, indaga-se se a proposta restaurativa pode representar um caminho mais humanizador e apto à resolução de conflitos na seara criminal. Para tanto, busca-se inicialmente, entender a crise do sistema penal, para posteriormente, desvendar as origens do paradigma restaurativo, como movimento internacional, comparando-o, na oportunidade, com o paradigma retributivo. Buscou-se ainda analisar o surgimento da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo-se um panorama geral de aplicação, afim de que fossem demonstradas as condições de seu desenvolvimento. Por fim, demonstrou-se através de pesquisas viabilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, as particularida-



des dos projetos pioneiros de Justiça Restaurativa, bem como analisou-se o estado da arte do movimento restaurativo no sistema judicial com suas potencialidades e desafios na construção da brasilidade restaurativa, que demonstra um déficit democrático atrelado a uma cultura jurídica brasileira de expansionismo da rede de controle penal.

**Aluna:** Lara Rodrigues de Moraes (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A Religião no Espaço Público Brasileiro e o Controle Reprodutivo dos Corpos Femininos: Uma Análise das Audiências Públicas do STF nas ADPFs 54 e 442.

**Data da defesa:** 08/04/2022

**Banca:** Fabio Carvalho Leite (Orientador), Joana de Souza Machado, Rodrigo Vitorino Souza Alves, Adriana Vidal de Oliveira

**Resumo:** Ao se observar o espaço público brasileiro nas últimas décadas, é possível se identificar uma elevação constante do número de representantes religiosos, seja apenas como participantes nos debates sobre políticas públicas e direitos fundamentais, seja assumindo cargos políticos. Dentre eles destacam-se, principalmente, católicos e evangélicos. Com a iminência de se tornarem maioria no Congresso Nacional, torna-se necessário discutir sobre como, e, se seria sequer possível conciliar religião, democracia e laicidade, quando o uso fiel da razão pública democrática exige uma autocontenção para a utilização de argumentos baseados na razoabilidade e, contraditoriamente, parte dos participantes do debate público defendem verdades absolutas e dogmas inegociáveis. Na prática o que se tem observado é uma completa ausência de efetivo debate, o antagonismo entre as partes se exacerba, ocorrendo apenas destilações irracionais de ódio entre si. Os grupos minoritários e vulneráveis são os mais prejudicados aqui, pois veem suas demandas estagnadas ou rejeitadas. Nesse sentido, o presente trabalho buscará expor essa problemática, discutindo-a de forma direcionada às questões de gênero nessas circunstâncias, com foco nos direitos reprodutivos da mulher e um exame crítico e reflexivo apontado para a presença religiosa no espaço público, mais especificamente por meio de

análise teórica e empírica sobre o uso de argumentos religiosos nas audiências públicas do Supremo Tribunal Federal nas ADPFs 54 e 442 que trataram, respectivamente, da descriminalização da antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencefálicos e da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até a 12<sup>a</sup> semana de gestação.

**Aluno:** Leonardo da Cunha Barreto Pereira (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A responsabilidade de proteger (R2P) como forma de garantia da segurança humana e prevenção da emigração forçada, interpretando a soberania como responsabilidade

**Data da defesa:** 06/04/2022

**Banca:** Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Deo Campos Dutra, Raphael Carvalho de Vasconcelos, Manoela Carneiro Roland

**Resumo:** As migrações são movimentos populacionais presentes desde o início da humanidade e foram responsáveis por moldar a sociedade. Os migrantes precisam e devem ser acolhidos com dignidade, todavia é importante analisar as causas de sua migração como forma de garantir que as pessoas só migrem no exercício de sua livre escolha. Nenhum ser humano deve ser forçado a migrar, a sair do seu país para buscar condições de vida dignas, se expondo aos inúmeros riscos e problemas oriundos desse tipo de migração. A responsabilidade de proteger tem potencial para ser uma ferramenta útil na prevenção de migrações forçadas considerando a segurança humana como uma meta a ser garantida e a soberania como uma responsabilidade e não, um direito absoluto do soberano. Além disso, a segurança humana, através da análise das situações inerentes à sua ausência é um importante sistema de alerta precoce visando a uma atuação com menos efeitos colaterais pela detecção de inseguranças humanas nos estágios iniciais. Embora seja importante a análise ainda que sucinta de alguns casos específicos onde a responsabilidade de proteger tenha sido, ou não, utilizada, o enfoque será prognóstico e focado na potencialidade dos conceitos e princípios, mesmo que nas situações pretéritas eles tenham sido mal utilizados. Como se demonstrará, muitos dos problemas na aplicação da responsabilidade de proteger são oriundos de questões políticas e não, do instituto em si.

**Aluna:** Lidiana Medeiros Alves (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Cangaço: uma análise das ações dos grupos cangaçeiros e sua repercussão no sistema político, jurídico e constitucional.

**Data da defesa:** 20/04/2022

**Banca:** Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Fabio Carvalho Leite, Gustavo Silveira Siqueira

**Resumo:** Em um primeiro momento a palavra cangaço pode direcionar nosso pensamento aos estudos da História, da Sociologia e da Antropologia. Isso porque, dentre os mais variados estudos científicos sobre o tema, a maior parte de sua produção se dá no âmbito dessas ciências. Não obstante o imenso valor da análise da atuação do cangaço para os mencionados campos de estudo, há uma relevância extraordinária do tema para a ciência jurídica, chegando ao nível de ser alvo de discussões e proposições de emendas durante os trabalhos da Constituinte de 1933/1934, muito embora as propostas tenham ficado de fora do texto final da nova Constituição. O avanço do cangaço na região Nordeste do país, aliado às falhas no sistema de segurança pública e à ausência prestacional do Estado, fizeram com que o banditismo no sertão se expandisse e tornasse uma preocupação nacional. É no período do Governo de Getúlio Vargas que o combate ao cangaço irá se intensificar, e a morte de Lampião, seu principal líder, trará como consequência a desarticulação e extinção do movimento.

**Aluna:** Luana Castellane Silva (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A moralidade constitucional da comunidade e as constituições como árvores vivas: uma análise da proposta teórico-interpretativa de Wil Waluchow

**Data da defesa:** 13/04/2022

**Banca:** Noel Struchiner (Orientador), Fabio Carvalho Leite, Diego Werneck Arguelhes

**Resumo:** Na obra “A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree”, Wil Waluchow apresenta uma concepção alternativa para cartas de direito e para revisão judicial em sede de controle de constitucionalidade. O autor visa demonstrar as vantagens e a legitimidade democrática na adoção de cartas constitucionais escritas e de juízes como agentes capazes para encontrar o que chama de moralidade constitucional da comunidade. Para isso, Waluchow propõe a concepção de que as cartas mesclam pontos fixos e flexíveis, de modo a ser capaz de conferir a segurança jurídica necessária sobre determinados direitos aos indivíduos, mas promovendo certa flexibilidade sobre como e em que casos os direitos devem ser reconhecidos e ponderados. A análise de Waluchow se volta para direitos que via de regra são prescritos em linguagem aberta que demandam a mensuração de sua incidência, por meio de escolha oficial informada face aos casos concretos. Tal característica ocorre em razão da relevante influência da moral sobre os supracitados direitos, pois sua interpretação se modifica e evolui ao passo que o mesmo ocorre na moralidade social. Para construir sua fundamentação, Waluchow se propõe a apresentar e responder às objeções que segundo ele, possuem maior força argumentativa, sendo seu maior expoente Jeremy Waldron. Nesse sentido, o presente trabalho se volta a apresentar o modelo proposto por Waluchow a ser adotado nas democracias constitucionais, e em seguida expor a análise de outros autores sobre sua obra. A partir disso, avalia-se criticamente a viabilidade prática de sua proposta, os pontos a serem mantidos e os que devem ser reformados ou melhor fundamentados pelo autor em sua contribuição ao debate jurídico interpretativo da norma constitucional

**Aluno:** Lucas de Souza Oliveira (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Cara da desordem, corpo do regresso: rumo ao juízo final, as LGBTTQIA+ pretas descem do morro para julgar o tribunal

**Data da defesa:** 13/06/2022

**Banca:** Thula Rafaela de Oliveira Pires (Orientadora). Adriano Pilatti, Ana Carolina Mattoso Lopes

**Resumo:** A partir do olhar epistemológico daquelas que representam a desordem e o regresso no mundo moderno/ciscolonial que vivemos – as pessoas LGBTTTQIA+ pretas faveladas –, proponho analisar os pedidos do peticionante na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 (ADPF das Favelas), que trata da violência policial no Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, me embaso no pensamento crítico e caótico que surge da potência científica e revolucionária de pessoas LGBTTTQIA+ negras e que se consolida a partir da influência do feminismo decolonial, do transfeminismo, dos estudos queer e cuir e das teorias descolonias. Apresento, em seguida, o Grupo Conexão G de Cidadania LGBT para Moradores de Favelas enquanto exemplo institucionalizado de proposta metodológica e de existência teórico-política contrahegemônica, que carrega no teu corpo e em tuas corpas a potência trans-formadora dos referenciais escolhidos. Logo após, fiel a estes referenciais e às propostas de centralização diaspórica negra da Amefricanidade, apresento e analiso em pretuguês os pedidos do PSB na ADPF das Favelas, demonstrando como eles se coincidem ou não com a experiência e as necessidades de pessoas LGBTTTQIA+ faveladas. Por fim, ao observar uma quase generalizada invisibilização da vivência destas pessoas, até mesmo por parte dos movimentos progressistas e/ou político-identitários, proponho procurarmos por propostas desordeiras de gênero e sexualidade, que reúnam forças capazes de efetivamente acabar com o mundo na forma em que está configurado, nos levando a um novo, no qual o direito como conhecemos já não sustenta condições de existência.

**Aluno:** Luis Eduardo Guedes Kelmer (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Regulação da atividade notarial e registral: a independência jurídica de notários e registradores como parâmetro para o exercício da competência normativa do Poder Judiciário

**Data da defesa:** 31/03/2022

**Banca:** Nádia de Araújo (Orientadora), Vitor Frederico Kämpel, Flávia Pereira Hill, Daniela Trejos Vargas

**Resumo:** O presente estudo objetiva fixar diretrizes para que a regulação normativa da função notarial e registral, exercida pelo Poder Judiciário,

observe o paradigma jurídico da independência profissional de notários e registradores. Se, antes da Constituição atual, esses profissionais eram tidos como “auxiliares” subordinados ao Poder Judiciário, com a nova ordem jurídica instaurada, foi-lhes atribuído o exercício independente de uma profissão jurídica que garante publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de atos jurídicos perante e por eles praticados. Para esse fim, exercem a qualificação jurídica de títulos, pessoas e fatos jurídicos, sendo esta função a mais típica e especializada da profissão. Embora independentes juridicamente, estão sujeitos à regulação, nos moldes do §1º do art. 236 da Constituição. Ela abarca os poderes normativo, de orientação, fiscalizatório, de superintendência e disciplinar. A definição dos limites do poder normativo requer a análise da relação entre o princípio da legalidade e os regulamentos sob a perspectiva do Direito contemporâneo. Considerando o binômio tensivo “serviço público – gestão privada”, procura-se conciliar a regulação normativa com a autonomia financeira/administrativa da gestão e a independência jurídica desses profissionais. Conclui-se que a atuação regulatória deve evitar determinações que causem instabilidade na independência dos delegatários, pois isso atenta contra a causa final da função que desempenham, a segurança jurídica. Os órgãos de controle possuem a importante função de observar e fazer observar os limites da intangibilidade da Constituição. Preservar as regras de competência legislativa é um dos critérios de contenção para definir a legitimidade do controle judiciário dos registros e das notas.

**Aluna:** Luisa Leite Paciullo (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A noção de servidão em Espinosa

**Data da defesa:** 13/06/2022

**Banca:** Francisco de Guimaraens (Orientador), Mauricio de Albuquerque Rocha, Viviane Magno Ribeiro

**Resumo:** A questão da servidão permeia toda a filosofia de Espinosa. Seja no campo ético, seja no político, a servidão é um problema quando se trata da experimentação da liberdade política, sendo necessário, portanto,

compreender suas causas e seus efeitos práticos. Na experiência política, a tirania se torna o principal efeito prático da servidão e sua constituição reside nas mãos da multidão. É por isso que Espinosa afirma que não adianta derrubar o tirano se não eliminar as causas da tirania, ou seja, investigar, na multidão, os motivos pelos quais um regime tirânico chega ao exercício do poder político. Começaremos este trabalho com uma análise da servidão no plano da Ética: a reflexão perpassa pela noção do conatus e pela lógica dos afetos que rege as relações sociopolíticas. A dinâmica afetiva é fundamental para compreender não só as causas da servidão, mas todas as relações entre os corpos. A noção de servidão está relacionada com a ideia do preconceito finalista que, no campo político, se transforma em supers-tição. Por fim, como a servidão, ainda que individual, só pode ser pensada com a instituição da política, é necessário analisar o conceito de multidão. É, para Espinosa, o sujeito político que não segue ordem racional, mas sim, é pensada através da dinâmica afetiva. A partir desse conceito, a figura do vulgo possui papel fundamental para o entendimento do tema proposto, assim como a compreensão da obediência política e as diferenças entre a obediência servil do escravo e a obediência livre do cidadão. A resistência à servidão é expressão do conatus e necessária, assim como a obediência, para a constituição de um campo político mais democrático e de um temperamento menos servil da multidão.

**Aluna:** Maria Regina Pinto Guimaraes (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados

**Data da defesa:** 29/04/2022

**Banca:** Maria Celina Bodin de Moraes (Orientadora), Caitlin Sampaio Mulholland, Kelly Cristine Baião Sampaio

**Resumo:** A dissertação analisa o sistema de responsabilidade civil previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). No cenário das novas tecnologias na Sociedade da Informação, a proteção de dados assume enorme relevância e exige tutela específica, para além da privacidade

e da autodeterminação informativa. O objetivo do sistema desenvolvido pela LGPD foi o de determinar regras e limites para determinar como os dados pessoais devem ser tratados a fim de prevenir e evitar ocorrências de danos. Com o objetivo da prevenção, além do ressarcimento, a lei não entabulou expressamente a natureza da responsabilidade civil dos agentes de tratamentos de dados pessoais, se subjetiva ou se objetiva. Pretendeu-se neste trabalho responder a seguinte questão: de que modo está articulada a dinâmica da responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? A hipótese deste estudo considera que compreender a normativa atinente à responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não passa, necessariamente, pela escolha entre as espécies tradicionais de responsabilidade civil, se subjetiva ou objetiva. Considerou, ao contrário, que o legislador da LGPD criou um sistema novo de responsabilização, de tipo preventivo-precautório, com vistas a assegurar de modo primordial a garantia da privacidade dos dados pessoais, o que nem mesmo poderia realizar-se plenamente no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assumiu, portanto, importância fundamental a função preventiva da responsabilidade civil no sentido de que os danos devem ser evitados, de modo a cumprir o objetivo constitucional de solidariedade social e concretizar os valores existenciais. Esta análise tem caráter eminentemente compreensivo com enfoque qualitativo, tendo em vista que parte da interpretação constitucionalizada da responsabilidade civil ante a atualização de seu fundamento como instituto essencial de proteção e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

**Aluna:** Mariana Nardy Abbud Pereira (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A imigração como fator de transformação das perspectivas de participação cidadã na Argentina e no Brasil: O desafio da inclusão dos estrangeiros residentes no sistema democrático

**Data da defesa:** 07/04/2022

**Banca:** Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Vania Siciliano Aieta, Adriana Vidal de Oliveira



**Resumo:** Nesta breve análise, utilizar-se-á de um viés analítico e descritivo de pesquisa para refletir sobre o exercício do sufrágio ativo, a concessão do direito de voto, enquanto dimensão da cidadania, essencial para a consolidação dos direitos fundamentais dos estrangeiros residentes, especificamente nos casos dos ordenamentos do Brasil e da Argentina e, ainda, quais seriam as reais possibilidades de que tal concessão contribuísse para a incorporação ampla desse segmento social na vida política dessas comunidades em âmbito nacional, estadual e local. Para tal, dispõe-se a averiguar as condições fáticas e jurídicas que permeiam os diferentes níveis de restrição ao direito de voto para estrangeiros residentes e não-naturalizados, nos territórios da Argentina e do Brasil, fere per si a consolidação dos direitos humanos nesses ordenamentos e se ainda, conseqüentemente, isso impediria o exercício pleno dos demais direitos fundamentais desses indivíduos. Na busca por tais informações, serão estudados os argumentos de viés teórico no que diz respeito às possibilidades de contemplar os estrangeiros não-naturalizados, com a participação cidadã na sociedade através do direito de voto, a partir de uma revisão de literatura acerca da teoria da cidadania pós-nacional, preocupando-se em explicar como a expansão da participação política beneficia os imigrantes, bem como a comunidade receptora, através da consolidação dos direitos humanos. A dissertação utilizará o método dedutivo, através de pesquisa descritiva da bibliografia e análise de dados serão os principais instrumentos de investigação, objetivando compreender o significado dos aspectos inerentes à cidadania, à participação política e à soberania nacional.

**Aluna:** Natalia de Andrade Penque (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Eleições e Dados: a consolidação das campanhas orientadas por dados no Brasil e os desafios da legislação eleitoral na tutela dos dados pessoais.

**Data da defesa:** 24/06/2022

**Banca:** Caitlin Sampaio Mulholland (Orientadora), Adriana Vidal de Oliveira, Vania Siciliano Aieta, Eduardo Jose Guedes Magrani

**Resumo:** As novas tecnologias da informação e comunicação, associadas à perda de protagonismo das mídias de massa tradicionais, impuseram às campanhas eleitorais novas formas de estruturação, de modo a atender às demandas de uma população cada vez mais habituada a consumir informação de forma rápida e simplificada. A necessária reprogramação da comunicação política fez surgir o que se entende como “campanhas orientadas por dados”, caracterizadas pela utilização de grandes volumes de dados pessoais na elaboração das estratégias de propaganda eleitoral. No Brasil, a positividade do impulsionamento de conteúdo on-line, em conjunto com a prática de difusão em massa de conteúdo eleitoral por aplicativos de mensagens instantâneas – observada de forma contundente nas eleições de 2018 – indicam a consolidação das campanhas orientadas por dados no cenário político-eleitoral nacional e as recentes reformas na Lei de Eleições revelam a intenção do legislador em adequar o regramento eleitoral à nova realidade das campanhas. As alterações legislativas, no entanto, não vieram acompanhada na necessária preocupação em promover uma ampla atualização da legislação eleitoral para fazer frente aos riscos que as práticas adotadas pelas campanhas orientadas por dados podem acarretar ao processo democrático, principalmente no tocante à autonomia do eleitor e à proteção de dados pessoais, demandando maiores estudos sobre o tema.

**Aluna:** Natasha Martin Lauletta (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A branquitude como monocultura jurídica: uma análise crítica a partir do Supremo Tribunal Federal

**Data da defesa:** 23/06/2022

**Banca:** Gisele Guimaraes Cittadino (Orientadora), Jane Reis Gonçalves Pereira, Thula Rafaela de Oliveira Pires, Juliana Cesario Alvim Gomes

**Resumo:** A branquitude é o lugar do qual parte minha pesquisa, buscando analisar como a sua influência no Direito pode direcionar o debate sobre as relações raciais e o racismo, visto que se trata de campo de estudo muitas vezes ignorado pela academia jurídica dominante. Na primeira parte são abordadas as categorias de branquitude, raça e racismo e sua relação

com o direito constitucional brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. Retoma-se, assim, o período da Assembleia Nacional Constituinte para entender a construção dessas categorias na Constituição Federal e o protagonismo do movimento negro. Além disso, são expostos os apagamentos provocados pela branquitude e pela colonialidade no debate e história constitucional a partir de uma lente decolonial e suas respectivas categorias que possibilitam disputar narrativas no direito. Na segunda parte do trabalho, o estudo se volta ao mapeamento de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) relativas à temática das relações raciais, feito a partir das categorias-base abordadas na primeira parte. Mais precisamente, a apresentação se dá sobre as decisões do STF que travam este debate e/ou trazem algum nível conceitual para o assunto. Na terceira parte, será investigado um possível fio condutor entre os casos mapeados, os reflexos do pacto da branquitude nas semelhanças e silenciamentos das decisões e as ferramentas jurídicas que mantêm esse pacto no STF. Entende-se, por fim, que a hegemonia cultivadora da monocultura jurídica precisa ser enfrentada por aqueles filtros e categorias que permitem analisar o Direito sobre outros vieses.

**Aluna:** Nicole Emanuelle Carvalho Martins (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A construção do “outro” através da criminologia positivista de Nina Rodrigues: a perpetuação do discurso dos saberes ocidentais na margem do mundo

**Data da defesa:** 22/03/2022

**Banca:** Joao Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo compreender a perpetuação do discurso dos saberes ocidentais na margem do mundo, através da criminologia positivista, com a tradução de Lombroso feita por Nina Rodrigues, expoente no país da Escola Positivista. A partir da revisão bibliográfica buscou-se compreender, sob a perspectiva da colonialidade do saber e do ser, a invasão e colonização da América como fenômeno criador

da segregação racial, constituindo-se nas primeiras demarcações da raça como conhecemos. Com essa ideia de construção do “outro”, Lombroso partiu dos estudos “científicos” para explicar o controle repressivo das sociedades centrais. A criminologia positivista partiu da ideia de degeneração dos indivíduos e na inferioridade biológica para explicar as razões da criminalização. Levando-se em conta a técnica do centro do mundo, os países latino-americanos importaram os estudos de criminologia para a margem, fortalecendo a relação de dependência centro-margem. No Brasil, as elites precisavam criar mecanismos ideológico-políticos para a manutenção no poder após a abolição da escravidão e instauração da república. A questão racial foi o ponto central nesse projeto racista confirmado pelos estudos de Nina Rodrigues, dividindo as raças, posicionando o “problema do negro” e o mestiço como fatores preocupantes para o futuro do país. A personificação do “outro” criminalizável influenciou a formação sócio-política brasileira, de maneira que o sistema penal é o responsável pela perpetuação de privilégios e vantagens históricas usufruídas pelos descendentes dos europeus. A continuidade do pensamento sobre o outro criminalizável demonstra o quantum de positivismo criminológico ainda possuímos.

**Aluno:** Pedro Bruzzi Ribeiro Cardoso (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Juiz das Garantias: uma proposta de análise

**Data da defesa:** 14/06/2022

**Banca:** Joao Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho

**Resumo:** A presente dissertação visa abordar aspectos sobre a figura do juiz das garantias instituído pela Lei nº 13.964/19, de modo a analisar não somente a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, como também analisar a sobredita figura sob um prisma da teoria da tomada de decisão, para compreender se a separação entre o juiz que atuou na fase preliminar do juiz que atuará na fase de conhecimento atende à necessidade de que o julgador possua a devida abertura cognitiva para apreciar

as teses defensivas apresentadas na fase processual. Sem prejuízo, serão analisados aspectos sobre a decisão de suspensão da vigência dos artigos que disciplinam o juiz das garantias pelo Supremo Tribunal Federal, bem como sobre os aspectos gerais das reformas processuais penais realizadas na América Latina.

**Aluno:** Pietro Dutra Faeda Pizziolo (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Déficit Democrático e Parlamento Europeu: uma análise da democracia representativa supranacional da União Europeia.

**Data da defesa:** 18/04/2022

**Banca:** Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Kai Enno Lehmann, Andrea Ribeiro Hoffmann

**Resumo:** A União Europeia se apresenta como a mais bem sucedida experiência supranacional. Diante do seu inevitável, e necessário, projeto de integração regional, a presente pesquisa tem como objetivo verificar a existência de um déficit democrático em sua instituição parlamentar. Para tanto, serão abordadas as teorias democráticas liberais que dão forma teórica à democracia representativa ocidental, para que se possa fundamentar as instituições que compõem o bloco. Após, serão analisadas as posições quanto à existência do déficit democrático na União, a perspectiva de um constitucionalismo para além do Estado-Nação, a impossibilidade de aprofundamento federalista, e às críticas à abordagem liberal europeísta, para que assim se analise a atuação do Parlamento Europeu como órgão democraticamente legítimo de representatividade supranacional.

**Aluna:** Raysa Shtorache Cabral (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Do Antropoceno ao Decrescimento: discutindo justiça climática.

**Data da defesa:** 24/06/2022

**Banca:** Ilié Antonio Pele (Orientador), Florian Fabian Hoffmann, Danielle de Andrade Moreira, María del Carmen Villarreal Villamar

**Resumo:** Em 2021, o Dia da Sobrecarga da Terra ocorreu em 29 de julho e, desde então, a população passou a estar em débito com o planeta, já que aquilo que é consumido, não corresponde ao que ele é capaz de produzir no período de 12 meses. Trata-se de uma relação desarmônica que corrobora com o estado de emergência climática atual, onde a busca por recursos naturais mostra-se cada vez mais predatória. Neste estudo observamos, a partir de revisão bibliográfica, que alguns grupos sociais suportam os efeitos da emergência do clima de maneira desigual, e nos propusemos a observar o tema a partir da ótica da justiça climática. Foi o Acordo de Paris o responsável por introduzir, em 2015, este conceito nas discussões sobre o meio ambiente e o clima, ainda que sem determinar seu significado. O presente trabalho discute esses aspectos a partir da visão do Sul-Global e lê o Decrescimento como possível opositor ao Antropoceno. Concluímos que uma construção epistemológica unificada do termo justiça climática pode não ser tão factível quanto uma perspectiva que abrange múltiplas possibilidades.

**Aluno:** Ricardo Canavan Martins Junqueira (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Debates Políticos, Agir Estratégico e Twitter: a colonização do mundo da vida exercida através da esfera pública conectada

**Data da defesa:** 29/03/2022

**Banca:** Gisele Guimaraes Cittadino (Orientador), Caitlin Sampaio Mullolland, Eduardo Jose Guedes Magrani

**Resumo:** Com a emergência da internet e o constante aperfeiçoamento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) ao longo das últimas três décadas, verificase no Brasil, assim como no resto do mundo, a reconfiguração de forma virtualizada da esfera pública na qual as questões sociais são discutidas, observando-se, ainda, que interesses individuais, so-

ciais, políticos e econômicos entrelaçam-se e apropriam-se uns dos outros na criação e manutenção de espaços para discussões, que, por sua vez, são amplamente utilizados como caixas de ressonância para que as mais variadas questões ecoem pela sociedade; é o caso da rede social conhecida mundialmente como Twitter. Assim, aliando-a às devidas complementações extraídas das obras de autores hodiernos como Eduardo Magrani e Evgeny Morozov, torna-se fundamental o recurso à teoria de Jürgen Habermas para que se possa entender a configuração, importância e problemas da atual esfera pública nacional, bem como para que se possa extrair conclusões sobre a racionalidade dos debates políticos travados dentro da plataforma Twitter, demonstrando que, sob o pretexto de fornecer um espaço de efetivação da prática comunicacional cotidiana, a plataforma, na verdade, instrumentaliza interesses, e, conseqüentemente, promove a colonização do mundo da vida de seus usuários. Outrossim, em virtude do caráter pragmático-formal da teoria habermasiana, também se demonstra como um agente político influente pode se valer estrategicamente da plataforma para ascensão de seus interesses próprios através da análise de algumas de suas manifestações.

**Aluno:** Tiago da Silva Cicilio (Mestrado)

**Título do Trabalho:** Projetos de constituição para o Império brasileiro (1823-1824): uma análise comparada do governo e das liberdades individuais

**Data da defesa:** 05/05/2022

**Banca:** Adriano Pilatti (Orientador), Fabio Carvalho Leite, Joana de Souza Machado

**Resumo:** Há dois séculos o Brasil se tornava independente pela via do constitucionalismo, um período controverso onde diversas propostas em forma normativa, além do projeto da Constituinte e do Conselho de Estado, foram apresentadas para a constituição do Império brasileiro. O objetivo dessa dissertação é analisar estes projetos e bases constitucionais datados entre 1822 e 1824 e microcomparar suas estruturas de governo e

as liberdades individuais sob uma ótica teórica contemporânea aos fatos, especificamente as ideias do publicista franco-suíço Benjamin Constant. Para isso, foram empregados os métodos dedutivos e da Nova História, considerando a perspectiva de Antônio Manuel Hespanha, e preceitos e técnicas do Direito Comparado. A pesquisa se justifica pela ausência de estudos exploratórios das demais formulações normativas publicizadas e a necessária adição de outros elementos e novas leituras para a melhor compreensão do debate público em torno da história constitucional brasileira.

**Aluna:** Ticiania Coelho Silveira (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A Autonomia Indígena Originário Campesina na Constituição de 2009 da Bolívia: uma análise a partir do processo de Uru Chipaya

**Data da defesa:** 27/05/2022

**Banca:** Jose Maria Gomez (Orientador), Enzo Bello, Ana Carolina Teixeira Delgado, Fabio Carvalho Leite

**Resumo:** Em 7 de fevereiro de 2009, a Bolívia promulgava uma nova Constituição. A carta, fruto de um longo processo constituinte, com aproximadamente quatro anos de duração, refundou o país a partir de uma concepção plurinacional, com respeito aos povos originários, aos trabalhadores, à natureza, à solidariedade e às filosofias ancestrais. Nela, estabeleceu-se o direito à autodeterminação dos povos indígenas originários, a ser materializada, dentre outros meios, pela autonomia indígena originário campesina. Entretanto, a união em torno do objetivo comum da descolonização do país não foi suficiente para erradicar as contradições da Bolívia, fruto da manutenção de estruturas do colonialismo nas relações sociais e entre sociedades, razão pela qual a concretização dos direitos reconhecidos constitucionalmente tem se operado a passos lentos e enfrentado desafios oriundos tanto de setores governistas quanto da oposição. Por essa razão, o presente trabalho tem como objetivo analisar se, e de que forma, a autonomia indígena originário campesina vem sendo implementada na Bolívia, mais de uma década após a promulgação do texto constitucional, por



meio do estudo de caso do processo de aquisição de autonomia da nação originária Uru Chipaya, identificando eventuais entraves e dificuldades à materialização do direito à autodeterminação e do Estado Plurinacional.

**Aluno:** Victor Magarian Chilelli (Mestrado)

**Título do Trabalho:** A Seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

**Data da defesa:** 26/04/2022

**Banca:** Adrian Sgarbi (Orientador), Fabio Carvalho Leite, Carolina Nobre Castello Branco

**Resumo:** Esta dissertação de mestrado explora a seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Tem por escopo oferecer estudo descritivo e detalhado sobre os dados e discussões sobre o tema. Para tanto, quatro tópicos foram elaborados e concatenados. Primeiramente, são apresentados os aspectos jurídicos que dão base à relevância atual da Suprema Corte e seus juízes, e a progressão legislativa de sua forma de ingresso. Em seguida, essa exploração é expandida com a demonstração da aplicação prática da norma por parte dos agentes oficiais competentes. Como isso atrai muitos debates na literatura acadêmica, o terceiro item é responsável por classificar as críticas existentes ao modelo vigente. Por fim, o mesmo é feito quanto às proposições de modificação do sistema, filtrando e organizando as Propostas de Emenda à Constituição atinentes ao tema.

**Aluno:** Vinicius de Oliveira (Mestrado)

**Título do Trabalho:** As desfigurações da democracia e a crise democrática brasileira atual.

**Data da defesa:** 07/04/2022

**Banca:** Renato de Andrade Lessa (Orientador), Mayra Goulart da Silva, Andrea Bandeira de Mello Schettini

**Resumo:** Esta dissertação tem como tema a crise da democracia brasileira atual e como objetivo compreender a sua natureza. Através de uma abordagem interdisciplinar que une a Teoria Política e a Ciência Política ao Direito Constitucional, concedendo uma relevância central aos estudos teóricos da politóloga italiana Nadia Urbinati sobre modos de governabilidade desfiguradores da democracia representativa, quais sejam, a antipolítica, o populismo e o plebiscitarismo, a pesquisa bibliográfica busca, através de uma metodologia hipotético-dedutiva, interpretar e compreender a fase atual da terceira república brasileira, sob a ordem da Constituição de 1988, iniciada após as eleições gerais disruptivas de 2018. Neste sentido, sugiro, com base em estudos recentes, que após um breve período iniciado em 2019 com a marca de um governo-movimento caracterizado não apenas pelas três desfigurações democráticas concebidas por Urbinati, mas também por ensaios de ruptura institucional, o Governo eleitor em 2018 termina por se render aos mecanismos próprios de um governo de coalizão. Ao fim, concluímos que as desfigurações democráticas (a antipolítica, o populista e o plebiscitarismo), ou as ameaças de ruptura institucional autoritária, têm sido contidas pelas pressões do Congresso Nacional, com todos os seus custos lícitos e potencialmente ilícitos, pelo exercício da liberdade de imprensa, por pressões da opinião pública, bem como pelo contrapeso exercido pelo Poder Judiciário, dentro do seu papel no jogo de separação dos poderes, mas não impediram a criação de um ambiente de degradação constitucional (constitutional rot), conforme conceituação de Jack Balkin exposta na dissertação.

**Aluna:** Vitoria Westin Barros (Mestrado)

**Título do Trabalho:** O conceito de “safe” third country: obstáculos para a proteção de refugiados à luz dos Sistema Interamericano e Europeu de Direitos Humanos

**Data da defesa:** 22/06/2022

**Banca:** Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Andrea Bandeira de Mello Schettini, Arnelle Rolim Peixoto

**Resumo:** O presente estudo tem o objetivo de compreender o desenvolvimento do conceito de safe third country (terceiro país seguro) e suas consequências para a proteção internacional dos refugiados, a partir do princípio do non-refoulement. Busca-se analisar de que forma esta ideia está sendo aplicada pelos Estados, através dos tratados internacionais com a finalidade de transferência de solicitantes de refúgio a terceiros países supostamente seguros. Além disso, a pesquisa analisa a jurisprudência do Sistema Interamericano e Europeu de Direitos Humanos sobre as devoluções indiretas de refugiados e migrantes, assim como o diálogo entre as cortes internacionais sobre este tema, especialmente à luz das especificidades regionais do continente americano. Portanto, o trabalho demonstra que as políticas dos países com base na noção de safe third country são mecanismos para transferir suas responsabilidades em relação ao refúgio e representam obstáculos para a garantia dos direitos humanos de refugiados.

## Normas de Publicação

### 1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade (“Revista”), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo autoplágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação. A prática de plágio caracteriza crime previsto na legislação penal brasileira e a Revista se reserva o direito de tomar quaisquer medidas necessárias no caso de sua constatação. Mais informações sobre a política da instituição com relação a práticas de plágio e direito do autor estão disponíveis em: <http://vrac.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=726&sid=23>.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, italiano e francês.

### 2. Encaminhamento:

Os trabalhos a serem submetidos ao Comitê Editorial deverão ser, preferencialmente, enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>;

#### 2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção “Autor”. Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em “Página do Usuário” e iniciar o

processo de submissão através do link “Nova Submissão”, no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição, id do ORCID e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Na biografia, solicita-se a inclusão do link para o currículo lattes. Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. Além disso, requeremos que sejam indicados, no campo “Comentários para o Editor”, o nome de quatro pesquisadores como sugestão de pareceristas que o(s) autor(es) considerem referências acadêmicas para avaliar o artigo submetido. As sugestões devem ser de pesquisadores doutores, que não pertençam à mesma instituição do(s) autores, não sejam do estado do Rio de Janeiro, e não possuam quaisquer vínculos, acadêmicos ou pessoais, com o(s) autores (por exemplo, de orientação, coautoria, amizade etc.). A sugestão deve incluir o nome do pesquisador, o link para o currículo lattes e, quando possível, o e-mail de contato. Destes quatro nomes, apenas um será eventualmente utilizado pela Revista, como forma de preservar a avaliação duplo cega. A indicação tem o intuito de oferecer celeridade ao processo de avaliação e é obrigatória, sob pena de recusa do artigo na análise inicial do artigo pelo Comitê Editorial. É fundamental que os metadados sejam preenchidos corretamente;

d. Transferência de documentos suplementares: realizar a transferência de arquivos com informações suplementares, que funcionam como um apêndice ou anexo ao texto principal, tais como instrumentos de pesquisa, conjuntos de dados e tabelas, que seguem os padrões de ética de avaliação, fontes de informação normalmente não disponíveis para leitores, ou figuras e/ou tabelas que não podem ser integradas ao texto em si; e e. Confirmação: Concluir a submissão.

### 3. Preparação dos originais

#### 3.1. Apresentação

O texto deve ter entre 5.000 (cinco mil) e 8.000 (oito mil) palavras, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (título, resumo e abstract) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices), mas incluídas notas de rodapé. Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: arquivo em formato .doc, fonte Times New Roman, tamanho 12, texto justificado, espaçamento entre linhas de 1,5, papel tamanho A4, margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm. Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

#### 3.2. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português e inglês.)

a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;

b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra “RESUMO”, em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;

c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo “PALAVRAS-CHAVE”, em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;

d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento

de 1,5 entre linhas;

e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens “Introdução”, no início do artigo, e “Conclusão”, ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;

f. Citações: citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 10, espaçamento de 1,0 entre linhas, sem o uso de itálico ou aspas.

g. Referências ao longo do texto: as referências feitas ao longo do texto devem estar em nota de rodapé. Devem indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a referência. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

Exemplos:

<sup>1</sup> FRASER, 1996, pp. 128-129.

<sup>2</sup> DWORKIN, 2002.

Se o nome do autor estiver citado no período em que está se inserindo a referência, deve-se indicar, em rodapé, apenas o ano e a(s) página(s), se for o caso. Não devem ser utilizadas, nas citações, as expressões op. cit, ibid, ibidem, id, e idem. Deve-se fornecer sempre a referência completa como no exemplo acima.

Artigos que não sigam o formato de referências indicado nos parágrafos acima serão rejeitados preliminarmente.

h. Referências ao final do texto: as referências utilizadas ao longo do artigo devem ser listadas abaixo do subtítulo “Referências”, que deve estar duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito, alinhado à esquerda e sem numeração. As referências devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de

autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas. Devem ser separadas por espaço simples.

As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2018. A referência bibliográfica básica deverá conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; local; dois pontos; editora; vírgula; ano da publicação; ponto; Link ou número do DOI; e ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento.

O DOI (Digital Object Identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto, assim como no processo de submissão (no passo “Inclusão de Metadados”, descrito na alínea “c” do Item 2.1 acima). O DOI deve ser indicado quer na forma de um link ou contendo apenas o número de referência. Autores devem utilizar a página “<http://search.crossref.org>” para verificar a existência de DOIs para as referências citadas em seus trabalhos.

Ao citar uma publicação em jornal, capítulo em obra coletiva ou revista, deve o nome do jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser itálico. Deve-se inserir a expressão “In:” apenas antes do título de obras coletivas (não se deve utilizá-la no caso de periódicos).

Exemplos:

Obra completa:

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada):

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. In: PEIXINHO, Manoel Mesias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico:

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. *Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos*. Sequência: estudos jurídicos e políticos. Vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. *The Cognitive Psychology of the Potentiality Argument*. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021.

#### 4. Política e Diretrizes de Avaliação

4.1. Os artigos submetidos à Revista *Direito, Estado e Sociedade* são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos: (i) Originalidade e relevância temática; (ii) Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio; (iii) Adequação às normas de formatação e às diretrizes expostas nesta política; (iv) Titulação dos autores; (v) Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria; e (vi) adequação do conteúdo aos padrões de qualidade do periódico.

Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são submetidos à avaliação por, no mínimo, dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de dois a seis meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas: (i) Pertinência do título e resumo/abstract; (ii) Clareza na tese central do artigo; (iii) Clareza e pertinência na argumentação; (iv) Pertinência e adequação metodológica; (v) Pertinência e ade-

quação do embasamento teórico; (vi) Relevância temática do artigo; (vii) Incorreções de ortografia, pontuação e gramática.

### 5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

### 6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Comitê Editorial e pela avaliação por pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. Podem ser aceitos, mas não serão imediatamente publicados, artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista Direito, Estado e Sociedade, no seguinte endereço: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>.

6.6. Caso ocorra divulgação posterior de algum artigo publicado na Direito, Estado e Sociedade em outra publicação, esta deverá referenciar a publicação original na Direito, Estado e Sociedade.

Em caso de eventuais dúvidas, os autores devem entrar em contato com o Comitê Editorial através do seguinte e-mail: [revistadireito@puc-rio.br](mailto:revistadireito@puc-rio.br).

## Artigos / Papers

Releitura dos espaços público e privado frente às TICs  
*Re-Interpretation of public and private spaces based on ICT's*  
Amélia do Carmo Sampaio Rossi e Cinthia Obladem de  
Almendra Freitas

Para além das disputas identitárias: uma análise crítica  
da Agenda 2030 da ONU e da política criminal contra a  
violência de gênero no Brasil  
*Beyond identity conflicts: a critical analysis of the UN 2030  
agenda and the criminal justice responses to gender-based  
violence in Brazil*  
Clara Maria Roman Borges e Leonardo Cabral

Formalismo e segurança jurídica no Direito Tributário:  
por que ainda somos formalistas  
*Formalism and legal safety in Tax Law: why we  
are still formalists*  
Daniel Giotti de Paula

Fake news, eleições e comportamento  
*Fake news, elections and behavior*  
Julio Cesar de Aguiar e Renata Ribeiro Baptista

Equidade em saúde para pessoas trans: análise  
do processo transexualizador brasileiro  
*Equity in health regarding trans people: analysis  
of brazilian trans process*  
Leilane Serratine Grubba

A erosão da participação social institucionalizada em tempos  
de crise da democracia liberal: a reformulação do Conselho  
Nacional de Combate à Discriminação  
*The erosion of social institutionalized participation in times of  
liberal democracy's crisis: the reformulation of national council  
for combating discrimination*  
Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa

É menino! É menina! Os riscos das tecnologias de análise  
facial para as identidades de gênero trans e não-binárias  
*It's a boy! It's a girl! The risks of facial analysis technologies  
for trans and non-binary gender identities*  
Paula Guedes Fernandes da Silva

Interpeleções parlamentares a um homossexual na  
Constituinte de 1987-88: reações à fala de João Antônio  
Mascarenhas na Subcomissão de Direitos  
e Garantias Individuais  
*Parliamentary interpellations to a homosexual in the Constituent  
Assembly of 1987-88: reactions to the speech by João Antônio  
Mascarenhas in the Subcommittee on Individual Rights  
and Guarantees*  
Rafael Carrano Lelis

A desalentadora função das punições: revisitando as teorias  
da pena à luz da psicologia experimental  
*The disheartening function of punishment: revisiting the theories  
of punishment in the light of experimental psychology*  
Ricardo Lins Horta

Alteridade e teoria crítica dos direitos humanos como  
fundamento ético dos direitos dos refugiados  
*Alterity and critical human rights theory as an ethical  
foundation for refugee rights*  
Rodrigo Alvarenga, Thais Silveira Pertille  
e Caroline Filla Rosaneli

### **Notícias e informações/News and information**

Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre  
de 2022 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação  
(Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito  
Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.