



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2023
ISSN 1516-6104

63

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; Edinburgo, 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 Brasiliense de Direito Público; Brasília-DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília-DF, Brasil); Marilena chaudi (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); Luísa Vanessa Carneiro da Costa (Editora-Assistente); Isabel Nolding Maia (Editora-Assistente); José da Silva Raimundo (Editor-Assistente); Eduardo Castelo Branco e Silva (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 63 Jul-Dez 2023

ISSN 1516-6104

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

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

7 | Carta dos editores/*Editorial*

Artigos/*Papers*

- 12 | Justiça criminal e direitos indígenas: potencialidades da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro
Criminal justice and indigenous rights: potentialities of CNJ Resolution 287/2019 for the reduction of indigenous vulnerabilization in the Brazilian criminal system
Bruno Rotta Almeida e Bruna Hoisler Sallet
- 43 | *Stealth marketing*: captura ilícita do consumidor por meio de estratégias sociopsicológicas
Stealth marketing: Illicit capture of the consumer through sociopsychological advertising strategies
Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa e Fabricio Germano Alves
- 85 | Debates sobre a maioria penal no Brasil: difícil conciliação em torno de um bem comum
Debates about legal age for criminal liability in Brazil: difficult conciliation around a common good
Tarsila Rorato Crusius, Ana Paula Motta Costa e Mártin Haeblerlin
- 109 | Crescimento econômico e desenvolvimento humano: análise da educação como enfoque no combate ao trabalho escravo na região amazônica
Economic growth and human development: analysis of education with an approach to combating slave work in the amazon region
Antonio Walber Matias Muniz, Graziella Veloso Freitas Alecrim e Taís Vasconcelos Cidrão

- 132** | Tratado de Madri de 1750 e sociedade de Cortes: elementos de um legado colonial jurídico internacional no Brasil independente
Treaty of Madrid of 1750 and Court society: elements of an international legal colonial legacy in independent Brazil
Arthur Roberto Capella Giannattasio
- 172** | O aquecimento global no discurso parlamentar brasileiro: denúncia e negação de responsabilidade do agronegócio
Global warming in Brazilian parliamentary speech: a denunciation and denial of agribusiness responsibility
Karine Ágatha França, Marília De Nardin Budó e Felipe da Veiga Dias
- 212** | A presença dos refugiados do século XXI no Brasil: uma leitura da xenofobia a partir do discurso da crise econômica
The presence of the XXI century refugees in Brazil: a reading of xenophobia through the economic crisis discourse
Arnelle Rolim Peixoto, Camilla Martins Cavalcanti e Kananda Beatriz Pinto de Sena
- 237** | A Lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro em contratos internacionais no Brasil
The applicable law to the analysis of enforceability and interpretation of forum selection agreements in international contracts in Brazil
Aline Beltrame de Moura e Rafaela Hormann
- 271** | Consciência jurídica, confiança e Bitcoin: pressupostos para a criação de uma nova moeda
Legal consciousness, trust and Bitcoin: assumptions for the creation of a new currency
Marcelo de Castro Cunha Filho
- 301** | Ce n'est pas technique, c'est politique: les disputes dans le domaine du droit d'auteur au Brésil
Não é técnico, é político: os conflitos no campo dos direitos autorais no Brasil
Nayara F. Macedo de Medeiros Albrecht

337 | Challenging use of force, armed conflicts, and the cyberspace:
drones and artificial intelligence systems
*Desafiando-se os quadros de uso da força, dos conflitos armados
e do ciberespaço: drones e sistemas de inteligência artificial*
Rita Preto e Beatriz Alves Serrão

364 | Advancing the access of refugees and asylum seekers in
Latin America to the labour market: building from the
inter-american case-law
*Promovendo o acesso de refugiados e solicitantes de refúgio da
América Latina ao mercado de trabalho: construindo a partir da
jurisprudência interamericana*
Mariana Ferolla Vallandro do Valle

403 | **Notícias e Informações/News and information**

Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de
2023 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 63 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2023. 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 *Revista 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/>).

O primeiro artigo, “Justiça criminal e direitos indígenas: potencialidades da resolução 287/2019 do conselho nacional de justiça para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro”, aborda questões sobre a contribuição da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, que versa sobre a vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional no Brasil. Sendo assim, é possível destacar o contexto penal e penitenciário relacionado às pessoas indígenas, com ênfase no estado de Mato Grosso do Sul, em razão de possuir a maior taxa de encarceramento indígena do país.

Em seguida, o artigo “Stealth marketing: captura ilícita do consumidor por meio de estratégias sociopsicológicas”, aborda questões acerca do surgimento do comércio eletrônico, uma vez que as relações de consumo atingiram um patamar mais elevado, tornaram-se mais rápidas e desburocratizadas, seja para os consumidores que conseguem pesquisar produtos e serviços com facilidade, seja para os fornecedores que podem atingir mercados antes praticamente inacessíveis. Resultando, portanto, na ideia de que para a garantia efetiva da defesa do consumidor no que tange às campanhas de natureza publicitária disfarçada, é necessária a intensificação de maneira quantitativa e qualitativa.

Em “Debates sobre a maioria penal no Brasil: Dificil conciliação em torno de um bem comum”, há uma discussão acerca da identificação de como os debates em torno da redução da maioria penal no Brasil refletem visões conciliáveis dos direitos humanos em vista do bem comum, disposto no texto constitucional brasileiro. Para isso, foi analisado o processo de definição da maioria penal aos 18 anos na Constituição de 1988, a partir da Teoria da Justiça de Rawls, segundo este referencial, os princípios definidos pela Constituição Brasileira de 1988 resultam de um processo racional de ponderação e ajuste dos juízos conflitantes representados na Assembleia Constituinte.

O artigo “Crescimento econômico e desenvolvimento humano: análise da educação como enfoque no combate ao trabalho escravo na região amazônica”, buscou perceber aspectos sobre como a evolução da democracia nos países ocidentais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, refletiu no crescimento dos valores de igualdade e, conseqüentemente, no surgimento de um Estado de bem-estar social. O trabalho mostra que é necessário colocar em prática as metas estabelecidas no ODS nº 4, que começa por garantir o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes, além das medidas previstas no Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo.

Já o artigo “Tratado de Madri de 1750 e Sociedade de Cortes: Elementos de um Legado Colonial Jurídico Internacional no Brasil Independente”, dispõe que o Tratado de Madri de 1750 entre Portugal e Espanha visava resolver disputas territoriais nas Américas e Ásia, destacando-se a habilidade diplomática de Alexandre de Gusmão e a dinâmica cortesã nas relações. Reflete uma ordem internacional ligada à religiosidade católica e demonstra a continuidade dessa estrutura na política externa brasileira pós-independência.

Em “O aquecimento global no discurso parlamentar brasileiro: denúncia e negação de responsabilidade do agronegócio”, dispõe que o presidente Bolsonaro desconsiderou a importância da COP-25, classificando-a como um “jogo comercial”, refletindo o descaso do governo brasileiro com questões ambientais, evidenciado pela retirada da candidatura para sediar o evento e que esse desinteresse contribuiu para o aumento do desmatamento e das queimadas na Amazônia, além do enfraquecimento das agências ambientais.

O artigo intitulado “A presença dos refugiados do século XXI no Brasil: uma leitura da xenofobia por meio do discurso da crise econômica”, aborda questões sobre a migração e o refúgio na contemporaneidade, ressaltando a importância histórica e política desses fenômenos. Destaca o aumento dos fluxos migratórios globais e o crescimento das questões relacionadas à xenofobia e à discriminação. No Brasil, há um significativo aumento nas solicitações de refúgio, especialmente de venezuelanos e a Lei de Migração é vista como um avanço para promover direitos humanos e combater a xenofobia.

Em “A Lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro em contratos internacionais no Brasil”, se discute a importância da eleição de foro estrangeiro no Brasil para garantir previsibilidade nas relações globais, embora enfrente desafios na interpretação de cláusulas contratuais internacionais. Destaca a aplicação da *lex fori* no Brasil, contrastada com os Estados Unidos, onde a Suprema Corte estabeleceu precedentes para reconhecimento dessas cláusulas. No Brasil, a falta de jurisprudência consolidada sobre eleição de foro exclusivo estrangeiro evidencia a incerteza na interpretação desses contratos, sugerindo a continuidade da aplicação da *lex fori* no futuro próximo.

O artigo “Consciência jurídica, confiança e Bitcoin: pressupostos para a criação de uma nova moeda”, faz uma análise sobre a criação e investimento social em uma nova moeda nos tempos da inovação tecnológica e, ainda, como o direito se encaixa nessa nova era monetária. O artigo analisa entrevistas com usuários e entusiastas da moeda, analisando como o direito pode ser uma ferramenta utilitária, tanto quanto uma segurança para os usuários, além disso, como uma ferramenta política.

O artigo intitulado “*Ce n’est pas technique, c’est politique: les disputes dans le domaine du droit d’auteur au Brésil*”, aborda temas sobre propriedade intelectual no ponto de vista não apenas da produção intelectual técnica, mas, também, sua vertente política dos membros dessa indústria. O artigo

apresenta um estudo de caso com análise de discursos feitos na Câmara dos Deputados sobre decisões acerca da proteção dos direitos autorais e entrevistas para complementar os dados recolhidos da discussão se a propriedade intelectual é meramente um assunto técnico ou existem nuances políticas atreladas a estes processos de proteção.

O trabalho intitulado “*Challenging use of force, armed conflicts and the cyberspace: drones and artificial intelligence system*”, trata fundamentalmente sobre as recentes utilizações de tecnologias nas ações militares, em uma primeira perspectiva pelos assassinatos seletivos pelo uso de drones; posteriormente foca no uso de inteligência artificial e o desenvolvimento de armas autônomas. A última parte é direcionada para a tecnologia no ciberespaço e uma discussão sobre o regime do *jus in bello*, refletindo, portanto, sobre a ordem jurídica internacional.

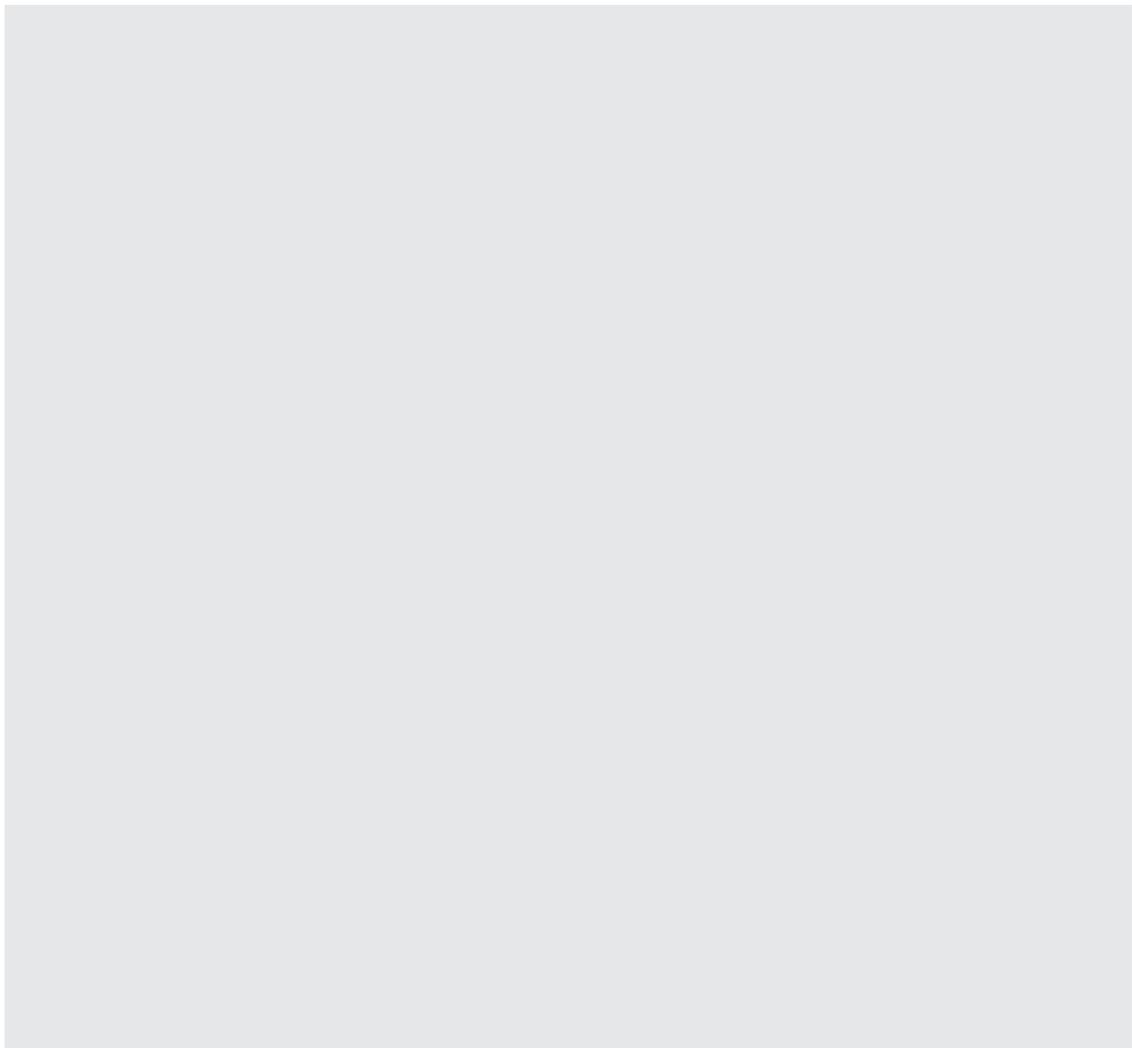
Já o artigo cujo título é “*Advancing the access of refugees and asylum seekers in Latin America to the labour market: building from the Inter-American Case-Law*”, buscou demonstrar que a jurisprudência recente da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu padrões mais protetores quanto ao direito ao trabalho e ao princípio da não-discriminação relativamente a grupos marginalizados e que estes padrões podem ser aplicados a refugiados e solicitantes de refúgio, podendo reduzir a discricionariedade dos poderes estatais de limitar a sua inserção no mercado de trabalho.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os resumos das Dissertações e Teses já defendidas no segundo semestre de 2023, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

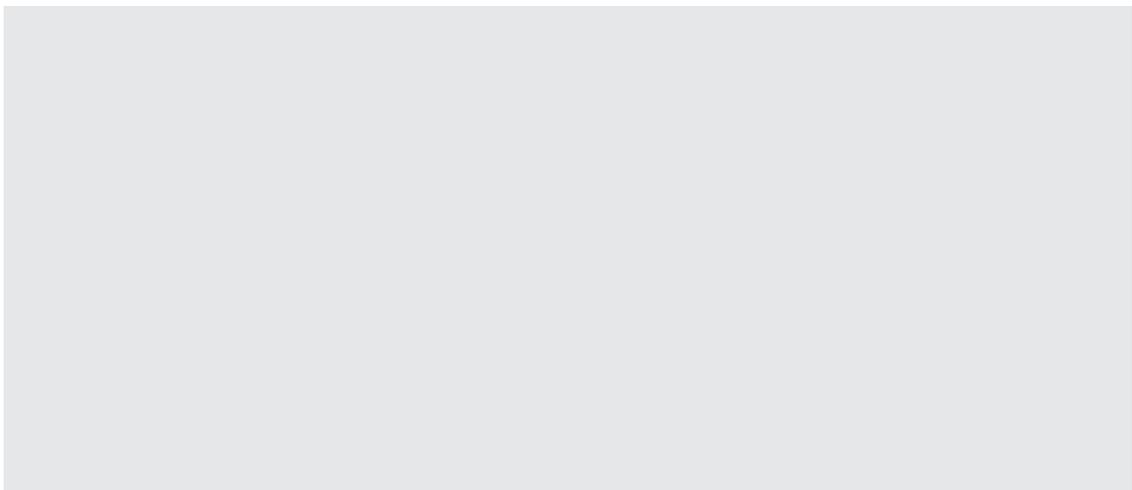
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor Responsável

Antonio Pele
Editor Responsável



Artigos



Justiça criminal e direitos indígenas: potencialidades da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro

*Criminal justice and indigenous rights: potentialities of
CNJ Resolution 287/2019 for the reduction of indigenous
vulnerabilization in the Brazilian criminal system*

Bruno Rotta Almeida*

Universidade Federal de Pelotas, Pelotas – RS, Brasil

Bruna Hoisler Sallet**

Universidade Federal de Pelotas, Pelotas – RS, Brasil

1. Introdução

O presente estudo reflete a contribuição da Resolução nº 287 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em vigor desde setembro de 2019, enquanto instrumento redutor de vulnerabilização indígena no sistema de justiça penal brasileiro. No Brasil, habitam diversas comunidades indígenas que possuem

* Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Estágio de Pós-Doutorado em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universitat de Barcelona (UB). Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Coordenador do Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos (FD/PPGD/UFPel). Membro da Red Cono Sur de Investigación en Cuestión Penitenciaria (RCSICP). E-mail: bruno.ralm@yahoo.com.br.

** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Pelotas, bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas, com mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Coimbra. Integrante do Libertas – Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos (FD/PPGD/UFPel). E-mail: bhsallet@gmail.com.

culturas e sistemas de justiça próprios. Entretanto, quando adentram o sistema penal e penitenciário brasileiro, enfrentam um processo de assimilação que não respeita a sua condição étnica específica. O Código Penal, o Código de Processo Penal e o Estatuto do Índio não foram atualizados com a nova perspectiva apontada pelos tratados internacionais de direitos humanos dos povos indígenas ratificados pelo Brasil e pela Constituição Federal de 1988.

Diante disso, busca-se verificar em que medida a Resolução 287 do Conselho Nacional de Justiça pode contribuir com uma política criminal humano-dignificante com relação aos povos indígenas no Brasil. Para tanto, utiliza-se de revisão bibliográfica, pesquisa documental e método dedutivo.

Na primeira seção, discorre-se sobre o contexto penal e prisional de pessoas indígenas no Brasil, especialmente no estado de Mato Grosso do Sul, que contém a maior taxa de encarceramento indígena do país. Na segunda seção, são elencados alguns dos direitos específicos destinados aos povos indígenas, tanto em âmbito nacional quanto internacional, os quais deram sustentação para a formulação das disposições da Resolução CNJ 287/2019. Por fim, na terceira seção, são analisadas as recomendações trazidas pelo documento do Conselho Nacional de Justiça, demonstrando, inclusive, a sua contribuição no incentivo de políticas adotadas no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional e também o seu potencial de colaboração com a política nacional de alternativas penais, direcionadas às pessoas indígenas.

2. Sistema penal e vulnerabilização indígena

Os povos indígenas formam um grupo diverso, compondo quase um milhão de pessoas que vivem em todo o território nacional¹, seja em área urbana ou rural. O segmento populacional é pouco favorecido do ponto de vista do acesso aos direitos fundamentais sociais, o que demanda a formulação de políticas públicas específicas, cuja implementação requer, antes de tudo, o mapeamento da realidade vivenciada por este grupo.

A questão da criminalização indígena no Brasil, que pode ser compreendida em termos amplos como “processos criminais que tem levado os índios às prisões na qualidade de ‘criminosos’ ou ‘infratores’ da lei não-indígena”², enfrenta, em termos de política criminal, grande dificuldade para análise

1 Conforme dados do IBGE em relação ao Censo 2010 (BRASIL, 2010a).

2 SILVA, 2013, p. 154.

do contexto prisional e penal, especialmente devido à ausência de dados, oficiais ou não, em relação à identificação de quantas pessoas indígenas estão presas, por quais crimes estão aprisionadas, quais os povos a que pertencem, entre outros.

Nos últimos Levantamentos Nacionais de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do Ministério da Justiça, por exemplo, não houve menção pormenorizada acerca do perfil do indígena preso no Brasil. O relatório do INFOPEN de dezembro de 2019³ não apresentou informação detalhada, apenas indicou o número de indígenas presos, qual seja, 1.390 indígenas, sendo 1.325 homens e 65 mulheres.

Os dados do INFOPEN de dezembro de 2014⁴ indicaram 0,13% como percentual de indígenas no sistema prisional brasileiro e 0,40% na população brasileira. Os dados do INFOPEN de dezembro de 2016⁵ apontam 0,12% como percentual de indígenas no sistema prisional brasileiro. Tais informações conduzem ao raciocínio de que não há sobrerrepresentação de população indígena no contexto penitenciário brasileiro.

Entretanto, é preciso levar em conta que a informação do INFOPEN é subdimensionada pela invisibilidade étnica e legal dos indígenas na esfera jurídica⁶. Entre esses dois tipos de políticas de não reconhecimento, a “invisibilidade étnica” representa o não reconhecimento do direito indígena de ser coletivo, enquanto a “invisibilidade legal” ou “jurídica” compreende o não reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas⁷.

Não há uma adequada e padronizada coleta de informações penitenciárias entre as unidades prisionais do país, a qual considere, por exemplo, na porta de entrada do sistema carcerário, o critério da autoidentificação para individualizar a condição étnica dos indivíduos. Uma vez incorporados à categoria hegemônica de presos, os indígenas não serão mais considerados como tal, de forma que sua execução penal não será etnicamente individualizada e suas garantias legais específicas serão afastadas⁸.

3 BRASIL, 2019a.

4 BRASIL, 2014.

5 BRASIL, 2016a.

6 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA); PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR), 2008.

7 SILVA, 2013, p. 151.

8 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA); PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR), 2008.

Portanto, os dados sistematizados e disponibilizados pelo INFOPEN não espelham a totalidade dos números. Não são todas as unidades prisionais que efetivamente enviam informações completas aos sistemas⁹. Os dados coletados são cadastrados pelos gestores responsáveis pelo preenchimento do formulário de coleta, não havendo controle sobre a autodeclaração das características¹⁰.

A título exemplificativo da defasagem informacional em relação a essa população, tem-se, segundo o próprio relatório, que entre as 1.420 unidades prisionais no Brasil, 112 informaram que há indígenas presos, entretanto, apenas 46 estabelecimentos souberam informar a qual povo essas pessoas pertenciam e seu respectivo idioma¹¹.

A fim de preencher a lacuna existente sobre a situação prisional das pessoas indígenas, utiliza-se dados de pesquisa realizada por Michael Mary Nolan e Viviane Balbuglio (2020), cuja atuação está voltada à defesa de lideranças indígenas e povos tradicionais por meio do Assessoramento, Defesa e Garantia de Direitos do Instituto das Irmãs de Santa Cruz (ADDI- ISC) e da Assessoria Jurídica Criminal do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

O levantamento de informações foi realizado com base na utilização dos mecanismos dispostos na Lei de Acesso à Informação (LAI) e enviado para todas as secretarias de segurança pública dos estados da Federação e Distrito Federal, assim como para quatro órgãos federais específicos, são eles: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Defensoria Pública da União (DPU) e Ministério Público Federal (MPF).

No levantamento geral realizado, o total de indígenas em situação de prisão contabilizados em 2017 foi de aproximadamente 698 homens e 91 mulheres, totalizando-se 769 pessoas indígenas presas. No ano de 2018, o total de indígenas em situação de prisão foi de 909 pessoas, sendo 876 homens e 34 mulheres¹².

Importante dizer que os dados não apresentam a totalidade de pessoas indígenas presas, uma vez que em 2017, os estados do Acre, Pará, Paraná, Pernambuco e Roraima não responderam aos pedidos de acesso à infor-

9 LACERDA, 2010, p. 20.

10 BRASIL, 2016b, p. 32.

11 BRASIL, 2014.

12 NOLAN; BALBUGLIO, 2020, p. 81.

mação. Em 2018, foram os estados do Acre, Maranhão e Rio de Janeiro que não responderam aos pedidos. Além disso, as pesquisadoras alertam que encontraram desafios no uso do método de levantamento de dados, como a falta de padronização entre os sistemas de acesso à informação de diferentes estados e as diferentes interpretações das instituições em relação ao artigo 31 da LAI¹³.

Dentre as mulheres presas, os três estados com as maiores taxas de encarceramento em 2017 foram: Rio Grande do Sul (26), Mato Grosso do Sul (14) e Bahia (13). Em 2018, o Mato Grosso do Sul foi o único estado que permaneceu com número expressivo de mulheres indígenas encarceradas (20).

Entre os homens, os três estados com as maiores taxas de encarceramento foram: Rio Grande do Sul (242), Mato Grosso do Sul (197) e Santa Catarina (60). Em 2018, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul permaneceram como os estados com maiores taxas de encarceramento indígena, 306 e 202 respectivamente¹⁴.

Tais dados, quando analisados em uma perspectiva percentual, indicam uma sobrerrepresentação indígena na população prisional em alguns estados da federação. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dados referentes a 2014 apontam que, de acordo com o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, a média mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, o número de presos sobe para mais de 300¹⁵.

Em relação aos povos indígenas, no estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, a média da taxa encarceramento alcança 520 presos por 100 mil habitantes, isso em um cenário conservador, cuja estimativa populacional é de 50 mil integrantes dos povos indígenas Kaiowá e Guarani. Sendo assim, a taxa é, aproximadamente, o dobro da média nacional e três vezes a média mundial¹⁶.

A referida taxa de encarceramento se assemelha ao cenário australiano, onde a prisão dos aborígenes e nativos do Estreito de Torres é crescente. Dados de 2018 apontam que, apesar de representarem apenas 2% da população australiana, estão super-representados com 28% da população carcerária. A

13 NOLAN; BALBUGLIO, 2020, p. 76 ss.

14 NOLAN; BALBUGLIO, 2020, p. 81-82.

15 BRASIL, [s.d.].

16 MENDES; ALMEIDA, 2020, p. 182.

taxa de encarceramento alcança o elevadíssimo número de 2.481 detentos por 100 mil habitantes¹⁷.

Russell Hogg,¹⁸ ao analisar o encarceramento aborígine na Austrália, reflete que o índice de sua sobrerrepresentação nas penitenciárias está intimamente ligado à história dos regimes de segregação e governança racial pelos quais os povos nativos eram gerenciados, em sua maioria fora das instituições legais. O autor sustenta que o advento do alto encarceramento indígena coincide com a cessação das políticas abertamente segregacionistas, sendo ele o responsável, por trás de uma fachada de imparcialidade legal, pela perpetuação da marginalização social e privação cívica das pessoas aborígenes no país.

O alto encarceramento no contexto sul-mato-grossense, por sua vez, é produto do crescimento expressivo do encarceramento indígena nos últimos anos. O considerável aumento pode ser verificado na comparação de dados atuais com dados de 2006. De acordo com o Relatório “Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul”, com dados colhidos em 2016 pelo Centro de Trabalho Indigenista (CTI), suscitado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), 119 indígenas estavam em unidades prisionais do estado, cuja maioria (68) estava detida na unidade prisional de Dourados¹⁹.

Em março de 2020, encontravam-se 359 indígenas presos nas unidades prisionais estaduais sul-mato-grossenses, representando um crescimento de 301,68% em 14 anos. Especificamente na Penitenciária Estadual de Dourados, há 170 indígenas em regime fechado e 21 em regime semiaberto, totalizando 191 indígenas²⁰.

Naquele mesmo relatório foi traçado o percentual por tipo penal que ensejou a prisão dos indígenas: 40% por homicídio e tentativa; 16% por estupro; 11% por tráfico de drogas; 9% por roubo e furto; 4% por lesão corporal. Sobre a questão processual, verificou-se que em 78% dos casos não foi garantido o direito de intérpretes, e em apenas 1% dos casos foram levadas em consideração as formas de punir da comunidade e a prevalência

17 AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS, 2018.

18 2001, p. 355.

19 CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA, 2008, p. 11.

20 MATO GROSSO DO SUL, AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO, 2020.

de penas alternativas à prisão²¹. Sendo assim, concluiu-se que as disposições legais sobre processo e execução das penas de forma diferenciada não foram respeitadas no estado.

Diante do contexto de negação de direitos que isso representa, a equipe multidisciplinar que atua no Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Povos Indígenas e da Igualdade Racial e Étnica (NUPIIR/DPE-MS) iniciou uma análise dos processos criminais envolvendo indígenas presos na região²². Tendo em vista o número expressivo desses processos tramitando na Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (131), foram apresentadas as seguintes constatações.

Entre as violações legais, constitucionais e convencionais, verificou-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa restaram extremamente prejudicados. A pesquisa aponta que, muitas vezes, não há acompanhamento por defesa técnica. Além disso, a linguagem é um grande óbice, pois o interrogatório do acusado segue as linhas gerais norteadoras do direito positivado, tornando a linguagem um instrumento de segregação²³.

O comprometimento da fase inquisitorial também é apontado, uma vez que se deparou com as seguintes situações: nítida escassez de conteúdo probatório, com depoimentos dúbios de testemunhas que não estavam no local dos fatos ou não tiveram conhecimento do ocorrido; exames de corpo e de delito, necessários e imprescindíveis em crimes como o de roubo e furto, deixaram de ser agrupados; laudos psicológicos e psiquiátricos, ainda que em alguns casos tenham sido elaborados, não supriram o distanciamento das realidades dos réus, sob a perspectiva de comunidade, costume e hábitos²⁴.

Constatou-se, ainda, o reduzido reconhecimento pelo magistrado sobre a necessidade do laudo antropológico, mesmo havendo motivações com base em rixas internas entre lideranças, ou até mesmo questões a respeito da comunidade, da cultura e do modo de vida diferenciado entre as etnias. Complementa o estudo que muitas denúncias deveriam ter sido consideradas ineptas, tendo em vista que a narrativa fática sustentada era vaga e extremamente escassa no que tange à identificação e circunstâncias²⁵.

21 CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA, 2008, p. 11.

22 MENDES, 2020.

23 MENDES, 2020, p. 193.

24 MENDES, 2020, p. 195-196.

25 MENDES, 2020, p. 196-204.

Outra constatação depreendida da análise processual é o desconhecimento do delito (erro de tipo). Notou-se que, principalmente nos crimes de tráfico de drogas internacional, o acusado muitas vezes desconhecia a tipificação, pois possuía moradia em cidade fronteiriça sem observações ou conhecimento da linha divisória com o território estrangeiro. Nesse sentido, Neyla Ferreira Mendes²⁶ aduz:

No caso específico dos indígenas, merece relevo a análise de cada uma das excludentes da culpabilidade, quais sejam, a inimputabilidade penal, o erro de proibição e a inexigibilidade de conduta diversa, e o cotejo das referidas exculpantes com sua cultura diferenciada, para que se possa estabelecer, à luz dos valores protegidos pela Constituição Federal, onde deverá residir a eventual inculpabilidade.

Portanto, concluiu-se que há um etnocentrismo nas decisões judiciais, na audiência de instrução e julgamento e no Tribunal do Júri. O judiciário opera segundo os padrões culturais jurídicos ocidentais para funcionar em prol da população indígena. No que tange à dosimetria da pena, nas três fases da aplicação da pena, ocorreram violações nas quais não foram tomadas medidas judiciais cabíveis²⁷.

No âmbito da execução penal, o Estatuto do Índio²⁸ e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho²⁹ estabelecem regras especiais para o cumprimento de pena do sentenciado indígena. Entretanto, em Mato Grosso do Sul, os indígenas cumprem suas penas em estabelecimentos penais da mesma forma que os demais³⁰. Os dispositivos e garantias legais não são suficientes à sua concretização. O reflexo disso são os níveis recordes de encarceramento indígena.

Diante do exposto, constata-se a permanência de um processo de assimilação dos povos indígenas no Brasil, sendo este compreendido como “uma passagem de um estado ao outro, porém, cuja própria ocorrência acontece apenas como um ideal em um esquema evolucionista de integração”³¹. Dessa

26 2020, p. 206.

27 MENDES, 2020, p. 206-207.

28 BRASIL, 1973.

29 OIT, 1989.

30 MENDES, 2020, p. 209.

31 MENEZES, 2016, p. 537.

vez, o referido processo é operacionalizado pelo Estado, através dos institutos prisionais. A realidade sul-mato-grossense é um fragmento que reproduz o contexto vivenciado em estabelecimentos penais de outras unidades federativas. Essas vulnerações, que atingem de modo intensificado grupos sociais vulneráveis, incluídos também os indígenas, podem ser visualizadas a partir de continuidades de métodos e práticas, e diante da formação de uma conduta omissa do Estado com relação aos cidadãos, muitas vezes longe de uma concepção de respeito à dignidade³². Por essa razão, nota-se a importância que o processo e a execução penal sejam realizados à luz da Constituição e dos tratados e convenções internacionais.

A seguir, serão expostos os mecanismos e as previsões normativas – em nível nacional e internacional – acerca do tratamento jurídico a ser destinado às pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade. Esses instrumentos representam a base normativa em torno da Resolução CNJ 287/2019.

3. Panorama jurídico-normativo e direitos indígenas

O artigo 231, da Constituição Federal de 1988³³, reconhece aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Os artigos 215 e 216 preconizam que é dever do Estado proteger as manifestações culturais dos povos indígenas e reconhecem as formas de expressão como bens culturais de natureza imaterial. Já o parágrafo 2º, do artigo 210, assegura às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e seus processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental regular.

Segundo Carlos Frederico Souza Filho³⁴, ao reconhecer as organizações sociais, costumes, tradições e línguas dos povos indígenas, a Constituição considerou o direito coletivo dos povos indígenas de existir e de continuar existindo como povos diferenciados que são. Os seus direitos coletivos se dividem em direitos territoriais, culturais, e de organização social própria. O de maior relevância para a temática do tratamento penal é o direito à auto-organização, refletindo as formas de poder interno, de representação

32 ALMEIDA; SALLET, 2018.

33 BRASIL, 1988.

34 2018.

e de direito, inclusive o poder do povo em conferir solução aos conflitos internos segundo seus usos, costumes e tradições³⁵.

Outra previsão constitucional relacionada à questão indígena é o inciso XI, do artigo 109, da Constituição Federal³⁶, o qual determina a competência da justiça federal para processar e julgar disputa sobre direitos indígenas. Entretanto, após muita divergência jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 140, publicada em maio de 1995, entendeu que compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que indígena figure como autor ou vítima em situação de cunho individual³⁷. Segundo a interpretação sumular, o termo “disputa sobre direitos indígenas” significa que a competência federal será aplicável somente nas hipóteses cuja disputa esteja relacionada a um conflito de caráter coletivo.

A Constituição Federal de 1988 representa o primeiro passo do direito pátrio no sentido contrário do integracionismo que regia as relações até então. A ideologia integracionista considera o indígena como algo transitório, pois, na medida em que ele conhecesse e se aproximasse da “civilização”, passaria a ser um civilizado, de forma a perder, conseqüentemente, seus direitos diferenciados³⁸. Sendo assim, a Constituição Federal não recepcionou muitas das disposições do Estatuto do Índio de 1973, tais como a classificação dos indígenas isolados, em vias de integração ou já integrados. Essa classificação estava em consonância com a lógica integracionista da Convenção 107 da OIT³⁹, editada em 1957 e ratificada pelo Brasil.

Esse cenário integracionista se alterou apenas alguns anos mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Convenção 169 da OIT, de caráter autonomista. As disposições ligadas à área penal, com a orientação plural e multicultural da política indigenista, estão no título VI, do Estatuto do Índio. Os artigos 56 e 57 são destinados aos princípios e ao indígena condenado criminalmente, e os artigos 58 e 59 destinados aos crimes contra os indígenas ou suas culturas⁴⁰.

35 SOUZA FILHO, 2009.

36 BRASIL, 1988.

37 BRASIL, 2010b.

38 MENEZES, 2016, p. 526.

39 1957.

40 BRASIL, 1973.

O artigo 56 dispõe que deverá ser atenuada a pena do indígena condenado criminalmente, bem como deverá o juiz, na sua aplicação, atender ao grau de integração desse indivíduo. O parágrafo único, por sua vez, faz referência ao cumprimento das penas de reclusão e detenção, devendo estas serem cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade e no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos indígenas mais próximo à habitação da pessoa condenada⁴¹.

O artigo 57 dispõe que será tolerada a aplicação pelas comunidades indígenas de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, conforme suas instituições, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, sendo absolutamente proibida a pena de morte⁴².

Em um contexto internacional, diversos são os documentos que tratam da situação culturalmente diferenciada das pessoas indígenas, a qual deve ser respeitada e promovida. Há disposições na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, aprovada no mesmo ano, assim como na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político, de 1966, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969.

Entretanto, o principal documento internacional que defende os direitos das pessoas indígenas é a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, de 1989. Em seu texto preambular reconhece “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”⁴³.

Ela assegura, no seu artigo 9º, que, quando compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos, os tribunais, ao serem solicitados a se pronunciar sobre questões indígenas, devem levar em conta os costumes dos povos originários. O artigo 10 dispõe sobre a aplicação de legislação geral aos indígenas, referindo que, ao sancioná-los penalmente, deverão ser observadas suas características próprias, além de garantir a preferência a outros métodos de punição que não o encarceramento⁴⁴.

41 BRASIL, 1973.

42 BRASIL, 1973.

43 OIT, 1989.

44 OIT, 1989.

A Carta Democrática Interamericana, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 2001, chama a atenção, de forma geral, em seu artigo 9º, para a eliminação da discriminação de gênero, étnica e racial, além de recomendar a promoção e proteção dos direitos humanos dos povos indígenas como fortalecimento da democracia⁴⁵.

Sobre a proteção da diversidade cultural, indica-se o conteúdo da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2002, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Além disso, cita-se a Convenção da UNESCO sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, a qual encoraja intercâmbios culturais mais amplos e equilibrados, em favor do respeito intercultural e de uma cultura da paz, assim como reafirma o direito soberano dos Estados de conservar, adotar e implementar políticas e medidas para a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais⁴⁶.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reforça que os indígenas têm direito a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional, inclusive o direito de determinarem sua própria identidade ou composição, sem restar prejudicada sua cidadania nos Estados onde vivem. Sendo assim, conforme o artigo 35, os povos indígenas têm o direito de promover suas instituições, procedimentos, costumes ou sistemas jurídicos, assim como de determinar a responsabilidade dos indivíduos para com suas comunidades, desde que isso não viole os direitos humanos⁴⁷.

As Regras de Bangkok, aprovadas pela ONU em 2010, as quais dispõem sobre medidas não privativas de liberdade e o tratamento de mulheres presas, tratam também da proteção das mulheres indígenas e estipulam a obrigação do Estado reconhecer a possibilidade de discriminações e dificuldades em razão de suas origens. Além disso, preveem que a construção de políticas públicas na execução penal para indígenas seja feita com a participação das próprias mulheres e de suas comunidades⁴⁸.

A Declaração Americana dos Povos Indígenas, de 2016, dispõe, em seu artigo 1º, sobre o critério fundamental da autoidentificação⁴⁹. Isso porque,

45 OEA, 2001.

46 BRASIL, 2007.

47 ONU, 2007.

48 BRASIL, 2016c.

49 OEA, 2016.

recorrentemente, não se reconhecia determinados indivíduos *sub judice* como indígenas. Essas pessoas perpassavam o sistema jurídico sem qualquer individualização da pena e, conseqüentemente, tinham suas garantias específicas afastadas. Além disso, o item 3, do artigo 22, aponta que deve ser promovida a plena representação, com dignidade e igualdade perante a lei, utilizando-se, para tanto, de intérpretes linguísticos e culturais.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), todo esse *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados, é considerado quando da análise dos casos envolvendo pessoa indígenas.

No caso *Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai*, por exemplo, a Corte IDH reconheceu que a ausência ou a demora excessiva na demarcação de terras pelo Estado tem conseqüências negativas também na garantia de outros direitos básicos, levando à comunidade à situação de vulnerabilidade sanitária e alimentar. Sendo assim, considerou apropriado utilizar não somente o artigo 21 da Convenção Americana, que é relativo à propriedade privada, mas também as disposições da Convenção nº 169 da OIT, que reconhece a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra, tida como a base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade, sobrevivência econômica e preservação. Neste mesmo caso, a Corte entendeu que os meios jurídicos existentes nas leis paraguaias não eram suficientes e adequados, sustentando que, de acordo com o artigo 2 da Convenção, devem ser instituídos procedimentos adequados no marco do sistema jurídico nacional para processar as reivindicações de terras dos povos indígenas interessados⁵⁰.

Outra importante conquista admitida pela Corte IDH é o reconhecimento da personalidade jurídica das comunidades indígenas, pois, embora possuam o apoio de instituições públicas e da sociedade civil, encontram grandes dificuldades para oficializar sua condição perante o Estado.

No caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, a Corte IDH manifestou que os indígenas permaneciam em um “limbo jurídico em que, apesar de terem nascido e morrido no Paraguai, a sua existência e identidade nunca foram reconhecidas legalmente, isto é, eles não tinham personalidade jurídica”⁵¹. O artigo 3º da Convenção prevê a garantia do reconhecimento da personalidade

50 CORTE IDH, 2005.

51 CORTE IDH, 2006.

jurídica, considerando como um direito humano, elevando o direito para além de uma formalidade burocracia estatal. Dessa forma, a Corte IDH entendeu que “o conteúdo do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica se refere ao correlativo dever geral do Estado de procurar os meios e condições jurídicas para que esse direito possa ser exercido livre e plenamente por seus titulares”⁵².

Nesse sentido, recentemente, no Brasil, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), com o apoio de mais seis partidos políticos, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709, cujo objeto compreendia um conjunto de atos comissivos e omissivos do Poder Público, relacionados ao combate à pandemia por COVID-19⁵³. Na oportunidade, além de assegurar o direito dos povos indígenas de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas, conforme previsto na Constituição de 1988 e na Convenção 169 da OIT, e de determinar ao governo federal a adoção de medidas para conter o avanço da pandemia nos territórios indígenas, a decisão reconheceu a legitimidade ativa da APIB para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Tal reconhecimento representa um avanço na jurisprudência nacional, pois, de forma inédita, os povos indígenas acessaram ao STF em nome próprio e defendendo direito próprio, propondo uma ação de jurisdição constitucional.

Portanto, especialmente no contexto internacional, uma gama de direitos indígenas foi progressivamente assegurada e aprimorada. Nota-se que há um esforço em conceber o direito de uma forma mais coletiva, afastando-o do paradigma liberal-individualista e reconhecendo outras formas de justiça. No campo do direito penal, esses documentos normativos preveem a autonomia desses povos no limite do que não for contrário à legislação pátria e aos direitos humanos, determinando que o encarceramento deve ser evitado.

Diante da influência da legislação pátria e internacional, algumas políticas públicas de diversidade relacionadas à execução penal foram sendo implementadas em âmbito nacional. O documento do Departamento Penitenciário Nacional, intitulado “Modelo de Gestão para Política Prisional – 2016”, possui um item que trata especificamente da “Política de inclusão e singularização do atendimento às pessoas em privação de liberdade com foco na garantia de direitos e no reconhecimento das diferenças e diversidades”⁵⁴.

52 CORTE IDH, 2006.

53 BRASIL, 2020.

54 BRASIL, 2016d.

Nesse sentido, destaca-se a diretriz nº 23, sobre a necessidade do respeito às diversidades geracionais, étnico/raciais, de gênero, de nacionalidade e de religião, devendo tal deferência ser pressuposto de todas as políticas e serviços realizados durante a execução penal. A diretiva propõe, por exemplo, que as pessoas privadas de liberdade tenham alimentação, vestimentas e culto religioso de acordo com seus costumes.

Diante do exposto, verifica-se que a prisão e o processo penal com relação às condutas tipificadas possuem um rito estabelecido acerca das pessoas indígenas, promovendo a pluralidade cultural e o respeito à autonomia destes povos para a resolução de conflitos próprios. Entretanto, no Brasil, tais previsões encontravam-se dispersas, sem qualquer sistematização. Aliado a isso, as informações penitenciárias da realidade dessas populações são confusas e imprecisas.

A fim de suprir essa deficiência e na tentativa de tornar o sistema de justiça criminal brasileiro menos vulnerabilizador, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a Resolução 287/2019, orientada conforme os ditames constitucionais e internacionais, tratada na seção a seguir.

4. Resolução 287/2019 do CNJ: potencialidades e redução da vulnerabilização indígena

O Brasil é caracterizado pela riqueza cultural advinda de sua diversidade étnica. Tal característica reclama, do ponto de vista jurídico, o reconhecimento de especificidades de costumes e tradições. Ocorre que o Código Penal, o Código de Processo Penal e o Estatuto do Índio não foram atualizados com a nova perspectiva apontada pela Constituição Federal, de 1988, e pelos tratados internacionais de direitos humanos dos povos indígenas ratificados pelo Brasil.

A fim de preencher tal lacuna jurídica, o CNJ, recentemente, editou a Resolução 287/2019, estabelecendo a adoção de medidas no tratamento das pessoas indígenas acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade, bem como diretrizes para assegurar os direitos dessa população⁵⁵.

O referido conjunto de procedimentos específicos representa significativo passo rumo a um modelo de política criminal menos estigmatizante e vulnerabilizador. Ao sistematizar os procedimentos nas ações de

55 BRASIL, 2019b.

responsabilização criminal ou de execução penal de pessoas indígenas, a Resolução CNJ 287/2019 contribui para a cientificação dos atores do sistema de justiça criminal acerca das orientações paradigmáticas de respeito aos direitos dos povos indígenas.

Em seu artigo 2º, a resolução aponta que os procedimentos serão aplicados a todas as pessoas que se identifiquem como indígenas, brasileiros ou não, falantes tanto da língua portuguesa quanto de línguas nativas, independentemente do local de moradia (em contexto urbano, acampamentos, assentamentos, áreas de retomada, terras indígenas regularizadas e em diferentes etapas de regularização fundiária)⁵⁶.

O artigo 3º assevera que o reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal, inclusive na audiência de custódia. Segundo o Manual Resolução 287/2019, que contém orientações a Tribunais e Magistrados para cumprimento da resolução, a pergunta “deve ser feita de forma simples e clara, esclarecendo que o reconhecimento como indígena no processo criminal assegura direitos que protegem sua condição de indígena e suas necessidades específicas”, de forma que “a autoridade judicial deve zelar para que a pessoa acusada, ré ou condenada entenda que a sua autodeclaração como indígena não gerará tratamento discriminatório, mas irá assegurar direitos”⁵⁷.

Logo após a autodeclaração, a autoridade judicial deverá indagar acerca da etnia, da(s) língua(s) falada(s) pelo acusado, réu ou condenado e do seu grau de conhecimento da língua portuguesa. As informações serão registradas nos sistemas informatizados do CNJ e deverão constar no registro de todos os atos processuais, conforme teor do artigo 4º, visando a superação da invisibilidade jurídica dos povos indígenas⁵⁸. Cumpre dizer que as garantias específicas da pessoa indígena no processo penal estão diretamente associadas ao fato de que essa pessoa tem a sua identidade reconhecida por uma comunidade indígena.

O artigo 5º dispõe sobre a presença de intérprete, que deverá ser garantida pelo juízo. O intérprete será, preferencialmente, membro da própria comunidade indígena, em todas as etapas do processo em que a pessoa

56 BRASIL, 2019b.

57 BRASIL, 2019c, p. 20.

58 BRASIL, 2019b.

indígena íntegra. Também é recomendável o estabelecimento de parcerias com universidades públicas para credenciar profissionais, especialmente a partir das Faculdades de Letras e de Ciências Sociais. A aplicação da garantia poderá ser feita mediante solicitação da defesa, da Fundação Nacional do Índio, ou a pedido de pessoa interessada. Ela deverá ser aplicada quando a língua falada não for a portuguesa, ou se houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos⁵⁹.

O artigo 6º aponta que, ao receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, o juízo poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica. Na perícia deverá constar a qualificação, a etnia e a língua falada, as circunstâncias pessoais, culturais, sociais e econômicas, os usos, os costumes e as tradições da comunidade indígena a qual se vincula, o entendimento da comunidade indígena em relação à conduta típica imputada, bem como os mecanismos próprios de julgamento e punição adotados⁶⁰.

O laudo antropológico deverá esclarecer a correspondência entre a conduta praticada e os costumes, crenças e tradições da comunidade indígena. Isso porque, considerando que a Constituição Federal de 1988 reconhece esses valores, não pode a autoridade judicial considerar criminosa uma conduta que seja praticada de acordo com a cosmovisão indígena. Segundo o Manual Resolução 287/2019⁶¹, “essa é uma hipótese de exclusão da culpabilidade e que não se confunde com o erro sobre ilicitude, que é uma situação na qual o sujeito pratica a conduta sem sabê-la criminosa”.

Caberá ao laudo esclarecer se a conduta imputada é considerada pela própria comunidade indígena como passível de responsabilização e, em caso de resposta positiva, se existem e quais são os mecanismos próprios de justiça a serem adotados. Isso é importante porque, de acordo com o artigo 7º, deverão ser considerados os mecanismos próprios da comunidade indígena, mediante consulta prévia, por ocasião da responsabilização de pessoas indígenas⁶².

A consulta é um mecanismo que contextualiza e esclarece o sentido da conduta imputada e deve ser encarada como uma das garantias do direito

59 BRASIL, 2019b.

60 BRASIL, 2019b.

61 BRASIL, 2019c, p. 38.

62 BRASIL, 2019b.

de defesa do réu indígena. Além disso, ela é forma de efetivação do direito coletivo dos povos indígenas de se autodeterminarem. Para iniciar o processo de consulta, a autoridade judicial deve identificar interlocutores legítimos dentro da própria comunidade e informá-los sobre a existência do processo criminal, suas possíveis consequências e o direito da comunidade de se manifestar em relação àquela conduta⁶³.

Caberá à própria comunidade alcançar um entendimento, o qual será informado posteriormente à autoridade judicial. De acordo com o Manual Resolução 287/2019⁶⁴, “é importante que a consulta às comunidades indígenas sobre a forma de responsabilização do indivíduo acusado seja feita de boa-fé, oferecendo de forma clara e simples informações completas sobre a conduta imputada ao réu”, e, “de forma alguma a demora na consulta é fundamento para justificar a decretação da prisão preventiva do réu indígena”.

Identificando-se que existem mecanismos próprios da comunidade indígena para lidar com a conduta imputada, a autoridade judicial deve respeitar as práticas de justiça e de responsabilização praticadas pela comunidade originária. O parágrafo único, do artigo 7º, aponta que a autoridade judicial poderá adotar ou homologar práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena⁶⁵.

Importante esclarecer que uma das situações que pode legitimamente fundamentar a não aplicação dos mecanismos próprios da comunidade indígena é quando os atos se configurem atentatórios aos direitos humanos, como tratamentos cruéis e tortura. Afora isso, conforme Manual Resolução 287/2019⁶⁶, os métodos que são compatíveis com o sistema constitucional e internacional de direitos humanos devem ser respeitados pela autoridade judicial.

O artigo 8º menciona que, na imposição de qualquer medida cautelar alternativa à prisão, a autoridade judicial deverá adaptá-la às condições e aos prazos que sejam compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa indígena. Ainda, conforme teor do artigo 9º, quando não for o caso do artigo 7º, qual seja, a homologação de práticas de resolução

63 BRASIL, 2019b.

64 BRASIL 2019c, p. 38.

65 BRASIL, 2019b.

66 BRASIL, 2019c.

de conflitos e de responsabilização, as mesmas adaptações deverão ser feitas na ocasião da definição da pena e do regime de cumprimento⁶⁷.

Verifica-se, portanto, que os procedimentos elencados, ao contemplarem ferramentas para identificar e processar especificidades no tratamento jurídico-penal, assumem a postura de reconhecimento da pluralidade étnica dos brasileiros. Trata-se de mais um passo no enfrentamento do estado de crise penal, reconhecendo seus problemas profundos e estruturantes, os quais causam impactos ainda mais graves para grupos vulneráveis, como são os povos indígenas.

Dentro desse contexto de crise penal, no que tange à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, a Resolução CNJ 287/2019 também possui grande contribuição. Isso porque, segundo o CNJ⁶⁸:

A superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional passa pela articulação de parcerias com os entes da federação e pela adoção de medidas que atentem, simultaneamente, para a porta de entrada do sistema prisional, evitando o encarceramento excessivo e penas desproporcionais, e para as condições de performance e qualidade como se desenvolve a execução penal. Esse é exatamente o sentido da Resolução nº 287/2019, que se baseia: (a) na excepcionalidade extrema do encarceramento indígena, (b) no reconhecimento da possibilidade de responsabilização por meio de medidas não estatais ou não restritivas de liberdade e (c) na previsão de garantias específicas aos indígenas em estabelecimentos penais.

Considerando que o aprisionamento se trata de medida excepcional, o artigo 10 aduz que, não havendo condições para aplicação do disposto nos artigos 7º e 9º, a autoridade judicial deverá aplicar, sempre que possível e mediante consulta à comunidade indígena, o regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), diante da condenação a penas de reclusão e de detenção⁶⁹.

A medida prevê a excepcionalidade do encarceramento indígena. Sendo assim, o CNJ⁷⁰ recomenda que autoridade judicial justifique em sua sentença “por que, primeiramente, não homologou métodos tradicionais de solução

67 BRASIL, 2019b.

68 BRASIL, 2019b, p. 7-8.

69 BRASIL, 2019b.

70 BRASIL, 2019b, p. 31-32.

de conflitos; em segundo lugar, por que não aplicou penas restritivas de direitos; e, em terceiro lugar, por que não aplicou o regime de semiliberdade”.

No que tange à determinação de prisão domiciliar, o artigo 11 discorre que deverá ser considerado como domicílio o território ou circunscrição geográfica de comunidade indígena, quando compatível e mediante consulta prévia. Se a prisão domiciliar for imposta à mulher indígena mãe, gestante, ou responsável por crianças ou pessoa com deficiência, esta será cumprida na comunidade, para fins do disposto no artigo 318-A do Código de Processo Penal, conforme preconiza o inciso I, artigo 13, da Resolução CNJ 287. O inciso II, por sua vez, trata do acompanhamento da execução das mulheres indígenas beneficiadas pela progressão de regime, nos termos dos artigos 72 e 112 da Lei de Execução Penal, devendo ser realizada em conjunto à comunidade⁷¹.

O artigo 14 versa sobre os estabelecimentos penais onde houver pessoas indígenas privadas de liberdade. O dispositivo preconiza que o juízo de execução penal, no exercício de sua competência de fiscalização, deverá zelar para que seja garantida à pessoa indígena assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme sua especificidade cultural. Em seus incisos, o artigo ainda aponta medidas especiais a serem tomadas quando da realização de visitas sociais, do fornecimento da alimentação, da assistência à saúde, da assistência religiosa, do trabalho e da educação. Tais previsões demandam a criação de políticas públicas etnicamente orientadas dentro das penitenciárias⁷².

Nesse sentido, pode-se dizer que a Resolução 287 já impulsionou a modificação de práticas dentro no sistema carcerário brasileiro. Isso porque, em dezembro de 2019, através da Nota Técnica nº 53/2019, a Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos (DIAMGE), vinculada à Coordenação-Geral da Cidadania e Alternativas Penais (CGCAP), da Diretoria de Polícias Penitenciárias (DIRPP), do DEPEN, recomendou aos órgãos estaduais de administração penitenciária a adoção de medidas necessárias e efetivas à custódia das pessoas indígenas privadas de liberdade nos estabelecimentos penais⁷³.

71 BRASIL, 2019b.

72 BRASIL, 2019b.

73 BRASIL, 2019d.

A nota técnica recomenda um protocolo de atuação, respaldando o trabalho de execução penal na atenção a toda pessoa que se reconhece e se identifica como indígena. Entre os procedimentos recomendados na porta de entrada estão:

1º perguntar o nome completo da pessoa indígena; 2º caso a pessoa não fale/ domine a língua portuguesa, demonstre incompreensão quanto aos procedimentos a que está sendo submetida ou quanto às regras de comportamento do estabelecimento prisional, deverá ser providenciada a presença de intérprete (preferencialmente membro da comunidade a que pertence a pessoa presa); 3º perguntar o nome do povo/etnia a qual pertence, a língua que fala e onde vive (aldeia/terra indígena/comunidade); 4º perguntar se a pessoa possui alguma documentação; 5º informar imediatamente à FUNAI local, ou regional mais próxima, os dados da pessoa indígena presa para conhecimento e providências; e 6º alocar a pessoa indígena em segurança.⁷⁴

Outro procedimento indicado é que, no momento do cadastro, o agente responsável cientifique o indivíduo da possibilidade de autodeclaração, e informe-o sobre as garantias decorrentes dessa circunstância. Sobre os espaços de alocação, aponta a necessidade de a administração penitenciária oferecer espaços de vivência específicos, condicionada à sua expressa manifestação de vontade⁷⁵.

Em relação à linguagem, recomenda que, para as pessoas indígenas encarceradas que não tenham pleno domínio da língua portuguesa, a administração penitenciária forneça, no âmbito administrativo, serviço de intérprete. Quanto à obrigatoriedade do corte de cabelo, não poderá a administração penitenciária invocar o princípio da higiene para realizá-lo, tendo em vista que os indígenas têm assegurado o direito de viverem conforme os seus costumes⁷⁶.

Quanto à assistência à saúde, o estabelecimento penal deverá encaminhar os indígenas para os postos de atendimento da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) mais próximo da unidade prisional ou firmar acordo para atendimentos na própria unidade. Quanto aos hábitos alimentares e religiosidade, recomenda que a unidade permita a entrada de objetos de culto

74 BRASIL, 2019d.

75 BRASIL, 2019d.

76 BRASIL, 2019d.

e comidas tradicionais, bem como garanta a expressão religiosa dentro dos estabelecimentos penais segundo as matrizes indígenas⁷⁷.

Sobre as atividades educacionais e laborais, a nota técnica⁷⁸ aponta que o estabelecimento prisional deve considerar a valorização das línguas, culturas, conhecimentos, saberes e práticas tradicionais, possibilitando, por exemplo, para fins de remição pelo trabalho, a prática do artesanato.

Em relação à documentação, esta deverá seguir o fluxo regular de todo cidadão, e quanto ao cadastro de visitantes indígenas, para além dos laços de consanguinidade, deverá ser admitida a visita de pessoas da família natural ou extensa, de pessoas da mesma comunidade e povo, bem como de outros povos indígenas. A nota técnica destaca, ainda, a importância de se ater às especificidades de gênero das mulheres indígenas presas⁷⁹.

Por fim, indica que todas as administrações prisionais estaduais que possuem população indígena presas proporcionem a capacitação e a formação continuada aos servidores, especialmente através das suas escolas penitenciárias, considerando a perspectiva dos direitos humanos e os princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero⁸⁰.

Essa última recomendação se aproxima ao elencado no artigo 16 da Resolução 287, que trata da importância do aperfeiçoamento de servidores e membros que atuam nas Varas Criminais, Juizados Especiais Criminais e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Varas de Execução Penal, notadamente nas Comarcas e Seções Judiciárias com maior população indígena⁸¹.

Diante do exposto, compreende-se que a Resolução 287 do CNJ é um potente instrumento de redução da vulnerabilização indígena no âmbito penal e penitenciário brasileiro, observando os princípios constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e acompanhando os objetivos fundamentais da redução de desigualdades sociais e de não discriminação. Isso porque procura especialmente modificar a realidade de negação de direitos experimentada pelas pessoas indígenas sob custódia penal.

77 BRASIL, 2019d.

78 BRASIL, 2019d.

79 BRASIL, 2019d.

80 BRASIL, 2019d.

81 BRASIL, 2019b.

A Resolução 287 possui destacado fator de impacto no âmbito da criação e ampliação de alternativas penais envolvendo pessoas indígenas. Importante mencionar que, de acordo com o indicado pelas diretrizes nacionais de política criminal e penitenciária, as alternativas penais são mecanismos de intervenção em conflitos e violências, diversos do encarceramento, orientados para a restauração das relações e promoção da cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade. Os respectivos eixos compreendem: a intervenção penal mínima, desencarceradora e restaurativa; dignidade, liberdade e protagonismo das pessoas em alternativas penais; e ação integrada entre entes federativos, sistema de justiça e comunidade para o desencarceramento⁸². Assim, verifica-se o relevante tensionamento da Resolução em direção à viabilização de alternativas ao encarceramento.

Ainda mais potente é o conjunto de disposições que dão sustentação para a atuação de magistrados na homologação de práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas próprios das comunidades indígenas, além de consulta prévia ao entendimento da respectiva comunidade sobre a problemática enfrentada, assim como na utilização de outros mecanismos que não sejam encarceradores. Isso sinaliza um caminho próximo ao multiculturalismo, diante da coexistência de formas culturais diferentes⁸³ no seio do aparato jurídico e o reconhecimento e inclusão do “outro”.

Junto a isso, nota-se a abertura para um pluralismo jurídico, emanando esse “outro” direito dos saberes e costumes essenciais das comunidades indígenas, conhecendo a existência de múltiplas realidades, formas de ação prática, diversidades de campos sociais e particularidades próprias.⁸⁴

A Resolução, nos termos apresentados, repensa o próprio direito, reconhecendo a impregnação da colonialidade que ainda explora, violenta e silencia as comunidades indígenas. Mesmo dentro de um contexto de sistema de justiça criminal albergado pelo Estado Democrático de Direito, percebe-se não só a gramática da negação de direitos como a compostura de violação da cultura dos povos indígenas. Nesse aspecto, a Resolução 287 do CNJ, ao buscar o seu fundamento de validade do bloco constitucional relativo aos direitos indígenas, reposiciona a justiça criminal na busca pela

82 PIMENTA, 2016.

83 SANTOS; NUNES, 2003, p. 26.

84 WOLKMER, 2001, p. 171 ss.

potencialização das respectivas realidades e singularidades (seletividade, vulnerabilidade, segregação, discriminação etc.), cujos obstáculos decorrem dos impactos do colonialismo na carga punitiva estatal.

Dessa forma, é imprescindível não só a intensificação de estratégias de luta direcionadas a um “novo direito”, mas também – e, imprescindivelmente – de resistência à própria cultura de encarceramento e à violação sistemática de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

5. Conclusão

O artigo analisou a contribuição da Resolução 287/2019 do CNJ para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro. Na primeira seção, foi apresentado o contexto penal e penitenciário relacionado às pessoas indígenas, destacando-se o estado de Mato Grosso do Sul, em razão de possuir a maior taxa de encarceramento indígena do país. Em seguida, foram estudados os direitos indígenas positivados em normativas em âmbito nacional e internacional, os quais foram importantes para dar sustentação à elaboração da Resolução CNJ 287/2019. Já a terceira seção avaliou as recomendações trazidas pela recente Resolução do CNJ, expondo o relevante papel de incentivo a determinadas políticas criminais e penitenciárias direcionadas a pessoas indígenas.

No panorama jurídico-normativo internacional, os direitos dos povos indígenas foram progressivamente reformulados, reconhecendo-se a multiculturalidade e o respeito às particularidades desses grupos étnicos. No contexto nacional, muito embora a previsão de importantes mandamentos constitucionais de proteção ao conjunto de direitos indígenas, constata-se uma persistente composição e gramática hostil e degradante do sistema penal e penitenciário a essas comunidades. A realidade observada especificamente no estado de Mato Grosso do Sul é apenas um fragmento do quadro vivenciado nas unidades penais do país.

Reconhecendo, em certa medida, tais vulnerações e deficiências, o CNJ, com base no bloco de constitucionalidade relativo aos direitos indígenas, publicou a Resolução 287/2019, estabelecendo procedimentos de tratamento das pessoas indígenas acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade, de modo a assegurar os direitos dessa população no âmbito de justiça criminal.

Entende-se que a Resolução é um vigoroso documento de redução da vulnerabilização das pessoas indígenas no sistema penal e prisional brasi-

leiro, eis que busca notadamente transformar a velha práxis de negação de direitos em uma realidade de respeito e reconhecimento aos direitos e às diversidades culturais dos povos indígenas.

Aliado a isso, relevante mencionar seu pontual caráter descarcerizador e multiculturalista, ao reconhecer e considerar formas alternativas de resolução de conflitos originadas e em conformidade com os próprios costumes e normas das comunidades indígenas. Nesse aspecto, a justiça criminal se abre para um pluralismo jurídico de deferência aos saberes, costumes, realidades e formas de sociabilidades provindos de povos indígenas.

Por tudo, a Resolução reconhece a penetração da colonialidade no aparato punitivo estatal e o constante e sistemático silenciamento dos indígenas, e apresenta estratégias para reposicionar a justiça criminal de modo a potencializar a efetivação de cotas de direitos indígenas em âmbito penal e prisional. Porém, os obstáculos, não só decorrentes do colonialismo, mas também enraizados na estrutura histórico-social e política do país, e registrados dia a dia pela sistemática violação de direitos fundamentais nas prisões, exigem uma luta verdadeiramente direcionada à cultura do encarceramento em massa e de superação da opção custodial como instrumento de sofrimento e intensificação da exclusão social.

Referências

- ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler. Realidades prisionais e vulnerabilização étnica: aspectos sobre a questão indígena no sistema penitenciário brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.13, n. 3, p. 1140-1168, 3º quadrimestre de 2018.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA); PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR). *Criminalização e Situação Prisional de Índios no Brasil*. Edital Projeto de Pesquisa ESMPU nº 19/2006. Relatório Final. Brasília: ABA, 2008. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/Criminalizacao_2007.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.
- AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS. *Prisoners in Australia*. Canberra: Australian Bureau of Statistics, 2018. Disponível em: <https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Lookup/by%20Subject/4517.0~2018~Main%20Features~Aboriginal%20and%20Torres%20Strait%20Islander%20prisoner%20characteristics%20~13>. Acesso em: 20 abr. 2020.

- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os indígenas no censo demográfico 2010: primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Brasília: IBGE; 2010a. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2019*. Brasília, DF: DEPEN, dez. 2019a. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2ZlZWVmNzktNjRl-Zi00MjNiLWFhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectionfcba26a9505b7d89db96&pageName=ReportSection8353ed61d1ee3a4d8730>. Acesso em: 08 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - dezembro de 2014*. Brasília, DF: DEPEN, dez. 2014. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – dezembro de 2016*. Brasília, DF: DEPEN, dez. 2016a. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-dez-2016-rev-12072019-0802.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen – junho de 2016*. Brasília, DF: DEPEN, jun. 2016b. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/Infopenjun2016.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Cidadania nos presídios*. Brasília, DF: CNJ, [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carce-rario/cidadania-nos-presidios/>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*. Brasília, DF: Presidência da República, 19 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Súmula 140*. Terceira Seção, em 18.05.1995. Brasília, DF: RSSTJ, a. 4, n. 10, p. 191-213, julho 2010b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_10_capSumula140.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007. *Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005*. Brasília, DF: Presidência da República, 01 ago. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6177.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília, DF: CNJ, 2016c.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 709, Distrito Federal*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 8 de julho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 22 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Modelo de Gestão para a Política Criminal*. Brasília, DF: DEPEN, 2016d. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-degestao_documento-final.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Manual Resolução 287/2019*: procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade - orientações a tribunais e magistrados para cumprimento da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: CNJ, 2019b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resolu%C3%A7%C3%A3o-287-2019-CNJ.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução no 287 de 25/06/2019. *Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário*. Brasília, DF: CNJ, 25 jun. 2019c. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. (DEPEN). *Nota Técnica n.º 53/2019/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ*. Brasília, DF: DEPEN, 06 dez. 2019d. Disponível

- em: <http://depen.gov.br/DEPEN/NotaTcnicaIndgenas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020
- CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). *Situação dos detentos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul*. 1. ed. Brasília/DF: CTI, 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*: Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Costa Rica: Corte IDH, 17 jun. 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*: Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Costa Rica: Corte IDH, 29 mar. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.
- HOGG, Russell. Penalty and Modes of Regulating Indigenous Peoples in Australia. *Punishment & Society*, London e Nova Déli, v. 3, n. 3, p. 355–379, jul. 2001.
- LACERDA, Rosane Freire. Responsabilidade penal e situação carcerária indígena no Brasil: uma realidade a ser desvelada. In: RANGEL, Lúcia Helena (Coord.). *Relatório Violências Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados 2010*. Brasília, DF: Conselho Indigenista Missionário (CIMI), 2010, p. 16-20.
- MATO GROSSO DO SUL. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN/MS). *Relação de Indígenas Processados e Condenados pela Justiça Estadual/Federal e Estrangeiros - Referência Março/31-03-2020*. Campo Grande: AGEPEN/MS, 31 mar. 2020. Disponível em: <http://www.agepen.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/REFMAR%C3%87O-2020-%C3%8Dn-d.e-Just.Fed-31-03-2020.-1.pdf>. Acesso em 17 abr. 2020.
- MENDES, Karla; ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de. Super-representação dos Kaiowá e Guarani no sistema penitenciário: um pedaço da Austrália em Mato Grosso do Sul. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (Org.). *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 158-188.
- MENDES, Neyla Ferreira. A etnofobia no sistema penal: os indígenas presos em Mato Grosso do Sul. AMADO, Luiz Henrique Eloy (Org.). *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 189-214.

- MENEZES, Gustavo Hamilton de Sousa. O conceito de aculturação indígena na antropologia e na esfera jurídica. In: MELO, Juliana; SIMIÃO, Daniel; BAINES, Stephen (Org.). *Ensaio sobre justiça, reconhecimento e criminalidade*. 1ed. Natal: EDUFRN, 2016, p. 519-540.
- NOLAN, Michael Mary; BALBUGLIO, Viviane. “Se não há índios, tampouco há direitos”: uma análise de dados sobre pessoas indígenas em situação de prisão no Brasil a partir do uso dos mecanismos da lei de acesso à informação. In: AMADO, Luiz Henrique Eloy (Org.). *Justiça Criminal e Povos Indígenas no Brasil*. São Leopoldo: Karywa, 2020, p. 74-92
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*. Washington, DC: Assembleia Geral da OEA, 11 set. 2001. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. *Declaración Americana Sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Washington, DC: Assembleia Geral da OEA, 14 jun. 2016. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais*. Genebra: Conferência Internacional do Trabalho, 1989. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.html. Acesso em: 18 abr. 2020.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 107*. Genebra: Conferência Internacional do Trabalho, 1957. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf). Acesso em: 21 fev. 2021.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Nova Iorque: Assembleia Geral, 107ª Sessão Plenária, 13 set. 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 21 fev. 2021.
- PIMENTA, Victor Martins (Coord.). *Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais*. Brasília: DEPEN, CNJ, PNUD, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/285/1/Postulados%2c%20Princ%3adpios%20e%20Diretrizes%20para%20a%20Pol%3adtica%20de%20Aalternativas%20Penais.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2021.

- SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, Introdução.
- SILVA, Cristhian Teófilo da. O índio, o pardo e o invisível: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil. *Antropolítica (UFF)*, Niterói, v. 34, p. 137-158, 2013.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal e direitos coletivos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (Org.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 75-100.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Estatuto dos Povos Indígenas*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

Recebido em 25 de abril de 2020.

Aprovado em 05 de setembro de 2020.

RESUMO: O artigo estuda a potencialidade da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a redução de vulnerabilização indígena no sistema penal e prisional brasileiro. Por meio de revisão bibliográfica, pesquisa documental e método dedutivo, busca verificar em que medida a Resolução 287 do CNJ pode contribuir com uma política criminal humano-dignificante em respeito aos direitos indígenas. A primeira seção apresenta o contexto penal e prisional em relação às pessoas indígenas no país. A segunda seção mostra os direitos específicos destinados aos povos indígenas, tanto em âmbito nacional quanto internacional, os quais deram sustentação para a formulação da Resolução. Por fim, a terceira seção analisa as recomendações da Resolução e a sua contribuição na proteção de direitos e redução dos níveis de vulnerabilização indígena na conjectura penal e prisional brasileiro. Conclui que a Resolução tem, a partir do caráter descarcerizador e multiculturalista, potencialidade de transformar a velha práxis de negação de direitos em uma realidade de respeito e reconhecimento aos direitos e às diversidades culturais dos povos indígenas.

Palavras-chave: justiça criminal, indígenas, direitos, vulnerabilização, sistema penal.

ABSTRACT: The article studies the potential of Resolution 287/2019 of the National Council of Justice to reduce indigenous vulnerability in the Brazilian penal and prison system. Through bibliographic review, documentary research and deductive method, it seeks to verify to what extent Resolution 287 of the National Council of Justice can contribute to a human-dignified criminal policy with respect for indigenous rights. The first section presents the penal and prison context in relation to indigenous people in the country. The second section shows the specific rights for indigenous peoples, at national and international levels, which supported the formulation of the Resolution. Finally, the third section analyzes the recommendations of the Resolution and its contribution to the protection of rights and reduction of the levels of indigenous vulnerability in the Brazilian penal and prison context. It concludes that the Resolution has, from the decarcerizing and multiculturalist character, the potential to transform the old praxis of denial of rights into a reality of respect and recognition of the rights and cultural diversity of indigenous peoples.

Keywords: criminal justice, indigenous people, rights, vulnerability, penal system.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: ALMEIDA, Bruno Rotta; SALLET, Bruna Hoisler. Justiça criminal e direitos indígenas: potencialidades da Resolução 287/2019 do CNJ para a redução da vulnerabilização indígena no sistema penal brasileiro. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1461>.

Stealth marketing: captura ilícita do consumidor por meio de estratégias sociopsicológicas

Stealth marketing: Illicit capture of the consumer through sociopsychological advertising strategies

Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa*

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal – RN, Brasil

Fabício Germano Alves**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal – RN, Brasil

1. Introdução

No mundo globalizado do século XXI, a disputa por espaço no mercado de consumo está, paulatinamente, alcançando patamares antes inimagináveis, em razão de a quantidade de produtos e de serviços competitivos estar sempre

* Professor e Mentor da Insigne Acadêmica. Editor-chefe da Insigne Acadêmica Editora. Messtrando em Direito (PPGD/UFRN). Pós-graduado em Metodologia da Pesquisa Científica (FACSU) e em Linguística Aplicada (Intervale). Pós-graduado em Publicidade/Comportamento do Consumidor e em Docência no Ensino Superior (FACSU). Graduado em Direito (UFRN). Graduando em Pedagogia (FACSU). Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq Direito das Relações de Consumo. Membro do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRELCON). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8307765062275242>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3357-2270>. E-mail: pedro.damatta@outlook.com.br.

** Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP), Direito Eletrônico (Estácio), Direito Autoral e Propriedade Intelectual (Uniamérica), Direito Educacional (Uniamérica), Publicidade e Propaganda: mídias, linguagens e comportamento do consumidor (Intervale), Marketing Digital (Intervale), Docência no Ensino Superior (FMU), Metodologias em Educação a Distância (Intervale) e Metodologia da Pesquisa Científica (FACSU). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo. Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRELCON). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA). Avaliador do INEP/MEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4247505371266682>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8230-0730>. E-mail: fabriciodireito@gmail.com.

umentando. Nesse espectro, a ampliação das alternativas para a captura de consumidores específicos tem evoluído concomitantemente à premência de lucro dos fornecedores. O consumidor passa a ser fortemente disputado entre os fornecedores e, como ente vulnerável, por vezes, não chega sequer a perceber que está sendo ludibriado pelos anunciantes. A publicidade e suas ramificações surgem como estratégias concorrenciais dentro do mercado cuja inovação e criatividade, no que tange à sua veiculação, são essenciais para ganhar espaço e reconhecimento. Embora prejudiciais aos consumidores, na perspectiva puramente mercadológica, é necessário que novas técnicas publicitárias sejam inseridas no mercado para fins de obtenção de resultados lucrativos mais elevados.

Entretanto, a problemática da questão transita em torno da análise deliberativa entre dois fatores. Por um lado, a necessidade de inovação criativa e eficaz por parte dos fornecedores para com a utilização de campanhas publicitárias que acabam por lesar o mercado de consumo, sobretudo, quando não possuem a devida regulamentação. Por outro, a desonestidade publicitária para com o consumidor, haja vista que a identificação dos anúncios é prejudicada em virtude das estratégias utilizadas que denotam uma captura abusiva do consumidor.

Devido à tal necessidade de investimento em novas práticas publicitárias, o *stealth marketing* ganha espaço dentro do mercado como uma espécie de publicidade invisível, furtiva, clandestina, cujo intuito refere-se à captura da atenção do consumidor e ao despertar de novas necessidades no seu inconsciente. Ou seja, a publicidade disfarçada possibilita que o fornecedor consiga consumidores específicos e, por vezes, em massa para a ascensão da sua marca.

Portanto, demonstrar-se-á quais são os limites jurídicos do *stealth marketing* e como sua suposta abusividade é caracterizada. Para isso, algumas das espécies da publicidade furtiva serão mencionadas e explicadas, com o fito de estabelecer uma conexão analítica entre cada uma delas e elucidar a sua possível ilegalidade. Nesse contexto, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990 – deu um passo importante na tentativa de reduzir a disseminação da publicidade furtiva, cuja caracterização ocorre pela utilização de técnicas as quais dificultam a capacidade de discernimento do consumidor, o qual, por vezes, sequer percebe que está exposto a uma mensagem de caráter publicitário.

Utilizar-se-á, assim, da natureza objetiva descritiva, a qual descreve as características do empecimento questionado, bem como, por vezes, suas

possibilidades de solução. Adequar-se-á às técnicas de coleta de pesquisa padrão, a saber, pesquisa doutrinária e/ou leitura documental, assim como leitura informativa por seleção e de forma interpretativa. A primeira, informativa, visará a seleção das informações mais importantes relacionadas à publicidade e à sua possível regulação. Sendo assim, a determinação prévia dos diversos propósitos específicos é substancial, uma vez que consiste na eliminação do supérfluo e na concentração das informações pertinentes ao estudo. Enquanto a segunda, a interpretativa, relacionará os textos dos autores estudados com os problemas para os quais, por intermédio da leitura analítica, buscar-se-á soluções para a regulação do *stealth marketing*¹.

Quanto à estruturação do presente artigo, dividir-se-á em 3 tópicos. O primeiro dissertará sobre o consumo e sobre o comércio eletrônico, uma vez que o meio tecnológico é uma ferramenta basilar para o desenvolvimento das práticas comerciais. Inserirá, ainda, a “defesa do consumidor” no patamar constitucional, haja vista que pode ser qualificada como um direito de ordem fundamental e social, bem como princípio da ordem econômica. Ademais, conceituará a relação jurídica de consumo, bem como os seus elementos essenciais e relacionará o conceito de consumidor equiparado com as definições interdisciplinares de publicidade, com o fito de enquadrar o *stealth marketing* como prática cuja regulação dá-se pelo microsistema consumerista.

Posteriormente, o segundo conceituará e caracterizará tal prática publicitária, além de citar, exemplificar e dissertar sobre as suas espécies principais – publicidade subliminar, *product placement* (*merchandising*), publicidade redacional, *buzz marketing* e *astroturfing*.

Já o terceiro relacionará cada uma das supracitadas espécies da publicidade furtiva com o conceito de publicidade abusiva que é formado a partir das previsões constantes no Código de Defesa do Consumidor e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e seus Anexos.

2. Relação jurídica de consumo e publicidade no comércio eletrônico sob a égide constitucional

As relações de consumo do século XXI ocorrem em alta escala dentro das plataformas de *marketplace*, caracterizando o comércio eletrônico (*e-commerce*). Por isso, a definição dos termos presentes no trabalho torna-se de

1 LAKATOS; MARCONI, 2017.

primordial importância para a devida análise. Ao mencionar os primórdios do consumo e sua relação com as necessidades consumeristas dentro da era cibernética, a defesa do consumidor é alçada como direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Posteriormente, com o fito de demonstrar a necessidade de estudo da publicidade, norteadas pelo conceito de consumidor equiparado do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, a relação jurídica de consumo, juntamente com os seus elementos, é definida para que a publicidade possa ser estudada por meio de definições bibliográficas e associada à égide social e psicológica da comunicação publicitária relacionada à literatura brasileira.

a. Consumo e comércio eletrônico

Na história da humanidade, a virtude esteve associada ao comedimento e à renúncia. Desde a Idade Média, o indivíduo virtuoso era aquele que abominava o luxo. Já no espectro religioso, os pobres acreditavam que ao padecer na Terra, ganhariam o Paraíso. A partir do século XIX, de maneira semelhante, quando a industrialização possibilitou mais conforto às sociedades, surgiu um choque, muitas vezes inconsciente, causado pelo consumo de produtos que ofereciam “prazer”².

Tudo que era relativo à moral alterou-se. Padrões de comportamento foram abandonados, superados e substituídos pelos que facilitavam o consumo e a vida em sociedade. Depois de alguns séculos, ficou mais importante o “ter” no lugar do “ser”³. Por isso, o consumo, dentro das relações econômicas, foi disseminado de maneira natural e passou a ser compreendido como um conjunto de processos socioculturais e psicológicos cuja apropriação dos produtos é efetivada pelos consumidores⁴.

A transição secular do nascimento da internet e da revolução tecnológica trouxe consigo um bombardeio informacional alarmante visto nas mais variadas esferas sociais⁵. O desenvolvimento da tecnologia informacional no âmbito cibernético, por sua vez, trouxe consigo a busca constante pela verdade dentro das relações sociais. Dentro do mercado físico ou eletrônico,

2 CHIAVENATO, 2015.

3 BAUDRILLARD, 1995.

4 CANCLINI, 1999.

5 TAKASE, 2007.

mais ainda, o consumidor do século XXI, dotado de aparelhos, de mecanismos e de ferramentas as quais auxiliam a vida em sociedade, esmiúça uma quantidade infinitésima de produtos e de serviços à procura dos que supram as suas premências⁶.

Sob tal ponto, as diversas transformações socioeconômicas – v.g. as novas características de “acumulação flexível do capital”⁷, os meios de comunicação de massa, as transações de mercado operadas pelas corporações multinacionais, mas também as propensões sociais e psicológicas, como o individualismo e o impulso de realização pessoal por meio da autoexpressão, a busca de segurança e identificações coletivas e a publicidade abusiva a incorporar novos conceitos sobre as necessidades dos consumidores⁸ – abriram espaço para a criação de um mecanismo inovador capaz de suprir as urgências do mercado de consumo do século XXI.

Sendo assim, o comércio eletrônico, fortificado para criação das plataformas de *marketplace*, ganhou sua atmosfera cibernética merecedora. Devido à sua vastidão funcional, “comércio eletrônico” é um termo utilizado para caracterizar toda e qualquer transação comercial em cujas partes interagem no espectro eletrônico, ao invés de estabelecer contato presencial concomitante e direto⁹. É caracterizado, ainda, pelas operações comerciais cujo desenvolvimento concebe-se por meios eletrônicos ou informáticos, ou melhor, por um complexo de comunicações cibernéticas realizadas para fins publicitários ou contratuais entre os fornecedores e os seus consumidores¹⁰. Logo, a contratação eletrônica é qualificada como a celebração de contratos mediante ambientes informatizados com mecanismos eletrônicos.

Para que tudo isso ocorra com efetividade, as plataformas de *marketplace* atuam como instrumentos facilitadores entre tais relações de consumo no meio eletrônico. É nessa atmosfera virtual que diversos tipos de anúncios publicitários podem ser veiculados, uma vez que nesse ambiente existe a participação *online* de organizações, de sociedades empresariais, de comunidades e/ou de particulares, cujo objetivo comum é a troca comercial e o

6 MOURA, 2018.

7 HARVEY, 1994.

8 MANCEBO *et al.*, 2002.

9 KLEE, 2014.

10 MIRANDA SERRANO, 2012.

acesso aos conteúdos disponíveis¹¹, caracterizando, por diversas vezes, a relação de consumo, cuja importância foi alçada ao patamar constitucional.

b. Caráter constitucional da defesa do consumidor

Com o fito de definir e caracterizar com exatidão a relação jurídica de consumo, é de essencial importância mencionar o caráter constitucional da defesa do consumidor. Sendo assim, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em cuja elevação da defesa dos direitos e interesses dos consumidores foi efetivada em caráter constitucional, que o espectro consumerista adquiriu uma significativa importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e, por conseguinte, na aplicação do próprio Direito como um todo. Ao tratar, inclusive, desse tema especificamente em diversos dispositivos, dentre os quais se destacam a inclusão no rol dos direitos fundamentais e como princípio regente da ordem econômica¹².

O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil trouxe a seguinte determinação: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Primordialmente, inserido no Título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, pode-se concluir que é dotado de duplo caráter difuso¹³ e que a consagração de tal artigo funciona como uma exigência revestida de todas as características as quais são intrínsecas aos direitos fundamentais.

Ademais, por força da referida disposição constitucional, a defesa do consumidor foi consagrada também como um objetivo a ser efetivado pelo Estado, além de ter sido constituída como direito fundamental, ao constar, até mesmo, no rol de cláusulas pétreas da Constituição da República Federativa do Brasil – artigo 60, §4º, inciso IV. Por isso, é possível alegar que o dispositivo faz referência ao caráter de norma definidora de direito e, também, de norma objetivo, em razão de ser instrumento da consagração de um direito no ordenamento jurídico que institui ao Poder Público a obrigação de alcançar um desígnio primordial¹⁴.

11 PEREIRA, 2001.

12 BRASIL, 1988.

13 DIMOULIS; MARTINS, 2020.

14 SARLET, 2018.

A defesa do consumidor, então, pode ser classificada como um “direito fundamental de natureza prestacional” – *status positivus*¹⁵. Isso significa que se trata de um dever estatal de atuação positiva do Poder Público para fins de promoção do direito instituído, no caso, a defesa do consumidor¹⁶. Mais ainda, tal cumprimento ocorre por meio de medidas de caráter preventivo – legislativas – contra supostas violações do direito em questão, por parte dos particulares – dever estatal de cunho tutelar – que devem criar mecanismos, dentre os quais se destacam as políticas públicas, cuja possibilidade beira a concretização no meio social.

As “garantias institucionais” ou as “garantias de organização” são as ferramentas cuja finalidade diz respeito à efetivação de um determinado direito no âmbito social da atuação positiva do Estado¹⁷. Essas, por sua vez, possuem o seu efetivo exercício por instituições e, assim, no que tange à proteção e defesa do consumidor, notadamente, certos órgãos podem ser citados – v.g. o Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor (PROCON), a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (SENACON), o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), a Escola Nacional de Defesa do Consumidor (ENDC) etc.

Isto posto, o acesso aos direitos dos consumidores é garantido mediante o êxito de políticas públicas cuja promoção seja relativa à melhoria de vida para com os seus destinatários – seja por meio do oferecimento individualizado de bens e/ou serviços aos que não podem adquiri-los, seja pela prestação de serviços universais monopolizados – ações fáticas positivas –, como também por intermédio da criação de normas voltadas para tutelar os interesses garantidos por direitos fundamentais – ações normativas positivas¹⁸. Assim, aplicam-se às três funções estatais precípua, a Executiva, a Legislativa e a Judiciária a responsabilidade de promover a efetivação dos direitos¹⁹. Visto isso, há de se entender a natureza da relação de consumo, uma vez que os direitos dos consumidores estão entre as espécies de direitos coletivos *lato sensu* de natureza prestacional – *status positivus*.

15 FERNANDES, 2020.

16 CANOTILHO, 2018.

17 TAVARES, 2019.

18 MENDES; BRANCO, 2018.

19 PIOVESAN, 2018.

c. Relação jurídica de consumo

Não há um dispositivo sequer cuja definição de relação de consumo esteja disposta de maneira explícita, seja no Código de Defesa do Consumidor²⁰, seja nas disposições regulatórias as quais compõem o microsistema consumerista brasileiro. Em virtude dessa ausência, o critério basilar para identificação da relação jurídica de consumo é a conceituação e interligação dos seus elementos²¹: subjetivos, objetivos e causal. O primeiro é relativo à existência de consumidor e de fornecedor, o segundo a de produto e de serviço²², enquanto o terceiro faz referência à destinação final do bem, sendo norteada pelas três teorias de caracterização do destinatário final: maximalista²³, finalista²⁴ e finalista atenuada²⁵.

É prudente, então, iniciar pela conceituação de consumidor, cujas quatro acepções já podem ser deduzidas do Código de Defesa do Consumidor, sendo uma delas direta (*stricto sensu*) e três delas por equiparação (*lato sensu*). Em primeiro lugar, o consumidor direto (artigo 2º, *caput*) pode ser considerado um sujeito de mercado cujos produtos e serviços são adquiridos ou utilizados com o fito de satisfazer as suas necessidades e dos seus familiares²⁶. Assim, o valor atribuído ao objeto de consumo é que importa para tal definição, uma vez que o consumo constitui uma das facetas da vida em sociedade, todas as pessoas são consideradas consumidoras²⁷. Mais ainda, o consumidor direto, chamado também de *standard*, é caracterizado como destinatário final o qual adquire produtos e serviços²⁸.

O consumidor equiparado ou indireto – objeto de estudo central do presente artigo – é qualificado de três maneiras também previstas no Código de Defesa do Consumidor. A coletividade de pessoas (artigo 2º, parágrafo único) e todas as vítimas do fato do produto ou serviço (artigo 17); também são considerados consumidores indiretos as pessoas expostas às práticas

20 BRASIL, 1990.

21 MIRAGEM, 2019.

22 GARCIA, 2020.

23 NETTO, 2020.

24 PAIVA, 2015.

25 BRASIL, 2019.

26 LASARTE ÁLVAREZ, 2019.

27 LARA GONZÁLEZ; ECHAIDE IZQUIERDO, 2006.

28 OLIVEIRA, 2010.

comerciais (artigo 29) de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados²⁹ etc.

Ainda dentro dos elementos subjetivos da relação de consumo, o fornecedor é caracterizado pela atividade econômica que desenvolve³⁰ – v.g. “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (artigo 3º, *caput*, Código de Defesa do Consumidor). Além disso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu no sentido de que para a qualificação do fornecedor são necessários apenas critérios objetivos, v.g. o desempenho de determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração³¹, desde que com habitualidade e formalismo (profissionalismo). Isto é, podem ser fornecedores ou prestadores de serviços pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado, nacionais ou estrangeiras, de acordo com a dicção legal (artigo 3º, Código de Defesa do Consumidor)³².

No tangente à definição de produto, o Código de Defesa do Consumidor considera, nos termos previstos no artigo 3º, §1º, que produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial³³. Pondera-se, então, que o produto engloba tanto os bens consumíveis quanto os inconsumíveis. Ou seja, compreende o consumo absoluto e o consumo relativo – destruição completa e sem a destruição imediata ou mediata do bem, respectivamente³⁴. Em outros termos, produto é tudo aquilo que pode ser utilizado ou adquirido para satisfazer necessidades³⁵.

Como segundo elemento objetivo da relação de consumo, tem-se o serviço, qualificado nos termos da legislação como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, desde que seja prestada mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, com exceção das oriundas das relações de caráter trabalhista (artigo 3º, §2º, Código de Defesa do Consumidor). Embora tenha havido a utilização do termo “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo”, o Superior

29 BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017.

30 LARROSA AMANTE, 2011.

31 BRASIL, 2004.

32 TARTUCE; NEVES, 2020.

33 BRASIL, 1990.

34 STOCO, 2014.

35 LIMEIRA, 2017.

Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de exigir, para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração³⁶.

À vista disso, baseado na devida definição de seus elementos, a relação de consumo pode ser conceituada de forma mais técnica como o vínculo jurídico que perpassa o consumidor e o fornecedor. O primeiro, por sua vez, objetiva satisfazer as suas necessidades por meio da aquisição ou da utilização do produto ou do serviço, os quais são oferecidos pelo segundo sujeito³⁷.

Portanto, com a relação de consumo efetivamente definida, há de se perceber a importância do estudo do consumidor equiparado previsto no artigo 29, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, cuja disposição diz respeito à consideração do consumidor como sendo qualquer sujeito, determinável ou não, exposto às práticas comerciais previstas no Código. Sendo assim, a publicidade ganha espaço analítico dentro das discussões sociais e acadêmicas, uma vez que ela está prevista em diversos artigos dessa lei – artigo 6º, inciso IV; artigo 30, *caput*; artigo 33, *caput*; artigo 33, parágrafo único; artigo 35, *caput*; artigo 35, inciso I; artigo 36; artigo 37 etc.

d. Publicidade: Conceito e formas de captura do consumidor

Compreendidas no arcabouço relativo ao microssistema consumerista, diversas são as categorias de princípios e regras direcionadas ao controle das práticas de comércio. Em caráter basilar, uma dessas práticas diz respeito à oferta, cuja proposta de fornecimento de produto e de serviço é realizada de três formas essenciais distintas: a apresentação, a informação e, principalmente, a publicidade³⁸. Dessa maneira, a compreensão acerca da publicidade é precípua para a construção analítica no que se refere às estratégias publicitárias sociopsicológicas.

Para fins de larga disseminação dentro do mercado de consumo voltada para o maior número de pessoas possível, a publicidade funciona como uma ferramenta a qual incita à aquisição e à utilização de produtos e de serviços³⁹. Seu protocolo é substancial para a eficácia do fornecimento de informações

36 BRASIL, 2005.

37 THEODORO JÚNIOR, 2017.

38 ALMEIDA, 2009.

39 REYES LÓPEZ, 2012.

direcionadas aos consumidores, em razão de tais informes oportunizarem a seleção adequada de produtos e de serviços por eles⁴⁰. Ademais, em uma perspectiva metajurídica, a publicidade pode ser entendida como um complexo de mecanismos cuja destinação é informar o público consumerista, além de convencê-lo e persuadi-lo, com o fito de fomentar a aquisição e a utilização dos bens de consumo⁴¹.

Como propósito completivo, há de se mencionar a definição da *American Marketing Association* (Associação de Marketing Americana). Ao definir, então, a publicidade de uma maneira bem ampla, a referida entidade demonstrou que o conceito gira em torno da utilização de mensagens persuasivas e da veiculação de anúncios, em espaços e em tempos pagos, por intermédio de qualquer meio de comunicação em massa; veiculadas por empresas cujo objetivo é persuadir e informar os membros de um mercado ou de um público alvo específico, a respeito de seus produtos, de seus serviços, das suas organizações ou, até mesmo, das suas ideias⁴².

Sobre o aspecto publicitário, no que se refere ao viés psicológico de análise do consumidor, existem diversos estudos empíricos que tratam dessa influência, a saber, Ehrenberg, Barnard, Kennedy e Bloom⁴³ além de Sharp⁴⁴, aliados às práticas desenvolvidas pelos profissionais do campo de atuação publicitária referentes às estratégias enraizadas nessa vertente mercadológica – v.g. a estruturação dos anúncios, o tamanho das fontes, a utilização de paletas de cores específicas etc. – com o fito de engajar os consumidores que desejam usufruir dos produtos e dos serviços anunciados, apesar de algumas vezes a publicidade não ser completamente perceptível ou identificável.

Isto posto, é compreensível, ainda, que a ciência é bem mais que uma mera descrição dos acontecimentos e dos fatos ao passo que eles ocorrem, mas uma tentativa, por vezes desesperada, de estabelecer sua ordem e de demonstrar que certos fenômenos estão relacionados aos outros⁴⁵. Por isso, o papel dos estudos empíricos em publicidade é garantir o engajamento dos consumidores ao analisar os supostos padrões de comportamento futuros

40 LEÓN ARCE; MORENO-LUQUE CASARIEGO; AZA CONEJO, 1995.

41 SANTOS, 2000.

42 AMA, 2017.

43 2002.

44 2010.

45 PEREIRA, 2018.

do público consumerista por meio da ciência, aqui definida como *neuro-marketing*. Essa ciência não pode funcionar baseada em nenhuma tecnologia prática até que as relações, as atitudes e, principalmente, os comportamentos tenham sido definitivamente descobertos e testados⁴⁶.

Ainda mais, a ciência, em geral, não apenas descreve, ela prevê; assim como trata do suposto futuro e não somente do passado. Dessarte, uma vez que o espectro dos conhecimentos humanos tem como fundamento basilar a metodologia científica, pressupõe-se que o comportamento é determinado e ordenado⁴⁷, ao analisar especificamente a idiosincrasia comportamental do consumidor. À vista disso, a matriz do pensamento psicológico nomeada de *behaviorista* é eclodida mundialmente; ela pode ser considerada como um corolário da psicologia comportamental, utilizada para prever comportamentos e condicionar atitudes do ser humano⁴⁸ em inúmeras esferas sociais e, por vezes, na publicitária.

É de extrema importância salientar, então, que o enfoque basilar dos anúncios publicitários pode ser a persuasão dos consumidores a fim de comercializar produtos e serviços. Contudo, uma ínfima quantidade de campanhas publicitárias pode não ter uma teoria de engajamento – ou uma base de dados empíricos – com o objetivo de fundamentar as mensagens que buscam mudar atitudes, hábitos ou comportamentos. Entretanto, apesar de o arcabouço teórico-conceitual da psicologia *behaviorista* (chamada de “comportamental”) coadjuvar a publicidade com regras e princípios devidamente testados, aumentando a sua efetividade⁴⁹, o estudo acerca do *neuromarketing* não é efetivado, o que acarreta, por vezes, a abusividade da publicidade a qual não segue uma rígida ciência de análise comportamental do consumidor.

Essa abusividade publicitária chega a ser tão enraizada nas práticas comerciais dentro do mercado de consumo, que já foi retratada na literatura brasileira – a saber, Memórias Póstumas de Brás Cubas – aliada às bases da psicanálise de Sigmund Freud. Assim, para que a publicidade enganosa e/ou abusiva seja relacionada à literatura de Machado de Assis, é de substancial importância relatar que o contexto histórico da obra era marcado pela

46 BRIDGER, 2018.

47 SKINNER, 1938, 2003.

48 FIGUEIREDO, 2014.

49 BATOR; CIALDINI, 2000.

filosofia do positivismo e pela inserção dos valores liberalistas no mercado de consumo da época.

O autor, então, explicita que o pessimismo e a melancolia eram norteadores das relações sociais; os avanços tecnológicos e políticos, apesar de trazerem uma suposta melhoria para a vida – provável promessa da maioria das campanhas publicitárias do século XXI –, eram encarados de maneira cética e duvidosa por parte dos consumidores. É nesse contexto que o “Emplasto Brás Cubas” é inserido no mercado⁵⁰. O personagem Brás não estava necessariamente preocupado com o suposto impacto positivo que esse fármaco anti-hipocondríaco causaria nos consumidores, nem se o seu efeito era verdadeiro, mas o seu real interesse era estampar o seu rosto nas caixas do medicamento, para ter o seu nome comentado demasiadamente pelos consumidores – *buzz marketing*, espécie de publicidade que será tratada posteriormente.

Assim como Brás Cubas, Sigmund Freud possuía uma visão pessimista da humanidade e encarava o mal-estar, caracterizado pela melancolia, como o obstáculo à felicidade intrínseca ao aparelho psíquico. Para o psicanalista as medidas paliativas para lidar com esse mal-estar seriam três: distrações eficientes, satisfações substitutivas e substâncias tóxicas⁵¹. Baseado, então, nessa última, Brás Cubas vendeu o medicamento para a população consumerista e utilizou-se do *marketing* boca a boca (*buzz marketing*) para se autobeneficiar. Ou seja, o personagem percebeu qual era a necessidade do mercado de consumo da época e manipulou essa informação para promover a sua própria publicidade.

Por fim, à vista disso, há de se relatar que todos os indivíduos expostos às práticas de publicidade são considerados consumidores dentro do microsistema consumerista e, em razão disso, demandam proteção, sendo beneméritos dessa em defluência à sua vulnerabilidade⁵². Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor afirma, manifestadamente, que se equiparam a consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas – artigo 29, *caput*, Código de Defesa do Consumidor⁵³, dentre as quais se encontra a publicidade. Entretanto, o empecimento da questão

50 ASSIS, 2019.

51 FREUD, 2011b.

52 TARTUCE; NEVES, 2020.

53 BRASIL, 1990.

vem à tona quando nem mesmo o consumidor consegue identificar se está sendo alvo de um anúncio publicitário, o que pode vir a causar constrangimentos, abusos, desgastes morais e, até mesmo, danos pecuniários.

3. *Stealth Marketing*: conceito e principais espécies

A obstinada concorrência entre os fornecedores, com o fito de alcançar vantagens competitivas, dentro do mercado de consumo do século XXI, enseja a inovação criativa e eficaz para com a comercialização de produtos e de serviços. O *stealth marketing* é utilizado, então, como uma espécie de resposta à tal realidade; a forma mais persuasiva de campanha publicitária⁵⁴. Essencialmente, o *stealth marketing*, também denominado de *marketing* furtivo ou invisível, é uma campanha publicitária disfarçada⁵⁵, cujas proporções desenvolvem-se em larga escala dentro do mercado de consumo.

A publicidade tradicional, cujo córtex insular e amígdala – controladores do medo – são ativados, sugere desconfiança por parte do consumidor a ela exposto, uma vez que a sua vastidão e normalidade dentro do mercado de consumo podem gerar antipatia e saturação. Em contrapartida, quando a divulgação é disfarçada, a mensagem desperta um grau de confiança maior, pois, teoricamente, o consumidor não sabe que está diante de uma estratégia comercial. Nesse tipo de publicidade o córtex órbito-frontal é ativado – nele ocorrem os julgamentos morais⁵⁶. Ou seja, em razão de o *stealth marketing* ser um ato deliberado de adentrar, operar ou sair de um mercado de maneira furtiva, sigilosa ou imperceptível, ou, pelo menos, uma tentativa de fazê-lo⁵⁷, o cérebro do consumidor dá passe livre para a informação – publicidade –, a qual, supostamente, o influenciará muito mais do que a advinda de meios tradicionais.

De forma semelhante ao que ocorre na obra literária “Ensaio sobre a cegueira”, cuja epidemia da cegueira branca alastra-se de maneira descontrolada e os indivíduos param de perceber o mundo a sua volta como ele realmente é⁵⁸, o consumidor o qual não consegue enxergar uma campanha

54 LINDSTROM, 2012.

55 PEHLIVAN *et al.*, 2015.

56 OPPERMAN, 2012.

57 ROY; CHATTOPADHYAY, 2010.

58 SARAMAGO, 1995.

publicitária acaba por possuir os mesmos problemas dos indivíduos da obra. Isto é, o “consumidor cego” fica à mercê da influência dos que podem enxergar com clareza e é prejudicado facilmente por aqueles que possuem objetivos manipulativos.

Dessa maneira, a publicidade furtiva promove um produto ou um serviço por meio de atrativos que o tornam interessante e moderno, ao basear-se fortemente no movimento de boca a boca, e, arbitrariamente, faz com que os consumidores tenham a impressão de que conheceram o produto de forma espontânea⁵⁹. Ou seja, o principal objetivo é alcançar o público certo e demonstrar o produto sem incitar a percepção de que os consumidores estão sendo expostos a uma campanha publicitária⁶⁰.

Ademais, essa mensagem pode ser transmitida de diversas maneiras, tanto no mercado presencial, como também dentro do âmbito comercial eletrônico. Em primeiro, mensagens ocultas e secretas que incitam o consumo, dispostas em frases, imagens, vídeos, jornais etc., podem vir a impulsionar o consumidor – publicidade subliminar⁶¹. Ademais, a inserção de produtos dentro de filmes, novelas e/ou vídeos online é de primordial importância para o desenvolvimento dessa prática – *product placement/merchandising*⁶². Em terceiro, os textos publicitários presentes em notícias e em jornais impressos ou virtuais entusiasmam o consumidor a ponto de ele se interessar por produtos que, teoricamente, nem estariam sendo anunciados – publicidade dissimulada⁶³.

Mais ainda, em uma situação corriqueira, um profissional que faz parte de uma campanha de *marketing* sem que os consumidores tenham conhecimento pode mencionar ou recomendar uma marca ou um serviço; o mesmo acontece com celebridades ou influenciadores digitais quando são vistos com produtos de uma determinada marca – *buzz marketing*⁶⁴. Em quinto, comentários acerca de um determinado produto podem ser realizados por diversas pessoas contratadas dentro das plataformas de *marketplace* para fins de análise positiva do produto vendido ou de análise negativa da marca concorrente – *astroturfing*⁶⁵.

59 OSTERHOUT, 2010.

60 KAIKATI; KAIKATI, 2004.

61 MLODINOW, 2015.

62 REBELO, 2009.

63 FARIAS, 2018.

64 MOURA, 2016.

65 SILVA, 2013.

O *stealth marketing* é um termo geral utilizado para designar a publicidade *disfarçada, oculta, invisível ou, até mesmo, furtiva*. Pode ser considerada como uma afronta ao princípio da identificação publicitária expresso no artigo 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor⁶⁶ e, mais ainda, como uma prática que contraria os artigos 9º e 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária⁶⁷. Em virtude disso, esse tipo de publicidade é qualificado como uma prática abusiva cuja proibição deve ser peremptória. Sendo assim, é de fundamental importância analisar algumas de suas espécies.

a. Publicidade Subliminar

Valendo-se do apoio de diversas ciências empíricas, o fenômeno subliminar precisa ser entendido para que possa ser associado aos usos publicitários.

Por um lado, a Psicologia permite reconhecer a atividade subliminar como aquela cujo estímulo é produzido abaixo do limiar da consciência, ou seja, produz efeitos na atividade psíquica inconsciente, estimulando determinados comportamentos⁶⁸. Por outro, a Psicanálise – estudo psicológico aprofundado, baseado no subconsciente – possibilita considerar a consciência como uma espécie de holofote que se direciona a uma área de interesse específica, deportando à sombra da subliminaridade aquilo que não foi focado por ela, isto é, as informações furtivas oriundas das mensagens subliminares não se perderiam no inconsciente, mas poderiam, a qualquer momento, ascender espontaneamente, alimentando a intuição a qual influenciaria muitas das decisões humanas⁶⁹. Ademais, no âmbito da Fisiologia, conclui-se que a responsabilidade da visão periférica é registrar visualmente as informações subliminares, enquanto a fóvea capturaria a figura inconsciente e influenciaria na percepção subliminar⁷⁰.

Dentro do complexo jurídico de proteção e defesa do consumidor, a perspectiva mais ampla no que diz respeito a essa prática publicitária é adotada, de modo a ser caracterizada como um conjunto de estímulos

66 BRASIL, 1990.

67 BRASIL, 1980.

68 MAYER; MERCKELBACH, 1999.

69 MLODINOW, 2015; CALAZANS, 1992.

70 MALTEZ, 2008; CALAZANS, 1992.

imperceptíveis em nível consciente⁷¹. O consumidor não consegue detectar que está sendo o destinatário de uma informação fornecida por um emissor específico, quicá que está sendo alvo de uma campanha publicitária.

Ademais, apesar de o consumidor, supostamente, não possuir o discernimento necessário – uma vez que é reconhecidamente vulnerável nos termos do artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor⁷² – no que tange à identificação das práticas publicitárias subliminares, a sua percepção humana deve ser considerada. Isto é, a percepção subliminar do indivíduo consumidor é caracterizada como a clarividência de estímulos, embora não tenha consciência do ocorrido⁷³.

Esse mecanismo de persuasão, embora viole a capacidade de interpretação e assimilação do receptor da mensagem, é comumente utilizado na publicidade, em razão de o consumidor não atentar com a mesma intensidade dos anúncios convencionais⁷⁴. Assim, o fornecedor anunciante introduz mensagens subliminares nas campanhas publicitárias presentes na televisão, nas redes sociais e nas plataformas de comércio eletrônico com o intuito de capturar a atenção do consumidor e, mesmo que seja uma prática abusiva, essa forma de banalização dos estímulos⁷⁵ é largamente empregada no mercado de consumo.

Um caso conhecido pela sociedade jurídica é o do “Cigarro Free”, o qual foi veiculado na televisão por meio de um anúncio publicitário, que consistia basicamente em um monólogo de um artista plástico seguido por uma música de fundo. Conforme restou comprovado em análises periciais, essa campanha estava, inconscientemente, incentivando o uso de drogas por jovens. Para o Ministério Público do Estado de São Paulo, inclusive, fundamenta-se a ilicitude nos seguintes aspectos: a veiculação em horário proibido; abusividade da publicidade por afronta a valores éticos e sociais, da pessoa e da família; proveito em face da inexperiência da criança; violação à função social da publicidade, ao princípio da identificação da publicidade, ao Código de Autorregulamentação Publicitária e ao Código de Ética dos

71 MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2019.

72 BRASIL, 1990.

73 GIGLIO, 2005.

74 ALMEIDA; SOBRINHO, 2015.

75 SILVA, 2008.

Publicitários⁷⁶.

Por fim, a mensagem subliminar pode ser identificada de variadas maneiras – a utilização de cores, de sons, de marcas, de celebridades ou de falas que ensejem determinado comportamento. A forma de publicidade subliminar mais utilizada no século XXI, em diversos meios de comunicação, é associada ao *merchandising/product placement*, no qual os fornecedores tentam emitir os mais variados estímulos a fim de provocar a reação dos consumidores por meio da colocação de um produto no mercado em condições competitivas, adequadas e atraentes para o consumidor⁷⁷.

b. *Product placement* (merchandising)

No espectro publicitário, o *product placement* ou *merchandising* tem uma forma de atuação que se assemelha, em determinados aspectos, à publicidade subliminar. Contudo, o *product placement* consiste na inserção de uma mensagem publicitária dentro de uma comunicação de conteúdo diverso (não publicitário), motivada por um propósito comercial – v.g. novelas, filmes, seriados, vídeos de influenciadores digitais dispostos em redes de comunicação em massa.

No *merchandising*, os fornecedores emitem diversos estímulos para fins de provocação de uma suposta reação de identificação pessoal em relação ao consumo de um produto, serviço ou marca⁷⁸. Por meio do *merchandising*, atingir a finalidade da publicidade torna-se mais fácil, uma vez que a informação é percebida sem passar por uma análise mais detalhada do consumidor, pois esse não está em um estado mental defensivo como o que normalmente se encontraria em uma comunicação explícita e especificamente publicitária.

Não há, no entanto, que se confundir a mensagem subliminar com o *merchandising*, haja vista que a primeira, diferentemente desse segundo, não é sequer recepcionada pelos consumidores como uma espécie de publicidade, por mais atentos que eles possam estar⁷⁹. Contudo, no *merchandising*, embora sua identificação não seja tão simples – o que pode vir a configurar

76 BRASIL, 2007.

77 MEMÓRIA, 2010.

78 GABBAY; SILVA, 2015.

79 ALVES, 2013.

abusividade –, é possível que haja a percepção pelo consumidor que já está familiarizado com esse tipo de campanha publicitária – v.g. programas assistidos habitualmente na televisão ou em redes sociais.

Muitas vezes a enganosidade dessa prática apresenta-se implícita na própria conduta do fornecedor anunciante, quando esconde o seu signo ou a sua marca dentro dos programas das mídias televisivas ou virtuais e divulga mensagens às escondidas. Assim, coíbe o direito de escolha dos consumidores, porquanto este atribui, potencialmente, maior credibilidade a mensagens que supostamente não possuam intuítos publicitários⁸⁰.

A finalidade do *merchandising* é veicular produtos e serviços de maneira indireta e implícita. Por inúmeras vezes pode nem chegar a ser identificado como uma prática publicitária pelo consumidor, o qual, simplesmente, associa o objeto da publicidade com o personagem ou a celebridade do filme, do seriado ou do vídeo, por exemplo.

Portanto, paulatinamente, o consumidor interessar-se-á em comprar o produto que foi anunciado clandestinamente – termo utilizado para caracterizar espécies de publicidades furtivas, as quais não são facilmente identificadas pelo consumidor. Entende-se, então, que tal campanha publicitária implícita constitui uma espécie de patrocínio indireto de produto ou de serviço⁸¹ cuja ilusão sobre o consumidor, no que tange ao verdadeiro objetivo da reportagem e/ou cena do programa televisivo ou virtual, é posta em questão.

Para concluir o entendimento, a prática do *merchandising* pode ser caracterizada por uma situação de uso ou de consumo de um produto ou de um serviço – v.g. durante transmissões audiovisuais – de maneira que induza a identificação do espectador com determinadas práticas e/ou estilos de vida. Dessarte, a publicidade é desenvolvida de maneira sutil, a qual associa o produto às situações e circunstâncias vividas por personagens televisivos⁸² ou por influenciadores digitais dentro das plataformas de comércio eletrônico e de suas extensões – v.g. quando um personagem de novela prepara um jantar com determinado produto cuja marca seja mostrada ou quando um influenciador digital posta uma foto de algum livro do seu cotidiano (com interesse comercial).

80 MASSO, 2009.

81 COELHO, 1993, 2020.

82 GABBAY; SILVA, 2015.

Neste cenário, se o consumidor não tiver plena consciência que está sob a égide de um anúncio publicitário, ou seja, que é o destinatário de determinada publicidade, ele pode acabar por ser influenciado a consumir um produto ou um serviço a partir de uma necessidade criada. O mesmo ocorre com a publicidade dissimulada, cuja aparência é de uma notícia isenta, revestida de objetividade, como se o órgão de divulgação que transmite estivesse prestando uma informação ao público ou realizando apenas uma reportagem⁸³.

c. Publicidade dissimulada (Redacional)

Em linhas gerais, a publicidade dissimulada – também chamada de redacional, uma vez que está presente nas redações e textos de notícias, entrevistas e/ou reportagens – configura-se quando determinado anúncio é veiculado de maneira disfarçada, revestido pela objetividade da matéria editorial *online* ou impressa. A primeira pode ser encontrada nos meios de disseminação do comércio eletrônico, a saber, plataformas de *marketplace* ou redes sociais de comunicação em massa; já a segunda diz respeito aos jornais, às revistas, aos veículos de radiodifusão, ou a qualquer outro meio de comunicação, independentemente de ser em massa ou não⁸⁴.

Essa espécie de *stealth marketing*, a publicidade dissimulada, pode ser veiculada por intermédio de meios regulares de produção conteudística de determinado veículo comunicativo, ao ocultar o seu caráter publicitário⁸⁵, deixando o consumidor à mercê da sua própria percepção de identificação, a qual, por vezes, é limitada. Ou seja, esse tipo de publicidade é considerado furtivo haja vista que não possui sua natureza facilmente identificável, porquanto o agente publicitário se passa por um simples agente informativo e dissimula o fato de estar a serviço do anunciante⁸⁶. Isto é, o maior desafio para o consumidor é identificar e separar o que é uma verdadeira notícia que contribui para o desenvolvimento social de uma campanha publicitária da qual ele mesmo é um dos destinatários.

Ao seguir essa linha de raciocínio, há de se considerar que o texto in-

83 PASQUALOTTO, 1997.

84 ALVES, 2020.

85 MIRAGEM, 2019.

86 DURANDIN, 1997.

formativo é uma enorme chance de aumentar o contato do consumidor com uma marca⁸⁷. Mais ainda, é perceptível que o texto publicitário gera uma comunhão com o público, uma vez que o intuito da publicidade é aconselhar determinado auditório ou gama de indivíduos acerca da vantagem de escolher um produto ou um serviço⁸⁸ e, sendo assim, busca modular o aparato argumentativo para fins de captura do consumidor de acordo com as características detalhadas que esse supostamente busca.

Esse tipo de técnica dissimulativa da comunicação publicitária pode ser vastamente utilizado para ludibriar o consumidor, ao aproveitar-se de situações cuja diminuição do senso crítico pode ser percebida facilmente, como na leitura de uma notícia⁸⁹. Ou seja, em virtude da circunstância na qual está inserido – a comunicação de cunho puramente jornalístico ou científico –, ele tende a depositar um nível maior de confiança, sem sequer se preocupar em relação ao fato de estar ou não sendo alvo de uma publicidade.

Mais ainda, para justificar a importância da análise desse tipo de publicidade, o artigo 30 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária prevê que a peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legendado ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não venha a ludibriar o consumidor⁹⁰. O microsistema consumerista possui a finalidade de coibir, de forma cabal, a utilização da técnica de dissimulação da publicidade, ao rechaçar qualquer espécie de comunicação publicitária elaborada de modo a ser confundida pelo consumidor como uma comunicação de natureza diversa, normalmente de espectro científico ou jornalístico.

Por fim, de maneira semelhante ao que ocorre na publicidade subliminar e na prática de *product placement*, caso a publicidade redacional não venha a propiciar ao consumidor a possibilidade de ser devidamente identificada como tal, pode ser classificada também como uma espécie de *stealth marketing*, haja vista que o texto jornalístico ou científico encobre a mensagem publicitária e culmina em uma prática que afronta diretamente o princípio da identificação da publicidade. Sob o enfoque de tal regramento jurídico, a não identificação publicitária também ocorre na prática do *buzz*

87 FIGUEIREDO, 2012.

88 CARRASCOZA, 2012.

89 ALVES, 2013.

90 BRASIL, 1980.

marketing, que chega a alcançar um patamar mais elevado de manipulação do consumidor, tendo em vista que se pauta sobre a contratação de atores inseridos no dia a dia daquele, com o fito de espalhar os supostos benefícios de determinado produto de forma viral, no boca a boca das sociedades de consumo.

d. *Buzz Marketing*

Outra ramificação do *stealth marketing* encontra-se como uma interação face a face caracterizada pela exposição de pontos positivos de um determinado produto ou serviço por pessoas antecipadamente contratadas e qualificadas. Contudo, apesar de o contato do *buzz marketing* enquadrar-se somente no âmbito físico, paulatinamente, tende a ocorrer também no comércio eletrônico.

Ao considerar, então, que tal prática tem como principal objetivo estimular o consumidor a adquirir e a utilizar produtos e serviços, ou, em primeiro momento, apenas criar empatia em relação à determinada marca e/ou sociedade empresarial, pode se desenvolver como um mecanismo mais moderno de interação *online*⁹¹. Ou seja, o *buzz marketing* é qualificado como uma espécie de disseminação viral da marca pelos próprios consumidores dentro do mercado de consumo. Entretanto, um dos possíveis pontos de partida de tal viralização é a contratação de atores especialistas em vendas que se inserem no cotidiano dos consumidores – v.g. lojas, supermercados, cinemas, postos de gasolina etc. – e falam sobre determinado produto, de maneira deliberada, mas sutil, incitando o verdadeiro consumidor a comprar e também falar sobre o bem adquirido.

Em outras palavras, antes da era digital, o *marketing* era eminentemente de massa, disposto para todo o mercado de consumo indiscriminadamente; costumava-se gastar milhões com anúncios publicitários inseridos nos comerciais televisivos os quais eram transmitidos entre os programas. Todavia, hodiernamente, no início do século XXI, tal técnica teve sua eficácia reduzida. Os consumidores não estão mais tão propensos a se impressionarem com qualquer espécie de publicidade; alguns podem, até mesmo, vir a desenvolver aversão. Sendo assim, o mecanismo do *buzz marketing* veio como uma solução mercadológica mais aceitável. O fornecedor não possui tangibilidade da proporção disseminativa, mas, na verdade, tudo que pode

91 VIVEIROS, 2014.

ser feito é acreditar no potencial de viralização dos chamados “consumidores evangelistas”⁹², qualificados como disseminadores perseverantes de opiniões dentro do mercado de consumo.

Há de se mencionar, portanto, o filme “*The Joneses*”, cuja trama faz referência a uma família de vendedores atores que se mudam para um bairro suburbano dos Estados Unidos. A suposta família trabalha para uma sociedade empresarial especializada em publicidade furtiva chamada “*Life Image*”. O seu objetivo central é inserir os “consumidores alfas” no cotidiano da população do bairro⁹³.

Ou seja, para que o *buzz marketing* funcione devidamente, precisa-se que os consumidores alfas – os formadores de opinião que irão exercer influência sobre as outras pessoas – sejam identificados por meio de estudos de mercado. Posteriormente, esses consumidores passam informações sobre o objeto do anúncio para alguns amigos próximos, chamados de abelhas, relatando como foi a sua experiência. Esses, por sua vez, disseminam de maneira viral no mercado de consumo⁹⁴, caracterizando o conceito de consumidor evangelizador, descrito como aquele que propaga informações acerca do bem de consumo em questão⁹⁵.

A problemática dessa espécie de *stealth marketing* ocorre quando, em vez de identificar os consumidores alfas e disponibilizar a eles um produto legítimo por meio de uma publicidade legalizada para fins de disseminação comum, os alfas (atores especialistas em vendas) são inseridos no mercado pela própria agência publicitária, como ocorre no filme “*The Joneses*”, o que acaba por caracterizar a publicidade furtiva, a qual não é identificada pelo consumidor. Isso pode facilmente vir a ocorrer nas plataformas de *marketplace*, enquadrando-se no espectro do comércio eletrônico, quando as mensagens publicitárias são disseminadas pelos influenciadores nas redes sociais, assemelhando-se ao *astroturfing*, um movimento simulado e organizado pelos fornecedores com o fito de ludibriar os consumidores.

e. *Astroturfing*

A inserção do *astroturfing* dentro do viés literário e do viés histórico demonstrará a importância acerca de sua análise, em razão de a regulamentação ser

92 CHETOCHINE, 2006.

93 THE JONESES, 2009.

94 LEITÃO *et al.*, 2011.

95 CHETOCHINE, 2006.

tão fundamental que necessita da demonstração prática em outras esferas além da digital.

Portanto, no âmbito da literatura clássica, há de se analisar a peça de William Shakespeare, *Júlio César*, escrita em meados do século XVII. Essa obra teatral retrata as atitudes do personagem Cássio, cuja escrita deliberada de inúmeras cartas, com caligrafias diferentes, confunde Bruto, general romano. Os escritos tinham o objetivo de ludibriar o general no sentido de convencê-lo que diversos cidadãos romanos haviam escrito as cartas, quando, na verdade, Cássio escreveu todas. O intuito, então, era enganar Bruto a fim de levá-lo a pensar que a opinião pública estava contra César, o cidadão que supostamente queria instaurar um golpe monárquico em Roma⁹⁶.

O *astroturfing* é uma estratégia desenvolvida, sobretudo, nas plataformas de *marketplace*, por indivíduos ou grupos de pressão organizados, em regra utilizando falsas identidades e/ou falsos endereços de IP, com o objetivo, por exemplo, de manipular informação, atacar ou humilhar um concorrente, ou de criar a impressão de grande apoio para uma política, um indivíduo, um produto, uma marca etc., quando esse apoio não existe⁹⁷. Ou seja, a peça de Shakespeare encaixa-se perfeitamente nesse tipo de discussão analítica, uma vez que os grupos de pressão encontrados na publicidade dentro do comércio eletrônico podem ser representados pela estratégia de Cássio ao escrever as cartas.

Mais ainda, no que se refere ao viés histórico, Lloyd Bentsen, antigo democrata do Estado do Texas, nos Estados Unidos, foi vítima de uma ação semelhante à retratada na peça do dramaturgo inglês; fato que deu origem ao termo *astroturfing*. Em 1985, o senador envolveu-se em um debate acerca do aumento do benefício nos seguros de vida. Assim, uma vez que os prêmios fossem aumentados, as principais seguradoras seriam afetadas pela nova legislação. Em meio ao empecimento público, Bentsen recebeu em seu escritório centenas de cartas as quais defendiam um posicionamento similar ao das seguradoras americanas: o prêmio não deveria aumentar. Essas cartas foram supostamente escritas pelos cidadãos americanos – fato que causou muita desconfiança no veterano político⁹⁸. Lloyd, desconfiado, foi à imprensa e suas suspeitas vieram a público quando, por meio do jornal *The Washington*

96 SHAKESPEARE, 2016.

97 CÁDIMA, 2016.

98 SILVA, 2015.

Post em agosto de 1985, ele disse: “uma pessoa do Texas sabe dizer a diferença entre *grassroots* e *Astro Turf* ... isso é correspondência criada”⁹⁹.

Sendo assim, a partir dessa declaração, ao comparar *grassroots* e *astro turf* – manifestações populares espontâneas nos Estados Unidos e marca de grama artificial criada pela Monsanto na década de 1960, respectivamente –, o termo *astroturfing* passou a ser incorporado pela mídia norte americana. O termo tornou-se tão usual para conceituar a tentativa de simulação de um movimento popular espontâneo que foi definido pelo dicionário Oxford como “prática enganosa de apresentar uma campanha orquestrada de marketing ou relações públicas na forma de comentários não solicitados de membros de um público”¹⁰⁰. À vista disso, o termo *astroturfing* passou a integrar o léxico político e social norte-americano no decorrer da década de 1990.

Sob o espectro cibernético, dentro do comércio eletrônico, um dos precípuos empecimentos do mercado de consumo nas plataformas de *marketplace* passou a ser o *astroturfing*. Um dos principais fatores de disseminação de tal prática é a possibilidade de anonimato que ocorre no meio virtual. Os fornecedores podem usar diversas estratégias de simulação de um movimento popular positivo para os seus produtos/serviços ou negativo para a marca dos concorrentes¹⁰¹ – v.g. fóruns *online*, caixas de comentários das vendas propiciadas pelas grandes plataformas de *marketplace*, petições, abaixo-assinados etc. – com o fito de ludibriar os consumidores, por meio desse tipo de publicidade abusiva, e fazê-los adquirir os produtos ou serviços da sua marca.

Em decorrência da evolução tecnológica, as perspectivas, as ideias, as experiências e as opiniões podem ser propagadas com demasiada facilidade no ambiente digital¹⁰², o que acarreta a possibilidade de aumento, sem precedentes, na publicização de opiniões¹⁰³, de informações e desinformações. Alguns *sites*, inclusive, estão imbuídos com seus próprios recursos de comentários, disponibilizando ferramentas equivalentes aos sistemas de reputação que existem nas plataformas de compartilhamento, em cujas notas para o produto ou serviço do fornecedor são dadas, normalmente,

99 RUSSAKOFF; SWARDON, 1985.

100 OXFORD DICTIONARY OF ENGLISH, 2013.

101 PINHEIRO, 2016.

102 TERRA, 2011.

103 RECUERO, 2009.

em escalas numéricas de 1 a 5¹⁰⁴.

A facilidade ora dada por essas plataformas em qualificar os bens de consumo originou a possibilidade de desenvolver algoritmos os quais fizessem uma boa classificação e, mais ainda, serviços pagos de avaliações positivas para determinado produto, serviço, sociedade empresarial ou marca¹⁰⁵. Ou seja, a contratação de serviços os quais classificam de maneira benéfica determinados produtos e simulam um movimento supostamente verdadeiro para alavancar bens e marcas, caracteriza a abusividade da publicidade. Além disso, uma vez que o *astroturfing* é mais uma extensão do *stealth marketing*, ou seja, mais uma espécie, pode ser facilmente enquadrado como publicidade abusiva devido à ausência de sua identificação pelo consumidor.

4. Abusividade das práticas de *stealth marketing* na perspectiva da normatização do microsistema consumerista

As massas jamais tiveram a pretensão do que é definitivamente verdadeiro e, mais ainda, querem ilusões, subterfúgios para fins de desenvolvimento e aceitação dentro da sociedade. Com frequência, elas dão ao irreal, ao fantasmagórico, o que decididamente não é verdade; são quase tão intensamente influenciadas pelo ludíbrio como pelo o que é genuíno e fiel às leis, mas têm uma enorme tendência a equipará-los¹⁰⁶. É nesse âmbito de aceitação e não identificação do falso que as campanhas publicitárias adquirem o espaço necessário para se desenvolver. Os fornecedores podem se utilizar da inocência e da vulnerabilidade reconhecidas dos consumidores, com o fito de capturá-los de maneira abusiva e deliberada por meio de estratégias como a publicidade furtiva.

A abundância dos produtos e serviços oferecidos pela gama de fornecedores dentro do mercado de consumo só está sendo possível em virtude das vantagens proporcionadas pelo uso da publicidade, isto é, a concorrência tem aumentado gradativamente, pois as estratégias de captura do consumidor continuam se desenvolvendo. Todavia, devido à premência dos fornecedores de chamar a atenção de um complexo mais elevado de consumidores específicos, a utilização de estratégias publicitárias comuns – v.g.

104 KATZ, 2015.

105 STREITFELD, 2012.

106 FREUD, 2011a.

outdoors, comerciais televisivos, anúncios na traseira dos ônibus etc. – tem se tornado, de certa forma, obsoleta. Sendo assim, técnicas como o *stealth marketing* ganharam espaço no mercado.

De maneira frequente, o mercado de consumo é bombardeado por mecanismos de engajamento em massa os quais contrariam os princípios previstos na normatização do microsistema consumerista. Assim, dados instrumentos de publicidade, no exercício da liberdade de iniciativa (artigo 170, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰⁷), beiram o ilícito e passam a ser considerados abusivos em relação ao consumidor. A publicidade propensa a potencializar as vendas é fruto da liberdade geral de iniciativa. Todavia, o fornecedor não poderá incorrer em abuso tendo em vista o exercício do direito, sob pena de configurar ato ilícito, nos termos do artigo 187 do Código Civil¹⁰⁸.

Sendo assim, as práticas abusivas muitas vezes exigem vantagem manifestadamente excessiva em detrimento do consumidor¹⁰⁹. Mais ainda, são caracterizadas como ações, condutas ou, simplesmente, como posturas – comumente utilizadas na fase pré-contratual, cuja publicidade é disposta – as quais agridem os direitos do consumidor. Em um caso como esse, a prática abusiva é caracterizada justamente pelo desrespeito ao consumidor¹¹⁰. Assim, para fins de *stealth marketing*, a abusividade pode ser caracterizada quando determinados direitos e princípios instituídos pelo Código de Defesa do Consumidor são contrapostos e desrespeitados.

No que se refere, portanto, aos princípios consumeristas, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor assume destaque, quando dispõe acerca da Política Nacional das Relações de Consumo. Notadamente, o inciso VI desse artigo refere-se à coibição e à repressão de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive à utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores¹¹¹. Tal texto encaixa-se, com excelência, nos parâmetros da publicidade furtiva.

Mais ainda, foi caracterizada expressamente na legislação como um dos

107 BRASIL, 1988.

108 BRASIL, 2002.

109 OLIVEIRA, 2019.

110 NUNES, 2018.

111 BRASIL, 1990.

direitos básicos do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” – artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor¹¹².

Outrossim, é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva – artigo 37, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Considera-se abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança – artigo 37, §2º, Código de Defesa do Consumidor¹¹³. Diversas espécies de *stealth marketing* podem vir a explorar o medo, *v.g.* a publicidade subliminar; vir a se aproveitar da deficiência de julgamento, como o *merchandising*, a publicidade redacional e o *astroturfing*; ou até mesmo induzir um comportamento prejudicial ao consumidor, como o *buzz marketing*.

É importante, ainda, considerar que o legislador consumerista estabeleceu apenas uma definição geral no que tange à abusividade publicitária. Assim, a expressão “dentre outras” é utilizada como forma de abarcar outras espécies de publicidade que possam vir a surgir, mesmo não estando expressamente previstas no Código de Defesa do Consumidor. Isso significa que se trata de um rol meramente exemplificativo – *numerus apertus*¹¹⁴, e não taxativo ou exaustivo – *numerus clausus*. No mais, a abusividade também pode ser considerada quando determinados princípios de ordem publicitária são contrariados, a saber, o princípio da identificação da publicidade.

a. Princípio da identificação da publicidade

A ostensividade na veiculação de anúncios publicitários é pautada pelo

112 BRASIL, 1990.

113 BRASIL, 1990.

114 CASADO, 2006; FERNANDES NETO, 1999.

princípio da clareza, da ostentação¹¹⁵ ou, como é mais conhecido, princípio da identificação da publicidade. Ou seja, de acordo com este princípio, a publicidade deve ser disseminada de forma que possibilite aos consumidores a imediata percepção de que um anúncio possui caráter publicitário.

Em outras palavras, a publicidade deve ser efetivada de tal maneira que o público tenha plena consciência da circunstância de que está sendo alvo de uma campanha publicitária. O objetivo, portanto, da consagração desse princípio, dentro do microsistema de consumo, é garantir a supressão das formas de publicidade as quais ludibriam o consumidor cuja percepção da intenção promocional/institucional, contida na mensagem publicitária, é prejudicada de maneira propositalmente furtiva, oculta ou simulada¹¹⁶.

Em primeiro, o princípio da identificação publicitária encontra-se previsto na disposição normativa contida no artigo 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, quando institui que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”¹¹⁷. Em segundo, o princípio também foi consagrado pelo artigo 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o qual determina que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação”¹¹⁸. Embora não faça referência direta e expressa a critérios como a facilidade e o tempo de identificação da peça publicitária como ocorre no Código de Defesa do Consumidor, o dispositivo em comento determina que a natureza publicitária do anúncio seja identificada com clareza, independentemente da forma ou meio de comunicação utilizado para a sua veiculação.

No mais, existe o artigo 9º, *caput* do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, cuja determinação é relativa à ostensividade quando dispõe que “a atividade publicitária de que trata o Código será sempre ostensiva”¹¹⁹. Isso significa que a comunicação de cunho publicitário deve ser veiculada sempre de maneira evidente, manifesta, sem qualquer elemento ou ação que prejudique a sua identificação ou que disfarce a sua natureza perante o seu público alvo.

115 JACOBINA, 1996.

116 DENSA, 2014.

117 BRASIL, 1990.

118 BRASIL, 1980.

119 BRASIL, 1980.

Ademais, o artigo 9º do Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial não somente prevê que a publicidade seja identificada facilmente, mas também busca garantir que o anunciante também tenha sua plena identificação. O artigo em comento, portanto, determina que “a comunicação comercial deve poder ser claramente distinguida enquanto tal, qualquer que seja a forma ou suporte utilizado”¹²⁰ e, ainda, que “quando um anúncio é difundido em um meio que contenha notícias ou matéria editorial, deve ser apresentado de forma a que possa ser facilmente reconhecido como anúncio, e a identidade do anunciante deve ser evidente”¹²¹.

Sendo assim, quando o consumidor for exposto à comunicação de natureza publicitária sem estar ciente disso, pode ser influenciado psicologicamente a adquirir hábitos de consumo sem que haja uma aferição racional acerca da necessidade de obtenção de determinados produtos ou de serviços. Por isso, a essência do princípio da identificação da publicidade é evitar a confusão do consumidor, isto é, o seu ludíbrio por parte do fornecedor anunciante, de modo que não venha a se afastar da realidade confundindo-a com a fantasia criada pela publicidade¹²².

À vista disso, a finalidade do princípio em comento é suprimir a utilização e a veiculação do *stealth marketing*, que tem como principais espécies: publicidade subliminar, *product placement*, publicidade redacional, *buzz marketing* e *astroturfing*. Todas essas formas de publicidade utilizam-se de mecanismos desenvolvidos com o objetivo de disfarçar uma mensagem publicitária para que não seja identificada pelos consumidores. Entretanto, devido à existência dos artigos e dos princípios comentados neste texto e, sobretudo, do princípio da identificação da publicidade, esse tipo de prática é condenada pelo microsistema consumerista, caracterizando-se como publicidade abusiva, nos termos do artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

5. Conclusão

Com o surgimento do comércio eletrônico, as relações de consumo atingi-

120 BRASIL, 2006.

121 BRASIL, 2006.

122 FIGUEIREDO; FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2013.

ram um patamar mais elevado. Tornaram-se, paulatinamente, mais rápidas e desburocratizadas, seja para os consumidores que conseguem pesquisar produtos e serviços com facilidade, seja para os fornecedores que podem atingir mercados antes praticamente inacessíveis. Nesse contexto, a necessidade dos fornecedores de comercializar os seus produtos e serviços de maneira rápida e efetiva fez com que as formas de publicidade sem o aparato psicológico se tornassem obsoletas e antiquadas.

Em decorrência da necessidade de proteção, a tutela do consumidor alçou o *status* constitucional quando a “defesa do consumidor” foi consagrada como um direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII) e como um dos princípios norteadores da ordem econômica (artigo 170, inciso V). Essas disposições, então, criaram uma obrigação – *status positivus* – para o Estado de interferir no mercado com o fito de equilibrar as relações de consumo a partir da proteção da sua parte mais vulnerável, o consumidor. Nesse desiderato, foi editada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Foi instituída a possibilidade de configuração da relação de consumo por equiparação, nos termos do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, cuja ocorrência dá-se quando alguém é exposto a práticas comerciais, dentre as quais está incluída a comunicação de natureza publicitária, independentemente do fato dessa ter sido ou não construída no sentido de criar uma necessidade de consumo antes inexistente, ou simplesmente para divulgar as características de um determinado produto ou serviço que está sendo inserido no mercado.

O *stealth marketing* constitui uma prática utilizada pelos agentes mercadológicos que atuam como fornecedores, a qual objetiva ludibriar os consumidores por meio de estratégias sociopsicológicas cuja finalidade é incitar o consumo e acentuar a curva de lucro. É um mecanismo estabelecido, por vezes, mediante a veiculação de publicidades disfarçadas dentro do mercado de consumo.

Assim, com o fito de explicar a técnica do *stealth marketing*, as definições oriundas da psicologia do consumo demonstraram a capacidade de identificação das práticas empiricamente testadas, especificamente, a partir da psicologia comportamental (*behaviorista*) para a captação dos consumidores por intermédio da publicidade. À vista disso, na visão fornecedora, de nada adianta que a quantidade de produtos e de serviços no mercado de consumo seja vasta, se as campanhas publicitárias não forem capazes de

influenciar o mercado de consumo de maneira determinante para a aquisição ou a utilização de novos produtos ou serviços. A problemática aqui é que a influência sobre os consumidores muitas vezes é utilizada de forma abusiva.

Sua abordagem conceitual mostrou-se multidisciplinar, uma vez que podem ser verificadas contribuições da Psicologia, da Psicanálise e mesmo da Fisiologia na definição de seu conteúdo. Mas no âmbito puramente jurídico, é adotada a noção de que o *stealth marketing* é um estímulo que tem a capacidade de influenciar os hábitos de consumo sem ter sua natureza publicitária identificada pelos consumidores.

Várias são as espécies identificadas para fins de ludíbrio dos consumidores. Em primeiro, a publicidade subliminar que atinge os consumidores em nível inconsciente. Em segundo, o *product placement* ou *merchandising* ocorre quando há inserção de um objeto anunciado em uma comunicação de natureza diversa da publicitária. Mais ainda, a publicidade redacional configura-se quando um anúncio publicitário é veiculado na forma de uma reportagem jornalística ou em revistas. Posteriormente, o *buzz marketing* verifica-se quando o anunciante contrata um ator vendedor para se inserir no cotidiano dos consumidores supostamente sem fins publicitários. Por último, o *astroturfing* consiste na manipulação indevida das informações nos sistemas de reputação utilizados nas plataformas de comércio eletrônico.

O Código de Defesa do Consumidor não regulamentou expressamente o *stealth marketing* como espécie de publicidade abusiva cuja lesão é relativa ao consumidor. Entretanto, apesar de o Código ainda ser omissivo, não há impossibilidade de regulação desse tipo de atividade por parte do microsistema de proteção e defesa do consumidor. Isso ocorre porque todas as condutas dos fornecedores estão sujeitas às regras e princípios instituídos na normatização que compõem o microsistema consumerista. Inclusive existem disposições que proíbem o *stealth marketing* no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – artigo 9º, *caput* – como também no Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial, quando prevê que a publicidade deve ser identificada facilmente e quando busca garantir que o anunciante também tenha sua plena identificação – artigo 9º.

Sendo assim, independentemente de qual espécie de técnica publicitária for utilizada, se não for capaz de propiciar ao consumidor a possibilidade de ser propriamente identificada como publicidade, poderá ser classificada

como publicidade furtiva, e, assim, deve ser reprimida pelo microsistema de proteção e defesa do consumidor por razão de afrontar diretamente o princípio da identificação da publicidade – artigo 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor e artigo 28 do Código de Autorregulamentação Publicitária.

Por fim, para a garantia efetiva da defesa do consumidor no que tange às campanhas de natureza publicitária disfarçada, é necessária a intensificação de maneira quantitativa (fiscalizar mais) e qualitativa (fiscalizar melhor) da atuação dos órgãos voltados para a proteção e defesa do consumidor. Isso pode ser feito por meio de ações isoladas ou conjuntas entre o Poder Judiciário, as instituições que promovem a tutela administrativa do consumidor (v.g. PROCON), e especificamente na seara da publicidade, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), que possui uma grande importância no processo de regulação da publicidade brasileira.

Referências

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALMEIDA, José Cassiano Silva; SOBRINHO, Rogério de Souza Alves. Mensagem subliminar. In: ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. *Publicidade e defesa do consumidor*. Natal: Edufrn, 2015.
- ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- ALVES, Fabrício Germano. *Proteção constitucional do consumidor no âmbito da regulação publicitária*. Natal: Espaço Internacional do Livro, 2013.
- AMA (American Marketing Association). *Página da internet*. 2017. Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>. Acesso em: 17 fev. 2020.
- ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- BATOR, Renee; CIALDINI, Robert. The application of persuasion theory to the development of effective proenvironmental public service announcements. *Journal of Social Issues*, v. 56, 2000. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.465.3114&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Elfos, 1995.
- BENJAMIN, Antônio; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. CBAP. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BRASIL. Código Consolidado da Câmara de Comércio Internacional sobre Práticas de Publicidade e Comunicação Comercial. 2006. Disponível em: http://www.icap.pt/icapv2/images/memos/CCI_PT_FINAL.pdf. Acesso em: 25 abr. 2020.
- BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1998.
- BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.
- BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 493.181/SP. Rel. Min. Denise Arruda. DJ 15/12/2005. DP 01/02/2006. Acesso em: 1 abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 519.310/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 20/04/2004. DP 24/05/2004. Acesso em: 5 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.980-5/PR. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 16/04/2009. DP 07/08/2009. Acesso em: 17 abr. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. acórdão n.1188548, 07104893320178070020, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, DJ 25/07/2019. DP 02/08/2019. Acesso em: 5 fev. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Processo nº 2004011102028-0. Rel. Vera Andrighi. DJ 14/03/2007. DP 10/05/2007.
- BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores*. São Paulo: Autêntica Business, 2018.
- CÁDIMA, F. Rui. O (des)controle da internet: bad bots, astroturfing e flo-

- gging. *Revista Brasileira de História da Mídia*, p. 205-216, Piauí, v. 5, n° 2, jul./dez. 2016.
- CALAZANS, Flávio. *Propaganda subliminar multimídia*. São Paulo: Summus, 1992.
- CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- CARRASCOZA, João Anzanello. *Razão e sensibilidade no texto publicitário*. 2. ed. São Paulo: Futura, 2012.
- CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CHETOCHINE, Georges. *Buzz marketing: sua marca na boca a boca do cliente*. São Paulo: Prentice Hall, 2006.
- CHIAVENATO, Júlio José. *Ética globalizada & sociedade de consumo*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, out./dez. 1993.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo manual de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo, Atlas, 2014.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- DURANDIN, Guy. *As mentiras na propaganda e na publicidade*. Tradução de Antônio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN, 1997.
- EHRENBERG, Andrew; BARNARD, Neil; KENNEDY, Rachel; BLOOM, Helen. *Brand advertising as creative publicity*. *Journal of Advertising Research*, 2002. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260555133_Brand_Advertising_As_Creative_Publicity. Acesso em: 28 mar. 2020.
- FARIAS, João Henrique Calisto de. *Características da prática redacional publicitária na era da convergência*. 92 p. Trabalho de Conclusão do Curso (Graduação em Publicidade e Propaganda) - Universidade Federal do Pampa, Campus São Borja, São Borja, 2018.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do direito no Código de Defesa do*

- Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- FIGUEIREDO, Celso. *Redação publicitária: sedução pela palavra*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- FIGUEIREDO, Fábio Vieira; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho; ALEXANDRIDIS, Georgios. *Mini Código de Defesa do Consumidor anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FIGUEIREDO, Luís Cláudio Mendonça. *Matrizes do pensamento psicológico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- FREUD, Sigmund. A psicologia das massas e análise do eu (1921). In: FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do Eu e outros textos (1920-1923)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011a.
- FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização (1930). In: FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011b.
- GABBAY, Albert Barcessat. SILVA, Leticia Fernandes Pimenta Campos. *Merchandising ou product placement*. In: *Publicidade e defesa do consumidor*. Natal: Edufrn, 2015.
- GARCIA, Leonardo Medeiros de. *Direito do consumidor: Lei nº 8.078/1990*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- GIGLIO, Ernesto Michelangelo. *O comportamento do consumidor e a gerência de marketing*. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 2005.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança social*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- KAIKATI, A.M.; KAIKATI, J.G. Stealth marketing: how to reach consumers surreptitiously. *California Management Review*, v. 46, n.º. 4, 2004. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394975. Acesso em 21 abr. 2020.
- KATZ, Vanessa. Regulating the Sharing Economy. *Berkeley Technology Law Journal*. v. 30:385, p. 1068-1126, 2015.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos da metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael; ECHAIDE IZQUIERDO, Juan Miguel. *Consumo*

- y derecho: elementos jurídico-privados de derecho del consumo. Madrid: Esic, 2006.
- LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *Derecho de consumo: protección legal del consumidor*. Madrid: El Derecho, 2011.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 11. ed. Madrid: Dykinson, 2019.
- LEITÃO, Bárbara Bazzanelli *et al.* Buzz marketing: estratégias para atingir o consumidor na era digital e obter interações mercadológicas significativas. In: VII Congresso Nacional de História da Mídia, GT História da Mídia Digital, 2011. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/7o-encontro-2009-1/Buzz%20Marketing.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2020
- LEÓN ARCE, Alicia de; MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen; AZA CONEJO, M^a Jesus. *Derecho de consumo*. Barcelona: Fórum, 1995.
- LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. *Comportamento do consumidor brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LINDSTROM, Martin. *Brandwashed (O lado oculto do marketing)*. São Paulo: HSM, 2012.
- MALTEZ, Rafael Tocantins. *Publicidade Subliminar*. 2008. 437f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MANCEBO, Deise *et al.* Consumo e subjetividade: trajetórias teóricas. *Estudos de Psicologia*. 7(2), 2002, p. 325-332.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MASSO, Fabiano Del. *Direito do consumidor e publicidade clandestina: uma análise jurídica da linguagem publicitária*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- MAYER, Brigit; MERCKELBACH, Harald. Unconscious processes, subliminal stimulation, and anxiety. *Clinical psychology review*, Maastricht University, v. 19, n. 5, p. 571. 1999.
- MEMÓRIA, Paula Roberta Fernandes. O merchandising em ponto-de-venda como ferramenta de estratégia para vendas no varejo. *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery*, ISSN 1981-0377, n^o 8, jan./jun., 2010. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzY1.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito*

- Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MIRANDA SERRANO, Luis María. La contratación a distância de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE. In: MIRANDA SERRANO, Luis María; PAGADOR LÓPEZ, Javier (coord.). *Derecho (privado) de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- MOURA, Michelle Suellen do Espírito Santo. *Prática do buzz marketing: um estudo de caso da biblioteca do IEMCI/UFPA*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Biblioteconomia) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Sociais Aplicadas, Faculdade de Biblioteconomia. Curso de Bacharel em Biblioteconomia, Belém, 2016.
- MOURA, Roldão Alves de. Consumo ou consumismo: uma necessidade humana? *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Paulo, v. 24, n. 1, 2018.
- NETTO, Felipe Braga. *Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Tratado de direito do consumidor: doutrina, prática forense e legislação*. São Paulo: Jurídica brasileira, 2010.
- OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso de Direito do Consumidor completo*. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- OPPERMAN, Álvaro. *Entenda como funciona o marketing de propaganda invisível*. *Super Interessante*, fevereiro 301, 2012. Disponível em: <https://super.abril.com.br/superarquivo/?edn=301Ed&yr=2012a&mt>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- OSTERHOUT, Jacob. *Stealth marketing: when you're being pitched and you don't even know it!* *Daily News*. New York, 2010. Disponível em: <https://www.nydailynews.com/life-style/stealth-marketing-pitched-don-article-1.165278?pgno=1#ixzz2X5xkBrdH>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- OXFORD DICTIONARY OF ENGLISH. *Oxford*: Oxford University Press, 2013.
- PAIVA, Clarissa Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4401, 20 jul.

2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34128>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PEHLIVAN, Ekin *et al.* Keeping up with The Joneses: Stealth, secrets, and duplicity in marketing relationships. *Business Horizons*, November 2015, vol.58(6), p. 591-598.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Direito da Internet e comércio eletrônico*. Lisboa: Quid Júris, 2001.
- PEREIRA, Jonathan Jones dos Santos. *A ciência da publicidade: conhecimento intuitivo e uso de princípios de mudança comportamental por especialistas para influenciar consumidores*. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de Brasília, Instituto de Psicologia, Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações, 2018.
- PINHEIRO, Etúli. Estratégias comunicacionais de simulação de público frente à opinião pública: astroturfing. In: *COMUNICON: Congresso Internacional Comunicação e Consumo*. São Paulo, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- REBELO, Rosa Maria da Silva. *Eficácia Comunicativa do Product Placement - Estudo da eficácia comunicativa do product placement desde o enfoque do processamento de informação*. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação), Vila Real – UTAD, 2009.
- RECUERO, Raquel. *Redes Sociais na Internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009.
- REYES LÓPEZ, María José. *Manual de derecho privado de consumo*. 2. ed. Madrid: La Ley, 2012.
- ROY, Abhijit; CHATTOPADHYAY, Satya P. Stealth marketing as a strategy. *Business Horizons*, 2010. vol. 53, p. 69-79. p. 71.
- RUSSAKOFF, Dale; SWARDSON, Anne. *Tax-overhaul battle follows lawmakers home*. Washington: The Washington Post, 1985.
- SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral*

- dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SHAKESPEARE, William. *Julius Caesar*. [S.L.]: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2016.
- SHARP, Byron. *How brands grow: What marketers don't know*. Victoria: Oxford University Press, 2010.
- SILVA, Daniel Reis. *Astroturfing: lógicas e dinâmicas de manifestações de públicos simulados*. Belo Horizonte: PPGCOM – UFMG, 2015.
- SILVA, Daniel Reis. *O astroturfing como um processo comunicativo: a manifestação de um público simulado, a mobilização de públicos e as lógicas de influência na opinião pública*. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social) – Universidade Federal de Minas, Programa de Pós-Graduação em Comunicação Social, 2013.
- SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. *O direito do consumidor e a publicidade*. São Paulo: MP, 2008.
- SKINNER, Burrhus Frederic. *The behavior of organisms*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1938.
- SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e comportamento humano*. Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STREITFELD, David. *The best book reviews money can buy*. The New York Times, publicado em 25 ago. 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/08/26/business/book-reviewers-for-hire-meet--a-demand-for-online-raves.html?pagewanted=all>. Acesso em: 6 mar. 2020.
- TAKASE, Sonia. *Impacto da revolução tecnológica na dimensão humana da informação*. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Universidade de Brasília, 2007.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 9. ed. São Paulo: Método, 2020.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- TERRA, Carolina Frazon. O que as organizações precisam fazer para serem bem vistas nas mídias sociais sob a ótica da Comunicação Organizacional e das Relações Públicas. *V Congresso Científico de Comunicação Organiza-*

- cional e Relações Públicas Abrapcor*. São Paulo. Anais. São Paulo, 2011.
- THE JONESES. Dirigido e escrito por Derrick Borte. Produzido por Derrick Borte, Doug Mankoff, Andrew Spaulding e Kristi Zea. Estrelando Demi Moore, David Duchovny, Amber Heard, Ben Hollingsworth, Gary Cole e Lauren Hutton. Música de Nick Urata. Cinematografia: Yaron Orbach. Editado por Janice Hampton. Estados Unidos: Estreia Fotográfica; Echo Lake Productions. 2009. Online (1h36min).
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- VIVEIROS, Nuno Filipe Carvalho. *Do buzz ao marketing viral: um estudo*. 49 p. Dissertação (Mestrado em Gestão de Empresas/MBA). Ponta Delgada: Universidade dos Açores, 2014.

Recebido em 27 de abril de 2020.

Aprovado em 01 de junho de 2020.

RESUMO: A abusividade de determinadas práticas publicitárias é discutida com base no princípio da identificação da publicidade, cujo desrespeito pode ser prejudicial ao consumidor. Assim, o âmago da questão transita em torno do crivo definidor entre a necessidade de inovação criativa e eficaz por parte dos fornecedores e a desonestidade da publicidade para com o consumidor. Objetiva-se, portanto, demonstrar quais são os limites jurídicos do *stealth marketing* – publicidade furtiva, clandestina, disfarçada – e como sua suposta abusividade é caracterizada. Por isso, os procedimentos metodológicos utilizados para tal análise consistem em pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa e hipotético-dedutiva, e objetivo descritivo. Não há no ordenamento jurídico uma disposição unificadora relativa à regulamentação dessa prática, ao considerar que é uma das maneiras mais persuasivas de campanha publicitária, seja pela aparente manipulação para com o consumidor, seja pela impossibilidade de ter consciência sobre quando se é alvo da publicidade. Conclui-se, à vista disso, que apesar de o *stealth marketing* não possuir uma regulamentação específica no microsistema consumerista brasileiro, essa prática pode ser considerada abusiva com fundamento no artigo 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, por violar diretamente o princípio da identificação da publicidade.

Palavras-chave: consumidor, publicidade, *Stealth marketing*, publicidade abusiva.

ABSTRACT: The abusiveness of certain advertising practices is discussed on the basis of the advertising identification principle, whose disrespect may be harmful to the consumer. Thus, the crux of the matter revolves around the defining sieve between the suppliers' need for creative and effective innovation and the dishonesty of advertising towards the consumer. The aim is therefore to demonstrate what the legal limits of *stealth marketing* are - clandestine, disguised advertising - and how its supposed abusiveness is characterized. Therefore, the methodological procedures used for such analysis consist of applied research, with a qualitative and hypothetical-deductive approach and descriptive objective. There is no unifying provision in the legal system regarding the regulation of this practice, considering that it is one of the most persuasive ways of advertising campaign, either by the apparent manipulation towards the consumer or by the impossibility of being aware of when one is the target of advertising. In view of that, it can be concluded that although *stealth marketing* does not have specific regulation in the Brazilian consumer micro system, such practice may be considered abusive on the basis of article 36, *caput*, of the Consumer Protection Code, for directly violating the advertising identification principle.

Keywords: consumer, advertising, *Stealth marketing*, abusive advertising.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues; ALVES, Fabrício Germano. *Stealth marketing: captura ilícita do consumidor por meio de estratégias sociopsicológicas*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1466>.

Debates sobre maioridade penal no Brasil: difícil conciliação em torno de um bem comum

*Debates about legal age for criminal liability in Brazil:
difficult conciliation around a common good*

Tarsila Rorato Crusius*

Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre – RS, Brasil

Ana Paula Motta Costa**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, Brasil

Márcin Perius Haerberlin***

Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre – RS, Brasil

1. Introdução

Passadas três décadas da promulgação da Constituição Brasileira e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que introduziram no ordenamento

* Mestrado em Direitos Humanos em andamento pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (2019-2020), com bolsa integral da CAPES. Bacharel em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1994). E-mail: tarsila.crusius@gmail.com.

** Pós-doutora em Criminologia e Justiça Juvenil junto ao Center for the Study of Law and Society (Berkeley Law) da Universidade da Califórnia. Doutora em Direito pela PUC/RS (2011), tendo realizado estágio doutoral na Universidade Pablo de Olavide, na Espanha, no ano de 2009. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS (2004). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, onde compõe o Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDir. E-mail: anapaulamottacosta@gmail.com.

*** Pós-Doutor pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2019). Doutor em Direito pela PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2014), com período sanduíche na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (2013). Mestre em Direito do Estado pela PUCRS (2006). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2004). Pesquisador Visitante do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2014). Professor no Mestrado em Direitos Humanos (desde 2018) e na Graduação em Direito (desde 2011) do Centro Universitário Ritter dos Reis. E-mail: mphaeberlin@gmail.com.

jurídico brasileiro a Doutrina da Proteção Integral¹, a agenda de defesa da redução da maioridade penal de adolescentes no país vem ganhando força e robustez. Sintoma evidente desta mudança é a aprovação pela Câmara dos Deputados, em 2015, da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 171/1993, que reduz a maioridade penal no Brasil em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, dos 18 para os 16 anos de idade. Atualmente, a proposta tramita no Senado Federal para análise e apreciação da Casa.

O debate é revestido de grande relevância e impacto na abordagem e penalização de adolescentes autores de atos infracionais. Assim, o estudo justifica-se pela necessidade de melhor compreender o fenômeno, as motivações das propostas e os princípios de justiça a elas subjacentes. Propõe-se, portanto, identificar em que medida os debates em torno da redução da maioridade penal no Brasil refletem visões conciliáveis dos Direitos Humanos, tendo em vista a realização do bem comum.

Utilizando metodologia de caráter exploratório, com revisão bibliográfica, primeiramente propõe-se compreender o processo de definição da maioridade penal aos 18 anos na Constituição de 1988 como expressão de um novo contrato social, a partir da Teoria da Justiça de John Rawls. Posteriormente, busca-se conhecer os argumentos que vêm sustentando o debate em torno da maioridade penal no Brasil. Para isso, os argumentos que sustentam manutenção da maioridade penal aos 18 anos de idade são buscados nos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral. Por outro lado, os estudos referentes às justificativas e discursos parlamentares em favor da redução da maioridade penal são utilizados como base para compreensão dos argumentos em defesa desta redução.

A hipótese considerada é a de que esses discursos são antagônicos e inconciliáveis, sendo a defesa da manutenção da idade penal aos 18 anos, embasada nos princípios da Doutrina da Proteção Integral, identificada com os princípios da defesa e proteção dos direitos humanos e dos princípios de justiça subjacentes ao texto constitucional de 1988.

1 Segundo Méndez (Méndez, 1998, p. 31-32), a Doutrina da Proteção Integral representa uma profunda mudança de paradigma em relação ao até então vigente Código de Menores, e um momento a partir do qual normativas voltadas à infância transformam-se em instrumentos eficazes de defesa e promoção dos direitos das crianças e adolescentes. Cifali (Cifali, 2019, p. 183), por outro lado, avalia não se tratar esta, de uma ruptura total, na medida em que no novo ordenamento ainda podem ser observados elementos voltados à legislação menorista, a exemplo da indeterminação do tempo de intervenção em resposta ao cometimento de ato infracional, bem como da manutenção da discricionariedade judicial.

2. A definição da maioria penal na Constituição de 1988

A Constituição Brasileira de 1988 foi gestada a partir de um amplo acordo político que criou as condições para o fim do período de ditadura militar, dando início à construção de um novo projeto político e social para o país².

A arena para a discussão e, especialmente, para a deliberação sobre esse novo projeto, no Brasil, foi a Assembleia Nacional Constituinte, onde diferentes visões, valores e modelos foram confrontados para a elaboração, aprovação e promulgação da nova Carta Magna. Foi definido, assim, um novo conjunto de princípios ordenadores de um Estado Democrático de Direito no Brasil.

Faz-se, aqui, um paralelo entre a refundação do Estado brasileiro e a pactuação de um novo contrato social, firmado a partir de distintas visões de mundo, de interesses e de concepções de Justiça e de Estado representados pelo conjunto de legisladores constituintes.

Segundo a Teoria da Justiça de Rawls³, de base contratualista, a sociedade é um empreendimento corporativo, marcada tanto por conflitos de interesses quanto por uma identidade de interesses. É no pacto social que se definem os princípios de justiça que regerão a estrutura básica desta sociedade, determinando os direitos e deveres fundamentais comuns a todos, assim como a divisão dos benefícios decorrentes da cooperação social.

Rawls lança mão do conceito de equilíbrio reflexivo para resolver o problema da justificação da escolha de determinados princípios de justiça em detrimento de outros, na situação original, por meio da vinculação da teoria da justiça à teoria da escolha racional. Quando os princípios em questão não são inicialmente compatíveis com as convicções ponderadas de todos, é necessário um processo que possibilite tanto um ajuste nas condições das circunstâncias contratuais quanto uma reformulação dos juízos individuais. Assim, pode-se chegar a uma situação na qual os princípios estejam de acordo com o conjunto de juízos ponderados do conjunto dos contratantes, representando, efetivamente, uma “corroboração mútua de muitas ponderações, do ajuste de todas as partes em uma visão coerente”⁴.

2 Cf. MACIEL, 2010, p. 10. Neste sentido, Cademartori e Cademartori (2013, p. 305) destacam a ampla legitimidade das novas constituições latino-americanas, consolidadas como respostas a reivindicações sociais e políticas, bem a mobilizações populares que evidenciam sua necessidade.

3 RAWLS, 2016, p. 5.

4 RAWLS, 2016, p. 25.

Para o autor, as desigualdades são inerentes a qualquer sociedade, tendo em vista que as pessoas nascem em condições diferentes que favorecem tanto as possibilidades quanto às limitações para a realização de seus projetos e expectativas. Ao caracterizar o objeto da justiça como “o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”⁵, salienta que os princípios da justiça devem ser aplicados, primeiramente, às desigualdades.

Remete-se, assim, à “necessidade de reconhecimento, por parte das maiorias e minorias, de um senso de justiça como constituinte do Estado”⁶. Nesse sentido, o equilíbrio reflexivo surge como uma condição para que os distintos grupos e indivíduos tenham a capacidade de manter uma postura de diálogo, reflexão, ponderação e, eventualmente, de reconsideração de seus próprios juízos, naquilo que Haeblerlin⁷ denominou “mandamento de não-egotopia”⁸.

É no mesmo campo de construção dos princípios a partir de juízos ponderados em equilíbrio reflexivo que o autor situa o processo de definição e busca da consecução do bem comum, sendo este representado pelos consensos resultantes do processo de composição entre os interesses parciais de maiorias e minorias⁹.

Haeblerlin¹⁰ situa na construção do consenso o fundamento da ordem constitucional, lugar onde as ideologias estão procedimentalmente sublimadas e, assim, devem dar lugar à normatividade do texto. Neste sentido, as constituições representam, efetivamente, o conjunto de princípios de justiça de uma dada sociedade, alicerçada em juízos (já) ponderados em equilíbrio reflexivo. Para ele, essa visão de bem comum adotada normativamente não pode ser suplantada pela instabilidade dos discursos políticos e ideológicos que nela não se viram endossados.

5 RAWLS, 2016, p. 8.

6 HAEBERLIN, 2017a, p. 285-286.

7 HAEBERLIN, 2017a, p. 291.

8 Por “egotopia”, o autor designa “a tentativa constante de alastrar esse ‘lugar que é meu’, para todos os espaços possíveis, públicos e privados, em um movimento que negligencia (dolosa ou culposamente) o espaço dos outros” (HAEBERLIN, 2017a, p. 286), aproximando o conceito das ideologias.

9 HAEBERLIN, 2017a, p. 72.

10 HAEBERLIN, 2017b, p. 43.

Essa noção de bem comum formadora da Constituição Brasileira de 1988 envolve, claramente, uma concepção de justiça que requer uma proteção efetiva de crianças e adolescentes, conforme se vê assinalado, em especial, no capítulo da ordem social que trata “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”. Nesse Capítulo, a fixação da maioria penal aos 18 anos, no artigo 228 (“São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”), surge como desdobramento e consequência dessa concepção de justiça que visa à proteção efetiva.

A partir deste ponto, busca-se conhecer e analisar, por um lado, o conjunto de argumentos que, no processo de elaboração das normativas de direitos de crianças e adolescentes no Brasil, sustentaram e seguem sustentando a defesa da maioria penal aos 18 anos, e, por outro, o conjunto de argumentos que defendem a redução da idade penal, a fim de se entender, afinal, se a idade demarcada pela redação original da Constituição é parte integrante daquela concepção de justiça que, protegendo a criança e o adolescente, refletem uma concepção de bem comum estatuída normativamente.

3. Debates sobre a maioria penal no Brasil: argumentos e suas fontes de legitimação

O resgate dos principais argumentos, contrários e favoráveis à redução da idade penal, é realizado a partir de duas fontes de informações e análise.

Por um lado, os princípios de justiça orientadores das principais normativas de direitos de crianças e adolescentes no Brasil (a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente) são compreendidos como resultado de um processo de debates, articulações e deliberações que lhes confere legitimidade e representatividade.

Conforme aponta Cifali¹¹, o acordo que resultou no estabelecimento da idade penal em 18 anos de idade no novo ordenamento jurídico brasileiro não significou um verdadeiro consenso. Isso porque, para a autora, os

11 CIFALI, 2019, p. 182.

verdadeiros debates envolvendo “menoristas”¹² e “garantistas”¹³ deram-se, de fato, fora da arena política do Congresso Nacional e da Assembleia Nacional Constituinte. Entende-se, no entanto, que os princípios da Doutrina da Proteção Integral, incorporados à Constituição de 1988, representam a solução de compromisso que expressou o “melhor acordo possível” e, como referido no item anterior, a visão de justiça e bem comum aceita pelo conjunto de legisladores constituintes na formação do novo pacto. Por este motivo, o conjunto de argumentos favoráveis à manutenção da idade penal aos 18 anos é buscado nos princípios da Doutrina da Proteção Integral, que fundamenta o Direito de Crianças e Adolescentes no Brasil.

Por outro lado, o debate referente à questão da maioria penal não foi encerrado quando da promulgação da Constituição de 1988, ressurgindo esporadicamente, com força e intensidade crescentes. Os diversos argumentos em defesa de sua redução são apresentados, geralmente, de forma dispersa, desorganizada e sazonal, refletindo-se de forma mais sistematizada nos discursos e propostas apresentados no Congresso Nacional desde a década de 1990. No presente estudo, a consolidação desses argumentos em favor da redução da maioria penal é buscada a partir de diferentes fontes secundárias disponíveis.

12 O paradigma menorista fundamenta-se na Doutrina da Situação Irregular, e tem como objeto de intervenção a infância desassistida: “menores” abandonados (moral ou materialmente) e delinquentes. Surge no Brasil a partir da promulgação da primeira legislação especificamente voltada aos menores de idade, o Código de Menores de 1927, e consiste no paradigma orientador do Direito de Menores, vigente no país até a promulgação da Constituição de 1988. Algumas características do Direito de Menores, apontadas por Méndez (Méndez, 1998, p. 26), são: divisão da categoria “infância” em crianças e adolescentes (incluídos nas políticas sociais) e menores (excluídos e vulneráveis); centralização do poder de decisão na figura do juiz de menores; judicialização de problemas vinculados à infância em situação de risco; tendência à impunidade para a prática de delitos cometidos por adolescentes pertencentes às classes média e alta; criminalização da pobreza; consideração da infância como objeto de proteção; e negação da aplicação dos princípios do direito a crianças e adolescentes.

13 O paradigma garantista fundamenta-se na Doutrina da Proteção Integral, e situa crianças e adolescentes como sujeitos de direitos (Méndez, 1998, p. 33; Machado, 2001, p. 116). Surge no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em 1990. O novo paradigma, segundo Méndez (Méndez, 1998, p. 33), unifica a categoria “infância”, sendo instrumento para a garantia de direitos de todas as crianças e adolescentes; devolve à função judicial sua missão de dirimir conflitos; reverte a tendência de responsabilização de indivíduos por problemas de origem social; assegura o princípio básico de igualdade perante a lei; elimina as internações não vinculadas ao cometimento de delitos ou contravenções; atribui à criança e ao adolescente a condição de sujeito pleno de direitos; e incorpora os princípios básicos do direito, bem como os princípios constitucionais relativos à segurança da pessoa.

3.1 A Doutrina da Proteção Integral e a defesa da manutenção da maioria penal aos 18 anos

A Constituição Federal de 1988 foi resultado de um amplo processo de rupturas que marcou o término do regime militar no Brasil e demandou a construção de um novo projeto para o país, bem como uma nova configuração ao Estado brasileiro. Constituiu-se, assim, no marco normativo que situa a dignidade à pessoa humana como fundamento do próprio Estado Brasileiro, concebido, a partir de então, como Estado Democrático de Direito.

Esse novo projeto demandou a estruturação de um novo conjunto de normas, bem como um completo reordenamento do sistema brasileiro de justiça infanto-juvenil, a partir dos quais crianças e adolescentes puderam ser reconhecidos como sujeitos de direitos e cidadania. Em resposta a esses anseios, a Constituição inaugura as bases da Doutrina da Proteção Integral no Brasil, rompendo com a lógica do até então vigente Direito de Menores, fundamentado na Doutrina da Situação Irregular¹⁴.

Nesse sentido, a Constituição Federal inspirou-se nos princípios que regem as normativas internacionais de proteção aos Direitos de Crianças e Adolescentes, antecipando-se mesmo à promulgação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990.

Méndez¹⁵ dá amplo destaque à mudança de paradigma promovida pelos avanços legais aportados por esta convenção no ordenamento do sistema de justiça juvenil em diferentes países da América Latina, a partir do entendimento de que crianças e adolescentes, por sua situação peculiar de pessoas em desenvolvimento, são por si merecedoras de considerações prioritárias por parte da família, da sociedade e do Estado.

É marca central de todo o ordenamento jurídico especial dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil o reconhecimento de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento físico, psíquico, social e emocional. O conjunto de vulnerabilidades decorrentes desta condição orienta uma nova concepção, organização e estruturação de todo o sistema de proteção especial. Esse sistema não somente amplia o escopo dos direitos fundamentais, como

14 RIZZINI, 2008, *passim*; RODRIGUES, 2017, p. 183.

15 MÉNDEZ, 1998, p. 32-34.

também cria novos mecanismos que asseguram a efetivação e garantias dos direitos de crianças e adolescentes, com absoluta prioridade¹⁶.

Partindo da compreensão de que é a personalidade o primeiro bem a ser protegido pelo Direito, e entendendo que crianças e adolescentes estão em processo de desenvolvimento de sua personalidade, Machado¹⁷ justifica a necessidade de um tratamento jurídico diferenciado a esta população. O direito especial protegido pela normativa consiste, portanto, no direito a desenvolver a personalidade humana adulta.

Segundo a autora, os direitos de crianças e adolescentes devem ser assegurados tão-somente pelo fato de ter a vida humana uma dignidade em si mesma – e nisso já inovou a Constituição Brasileira de 1988, em relação a todas as anteriores. Entretanto, sua vulnerabilidade constitui-se em uma noção distintiva que justifica a aparente quebra do princípio constitucional da igualdade, “como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal”¹⁸.

Athayde, Bill e Soares¹⁹ descrevem a construção da identidade como um processo social, influenciado pelo contexto social e cultural em que o adolescente se insere. Entretanto, se a adolescência, por si só, consiste em uma fase da vida carregada de conflitos e crises, em contextos de mais agudas vulnerabilidades aumentam as perspectivas que o adolescente vivencie um processo de degradação da autoestima e “invisibilização”, potencial geradora de exclusão, bem como de atitudes e envolvimento com violência, crime e estigmatização.

Para Costa e Gonçalves²⁰, a identidade é construída em um processo intersubjetivo que tem na luta pelo reconhecimento uma função constituinte. Este processo relaciona-se não somente com o conjunto de expectativas sociais e culturais em relação a valores, comportamentos e atitudes, mas com a própria organização do Estado, cujas regras determinarão o reconhecimento ou não do indivíduo como pertencente àquela sociedade.

Em sociedades desiguais como a brasileira, o não-reconhecimento surge como resultado de uma combinação de vulnerabilidades e falta de acesso a

16 MACHADO, 2001.

17 MACHADO, 2001.

18 MACHADO, 2001, p. 123.

19 ATHAYDE; BILL; SOARES, 2005, *passim*.

20 COSTA e GONÇALVES, 2012, online.

oportunidades. Nos contextos de maior vulnerabilidade, a perspectiva de reconhecimento social afeta e é afetada pelas mais restritas condições para a construção de projetos e expectativas de vida. Por vezes, é na imagem negativa que o adolescente encontra sua forma de ser reconhecido socialmente.

A Doutrina da Proteção Integral incorpora esta compreensão de ser a infância e adolescência um período de intensas transformações e de construção da personalidade. É a partir deste conjunto de premissas que se estruturam uma abordagem e tratamento diferenciados em resposta ao cometimento de atos infracionais por menores de 18 anos, em relação ao conjunto de respostas estatais previstas para o cometimento de crimes por adultos.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelecido sob a Doutrina da Proteção Integral retira das medidas socioeducativas o caráter sancionatório e punitivo presente no direito penal adulto. Assim, a Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) estabelece, em seu artigo 1º, os seguintes objetivos para a socioeducação: responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Rodrigues²¹ dá destaque ao fato de que as medidas socioeducativas tem como objetivo central proporcionar a responsabilização do adolescente, criando ao mesmo tempo condições para garantir seu desenvolvimento social e humano, sem prejuízo do trabalho pelo resgate e fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Para a autora, entretanto, não se pode desconsiderar o aspecto sancionatório e punitivo das medidas socioeducativas, na medida em que, “apesar de o ECA, eufemisticamente, atribuir às medidas socioeducativas natureza diversa de pena, elas representam, na prática, as características do modelo punitivo destinado aos adultos”²².

Para Salas²³, o modelo menorista de (re)socialização e educação para a vida em sociedade fracassou, tendo as medidas educativas deste modelo se

21 RODRIGUES, 2017.

22 RODRIGUES, 2017, pp. 206-207.

23 SALAS, 2013, p. 4

revelado, de fato, penas impostas sem o respeito às garantias constitucionais dos menores de idade. Também a experiência contemporânea vem demonstrando a baixa eficácia da institucionalização como estratégia (re)socializadora. Neste contexto, ganham espaço as medidas socioeducativas em meio aberto, bem como as estratégias voltadas à *diversão* ou *despenalização*, que buscam evitar a internação e o encarceramento, em uma aposta de que o objetivo de (re)socialização é mais facilmente logrado na família, na comunidade e nos serviços sociais regulares do que por meio das intervenções judiciais.

Também para Zimring e Langer²⁴, cada vez mais são reconhecidas as vantagens de uma abordagem “maturacional” ao problema da delinquência juvenil. Segundo essa abordagem, compete ao sistema penal juvenil garantir, nos limites do possível, a permanência dos adolescentes autores de atos infracionais em suas comunidades, enquanto se concretiza o seu processo de amadurecimento.

De maneira diversa, Veronese e Santos questionam os defensores da corrente do Direito Penal Juvenil, para quem as medidas socioeducativas não são senão “um eufemismo para ocultar o caráter retributivo e punitivo dessa resposta estatal a menores de idade”.²⁵ Embora esses autores centrem sua preocupação em uma alegada necessidade de estender ao Direito da Criança e do Adolescente os pressupostos garantistas específicos do Direito Penal, “o direito penal juvenil, no Brasil, tende a ocultar e inviabilizar a prática pedagógica da apuração do ato infracional e das medidas socioeducativas”,²⁶ colocando em risco os avanços representados pelos princípios e práticas assumidos pela Doutrina da Proteção Integral – a exemplo da regulamentação especial para apuração da autoria do ato infracional, da natureza pedagógica das medidas socioeducativas e da participação popular. Ainda nesse sentido, Veronese, ao compreender que os pressupostos da responsabilização estatutária contrapõem-se ao caráter penal das medidas socioeducativas, aponta para o risco de que a ideia da penalização do adolescente presente na abordagem do Direito Penal Juvenil termine por fortalecer os discursos em favor da redução do limite da responsabilidade penal²⁷.

O ordenamento jurídico brasileiro determina, portanto, que seu siste-

24 ZIMRING e LANGER, 2015, p. 392.

25 VERONESE e SANTOS, 2015, p. 397.

26 VERONESE e SANTOS, 2015, p. 393.

27 VERONESE, 2015, p. 270.

ma de justiça para a infância e a adolescência atue em conformidade com os princípios estabelecidos na Doutrina da Proteção Integral, respeitando a condição dos adolescentes autores de atos infracionais como pessoas em situação peculiar de desenvolvimento e atuando no sentido de garantir seus direitos.

A definição de um critério rígido para a fixação da idade penal aos 18 anos é fruto de uma decisão política do legislador constituinte²⁸. Quando da promulgação da Constituição de 1988, os termos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças de 1989 estavam em ampla discussão tanto por movimentos nacionais quanto internacionais, o que foi fonte de influência ao constituinte brasileiro. Conforme salienta Rodrigues²⁹, com a ratificação desta Convenção pelo Brasil, em 1990, todo o arcabouço principiológico das normativas internacionais sobre os direitos de crianças e adolescentes foi recepcionado pelo ordenamento constitucional interno, consolidando os avanços já inseridos na carta magna brasileira dois anos antes.

Fica demonstrado, assim, que a Doutrina da Proteção Integral reflete os princípios e uma concepção de justiça que constituem as bases do Estado Democrático de Direito, inaugurado a partir da promulgação da carta magna brasileira. Nesse contexto, a definição da maioridade penal aos 18 anos de idade, respaldada tanto na compreensão de que crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, como também em todo um conjunto de tratados e convenções internacionais, é concebida como parte integrante dessa concepção de justiça, pois visa a assegurar que crianças e adolescentes encontrem a proteção, as garantias e as oportunidades para desenvolver sua personalidade e suas potencialidades.

3.2 Argumentos em defesa da redução da maioridade penal no Congresso Nacional

Os argumentos em defesa da redução da maioridade penal no Brasil são analisados com base nos estudos realizados por Silva³⁰, Kwen³¹ e Cappi³². Utilizando diferentes recortes, os autores buscam, nas justificativas apre-

28 PAULA, 2017, p. 35.

29 RODRIGUES, 2017, p. 183-184.

30 SILVA, 2015.

31 KWEN, 2016.

32 CAPPI, 2017.

sentadas em propostas de emenda à constituição (PECs) e projetos de lei (PLs), bem como nos discursos e debates realizados em discussões plenárias, audiências públicas, entre outros, realizados desde a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, os argumentos em defesa da redução da maioria penal e do endurecimento das sanções aplicáveis sobre adolescentes autores de atos infracionais.

Os autores partem de distintas metodologias e fontes de informação, compreendendo de diferentes maneiras o quanto os discursos parlamentares analisados são, de fato, representativos das justificativas da parcela sociedade que defende a redução da maioria penal.

Silva³³ escolheu, como fonte de análise, as justificativas constantes do conjunto de PECs pela redução da maioria penal apresentadas no âmbito da Câmara dos Deputados, no período 1993 a 2013. Segundo a autora³⁴, as opiniões e discursos ali registrados não têm nos deputados federais proponentes o seu ponto de origem. Não podendo ser atribuídas a indivíduos isolados a concepção e autoria de discursos que se produzem histórica e socialmente, considera que os mesmos são representativos de um imaginário social sobre a questão.

Por sua vez, Kwen³⁵ observa que as PECs e os PLs apresentados no Congresso Nacional, desde a promulgação da Constituição até o ano de 2015, possuem representatividade nacional, na medida em que foram propostas por senadores e deputados federais de todas as regiões do país. Além disso, a autora observa que os argumentos apresentados pelos parlamentares assemelham-se em conteúdo àqueles utilizados por setores da sociedade civil que posicionam-se favoravelmente à redução da maioria penal no país.

Por fim, Cappi³⁶ busca identificar, tanto no conjunto das PECs visando à redução da maioria penal apresentadas no Congresso Nacional quanto no conteúdo dos debates em plenário, no período de 1993 a 2011, as diferentes maneiras de pensar o controle da delinquência e as distintas concepções de justiça penal nelas implicadas. Para o autor³⁷, os diferentes discursos em defesa ou contrários à redução da maioria penal devem

33 SILVA, 2015.

34 SILVA, 2015, p. 22.

35 KWEN, 2016, p. 65.

36 CAPPI, 2017.

37 CAPPI, 2017, p. 33.

ser compreendidos como expressões específicas de distintas posições face à insegurança e à maneira de enfrentar o fenômeno da violência. Diferentemente das autoras anteriormente citadas, afirma não pretender inferir uma representatividade dos discursos analisados, e sim observar a diversificação das ideias por eles mobilizadas ou neles expressas.

Os estudos analisados demonstram que a definição da idade penal aos 18 anos de idade no texto constitucional não encerrou as controvérsias envolvidas no debate público a este respeito. Não por menos, já em 1989, ano seguinte à promulgação da nova Constituição, foi apresentada no âmbito da Câmara dos Deputados a primeira PEC visando a sua redução³⁸.

A segunda proposta visando à redução da maioria penal foi apresentada na Câmara dos Deputados no ano de 1993, poucos anos após a instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desde então, todas as demais propostas apresentadas na Câmara dos Deputados tramitaram em conjunto com aquela, até sua aprovação no ano de 2015, com posterior encaminhamento para análise pelo Senado (onde tramita até o momento como PEC nº 115/2015).

Passa-se à breve descrição dos estudos realizados pelos autores de referência, bem como dos resultados neles apresentados.

Silva³⁹ debruça-se sobre os argumentos em favor da redução da maioria penal constantes das 37 PECs apresentadas na Câmara dos Deputados entre os anos de 1993 e 2013. Utilizando os conceitos filosóficos e a abordagem arqueogenealógica aportados por Michel Foucault (1926-1984), parte da compreensão de que estas propostas representam mais que meros dispositivos jurídicos, constituindo-se em racionalidades que de fato justificam e legitimam discursos e práticas que se efetivam cotidianamente.

A análise das justificativas apresentadas pelos parlamentares é realizada por Silva⁴⁰ a partir da construção de três distintos “analisadores”, intrinsecamente articulados entre si.

Um primeiro conjunto de argumentos identificado pela autora⁴¹ atribui à expansão do acesso a novas tecnologias de informação e comunicação, bem como dos meios de comunicação de massa, uma possível aceleração do

38 SILVA, 2015, p. 15; KWEN, 2016, p. 44.

39 SILVA, 2015, *passim*.

40 SILVA, 2015, p. 32.

41 SILVA, 2015, p. 34-49.

desenvolvimento psíquico dos jovens. De acordo com esta lógica, os jovens dos tempos atuais estariam amadurecendo precocemente devido a esta ampla gama de informações recebidas de diferentes fontes, e vivenciando, em função destes, como que um “salto” em seu processo de desenvolvimento.

A autora salienta que estes argumentos encontram-se impregnados de uma abordagem do indivíduo que parte de uma ótica racional e cartesiana e desconsidera um conjunto de saberes construídos e amplamente legitimados por diferentes teorias do desenvolvimento, as quais demonstram não tratar-se o “amadurecimento psíquico” tão-somente uma questão de acesso a informações e estímulos, e sim um processo complexo, pleno de conflitos e contradições.

Um segundo conjunto de argumentos identificados por Silva⁴² vincula a proposta de redução da maioria penal à necessidade de resposta a demandas e clamores sociais pelo enfrentamento das causas da violência e por uma redução da sensação de impunidade. Neste sentido, a exacerbação da racionalidade punitiva, expressa no apelo pela redução da maioria penal, fortalece e legitima o papel do próprio Estado como guardião da ordem pública, ao permitir que o mesmo puna com maior rigor aqueles que, na percepção de uma parcela da população, vem sendo premiados com punições excessivamente amenas para os delitos cometidos.

O terceiro e último conjunto de argumentos identificados pela autora⁴³ justificam a defesa da redução da maioria penal a partir de tensionamentos e críticas ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), respaldados em uma alegada suavidade e ineficácia das medidas socioeducativas no enfrentamento do problema da criminalidade juvenil. Também emergem críticas em função de uma desconsideração das distintas capacidades individuais de entendimento e maturidade dos adolescentes, bem como dos diferentes contextos sociais e familiares dos autores dos atos infracionais, o que justificaria uma flexibilização da idade penal (para baixo) ou do tempo de cumprimento de medida (para cima).

Por sua vez, Kwen⁴⁴ toma como campo de pesquisa o universo das 69 PECs e dos 24 Projetos de Lei (PLs) apresentados no âmbito de ambas as casas legislativas no período de 1988 a 2015. Nesta amostra, incluem-se

42 SILVA, 2015, p. 50-69.

43 SILVA, 2015, p. 70-86.

44 KWEN, 2016, p. 9.

tanto propostas de alteração da idade penal no texto constitucional (PECs) quanto projetos que propõem alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) visando ao endurecimento das medidas aplicadas em caso de cometimento de delito por adolescentes. Os argumentos apresentados pelos parlamentares nestes documentos foram agrupados em 8 categorias distintas, conforme segue.

O primeiro conjunto de argumentos identificados por Kwen⁴⁵ fundamenta-se em uma suposta incoerência na manutenção da idade penal aos 18 anos enquanto as normativas já preveem a obtenção da maioridade, nos âmbitos civil e político, aos 16 anos.

A segunda linha argumentativa identificada pela autora⁴⁶ aponta para a necessidade de redução da maioridade penal como forma de coibir novas práticas infracionais pelos adolescentes, em resposta ao aumento da criminalidade juvenil.

O terceiro grupo de argumentos identificados por Kwen⁴⁷ assemelha-se ao primeiro “analisador” proposto por Silva⁴⁸, que aponta para um suposto fenômeno de amadurecimento mais precoce dos adolescentes em decorrência de um maior acesso a informações e conhecimentos, proporcionado pelo desenvolvimento das comunicações e da tecnologia.

O quarto conjunto de argumentos identificado pela autora⁴⁹ ancora-se em uma demanda para que a Constituição Federal adapte-se à evolução da sociedade.

Em quinto lugar, são agrupados argumentos que apontam para um suposto agravamento das infrações cometidas por adolescentes. Segundo esta lógica, os adolescentes estariam se tornando cada vez mais ousados em virtude da leniência e sensação de impunidade geradas pelas normativas do ECA.

Decorrente desta lógica, o sexto conjunto de argumentos identificados por Kwen⁵⁰ defende que a inimputabilidade funciona como facilitador para a prática de ato infracional. Assim, o endurecimento da resposta do Estado

45 KWEN, 2016, p. 47.

46 KWEN, 2016, p. 47.

47 KWEN, 2016, p. 47.

48 SILVA, 2015.

49 KWEN, 2016, p. 47.

50 KWEN, 2016, p. 48.

teria a função de coibir esta prática.

O sétimo argumento busca responder diretamente a um questionamento constitucional, segundo o qual a idade penal de 18 anos estaria inserida na Constituição como cláusula pétrea. É do entendimento de defensores da redução da maioridade penal, a partir desta linha argumentativa, que a maioridade penal aos 18 anos não é uma cláusula pétrea, podendo ser alterada por meio da aprovação de uma PEC. Não apresenta, assim, nenhum argumento específico justificando as causas desta mudança, apenas sua possibilidade.

Por último, o oitavo argumento apresentado deriva para a “pressão popular” por uma atualização do Código Penal de 1940, com a redução da maioridade penal e com a imposição de medidas mais punitivas voltadas a adolescentes autores de atos infracionais, visando o enfrentamento do atual contexto de criminalidade no país.

Em seu estudo, Kwen⁵¹ constata, por um lado, que os argumentos utilizados em favor e contra a redução da maioridade penal não mudaram desde a promulgação da Constituição Federal. Por outro lado, aponta para o que descreve como uma perceptível evolução do conteúdo das propostas e projetos ao longo dos anos, de forma que os remédios sugeridos para o enfrentamento dos problemas identificados evoluíram de propostas simplistas e restritas a um recorte etário (redução da maioridade penal para 14 anos ou 16 anos) para propostas que envolvam mecanismos que levem em conta outros elementos, como a consideração da maturidade e discernimento do adolescente, análise psicológica, recorte a partir do tipo e da gravidade do ato cometido, entre outros.

Esta evolução sugeriria, no entender da autora, o desenvolvimento de um entendimento comum, baseado em uma conscientização sobre a complexidade do problema da criminalidade juvenil, para cujo enfrentamento faz-se necessário um tratamento mais cauteloso, com a elaboração de propostas mais complexas e multifacetadas.

Aponta, entretanto, para o que chamou uma “jurisdicionalização” dos conteúdos das propostas, fenômeno através do qual as discussões sobre os fundamentos ou razões para a redução ou não da idade penal teriam sido colocados em um segundo plano. Este fenômeno, segundo ela, fez com que o debate ocorrido no Plenário da Câmara dos Deputados, ao longo da

51 KWEN, 2016, p. 104.

votação da PEC 171/93, fosse centrado em questões constitucionais e regimentais, indicando uma impossibilidade em seguir buscando a construção do entendimento e do consenso por via do diálogo.

De maneira complementar, o estudo de Cappi⁵² sobre os argumentos em favor da redução da maioria penal no Congresso Nacional analisou os textos constantes das 37 Propostas de Emenda Constitucional apresentadas pelos parlamentares brasileiros entre 1993 e 2010, 30 delas pela Câmara dos Deputados e 7 delas pelo Senado Federal. Além disso, o autor buscou compreender os argumentos contrários à redução a partir dos 85 discursos orais proferidos na tribuna do Senado Federal neste mesmo período.

A partir do material analisado, o autor chegou à elaboração de 4 “discursos-tipo”, que representam as distintas maneiras de interpretar o problema da violência juvenil, bem como as diferentes propostas para o seu enfrentamento (favoráveis ou contrárias à redução da idade penal), derivadas destas interpretações.

Assim, Cappi⁵³ denominou de “discurso punitivo” aquele que parte de uma interpretação simplista, contingente e emocional do problema da violência juvenil, atribuindo aos adolescentes parcela significativa de responsabilidade pela insegurança crescente e generalizada. A responsabilização apresenta-se relacionada com a redução da maioria penal e com o endurecimento das penas impostas. A partir deste discurso, estas respostas atenderiam aos anseios da opinião pública, constituindo-se em formas de reduzir os índices de criminalidade, tanto na perspectiva da dissuasão ao cometimento de delitos quanto na perspectiva de punição efetiva pelos atos ilícitos praticados.

Por outro lado, o autor⁵⁴ identifica no “discurso da punição garantista” uma postura também favorável à redução da maioria penal que leva mais em conta a complexidade dos fatores envolvidos no fenômeno da criminalidade juvenil. Assim, este discurso, ao mesmo tempo que valoriza a resposta punitiva, reconhece a necessidade de mudanças nas medidas socioeducativas e o fortalecimento de formas de intervenção complementares que visem reduzir o conjunto de vulnerabilidades decorrentes de desigualdades sociais, falta de acesso a políticas públicas e violações de direitos,

52 CAPPI, 2017, p. 93-96.

53 CAPPI, 2017, p. 184.

54 CAPPI, 2017, p. 184.

reconhecendo tanto a ineficácia das medidas socioeducativas da maneira com que são desenhadas e aplicadas atualmente quanto o impacto negativo do encarceramento de jovens e de adultos.

Os outros dois “discursos-tipo” identificados pelo autor defendem a manutenção da idade penal aos 18 anos de idade, partindo de distintas concepções acerca do problema da criminalidade juvenil e, conseqüentemente, apresentando diferentes propostas para seu enfrentamento.

O “discurso da proteção” atribui papel mais significativo aos mecanismos de exclusão social e violação de direitos no fenômeno da violência. Identifica o adolescente, primeiramente, como detentor de direitos e como pessoa em fase de desenvolvimento, destacando seu papel de vítima da violência sobre o papel de perpetrador. Assim, neste discurso, o enfrentamento do problema passa necessariamente pelo fortalecimento e garantia de seus direitos, através da adoção de políticas preventivas e assistenciais. É reconhecido, por outro lado, o papel do caráter punitivo das medidas socioeducativas como fator necessário de dissuasão para o cometimento de atos infracionais⁵⁵.

Finalmente, o autor identifica um “discurso radical” de defesa manutenção da maioria penal em 18 anos, segundo o qual a criminalidade juvenil decorre de um contexto de violência estrutural presente nas instituições sociais, que vitimiza os adolescentes e jovens, violando seus direitos – neste contexto, a redução da idade de responsabilidade penal em nada contribuiria para alterar o quadro de violência e criminalidade juvenil. Esta leitura faz uma forte crítica à característica punitiva das medidas socioeducativas, defendendo o potencial caráter educativo e transformador das mesmas. Segundo Cappi⁵⁶, este discurso defende que o problema da criminalidade juvenil somente pode ser enfrentado a partir de transformações profundas e radicais no plano político, em uma perspectiva de promoção que elimine desigualdades e dinâmicas de exclusão.

Observa-se, como fator comum nas três análises apresentadas, que os argumentos em favor da redução da maioria penal centram-se na necessidade de modificar o remédio administrado pelo Estado e pela sociedade como forma de reduzir o problema da violência a partir de uma perspectiva punitivista. Sob esta perspectiva, de forma geral, busca-se a caracterização, em adolescentes de até 18 anos de idade (especialmente aqueles com ida-

55 CAPPI, 2017, p. 185-186.

56 CAPPI, 2017, p. 186-187.

des entre os 16 e os 18 anos), de um nível de maturidade e racionalidade semelhante ao de adultos.

Para isso, mesmo em situações nas quais o discurso em favor da redução da maioria penal reconhece no adolescente de até 18 anos de idade uma pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, são buscados em uma suposta “evolução da sociedade”, ou na “ampliação do acesso às tecnologias e à informação”, argumentos que, na prática, buscam neutralizar aquele mesmo reconhecimento, como se fatores externos como os apresentados pudessem funcionar como catalisadores que acelerariam um processo natural.

Percebe-se, na maior parte dos discursos analisados, poucas referências ou preocupações referentes às vulnerabilidades ou especificidades da adolescência que deveriam ser consideradas, quando do tratamento dado pelo Estado aos adolescentes autores de atos infracionais. Quando estas referências são explícitas, a preocupação em avaliar o grau de consciência ou maturidade do adolescente é argumento utilizado não no sentido de garantir sua proteção, mas como justificativa para a possibilidade de antecipação da responsabilização.

Constata-se, portanto, que os argumentos apresentados em favor da redução da idade penal, de forma geral, buscam responder à violência perpetrada por adolescentes sob um viés punitivista. Sob este viés, a nova configuração dos termos do pacto social estabelecido em 1988 propõe, de fato, uma situação em que os custos sociais do enfrentamento do problema da violência recairão especialmente sobre aqueles adolescentes em situação de maior vulnerabilidade social.

Ao reforçar ou aprofundar as desigualdades, vulnerabilidades e exclusão que aumentam as perspectivas de envolvimento com violência, crime e estigmatização de adolescentes⁵⁷, os princípios propostos nos discursos de defesa da redução da maioria penal não demonstram atender à noção de bem comum endossada pela Constituição Federal.

4. Considerações finais

57 ATHAYDE; BILL; SOARES, 2005, *passim*.

O presente estudo busca identificar em que medida os debates em torno da redução da maioria penal no Brasil refletem visões conciliáveis dos direitos humanos em vista do bem comum na forma como disposto, normativamente, no texto constitucional brasileiro.

Para isso, o processo de definição da maioria penal aos 18 anos na Constituição de 1988 é analisado a partir da Teoria da Justiça de Rawls (2016). Segundo este referencial, os princípios definidos pela Constituição Brasileira de 1988 resultam de um processo racional de ponderação e ajuste dos juízos conflitantes representados na Assembleia Constituinte. Representando este conjunto de juízos ponderados em equilíbrio reflexivo, a concepção de justiça que determina as bases da proteção de crianças e adolescentes no Brasil é percebida como de interesse para a consecução do bem comum.

Os argumentos em favor da manutenção da maioria penal aos 18 anos de idade são buscados nos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, especialmente a partir do princípio de que crianças e adolescentes são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Por outro lado, os argumentos apresentados em favor da redução da maioria penal são analisados a partir de estudos realizados sobre as justificativas e discursos parlamentares em sua defesa.

A análise dos conjuntos de argumentos contrários à redução da maioria penal demonstra que a fixação da maioria penal aos 18 anos de idade visa a assegurar que crianças e adolescentes, enquanto pessoas em situação peculiar de desenvolvimento, tenham garantidas a proteção e o acesso às oportunidades necessárias para o desenvolvimento de sua personalidade e de suas potencialidades. Por esses motivos, entende-se que a Doutrina da Proteção Integral reflete os princípios e uma concepção de justiça que constituem as bases do Estado Democrático de Direito, que tem como razão de sua existência a consecução do bem comum.

Por outro lado, a análise dos argumentos em favor da redução da maioria penal demonstra a presença de um discurso punitivista que, de forma geral, desconsidera as peculiaridades da adolescência como fase do desenvolvimento humano caracterizada por conflitos e vulnerabilidades que demandam um olhar e uma abordagem específicas. A proposta de redução da maioria penal, neste contexto, representaria tão-somente um agravamento na situação de desvantagem e vulnerabilidades às quais encontram-se

submetidos os adolescentes autores de atos infracionais.

Conclui-se, assim, que os debates em torno da redução da maioria penal no Brasil refletem princípios de justiça antagônicos. Entende-se, entretanto, que apenas os argumentos apresentados em defesa da manutenção dos termos do estabelecido em 1988, que definiram a maioria penal no Brasil em 18 anos, seguem representando uma visão de direitos humanos em conformidade com a noção de bem comum endossada pela Constituição Federal.

Referências

- ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de mai. de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 de mai. de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 11 de mai. de 2019.
- CADEMARTORI, Sergio Urquhart; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Os Direitos Humanos e suas Garantias no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. *Revista Mestrado em Direito*. Osasco, jul-dez/2013, ano 13, n. 2, p. 303-321.
- CAPPI, Riccardo. *A maioria penal nos debates parlamentares: motivos do controle e figuras do perigo*. Belo Horizonte: Letramento : Casa do Direito, 2017.
- CIFALI, Ana Claudia. *As Disputas pela Definição da Justiça Juvenil no Brasil*. 2019. 211f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- COSTA, Ana Paula Mota; GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Adolescência, Rei-*

- ficação e os Reflexos na Violência. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI, anais*, Florianópolis, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9afefc52942cb83c>. Acesso em: 28 de mai. de 2019.
- HAEBERLIN, Mártin. *Uma Teoria do Interesse Público: Fundamentos do Estado Meritocrático do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017(a).
- HAEBERLIN, Mártin. Participação Política versus Egotopia: a abordagem constitucional como resposta a concepções ideológicas dos direitos humanos. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Vol. 8, nº. 2, 2017(b), págs. 26-55. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6379971>. Acesso em: 7 de mai. de 2019.
- KWEN, Nara Josepin. *O Debate da Maioridade Penal no Congresso Nacional: Mapeamento das Propostas Legislativas*. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16319/Dissertac%cc%a7a%cc%83o-VERSA%cc%83O%20FINAL-%20PDF3.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 de mai. de 2019.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2001.
- MACIEL, Marco. Compromisso com a Nação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília v. 47 n. 187 jul./set. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198652/000836750.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 de mai. de 2019.
- MÉNDEZ, Emilio Garcia. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: HUCITEC, 1998.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido. Ato Infracional e a Natureza do Sistema de Responsabilização. In: ILANUD; ABMP: SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. Rio de Janeiro: Renan, 2017. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/ilanud/book_just_adol_ato_infrac.pdf. Acesso em: 28 de mai. de 2019.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. Ed. rev. São Paulo : Martins Fontes, 2016.
- RIZZINI, Irene. *O Século Perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2011. 3ª ed.
- RODRIGUES, Ellen. *A Justiça Juvenil no Brasil e a Responsabilidade Penal do*

- Adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- SALAS, Jaime Couso. Princípio educativo e (re)socialização no direito penal juvenil. *Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade*, 2013 (8): 1-15. Disponível em: <http://revista.pgskroton.com.br/index.php/adolescencia/article/view/225/211>. Acesso em: 11 de mai de 2019.
- SILVA, Aline Kelly da. *Entre a Proteção e a Punição nas propostas de redução da idade penal no Brasil*. 2015. 128 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/1257/1/Entre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20e%20a%20puni%C3%A7%C3%A3o%20nas%20propostas%20de%20redu%C3%A7%C3%A3o%20da%20idade%20penal%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 10 de mai. de 2019.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: Elementos aproximativos e/ou ditanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Danielle Maria Espezim dos. Responsabilização Estatutária e os Avanços do Penalismo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 17, n. 112, jun-set 2015, p. 393-412.
- ZIMRING, Franklin E.; LANGER, Maximo. One Theme or Many? The search for a deep structure in global juvenile justice. In: ZIMRING, Franklin E.; LANGER, M; TANENHAUS, David S. (Orgs.). *Juvenile Justice in Global Perspective*. New York: NYU Press, 2015.

Recebido em 30 de abril de 2020.

Aprovado em 01 de julho de 2020.

RESUMO: Discursos em defesa da redução da maioria penal vêm ganhando força no Brasil, justificando uma melhor compreensão desse fenômeno e dos princípios de justiça nele envolvidos a partir do questionamento: “em que medida os debates em torno da redução da maioria penal no Brasil refletem visões conciliáveis dos direitos humanos à vista da realização de um bem comum?”. Para responder a essa questão, primeiramente, analisa-se o processo de definição da maioria penal aos 18 anos na Constituição Federal a partir do contratualismo rawlsiano. Posteriormente, apresentam-se os argumentos favoráveis à manutenção da idade penal aos 18 anos à luz dos princípios da Doutrina da Proteção Integral. Finalmente, analisa-se os argumentos em defesa da redução da maioria penal a partir de estudos referentes às justificativas e discursos parlamentares. A hipótese, pesquisada sob metodologia de caráter exploratório, com utilização de revisão bibliográfica, é a de tratam-se de discursos inconciliáveis. Conclui-se que os debates em torno da maioria penal no Brasil são inconciliáveis, refletindo princípios de justiça antagônicos, e que os discursos em defesa da maioria penal aos 18 anos fundamentam-se em uma visão de direitos humanos harmônica com os princípios orientadores da Constituição Federal e com a persecução de um bem comum nela endossada.

Palavras-chave: maioria penal; bem comum; direitos humanos; Doutrina da Proteção Integral.

ABSTRACT: Speeches defending the reduction of the legal age of criminal liability have been gaining strength in Brazil, justifying a better understanding of this phenomenon and the principles of justice involved in it, from the questioning: “to what extent the debates about the reduction of the legal age in Brazil reflect reconcilable views of human rights in order to realize an idea of common good?”. To answer this question, firstly, the process of defining 18 years old as the legal age of criminal liability in the Federal Constitution is analyzed from the perspective of rawlsian contractualism. Secondly, the arguments in favor of maintaining the legal age at 18 years old are presented in the light of the principles of the Doctrine of Integral Protection. Finally, arguments in defense of the reduction of legal age for criminal liability are analyzed from studies referring to justifications and parliamentary speeches. The hypothesis, researched under an exploratory methodology, using bibliographic review, is that these are irreconcilable discourses. It is concluded that the debates around legal age for criminal liability in Brazil are irreconcilable, reflecting antagonistic principles of justice, and that speeches defending the maintenance of the criminal age at 18 years old are based on a human rights view in harmony with the guiding principles of the Federal Constitution and with the idea of pursuing a common good endorsed by the Constitution.

Keywords: criminal liability legal age; common good; human rights; Integral Protection Doctrine.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: CRUSIUS, Tarsila Rorato; COSTA, Ana Paula Motta; HAE-BERLIN, Mártin Perius. Debates sobre maioria penal no Brasil: difícil conciliação em torno de um bem comum. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2020. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1474>.

Crescimento econômico e desenvolvimento humano: análise da educação como enfoque no combate ao trabalho escravo na região amazônica

Economic growth and human development: analysis of education with an approach to combating slave work in the amazon region

Antonio Walber Matias Muniz*
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

Graziella Veloso Freitas Alecrim**
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

Taís Vasconcelos Cidrão***
Centro Universitário Fametro, Fortaleza – CE, Brasil

1. Introdução

Em que pese a Lei Áurea, assinada em 13 de maio de 1988, tenha abolido a escravidão no Brasil há mais de cento e trinta anos, acabando com a possibilidade de se possuir legalmente uma propriedade denominada escravo, seus resquícios em tempos modernos ainda persistem. O trabalho escravo

* Professor adjunto do Curso de Direito da UNIFOR. Pós-doutor em Relações Internacionais pela UnB. Doutor em Integração da América Latina pela USP. Pesquisador do Núcleo de Estudos Internacionais e do REPJAL da UNIFOR. E-mail: walber@unifor.br. ORCID: 0000-0002-3880-5571.

** Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Pós-graduada em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Advogada do Instituto de Perícias da Amazônia – INPEAM e sócia do Veloso & Alecrim Advocacia e Consultoria Jurídica. E-mail: taisvcidrao@hotmail.com. ORCID: 0000-0003-4464-7562.

*** Mestra em Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento pela Unichristus. Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela UNIFOR. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais da UNIFOR. Professora do Centro Universitário Fametro – UNIFAMETRO. E-mail: graziellaalecrim25@gmail.com. ORCID: 0000-0001-5144-0602.

contemporâneo se diferencia da escravidão histórica haja vista o homem não ser mais considerado propriedade privada a qual poderia ser comercializada. Outro fator de diferenciação é o fato de hoje não haver a obrigatoriedade de castigos físicos para a configuração do status de escravo. Nesse sentido, o trabalho escravo contemporâneo pode ser compreendido de algumas formas, dentre elas: trabalho forçado, servidão por dívidas, jornada exaustiva e condições degradantes.

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, começou-se a intensificar a preocupação os direitos elementares do “ser homem”, como um padrão de referência ética que norteasse a proteção jurídica daquele. Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi fundada como parte do Tratado de Versalhes¹, em 1919, já estabelecia normas a serem obedecidas pelos Estados-Membros, com o objetivo precípua de proporcionar certos direitos fundamentais aos trabalhadores e garantir o princípio do não retrocesso.

A DUDH muitas vezes é apontada como o primeiro documento de caráter universal preocupado com os direitos elementares do homem. A despeito disso, do ponto de vista dos Tratados e Convenções Internacionais, os primeiros direitos que visavam a proteção dos seres humanos no plano internacional foram aqueles previstos nas convenções da OIT. Deve-se frisar que a OIT não se restringe apenas a regular as condições de trabalho, pois sua pauta é bem mais abrangente, envolvendo desemprego, regulação ampla dos impactos sociais da atividade econômica, educação e formação, reforma agrária, populações indígenas, dentre outros.

Esse fato demonstra que a OIT não se limita somente à proteção dos trabalhadores, mas ao conjunto dos seres humanos em geral. Além disso, essa Organização é de suma importância, haja vista o seu amplo alcance jurídico, pois, uma vez ratificadas suas Convenções e Protocolos, estes se constituem fonte formal do Direito. Assim, uma vez referendados pelo Congresso Nacional, os referidos documentos integram a legislação nacional, podendo ter *status* de emenda constitucional (art. 5º, § 3º da CF/88) ou de supralegalidade, conforme tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP de 2008.

1 O Tratado de Versalhes (1919) foi o documento de paz assinado pelas potências europeias que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial. Após seis meses de negociações, em Paris, o tratado foi assinado como uma continuação do armistício de novembro de 1918, em Compiègne, que tinha posto um fim aos confrontos.

De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento², o Brasil é apontado como maior economia da América Latina e a sétima maior do mundo. Ainda, conforme relatório expedido por este órgão, o país estaria na posição 79^a no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH³. Essas informações demonstram que, muito embora o Brasil tenha bom desenvolvimento econômico, é desigual em sua distribuição de renda, pois seu IDH, em comparação com a renda do país, está aquém do que se espera para um país próspero economicamente.

A proposta desse trabalho, portanto, é empreender um olhar analítico para Região Amazônica, especialmente para os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins e Maranhão, no que tange aos estudos do crescimento econômico e desenvolvimento humano e o reflexo disso na ótica do trabalho escravo. A escolha espacial se deu em razão do fato de que, dentre os 10 primeiros Estados com maior quantidade de resgatados, 4 são da Região Amazônica (PA, MT, TO, MA) e os 2 primeiros são o Pará (10.043) e Mato Grosso (4.394). Bem como dos 20 municípios com maior prevalência da escravidão, 12 são da Amazônia, sendo os 2 primeiros, Confresa-MT (1.348) e Ulianópolis-PA (1.288), como será verificado posteriormente.

A metodologia da pesquisa a ser utilizada será qualitativa, analisados os dados disponibilizados nos sites do Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, Ministério Público do Trabalho (MPT), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização das Nações Unidas (ONU), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), dentre outros. As fontes serão bibliográficas e documentais para levantamento da base teórica. Ademais, serão consultados trabalhos científicos dos periódicos nas bases de dados, além de normas internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

2 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2020.

3 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2016.

2. Trabalho escravo contemporâneo: a importância do tema e o plano nacional de erradicação

Conforme já consignado, a Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, após a 1ª Guerra Mundial, com importante papel de pacificação das relações humanas, especialmente, as laborais. Por conseguinte, foram elaboradas diversas convenções que visavam resguardar direitos e liberdades dos trabalhadores da época. Em especial, a Convenção nº 29 da OIT, de 1930⁴, passou a disciplinar sobre o trabalho ou serviço forçado. Segundo o autor, esse tipo de trabalho pode ser definido como aquele para o qual o indivíduo não ofereceu espontaneamente e que lhe é exigido sob ameaça de qualquer tipo de penalidade.

A partir de 1946, a OIT passou a ser uma agência multilateral da Organização das Nações Unidas (ONU), especializada nas questões de trabalho, também com especial atribuição de se estabelecer normas para a promoção da dignidade do ser humano, visando a “reconstrução” após a 2ª grande guerra. Ademais, nesse período, o movimento de constitucionalização de direitos ganhou ainda mais força e dando espaço para o processo de redemocratização dos Estados. Com esse ímpeto, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) as well as an ultrasound examination. Tongue motility was mildly reduced as a result of tissue scarring. Speech was rated to be fully intelligible and highly acceptable by 4 raters, although 2 raters noticed slight distortions of the sibilants /s/ and /z/. The 3-dimensional ultrasound demonstrated that the synergy of the 2 sides of the tongue was preserved. A notably deep posterior genioglossus furrow indicated compensation for the reduced length of the tongue blade. It is concluded that the tongue split procedure did not significantly affect the participant’s speech intelligibility and tongue motility.”, “author”: [{"-dropping-particle": ""}, {"family": "Unidas", "given": "Assembléia Geral das Nações", "non-dropping-particle": ""}, {"parse-names": false, "suffix": ""}], "container-title": "Climate Change 2013 - The Physical Science Basis", "id": "ITEM-1", "issued": {"date-parts": [{"1948"}]}, "title": "Declaração Universal dos Direitos Humanos", "type": "paper-conference", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=fc42d9ee-e545-4857-ac64-26ed02ed2a-7c"}]}, "mendeley": {"formattedCitation": "(UNIDAS, 1948. A partir de então,

4 RODRIGUES JÚNIOR, 2015.

os Estados passariam a permear todo o ordenamento jurídico com valores que dessem efetividade à dignidade da pessoa humana, princípio que é corolário dos Estados Democráticos de Direito.

A DUDH estabelece em seu artigo 4º que ninguém será mantido em escravidão ou servidão, sendo a escravidão e o tráfico de escravos proibidos em todas as suas formas. Ainda, o artigo 5º do mesmo diploma preconiza que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Também foi nesse sentido que a OIT elaborou, em 1957, a Convenção nº 105⁵, que passou a dispor sobre a abolição do trabalho forçado, tornando obrigatório para todos os membros, que ratificarem a citada norma, adotarem medidas para assegurar a imediata e completa extinção do trabalho forçado e obrigatório.

Ademais, a ONU firmou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 1966, que dispõe que ninguém poderá ser submetido à escravidão, ficando ela bem como o tráfico de escravos proibidos em todas as suas formas. No Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos⁶, insta pontuar que a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também prevê proteção específica contra a escravidão e a servidão, conforme previsto em seu artigo 6º que ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório⁷.

No plano interno, a Constituição⁸ preconiza no artigo 1º, entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O art. 5º (caput), por sua vez, garante que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III). Outrossim, o documento constitucional estabelece como objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional,

5 RODRIGUES JÚNIOR, 2015.

6 O sistema interamericano de direitos humanos é um dos três sistemas regionais de proteção a direitos ao lado dos sistemas europeu e africano. É o segundo sistema regional mais consolidado no mundo, formado por uma série de documentos internacionais, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto San José da Costa Rica). (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2020, online).

7 TREVISAM, 2016.

8 BRASIL, 1988.

a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I a III).

O citado diploma, traz um rol de direitos sociais a serem promovidos, dentre eles, o trabalho. Estabelece um elenco de direitos que visam a melhoria da condição do trabalhador, sem excluir outros da mesma natureza, inclusive, oriundos de tratados e convenções internacionais (art. 6º e 7º). No mesmo sentido, o art. 170 dispõe que a ordem econômica e social é fundada na valorização do trabalho humano, de forma a assegurar a todos, existência digna, e cita como um dos princípios a função social da propriedade (inciso III). Como visto, o direito ao trabalho (exercido de maneira livre e justa) é fundamental, previsto como patamar mínimo civilizatório para dar efetividade à dignidade do ser humano, eixo central de todo ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa senda, verifica-se que o sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais visam o respeito da dignidade humana para atingir o bem comum da sociedade. Assim, condena-se em todas as esferas e setores, a exploração do trabalhador por meio de mão de obra escravizada, da clandestinidade e da exclusão. Pode-se considerar, portanto, escravidão moderna como um crime capaz de corroer os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito. Contudo, somente após o Brasil ter sido denunciado em 1994 na Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA) e julgado culpado (em 2003) no caso José Pereira, da Fazenda Espírito Santo⁹, foi que o Governo Brasileiro reconheceu o problema do trabalho escravo como uma realidade institucionalizada.

A partir daí, o Brasil se comprometeu a efetivar medidas para erradicar o trabalho escravo e desse compromisso nasceu o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo¹⁰, oriundo do Programa Nacional dos Direitos Humanos, que propõe 76 medidas especificadas como prioridades para o Estado Brasileiro sobre a conscientização e combate ao trabalho escravo. Dentre todas as ações previstas no Plano, destaca-se que o Brasil deverá adotar estratégias de atuação operacionais integradas em relação às ações preventivas e repressivas dos órgãos do Executivo, do Judiciário, do Ministério Público e da sociedade civil, com vistas a erradicar o trabalho escravo¹¹.

9 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003.

10 BRASIL, 2003.

11 BRASIL, 2003.

Nessa senda, o Brasil alargou o conceito de trabalho escravo contemporâneo, disciplinado no artigo 149 do Código Penal¹², que fora alterado pela Lei 10.983 de 2003, ampliando as possibilidades de configuração do trabalho escravo, bem como passou a criminalizar condutas nas quais não se exige, necessariamente, a ofensa da liberdade de locomoção da vítima, bastando que o agente exija a execução do trabalho de forma que ofenda a dignidade do trabalhador¹³. Cinco anos depois, em 2008, o citado Plano foi reeditado e continuou o avanço na implementação das medidas elencadas, inclusive, com a alteração do artigo 243 da Constituição Federal (por meio da Emenda Constitucional nº 81/2014), que passou a prever a possibilidade do confisco da propriedade para os casos de trabalho escravo.

A par disso, aponta a fundação Walk Free¹⁴ que a “indústria criminosa” da escravidão, por ser rentável e em por vezes “invisível”, ainda persiste modernamente¹⁵. É por isso que medir o problema é tão crucial para expô-lo e, conseqüentemente, resolvê-lo. O Global Slavery Index¹⁶ mede a extensão da escravidão contemporânea em 167 países e investiga quais medidas que os respectivos governos estão adotando com vistas ao combate a essa realidade, com o fim de mensurar, objetivamente, o progresso em direção à erradicação da escravidão moderna.

O supracitado relatório foi apresentado à ONU em 2018 demonstrando que a escravidão é uma realidade sem fronteiras, estimando que, nos últimos 5 anos, mais de 40 milhões de pessoas foram vítimas em todo mundo, das quais 71% são mulheres, 29% são homens e, dentre todos, 25% são crianças. De acordo com este Índice de Escravidão Global do ano de 2018¹⁷, dentre o total das vítimas, 15,4 milhões foram forçadas a casar e 24,9 milhões estavam em regime de trabalho forçado. Ademais, estima-se que o Brasil tenha 369 mil escravos contemporâneos e que isso represente 0,18% dos habitantes.

12 BRASIL, 1940.

13 SILVA; BRITTO, 2017.

14 A fundação australiana Walk Free tem o ambicioso propósito de erradicar o trabalho escravo moderno – em todos os países e em todas as suas formas – e acredita que o melhor caminho para conquistar este objetivo é a mobilização de pessoas para que façam campanhas ao redor do mundo, de forma a conscientizar os cidadãos e impulsionar os tomadores de decisões mundiais a tornar o fim da escravidão moderna uma prioridade.

15 INPACTO, 2014.

16 WALK FREE FOUNDATION, 2018^a.

17 WALK FREE FOUNDATION, 2018^b.

Ainda, segundo o Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil desenvolvido pela SmartLab (iniciativa conjunta do MPT e da OIT Brasil), de 1995 até o ano de 2018, já foram resgatadas mais de 53.607 mil pessoas em condições análogas à de escravo. Sendo que, dentre os 10 primeiros Estados com maior quantidade de resgatados, 4 são da Região Amazônica (PA, MT, TO, MA) e os 2 primeiros são o Pará (10.043) e Mato Grosso (4.394). Dos 20 municípios com maior prevalência da escravidão, 12 são da Amazônia, sendo os 2 primeiros, Confresa-MT (1.348) e Ulianópolis-PA (1.288)¹⁸.

Diante dos dados apresentados, apesar da rede de proteção tanto no âmbito internacional como no plano nacional para a erradicação do trabalho forçado, a escravidão persiste no Brasil. Resta indagar, portanto, se o referido problema estaria (ou não) relacionado com os índices socioeconômicos do país, especialmente, na Região Amazônica.

3. O crescimento econômico e o desenvolvimento humano da região amazônica

O Brasil é apontado pelos relatórios oficiais do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), como a maior economia da América Latina, a segunda de toda a América (atrás apenas dos Estados Unidos) e a sétima em todo mundo. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹⁹, em 2019, o Brasil teve o Produto Interno Bruto (PIB) de R\$ 7,3 trilhões.

FIGURA 1 – Variável – PIB per capita – Valores correntes

2012	24.278,35
2013	26.657,54
2014	28.648,74
2015	29.466,85
2016	30.548,40

Fonte: IBGE, 2019.

Economicamente, o Brasil vem expandindo-se no mercado internacional, fazendo parte, inclusive, do grupo de economias emergentes, conhecido como

18 SMARTLAB, 2019.

19 IBGE, 2019.

BRICS, formado também pela Rússia, Índia, China e África do Sul. Todavia, ainda mantém a posição de 79º no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O citado índice pode ser entendido como uma medida resumida do progresso de uma sociedade em três dimensões: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a ao PIB, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento.

Conforme Amartya Sen²⁰, a análise de um país levando-se em consideração somente os índices econômicos podem criar distorções da sua realidade. A perspectiva do crescimento econômico vê o bem-estar de uma sociedade pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar. O autor continua informando que a renda é sim um fator importante, mas como um dos meios para se alcançar o desenvolvimento e não como fim. O autor idealizou o conceito de desenvolvimento humano como um processo de ampliação do espectro de escolhas possíveis por parte das pessoas, de forma que elas possam ter capacidades e oportunidades de serem/terem aquilo que desejam²¹.

Portanto, com a colaboração do economista Mahbub ul Haq, o IDH foi criado, e pretende ser uma medida geral e sintética que, apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, não abrange nem esgota todos os aspectos de desenvolvimento. É uma mudança de perspectiva, a saber: o foco é transferido do crescimento econômico/renda para o ser humano.

O Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH) aponta que o Brasil alcançou a nota 0,759, apenas 0,001 unidade a mais do que no ano anterior²². Interessante ressaltar o fato de que essa escala tem marco inicial de 0 (zero), seguindo até o valor máximo de 1 (um), ou seja, quanto mais próximo de um, maior o desenvolvimento humano. O Brasil é considerado, segundo o Relatório, um dos que possuem “alto” desenvolvimento humano, estando na sua frente 59 países de “muito alto” desenvolvimento humano. Desde 2015, o Brasil ocupa esta colocação, dentre os 189 países analisados, encerrando um ciclo de evolução visto entre 2012 e 2014, quando o país avançou seis posições na classificação.

Importante observar que um dos indicadores responsáveis pela manutenção do Brasil no grupo de “alto” desenvolvimento humano foi a saúde, que leva em conta apenas expectativa de vida (e não a efetividade

20 SEN, 2013.

21 DANIELA; MARTINS, 2017.

22 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2016.

dos serviços básicos de saúde). Segundo relatório de 2017 do IBGE²³, a expectativa de vida do brasileiro é de 76 anos, um indicador que ano após ano vem progredindo. A par disso, a área de educação, apresenta poucas alterações, tendo a taxa de analfabetismo reduzido 0,3% entre os homens e 0,2% entre as mulheres, dentre as pessoas de 15 anos ou mais de idade. Já dentre aqueles com 25 anos ou mais, houve redução de 7,8% para 7,2% de pessoas sem nenhuma instrução, bem como de 34,1% para 33,8% de pessoas com ensino fundamental incompleto²⁴.

Ademais, o RDH aponta que o desemprego no Brasil entre a população jovem é o maior da América do Sul, cerca de 30,5%. Dos jovens com idade entre 15 e 24 anos, 24,8% não trabalham e não estudam. Logo, se fosse considerado o coeficiente de Gini, que mede a desigualdade social, o país perderia 17 posições na classificação do IDH. Isso porque, segundo os relatórios do PNUD, para calcular a desigualdade, leva-se em média três fatores: distribuição de renda, desigualdade na educação e na expectativa de vida. A ONU aponta como principais causas da desproporcionalidade social: a falta de acesso à educação de qualidade, uma política fiscal injusta, baixos salários e dificuldade da população em desfrutar de serviços básicos oferecidos pelo Estado, como saúde, transporte público e saneamento básico.

Nesse ponto, importante observar que o IBGE²⁵ analisou o tema pobreza utilizando diferentes medidas que mostram o aumento entre 2016 e 2017, de acordo com o Síntese de Indicadores Sociais (SIS). O contingente de pessoas com renda inferior a US\$ 1,90 por dia (R\$ 140 por mês), que estariam na extrema pobreza de acordo com a linha proposta pelo Banco Mundial, representava 6,6% da população do país em 2016, contra 7,4% em 2017. Em números absolutos, esse contingente aumentou de 13,5 milhões em 2016 para 15,2 milhões de pessoas em 2017.

Feitas essas análises gerais, importante investigar os índices socioeconômicos da Amazônia para uma releitura à luz da escravidão moderna dessa região. De acordo com o Atlas do Desenvolvimento Humano do Brasil, no ranking dos 27 Estados brasileiros, aqueles que compõem a Região Amazônica, estão entre a 11^a e 26^a posição, sendo que 6 destes são considerados de médio desenvolvimento humano.²⁶

23 IBGE, 2017a.

24 IBGE, 2017b.

25 IBGE, 2018.

26 ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL, 2010.

FIGURA 2 – Ranking de Desenvolvimento Humano por Estados no ano de 2010

Posição	Lugares	IDHM	IDHM Renda	IDHM Longevidade	IDHM Educação
11º	Mato Grosso	0.725	0.732	0.821	0.653
12º	Amapá	0.708	0.694	0.813	0.629
13º	Roraima	0.707	0.695	0.809	0.628
14º	Tocantins	0.699	0.690	0.793	0.624
15º	Rondônia	0.690	0.712	0.800	0.577
18º	Amazonas	0.674	0.677	0.805	0.561
21º	Acre	0.663	0.671	0.777	0.559
24º	Piauí	0.646	0.635	0.777	0.547
24º	Pará	0.646	0.646	0.789	0.528
26º	Maranhão	0.639	0.612	0.757	0.562

Fonte: ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL, 2010.

Mais uma vez importa salientar que, em que pese o Atlas aponte os Estados com nível médio de desenvolvimento, vê-se que o IDH só é alavancado por conta da expectativa de vida (saúde) do brasileiro que vem aumentando. Pelos números da educação, estes Estados poderiam ser considerados de baixo desenvolvimento humano. Outrossim, no ranking das 5.565 cidades brasileiras, dentre as 20 com piores posições, 15 são da região amazônica, conforme se depreende da análise da figura abaixo:

FIGURA 3 – As 15 piores cidades brasileiras no Ranking de Desenvolvimento Humano no ano de 2010

Posição	Lugares	IDHM	IDHM	IDHM	IDHM
			Renda	Longevidade	Educação
5550º	Anajás (PA)	0.484	0.506	0.774	0.290
5550º	Amajari (RR)	0.484	0.437	0.815	0.319
5553º	Portel (PA)	0.483	0.513	0.767	0.286
5554º	Ipixuna (AM)	0.481	0.476	0.772	0.302
5555º	Santa Isabel do Rio Negro (AM)	0.479	0.461	0.737	0.323
5556º	Itamarati (AM)	0.477	0.529	0.772	0.266
5557º	Cachoeira do Piriá (PA)	0.473	0.449	0.779	0.303
5558º	Bagre (PA)	0.471	0.481	0.777	0.280
5559º	Jordão (AC)	0.469	0.499	0.731	0.283
5560º	Chaves (PA)	0.453	0.516	0.769	0.234
5560º	Uiramutã (RR)	0.453	0.439	0.766	0.276
5562º	Marajá do Sena (MA)	0.452	0.400	0.774	0.299
5563º	Atalaia do Norte (AM)	0.450	0.481	0.733	0.259
5564º	Fernando Falcão (MA)	0.443	0.417	0.728	0.286
5565º	Melgaço (PA)	0.418	0.454	0.776	0.207

Fonte: ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL, 2010.

Em contrapartida, as 200 primeiras cidades com os índices mais elevados de desenvolvimento são exclusivamente das regiões Sul e Sudeste, conforme se pode verificar no mesmo ranking.

Diante disso, constata-se que grande parte da população brasileira vive em condição de miséria, sem instrução ou quase nenhuma escolaridade, concentrando-se, especialmente nas regiões Norte e Nordeste. Vê-se que, do passado colonial e escravocrata até o Século XXI, o Brasil permanece com a característica de concentração de riqueza e renda, mesmo sendo a 8ª economia do mundo. A política social do país prioriza a aplicação de recursos nos centros urbanos, formando cidadãos de primeira e segunda

classe e a concentração de riquezas e de capital humano no Sudeste do país restringe um sistema social mais bem distribuído²⁷.

A falta de capacitação acarreta ausência de liberdade de escolha e, segundo Amartya Sen²⁸, a perda da liberdade, em decorrência da ausência de escolha de emprego digno, pode ser, em si, uma privação fundamental. A liberdade para frequentar uma escola é tolhida não só pela deficiência dos programas de educação elementar, mas, em alguns casos, também pela inexistência desses programas.

Nesse mesmo sentido foi a constatação da OIT. Em geral, os “escravos” provêm de regiões com pouco acesso à educação e saúde, ou seja, com pouco ou nenhum nível de desenvolvimento. São locais onde não há a efetivação de políticas públicas para o desenvolvimento humano, de forma que a ação dos aliciadores é facilitada pelo fato de não haver liberdade de escolha para as pessoas escravizadas, por falta de capacitação e oportunidades.

À luz dessa realidade, José de Avelãs Nunes²⁹ escreve que é difícil não sustentar que os problemas reais do desenvolvimento dos países subdesenvolvidos são mais de natureza política do que econômica. Assim, sem ignorar o crescimento econômico, o desenvolvimento deve colocar-se a serviço da satisfação das necessidades básicas da população, como por exemplo, saúde, alimentação, habitação e saneamento básico. Nesse sentido, o autor ainda acrescenta que o conceito de necessidades básicas implica não só as satisfações imediatas, mas também aquelas que hoje é um pressuposto indispensável para que as pessoas possam atingir níveis razoáveis de produtividade e desenvolvimento, o acentua o caráter social dessas necessidades, por exemplo, educação.

4. Acesso à educação como meio de crescimento econômico e erradicação do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia

Após a 2ª Guerra Mundial, a maioria dos países ocidentais passou a colocar o homem como centro de todo o ordenamento jurídico³⁰. Com efeito, os Estados se abstiveram de praticar determinadas ações e passaram a promover

27 SIQUEIRA; POMPEU, 2017.

28 SEN, 2013.

29 NUNES, 2003.

30 BARROSO, 2016, pp. 29-33.

o bem-estar social dos indivíduos, visando a Dignidade da Pessoa Humana. Naquela época, foi elaborada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³¹, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, que expressamente estabelece no artigo XII que toda a pessoa tem direito à educação, devendo inspirar-se no princípio da solidariedade humana e, que seja proporcionado a toda pessoa, o preparo para subsistir de maneira digna, para melhorar o seu nível de vida, bem como ser útil a sociedade.

Após a 2^a Guerra Mundial, a maioria dos países ocidentais passaram a colocar o homem como centro de todo o ordenamento jurídico³². Com efeito, os Estados se abstiveram de praticar determinadas ações e passaram a promover o bem-estar social dos indivíduos, visando a Dignidade da Pessoa Humana. Naquela época, foi elaborada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³³, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, que expressamente estabelece no artigo XII que toda a pessoa tem direito à educação, devendo inspirar-se no princípio da solidariedade humana e, que seja proporcionado a toda pessoa, o preparo para subsistir de maneira digna, para melhorar o seu nível de vida, bem como ser útil a sociedade.

No Brasil, dá-se especial atenção ao processo de redemocratização com a promulgação da Constituição de 1988, que garante como fundamento e objetivos fundamentais da República: a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 1^a, III e art. 3^o, I a III da CF). Como forma dar efetividade a todos os conceitos acima citados, o Constituinte estabeleceu um rol de direitos fundamentais que precisam ser promovidos pelo Estado e por toda a sociedade.

Os direitos sociais são classificados como direitos fundamentais, logo, devem ser garantidos a todos os indivíduos de acordo com a sua máxima efetividade, bem como dentro de um parâmetro mínimo existencial. Dentre estes, estão os direitos à educação e ao trabalho, previstos no art. 6^o da CF/88. O trabalho foi previsto constitucionalmente como um dos meios para se atingir a dignidade do ser humano. Contudo, até que se tenha acesso a trabalho digno, é necessária capacitação, que deve ser alcançada por intermédio da educação.

31 OEA, 1948.

32 BARROSO, 2016.

33 OEA, 1948.

Nesta quadra de ideias, a Constituição reserva uma seção, dentro do Título da Ordem Social, para tratar exclusivamente sobre o direito à Educação, dada a importância deste para o crescimento do indivíduo e de um Estado. O art. 205 da CF estabelece que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Regulamentando a matéria, a Lei de Diretrizes de Bases da Educação Nacional nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, disciplina que a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais, sendo que a educação deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social³⁴.

Além disso, a referida lei preconiza que a educação é dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana que tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. No que se refere ao ensino profissionalizante a LDBE prevê de diferentes formas, justamente visando o preparo do cidadão para o exercício do trabalho ou profissão.

O direito à educação não pode ser considerado apenas um direito social que exige uma prestação positiva estatal, mas sim um direito intrínseco ao ser humano, que busca um núcleo essencial identificador do mínimo existencial³⁵. Ingo Sarlet exemplifica o núcleo do mínimo existencial como o direito à saúde, educação, moradia, alimentação, direitos essenciais inerentes ao trabalho, fornecimento de serviços básicos tais como água, saneamento, energia elétrica, transporte, além do direito à uma renda mínima. Assim, o mínimo existencial pode ser analisado sob o prisma de caráter positivo, que trata da necessidade de prestações materiais do Estado, destinadas a garantir a vivência do cidadão, propiciando condições para efetivação da dignidade humana³⁶.

34 BRASIL, 1996.

35 DOTTA; CABRAL, 2018.

36 SARLET, 2005.

Se não há políticas públicas efetivas na área da educação para abarcar a população marginalizada, não tem como se ter acesso a um trabalho decente³⁷. Por isso, as pessoas terminam se sujeitando a todo tipo de aliciamento para que possa sobreviver, pois não tem liberdade de escolha. A ideia é fazer com que os Estados devam articular políticas públicas para corresponder as demandas da sociedade. O Estado, enquanto agente público, é reconhecido como o principal articulador entre esses interesses/necessidades e a implementação de políticas com o fim de satisfazê-los³⁸.

Marta Nussbaum³⁹ oferece a base filosófica, intitulada como a Teoria das 10 Capacidades, para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer. Com perspectiva mais ampla de inclusão e participação social em igualdade de oportunidades, empenha-se na construção de teoria de justiça social que se consubstancia no estabelecimento de oportunidades individuais de elevação da qualidade de vida, com o envolvimento de atores políticos e sociais em ações de promoção das capacidades e liberdade de escolha⁴⁰.

Assim, os objetivos das políticas públicas voltam-se à formação de conjunturas favoráveis ao desenvolvimento pessoal. Atribui-se aos Estados o dever de buscar a superação de desigualdades. Não por outra razão foi que o Brasil lançou em 2010, o Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente, como ferramenta fundamental para dar continuidade aos debates sobre os desafios de se fazer avançar as políticas públicas de emprego e proteção social. O seu objetivo é o fortalecimento da capacidade do Estado para avançar no enfrentamento dos principais problemas estruturais da sociedade e do mercado de trabalho, entre os quais se destacam: a) a pobreza e a desigualdade social; b) o desemprego e a informalidade; c) a parcela de trabalhadores e trabalhadoras sujeitos a baixos níveis de rendimentos e

37 Formalizado pela OIT em 1999, o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2020, online).

38 GUIMARÃES; GRACIOLE, 2018.

39 NUSSBAUM, 2013.

40 POMPEU; TEIXEIRA, 2017.

produtividade; d) as condições de segurança e saúde nos locais de trabalho, sobretudo na zona rural⁴¹.

Nessa quadra de ideias, importante mencionar que, desde 2015, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) firmaram a Declaração de Incheon, que é um compromisso histórico para transformar vidas por meio de uma nova visão para a educação, com base no compromisso mundial de Educação para Todos (EPT)⁴². Ao mesmo tempo, busca lidar de maneira eficaz com os desafios atuais e futuros no campo da educação, seja no âmbito nacional ou no plano global. Foi confiada à UNESCO a responsabilidade de liderar e coordenar a Educação 2030, especificada no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 4⁴³, e a comunidade envolvida se comprometeu com esta.

A agenda 2030 é um plano de ação elaborado pela ONU, para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, que visa fortalecer a paz mundial com mais liberdade. Reconhece que a erradicação da pobreza é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Por conseguinte, estabelece 17 objetivos a serem estimulados pelos Estados que buscam concretizar os direitos humanos. Eles são integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

Nesse sentido, a Agenda reconhece que a educação é essencial para o sucesso de todos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e está incluída, expressamente, em objetivos de saúde, crescimento e emprego, consumo sustentável e produção, bem como de mudança climática. Dessa forma, vê-se que o poder da educação está para erradicar a pobreza e transformar vidas, já que promove avanços em todos os outros objetivos.

5. Considerações finais

A evolução da democracia nos países ocidentais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, refletiu no crescimento dos valores de igualdade e, conseqüentemente, no surgimento de um Estado de bem-estar social.

41 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2010.

42 UNESCO, 2015.

43 Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4 – “Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”.

Nesse sentido, como forma de se comprometer com o desenvolvimento do ser humano para a efetivação de sua dignidade, o Estado passa a garantir o direito a educação e ao trabalho, dentre outros.

A Constituição Federal é salutar ao elevar o trabalho humano a fundamento da República em conjunto com a dignidade humana, declarando ser ele não somente um princípio da ordem econômica, mas, igualmente, da ordem social. A dimensão social que tem o trabalho transpassa a de mero elemento produtivo, pois a valorização do trabalho está ligada à dignidade da pessoa humana. A valorização do trabalho passa, inicialmente, pelo reconhecimento do trabalhador como ser humano, uma vez que o trabalho é elemento necessário à materialização da dignidade. Portanto, não tem como se dissociar o trabalho de elemento decente.

No que tange ao direito fundamental à educação, o Estado estabeleceu que é direito de todos, dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Em que pese os referidos direitos estarem expressamente previstos desde à esfera internacional, o fato é que o trabalho decente não é estendido a todos, haja vista a falta de oportunidades por ausência de capacitação e desenvolvimento de parcela da população.

Conforme visto, existem no Brasil 7,2% de pessoas sem nenhum nível de instrução (15anos ou mais) e, 33,8% de pessoas com ensino fundamental incompleto (25 anos ou mais). Além disso, a taxa de desemprego aumentou para 30,5% entre os jovens, sendo que 24,8% nem trabalha e nem estuda, na faixa etária de 15 a 24 anos. O IDH das regiões Norte e Nordeste são os piores do país, muito em razão do baixo índice da educação. Ainda, de acordo com o PNAD, nestas regiões a média da renda domiciliar per capita são as mais baixas do Brasil, de até 50% do salário mínimo, de quase a metade da população.

Diante desse cenário, conclui-se que a desigualdade social (que leva em conta a média dos três fatores: distribuição de renda, desigualdade na educação e na expectativa de vida) é a grande responsável pela vulnerabilidade a que estão expostas às pessoas da Região Amazônica.

A luta pela erradicação do trabalho em condições análogas à escravo é responsabilidade de todos e deve envolver todos os setores para a implantação de políticas públicas, inclusive a sociedade civil. Como visto, o número de pessoas que tem apenas o ensino fundamental incompleto (33,8%) é

quase que equivalente a taxa de desemprego entre os jovens (30,5%), e o mais preocupante, dentre esses 24,8% sequer estudam. A educação é prerrogativa de todos que pode exigir políticas públicas do Estado para sua efetivação. Por certo, isso coaduna-se com os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro para construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos.

Para tanto, necessário colocar em prática as metas estabelecidas no ODS nº 4, que começa por garantir o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes, além das medidas previstas no Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, que prevê a promoção do acesso à educação das pessoas mais vulneráveis. A sociedade brasileira só obterá êxito na luta pela erradicação da escravidão no dia que o Estado der oportunidades em condições substantivas de igualdade para os seus cidadãos. Isso passa pela provisão de educação básica com a disponibilidades de recursos para as políticas públicas apropriadas.

Referências

- ALEXY, Robert. *Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis Editora, 2015.
- ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL. *Ranking - Todo o Brasil*. 2010. Disponível em: <http://atlasbrasil.org.br/2013/pt/ranking>. Acesso em: 23 fev. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 29-33.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 28 jan. 2020.

- BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Censo Escolar*. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/0/Notas+Estat%C3%ADsticas++Censo+da+Educa%C3%A7%C3%A3o+B%C3%A1sica+2019/43bf4c5b-b-478-4c5d-ae17-7d55ced4c37d?version=1.0>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394compilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2018.
- BRASIL. *Plano Nacional Para a Erradicação do Trabalho*. Brasília: OIT, 2003.
- DANIELA, Emilia; MARTINS, Chuery. Amartya Sen e o Direito À Educação Para O Desenvolvimento Humani. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 88-104, 2017 <https://doi.org/10.21902/2525-9881/2016.v2i2.1563>.
- DOTTA, Alexandre Godoy; CABRAL, Rodrigo Maciel. Mínimo existencial na hermenêutica da jurisprudência brasileira referente às políticas públicas relativas ao direito à educação. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 138–149, 2018 <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.102.05>.
- GUIMARÃES, Gabriela Rocha; GRACIOLI, Maria Madalena. Jovens como Foco das Políticas de Educação Profissional: O Programa Nacional De Integração Da Educação Profissional Com a Educação Básica Na Modalidade De Educação De Jovens E Adultos (Proeja). *Nucleus*, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 109–117, 2018 <https://doi.org/10.15628/holos.2016.2798>.
- IBGE. *Produto Interno Bruto – PIB*. 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- IBGE. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil*: Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101628.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.
- IBGE. *Síntese de indicadores sociais*: indicadores apontam aumento da pobreza entre 2016 e 2017, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais-indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017>. Acesso em: 14 fev. 2020.
- MARTINS, José de Souza “A escravidão na sociedade contemporânea – A reprodução ampliada anômala do capital e a degradação das relações

- de trabalho”. *Revista Do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. XI, n.21, p. 13-20, 2001.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Plano Nacional de Trabalho Decente*. 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_226249/lang-pt/index.htm%22. Acesso em: 13 fev. 2020.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf%0Ahttp://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf%0Ahttp://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf%0Ahttp://ebooks.cambridge.org/ref/id/CBO9781107415324A009>. Acesso em: 14 fev. 2020.
- NUNES, Antônio José Avelãs. Neoliberalismo, globalização e desenvolvimento econômico. In: NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Lisboa: Caminho, 2003. p. 105-118.
- NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p.26.
- OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, 1948. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 23 abr. 2020.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Decente*. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 03 fev. 2020.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Brazil*. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/countryinfo/>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira De. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 230–256, 2017.
- POMPEU, Gina Marcilio; TEIXEIRA, Ana Araújo Ximenes. A teoria da justiça de Martha Nussbaum e os direitos humanos Martha Nussbaum’s theory of justice and human rights o debate em torno dos direitos humanos e, pois, dos direitos fundamentais, é o tema que domina o constitucionalismo desde o final da Seg. *Revista Direito e Justiça*, [s. l.], n. 29, p. 34, 2017.
- RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. *Convenções da OIT e outros Instrumentos de Direito Internacional Público e Privado relevantes ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p.110.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.
- SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; BRITTO, Christiane Rabelo. Redução da Pessoa a condição Análoga à de Escravo na Sociedade Contemporânea: Caminhos para sua Erradicação. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 38–58, 2017.
- SIQUEIRA, Natercia Sampaio; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Democracia contemporânea e os critérios de justiça para o desenvolvimento sócioeconômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p.165.
- SMARTLAB. *Observatório Digital do Trabalho Escravo*. Disponível em: <https://observatorioescravo.mpt.mp.br>. Acesso em: 17 nov. 2019.
- TREVISAM, Elisaide. Ações e Medidas visando a erradicação do trabalho escravo no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica*, [s. l.], v. 2, p. 292–316, 2016 <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i43.1833>.
- UNESCO. *Declaração de Incheon: Educação 2030: Rumo a uma Educação de Qualidade Inclusiva e Equitativa e à Educação ao Longo da Vida para Todos*. 2015. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233137_por. Acesso em: 23 mar. 2020.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Report*. 2016. Disponível em: [https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/Relatorios Desenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf](https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/Relatorios%20Desenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf). Acesso em: 22 abr. 2020.
- WALK FREE FOUNDATION. *Global Slavery Index – Highlights*. 2018. Disponível em: <https://www.globalslaveryindex.org/2018/findings/highlights/>. Acesso em 16 jan. 2020.

Recebido em 03 de maio de 2020.

Aprovado em 04 de agosto de 2021.

RESUMO: segundo a OIT, o trabalho escravo contemporâneo é uma realidade e estima-se que milhões de pessoas são vítimas de trabalho forçado. De acordo com o PNUD, apesar do Brasil ser a 8ª economia do mundo, ainda persistem diversos problemas decorrentes da desigualdade social e concentração de renda. Este é o cenário propício para a manutenção de práticas de escravidão e trabalho forçado. O escopo, portanto, é analisar a região amazônica no que tange aos estudos do seu crescimento econômico e desenvolvimento humano, bem como o reflexo disso no trabalho escravo contemporâneo. Especificamente, investiga-se os índices de crescimento econômico e desenvolvimento humano da região amazônica e compreende-se quais os reflexos da capacitação (educação) do ser humano para a garantia de um trabalho exercido de maneira decente. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo com fontes bibliográficas e uma abordagem qualitativa, utilizando-se dos dados disponíveis nos sites da ONU, MPT, OIT, dentre outros. Como resultado, concluiu-se que a capacitação do ser humano, a exemplo do acesso à educação, é o canal mais viável para quebrar o ciclo vicioso da escravidão contemporânea.

Palavras-chave: Escravidão contemporânea, Região amazônica, Índice de Desenvolvimento Humano, Produto Interno Bruto, Educação.

ABSTRACT: according to the ILO, contemporary slave labor is a reality and it is estimated that millions of people are victims of forced labor. According to the UNDP, despite Brazil being the 8th economy in the world, there are still several problems arising from social inequality and income concentration. This is the favorable scenario for maintaining slavery and forced labor practices. The scope, therefore, is to analyze the Amazon Region with regard to studies of its economic growth and human development, as well as the reflection of this in contemporary slave labor. Specifically, the economic growth and human development indexes of the Amazon Region are investigated and the reflexes of the training (education) of the human being are understood to guarantee a decent job. The hypothetical-deductive method with bibliographic sources and a qualitative approach was used, using the data available on the UN, MPT, ILO websites, among others. As a result, it was concluded that the training of human beings, like access to education, is the most viable channel to break the vicious cycle of slavery.

Keywords: Contemporary slavery, Amazon region, Gross Domestic Product, Human Development Index, Education.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MUNIZ, Antonio Walber Matias; ALECRIM, Graziella Veloso Freitas; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Crescimento econômico e desenvolvimento humano: análise da educação como enfoque no combate ao trabalho escravo na região amazônica. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1476>.

Tratado de Madri de 1750 e sociedade de Cortes: elementos de um legado colonial jurídico internacional no Brasil independente

Treaty of Madrid of 1750 and Court society: elements of an international legal colonial legacy in independent Brazil

Arthur Roberto Capella Giannattasio*
Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

O **Tratado de Limites das Conquistas entre as Coroas de Portugal e Espanha**, de 13 de Janeiro de 1750, assinado em Madri – conhecido também simplesmente como Tratado de Madri de 1750 – foi um acordo entre as duas Coroas para pôr fim às controvérsias territoriais coloniais ibéricas em toda a América e na Ásia. Quando se refere a tal documento, geralmente são destacadas as habilidades diplomáticas do português americano Alexandre de Gusmão, o qual, com base na noção de *uti possidetis*, teria conduzido o processo de negociação de forma favorável à Corte portuguesa¹.

Nesse sentido, de acordo com o art. I do referido Tratado, a solução encontrada por meio da atuação de Alexandre de Gusmão teria sido fundamental para resolver o que não fora solucionado por documentos internacionais

* Pós-doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg, Alemanha). Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Professor Visitante dos Programas de Pós-Graduação lato sensu (Mestrado e Doutorado) (i) da Koç University (Turquia), (ii) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP) e (iii) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Pesquisador Visitante da Università Telematica La Sapienza (UNITELMA) (Roma, Itália) e da Université Panthéon-Assas (Paris II) (Paris, França). E-mail: arthur@usp.br.

1 GÓES FILHO, 2015, pp. 211-29; LAFER, 2001, p. 30.

anteriores sobre o mesmo tema – a Bula *Inter Coetera* do Papa Alexandre VI (1493), o Tratado de Tordesilhas (1494), o Tratado de Lisboa (1681) e o Tratado de Utrecht (1715). O Tratado de Madri de 1750 seria importante, assim, nos termos de seu considerando, pois “as conquistas se tem adiantado com incerteza e duvida” exatamente “por se não haverem averiguado até agora os verdadeiros limites daquelles dominioz ou a paragem donde se ha de imaginar a linha divisoria, que havia de ser o principio inalteravel da demarcação de cada Corôa”².

Desse modo, definir um critério jurídico concreto para a delimitação dos territórios coloniais das duas Coroas era fundamental. E, pela razão acima declarada de forma expressa no documento, comentários de parte da literatura especializada sobre o Tratado de Madri de 1750 reconhece nele apenas o caráter de uma iniciativa jurídica internacional de solução de conflitos territoriais entre Portugal e Espanha³.

Tais conflitos teriam surgido precisamente da progressiva violação dos limites territoriais na América pelos portugueses⁴. Com efeito, a ação de entradas, de monções e de bandeiras durante o período colonial⁵ e a expansão das atividades pecuárias no século XVIII em torno das atividades de mineração na América Portuguesa⁶ teriam forçado os portugueses para além dos limites territoriais existentes no Norte, no Centro-Oeste e no Sul. Todavia, apesar de pretender ser “*regla invariable y [non] sujeta a controversias*” (art. I, final)⁷, o Tratado de Madri de 1750 foi incapaz de lidar definitivamente com esse conflito⁸.

Apesar de não se questionar essa interpretação sobre a função delimitadora geográfica do Tratado de Madri de 1750, o presente artigo pretende adicionar outra leitura sobre o mesmo documento. Além de sua função declarada e explícita de buscar regular conflitos territoriais entre Portugal e Espanha, pode-se afirmar que os próprios termos do documento evidenciam que **as relações entre as Coroas portuguesa e espanhola se pautavam**

2 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 2.

3 BOXER, 2001, pp. 188-9; CASELLA, 2009, pp. 758-9; LAFER, 2001, pp. 29-31; RICUPERO, 2017, pp. 53-5; VIANNA, 1950, pp. 63-7.

4 BOXER, 2001, pp. 188-9; RICUPERO, 2017, pp. 41-63.

5 CASELLA, 2009, pp. 763-7; GÓES FILHO, 2015, pp. 204-11.

6 FURTADO, 1982, pp. 73-86; PRADO JR., 1976, pp. 69-71.

7 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 3.

8 CASELLA, 2009, pp. 775-6; GOES FILHO, 2015, p. 196; VIANNA, 1950 p. 69.

no período por uma dinâmica típica de sociedade de Corte. Em outras palavras, entende-se que há na concepção e na redação do Tratado o espelhamento implícito de uma estrutura social específica: a de sociedade de Corte.

A viabilidade de tal interpretação é sugerida pelo próprio autor responsável por consolidar essa chave de leitura. Com efeito, Norbert Elias⁹ indica que não apenas as relações nacionais, mas também as relações internacionais na Europa – para ele, as relações entre Estados – podem ser entendidas, naquele momento, como se regendo por uma lógica cortesã. Afinal, a ordem internacional europeia do período era compreendida como um *corpus politicum mysticum* organicamente estruturado em torno da centralidade da ideia de uma religiosidade católica e de seus representantes temporais¹⁰.

Não se pode ignorar que essa ordem se encontrava em fase de desconstrução em virtude das Guerras de Religião na Europa¹¹, a qual foi secundada pela progressiva afirmação, na cultura jurídica europeia, do racionalismo instrumental, individualista e demonstrativo – o que levaria à consolidação da chamada modernidade jurídica¹². Contudo, de forma consciente ou não, as instituições, as práticas e os saberes jurídicos desse período continuaram a operar por muito tempo no interior do legado da noção da centralidade religiosa derivada do *ius commune* medieval¹³.

Isso significa reconhecer que, apesar de terem ocorrido modificações ao longo do tempo vinculadas a uma progressiva secularização¹⁴, não se pode ignorar a permanência de determinados pressupostos na compreensão e na

9 1993, pp. 63-4 e 97.

10 CASELLA, 2012, p. 382-8 e 420-7; DAL RI JR.; MARTINS, 2017, p. 1635-45; DAL RI JR.; NUNES, 2019, p. 482-3; HESPANHA, 1982, p. 205-15 e, do mesmo autor, 2012, p. 98-109; TRUYOL Y SERRA, 1959, p. 590; WIEACKER, 1980, p. 20-2. v. Nesse sentido, MANCINI, 2003a, p. 85-6, 2003b, p. 102-4, em discursos proferidos respectivamente em 1851 e em 1852, onde a Providência ordenadora de Deus legislador ainda se mostra como um elemento a ser considerado an condução das questões entre nações.

11 DESCAMPS, 2016, p. 62-6; GROSSI, 2011, p. 88-90; LOPES, 2002, p. 180; SCHMITT, 2014, p. 59; ZIMMERMAN, 1933, pp. 6-7.

12 CASELLA, 2012, p. 495; GROSSI, 2011, p. 83-7; HESPANHA, 2012, p. 94-5; LOPES, 2002, p. 178-82 e 208-9; VIEHWEG, 2008, p. 77-80. Para HESPANHA, 2012, p. 239-51 e para WIEACKER, 1980, p. 44-50, esse racionalismo teria origem no próprio desenvolvimento do pensamento jurídico medieval em torno da redescoberta do direito romano.

13 ARNAUD, 2004, p. 55-6; CASELLA, 2012, p. 128-30, 388-90 e 409-10; GHIRARDI; NAS-SER, 2016, p. 68; GROSSI, 2011, p. 85; HESPANHA, 2012, p. 150-64 e 234; LOPES, 2002, p. 182-3; WIEACKER, 1980, p. 17-8, 52-95 e 290-315. V. novamente MANCINI, 2003a, p. 39-40, em discurso proferido em 1851.

14 GROSSI, 2011, p. 85, 90 e 96-104; HESPANHA, 2012, p. 112-5.

prática, seja do político¹⁵, seja do jurídico¹⁶. Por isso, é possível identificar nesta transição não apenas rupturas, mas também permanências com relação à tradição jurídico-política cortesã – tanto na estrutura de organização interna de unidades políticas¹⁷, como na estrutura de organização da convivência entre diferentes unidades políticas¹⁸.

Essa chave de leitura é importante para compreender uma dimensão diferente do legado da condição colonial da América Portuguesa do século XVIII para o Brasil independente. Afinal, parte da historiografia evidencia uma continuidade colonial de caráter (i) **econômico internacional**, vinculado a uma condição de subalternidade¹⁹ ou de subdesenvolvimento²⁰, (ii) **social**, relacionado à sinalização externa de distinções estamentais associadas a aspectos raciais²¹, e (iii) **jurídico-político nas relações nacionais**, por meio da reprodução dessa lógica estamental na organização jurídico-constitucional da esfera pública²².

Este texto pretende evidenciar outro tipo de continuidade, a saber, de caráter jurídico-político internacional: a existência de um traço cortesão europeu na prática internacional. Argumenta-se que (i) essa estrutura relacional internacional era praticada pela Coroa portuguesa como padrão comportamental em sua política externa, (ii) este traço cortesão está plasmado nos acordos celebrados pela Metrópole portuguesa com outras Coroas – como o Tratado de Madri de 1750 aqui examinado, e (iii) essa característica pode ser encontrada também em tratados realizados pelo Brasil independente ao longo do século XIX. Entende-se que (iv) a transmissão e a permanência dessa estrutura social (a) seriam manifestadas por esse registro documental (tratados), e (b) revelariam, por meio de argumentos novos sobre o campo intelectual do direito internacional, a incorporação e a perpetuação pelo pensamento e pela prática internacionais brasileiros de uma consciência

15 GIANNATTASIO, 2013.

16 CASELLA, 2012, p. 481-502; HESPANHA, 2012, p. 98; WIEACKER, 1980, p. 315-65.

17 GROSSI, 2011, p. 104; HESPANHA, 1982, p. 36784; LOPES, 2002, p. 208-9; WIEACKER, 1980, p. 314-5.

18 CASELLA, 2012, p. 385, 504-23 e 646-9; GROSSI, 2011, p. 104-9; LOPES, 2002, p. 183-203.

19 COSTA, 1978, p. 122; PRADO JR., 1976.

20 FURTADO, 1982.

21 BOXER, 2001, pp. 185-6; LARA, 2007.

22 COSTA, 1978, p. 125.

jurídica internacional marcada pelo universalismo europeu²³ de caráter estamental²⁴.

Espera-se que este estudo possa sugerir, do ponto de vista de uma Teoria Política sobre as relações internacionais, que há uma herança colonial portuguesa na formação do Brasil independente também no que se refere à maneira de agir e de pensar juridicamente no plano internacional. Conhecer e incorporar essa maneira de agir e de pensar as questões internacionais seria, no momento da independência, estratégico para assegurar o reconhecimento do Brasil. E isso, não apenas para ser reconhecido como país jurídica e politicamente independente: antes disso, para ser reconhecido como um país dentro de um sistema social cortesão internacional, isto é, como um “país civilizado”, portador dos signos de distinção e de refinamento próprios para lhe consagrar o direito a ocupar determinada posição junto aos demais partícipes da sociedade internacional.

De fato, apresentar e manter uma condição jurídica de “país civilizado” era crucial na prática e no pensamento internacionais dos países que afirmaram sua independência após a ruptura com o sistema colonial europeu. Para os processos de independência na América Latina isso se mostrou fundamental, pois houve uma insistência contínua no Brasil em afirmar seu enraizamento na tradição jurídica e política europeia (Estado confessional cristão, organizado imperialmente) como signo de distinção em relação às repúblicas latino-americanas que se emanciparam da Espanha²⁵.

Ser civilizado seria, assim, uma forma de garantir não ser o país independente considerado como um país formado por “raças atrasadas”, ou seja, uma forma de garantir ser um país a salvo de práticas de dominação por parte das potências europeias²⁶ e que poderia ser visto como em paridade de condições para influenciar na construção do direito internacional²⁷. Não

23 LORCA, 2016.

24 OBREGÓN, 2006.

25 KLEINMANN, 1981; PIMENTA, 2015, 2017.

26 ESLAVA, 2018.

27 Basta lembrar, por exemplo, que o Comitê Consultivo de Juristas junto à Liga das Nações – o qual se reuniu em 1920 no Palácio da Paz, na Haia, a fim de redigir o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) – determinou que, dentre as chamadas fontes do direito internacional estão os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Isso significa que não ser um “país civilizado” impediria que as práticas jurídicas de determinado país não poderiam ser reconhecidas como dignas a formar normas jurídicas internacionais. Aliás, talvez como sucesso de acúmulo desses signos de distinção por juristas brasileiros, é im-

se pode ignorar, nesse sentido, que povos não-europeus (China, Japão e Império Otomano) foram ao longo do século XIX reconhecidos como independentes, mas em posição de desigualdade em relação à Europa²⁸. Isso poderia inclusive conferir elementos adicionais para explicar a adoção de série de medidas pelo Brasil independente para se aproximar desse ideal: desde a preferência explícita pela mão-de-obra imigrante europeia²⁹, até a reafirmação das bases europeias do direito internacional em diferentes oportunidades para solucionar seus conflitos³⁰ - como o uso do *uti possidetis*, a ser discutido abaixo.

Dessa forma, este texto pretende inaugurar uma Agenda de Pesquisa em direito internacional que trabalhe no sentido de compreender os elementos de continuidade e de ruptura nas forma de agir e de pensar das relações exteriores brasileiras após sua independência em relação a Portugal.

2. Materiais e métodos utilizados

a. Pesquisa qualitativa baseada em análise documental

O principal material consultado para elaborar este texto consiste em uma cópia do original do Tratado de Madri de 1750. O documento analisado está disponível eletronicamente no acervo digital da Biblioteca Nacional do Brasil (BNB), no dossiê denominado Rede Memória Virtual Brasileira.

O documento analisado se encontra incompleto em relação à versão original, como indica o comentário localizado no canto superior esquerdo da primeira página: “Preliminares Incompleta”. A versão disponibilizada pela BNB possui: (i) 1 (uma) página referente à catalogação do documento no acervo, (ii) 11 (onze) páginas das preliminares originais - apresentação do documento, qualificação dos signatários e exposição dos argumentos de cada uma delas, e (iii) 12 (doze) páginas referentes aos dispositivos normativos

portante lembrar que, dentre os membros do referido Comitê, encontrava-se o brasileiro Raul Fernandes, substituto de outro brasileiro, Clóvis Bevilacqua – v. CPJL, 1920, p. 203. V. ainda ĐORDESKA, 2020, para uma discussão sobre o conteúdo jurisprudencial dado a tal previsão do Estatuto da Corte entre 1922 e 2018.

28 ANGHIE, 2016; ESLAVA, OBREGÓN & URUEÑA, 2016; LORCA, 2016, p. 2-3; ONUMA, 2016, p. 203-19; TRUYOL Y SERRA, 1959, p. 590.

29 CERVO, 1981, p. 171-89.

30 LORCA, 2016.

do Tratado – artigos I a XXVI, sem qualquer tipo de fragmentação. A partir da leitura do arquivo, nota-se que a incompletude das preliminares se refere ao trecho referente à argumentação de Portugal sobre os conflitos territoriais e, talvez, a parte da argumentação da Espanha sobre o mesmo conflito.

Mesmo com a ausência de parte das preliminares, o documento disponibilizado pela BNB possui no total 24 (vinte e quatro) páginas. Neste artigo, são indicados os trechos do Tratado que, pelas formalidades de apresentação, de redação e de finalização, mais bem evidenciam **o aspecto cortesão das relações desenvolvidas no período entre Portugal e Espanha**.

Assim, do total de 24 (vinte e quatro) páginas, foram selecionadas para este texto apenas 5 (cinco): (i) 1 (uma) página das preliminares, onde consta a identificação do documento e a qualificação dos signatários (rei de Portugal e rei da Espanha) – doravante, primeira página do documento, (ii) as 2 (duas) primeiras páginas do Tratado (considerandos do documento e artigo I) – doravante, respectivamente, segunda e terceira páginas do documento, e (iii) as 2 (duas) últimas páginas do Tratado (artigo XXVI e fechamento) – doravante, quarta e quinta páginas do documento.

Há ainda dois aspectos que, por não se referirem à dimensão analítica salientada por este artigo, merecem ser mencionados a título preliminar neste item metodológico. Essa observação é relevante, pois evidencia os limites da fonte primária consultada. Tratam-se de aspectos relacionados a uma dimensão estritamente linguística do documento: (i) seu caráter bilíngue, e (ii) o fato de ele ser uma cópia de um documento manuscrito.

O documento é em sua maioria redigido em espanhol antigo. Apenas as preliminares e os considerandos do documento (primeira e segunda páginas do documento) possuem uma divisão gráfica em coluna, do seguinte modo: (i) à esquerda há o uso do português do período para qualificar o signatário português e apresentar os seus argumentos contrários à pretensão territorial espanhola nas Américas; e (ii) à direita, há o uso do espanhol do período para qualificar o signatário espanhol e apresentar seus argumentos contrários à pretensão territorial portuguesa nas Américas. Nas 3 (três) páginas restantes, o texto está integralmente escrito em espanhol – salvo a última observação, referente à indicação da pessoa que redigiu a versão manuscrita final do documento: “Conforme – No impedimento do official Maior – Antonio José Vespertino (?) do Amaral”³¹.

31 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 24.

A fim de verificar a eventual permanência de elementos que externalizassem a estrutura de sociedade de Cortes na prática jurídica internacional do Brasil independente, foram analisados os Tratados de Paz, Amizade, Comércio e Navegação (TPACN) celebrados durante todo o período do Brasil Império (1822-1889). Foram escolhidos esses Tratados precisamente porque eles eram os documentos jurídico-normativos fundamentais para permitir o início de tratativas regulares entre estados reconhecidos como independentes³². Por estarem assim relacionados à independência e ao reconhecimento, seria pertinente verificar em quais termos o Brasil independente se relacionou com outros países no período - europeus ou não.

Em levantamento feito no início de 2018 junto à Divisão de Atos Internacionais (DAI) do Ministério de Relações Exteriores (MRE) do Brasil, o autor contabilizou um total de 41 (quarenta e um) TPACNs celebrado pelo Brasil Império com 16 (dezesesseis) estados diferentes. A diferença entre o número de Tratados celebrados e os países com os quais tais documentos foram acordados pode ser explicada pelo fato de alguns de tais Tratados, ou não terem entrado em vigor em virtude de não ratificação por algum dos contraentes, ou terem sido renovados após expiração do prazo original, ou mesmo por terem sido eventualmente denunciados e renegociados.

Dos 16 (dezesesseis) estados com os quais o Brasil Império acordou um TPACN, 7 (sete) eram países localizados no continente americano (Argentina, Bolívia, Chile, Estados Unidos da América, Paraguai, Peru e Uruguai), 2 (dois) eram países localizados no continente asiático (China e Império Otomano), e 7 (sete) eram países localizados no continente europeu (Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Países Baixos, Portugal, Reino Unido).

Levar em consideração essa diversidade de países com os quais o Brasil Império oficializou suas relações é importante para a presente análise. Com efeito, isso permite avaliar mais precisamente se houve semelhanças ou

32 Como indica, a título meramente exemplificativo, o considerando do TPACN celebrado entre Brasil e França, em 8.1.1826: “Por este Acto sua Magestade, El-Rei da França, e de Navarra, no Seu Nome, e de Seus Herdeiros, e Sucessores, Reconhece a Independência do Imperio do Brasil, e a Dignidade Imperial na Pessoa no Imperador D. Pedro I, e de Seus Legítimos Herdeiros, e Sucessores” (IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA FRANÇA, 1826, pp. 1-2). Ainda de acordo com os considerandos, essa condição de mútuo reconhecimento de dignidade e independência permite a “ambos os Soberanos, debaixo destes princípios, [...]” acordar “o presente Tratado de Amizade, Navegação e Commercio, em beneficio commum dos Seus respectivos Subditos, e em vantagem recíproca de ambas as Nações” (Império do Brasil; Reino da França, 1826, pp. 1-2). Os mesmos dizeres se encontram *mutatis mutandis* no TPACN celebrado com o Reino Unido, em 18.10.1825.

diferenças na forma como o Brasil, logo após sua independência, registrou documentalmente a sua forma primeira de articulação de relações internacionais com países localizados, não apenas em continentes distintos, mas também diferentes tradições culturais. Isso é particularmente relevante para este texto, visto ser amplamente conhecido que países europeus costumavam tratar de forma desigual e subalterna países não considerados aptos – em termos civilizatórios – a participar das relações internacionais³³. Essa desigualdade ocorria não apenas em termos jurídico-regulatório, mas também na própria forma de registro documental deste outro país no texto do Tratado.

Por esse motivo, foram analisados os TPACN celebrados com todos os países acima indicados. Contudo, nos casos em que o Brasil assinou mais de um TPACN, examinou-se apenas o texto do Tratado mais antigo celebrado – ainda que ele não tenha entrado em vigor (não ratificação), ou que ele tenha perdido vigência em virtude de denúncia ou de expiração do prazo, mesmo tendo sido ou não substituído.

Foram analisados, assim, 16 (dezesseis) TPACN, um com cada um dos países acima mencionados. Essa escolha se justifica porque a presente análise não visa a verificar o conteúdo jurídico daquilo que foi acordado; antes, ela pretende analisar o modo como o acordo foi registrado documentalmente em um Tratado cuja função específica é estabelecer os laços jurídico-políticos primordiais entre Estados para que, a partir dele, tais países possam iniciar suas relações internacionais nas mais diversas áreas. É neste aspecto em particular que se entende que poderão se manifestar os signos de distinção segundo os quais o Brasil pretendia se apresentar nas relações internacionais: como um país digno de ser recebido e acolhido dentre a sociedade internacional cortesã da tradição da civilização europeia.

Como se poderá observar da lista abaixo, os Tratados examinados abrangem todo o período do Brasil Império: Primeiro Reinado (1822-1831), Período Regencial (1831-1840) e Segundo Reinado (1840-1889). Isso asseguraria que qualquer variação nas práticas jurídicas internacionais relacionadas a tais tipos de documentos – TPACN – poderia ser eventualmente identificada e verificada nesse lapso – o que, adiante-se, não foi o caso. Deste modo, foram analisados os seguintes documentos:

33 ONUMA, 2016, p. 177-219

- (i) Convenção Preliminar de paz entre o Império do Brasil e a República das Províncias Unidas do Rio da Prata, celebrada no Rio de Janeiro, na data de 27.8.1828;
- (ii) Tratado de Comércio e Navegação entre o Senhor D. Pedro I, Imperador do Brasil, e Francisco I, Imperador da Áustria, celebrado em Viena, na data de 16.6.1827;
- (iii) Tratado de Comércio e Navegação entre o Senhor D. Pedro II Imperador do Brasil, Representado pela Regência em Seu Augusto Nome, e Sua Magestade o Rei dos Belgas, celebrado no Rio de Janeiro, na data de 22.9.1834;
- (iv) Tratado de Amizade, Limites, Navegação, Comércio e Extradicação entre o Império do Brasil e a República da Bolívia, celebrado em La Paz de Ayacucho, na data de 27.3.1867;
- (v) Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre o Império do Brasil e a República do Chile, celebrado em Santiago, na data de 18.9.1838;
- (vi) Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre o Império do Brasil e o Império da China, celebrado em Tien-Tsin, na data de 5.9.1880;
- (vii) Tratado de Comércio e Navegação entre o Senhor D. Pedro I, Imperador do Brasil, e Frederico VI, Rei de Dinamarca, celebrado no Rio de Janeiro, na data de 26.4.1828;
- (viii) Tratado de Paz, Amizade, Navegação e Comércio entre o Império do Brasil e os Estados Unidos da América, celebrado no Rio de Janeiro, na data de 12.12.1828;
- (ix) Tratado de Amizade, Navegação e Comércio entre o Senhor D. Pedro I Imperador do Brasil, e Carlos X Rei de França, celebrado no Rio de Janeiro, na data de 8.1.1826,
- (x) Tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre o Império do Brasil e o Império Otomano, celebrado em Londres, na data de 5.2.1858;
- (xi) Tratado entre o Império do Brasil e o Reino dos Países Baixos de Amizade, Navegação e Comércio, celebrado no Rio de Janeiro, na data de 20.12.1828,
- (xii) Tratado de Aliança, Comércio e Limites entre o Senhor D. Pedro II Imperador do Brasil e o Presidente da República do Paraguai D. Carlos Antonio Lopes, celebrado em Assunção, na data de 7.10.1844;
- (xiii) Tratado de Paz, Amizade, Comércio e Navegação entre o Império do Brasil e a República Peruana, celebrado em Lima, na data de 8.7.1841;
- (xiv) Tratado de Paz, Amizade e Aliança entre D. Pedro I, Imperador

do Brasil, e D. João VI, el-Rei de Portugal entre Império do Brasil e o Reino de Portugal, celebrado no Rio de Janeiro, na data de 29.8.1825; (xv) Tratado de Amizade, Navegação e Comércio entre o Império do Brasil e a Grã-Bretanha, celebrado no Rio de Janeiro, na data de 18.10.1825; e (xvi) Tratado de Aliança entre o Senhor D. Pedro II, Imperador do Brasil, e a República Oriental do Uruguai, celebrado no Rio de Janeiro, na data de 12.10.1851.

Todos estes 16 (dezesesseis) documentos acima indicados estão registrados na plataforma eletrônica da DAI/MRE denominada Concórdia (<https://concordia.itamaraty.gov.br/>). Contudo, nem todos os Tratados celebrados no período do Brasil Império foram devidamente digitalizados e disponibilizados no referido acervo eletrônico. Assim, quando algum dos documentos acima não estava disponível na plataforma Concórdia, em janeiro de 2018 o autor realizou visita ao acervo físico do Escritório de Representação no Rio de Janeiro (ERERIO) do MRE e, mediante prévio agendamento, teve acesso às vias físicas originais dos documentos restantes.

Note-se, todavia, que o centro de análise deste texto é o Tratado de Madri de 1750. Assim, nos itens a seguir será dado maior destaque aos termos deste documento onde se evidenciam os elementos de sociedade de Corte. A menção abaixo aos demais 16 (dezesesseis) Tratados será feita de maneira não tão detalhada como quando abordado o Tratado de Madri. Serão ressaltadas assim semelhanças e diferenças comuns entre tais documentos, de modo a evidenciar como eles também plasmaram textualmente a referida estrutura profunda do sistema social internacional cortesão - isto é, como, apesar de rupturas, são identificadas tais continuidades na prática jurídica internacional brasileira no período pós-independência.

Por fim, frise-se que toda citação direta ao conteúdo dos referidos Tratados foi realizada entre aspas e exatamente de acordo com a grafia original constante do documento.

b. Método de interpretação: a sociedade de Corte

Norbert Elias examina em seus textos as figurações sociais, isto é, arranjos sociais caracterizados por uma divisão da sociedade em dois grandes grupos: os dominantes (prestigiados) e os dominados (desprestigiados). A ideia de figuração social pressupõe uma relação de interdependência recíproca entre

os grupos, a qual se sustenta a partir de um equilíbrio instável de permanente tensão entre ambos³⁴.

Para o autor, figurações sociais são universais no tempo e no espaço, apesar de diferirem entre si nos motivos que as sustentam: a ideia de raça, a ideia de nação, a detenção de armas ou dos meios de produção, maior coesão interna, tempo de permanência em determinado local³⁵ são apenas algumas das justificativas que usualmente fundam algum tipo de distinção social (prestígio/desprestígio) entre membros de uma sociedade. A existência de distinções sociais estaria presente em toda sociedade, sendo possível operacionalizar a noção de figuração social como modelo analítico para compreender comunidades pequenas³⁶, o processo civilizador enquanto controle público das paixões por meio do decoro³⁷, a formação do Estado Moderno no Ocidente³⁸, ou mesmo a sociedade de Cortes³⁹.

A figuração social da Sociedade de Corte se estrutura dentro de uma específica articulação entre, ao menos, quatro elementos. Com efeito, trata-se de (i) uma organização social parametrizada por um *corpus politicum mysticum*, isto é, por uma imagem de estabilidade política do corpo social em virtude de um fundamento religioso da coesão social. Nela, (ii) formalidades e códigos de conduta são pensados e estudados como mecanismos de exteriorização comportamental de signos de distinção entre ordens sociais interdependentes. Essa figuração social é justificada por (iii) critérios de legitimidade relacionados à preservação de posições sociais em grande parte derivadas da posse de território, e marcada por uma (iv) proximidade familiar entre casas reais e nobiliárquicas por meio de estratégicas alianças matrimoniais, como forma de preservação, não apenas da distinção social de determinados grupos, mas principalmente da ordem política misticamente orgânica e da situação de distribuição da posse de terras⁴⁰.

Note-se, por fim, que um elemento que caracteriza a abordagem de Norbert Elias é sua orientação por uma abordagem interdisciplinar da História. Ao abordar um tema que se insere no passado, o autor entende que os

34 CHARTIER, 2001, pp. 12-4; ELIAS, 2000, p. 23.

35 ELIAS, 2000, pp. 21-2.

36 ELIAS, 2000.

37 ELIAS, 2011, pp. 65-70.

38 ELIAS, 1993, pp. 200-1.

39 ELIAS, 2001, pp. 27-9 e 45-6.

40 CARDIM, 1998, pp. 53-92; CUNHA, 2000, pp. 13-44; ELIAS, 1993, 2001, pp. 97-159.

instrumentos usuais fornecidos pela História são insuficientes para construir explicações sobre os fenômenos sociais. Para o autor, até aquele momento, o conhecimento histórico teria se concentrado em indivíduos politicamente relevantes e buscado enfatizar o papel determinante destes nas inflexões do processo histórico: reis, militares, entre outros⁴¹.

Tal postura teria sido produto de uma ideologia burguesa que enfatiza o papel de indivíduos⁴². Essa abordagem teria fomentado um discurso histórico que desconsidera o enredamento anônimo de indivíduos nas diferentes relações de interdependência - desprovidas de um único autor que tenha arquitetado tudo em sua toda-sabedoria⁴³. Focalizar a análise nas figurações sociais seria, assim, uma forma de enfatizar o papel de processos coletivos anônimos, e não individuais, na construção e no refazimento das redes de interdependência que marcam o indivíduo⁴⁴. Esse modo de pensar a interpretação histórica contrariaria o procedimento de construção do conhecimento histórico de até então.

Essa forma de abordagem individualista da história é recorrente na construção do saber sobre o direito internacional. Há uma tradição recorrente em afirmar o desenvolvimento do direito internacional a partir da obra criadora de seus chamados “pais fundadores” - como Francisco de Vitória, Alberico Gentili, Hugo Grotius, Emer de Vattel, entre outros⁴⁵. Todavia, perguntar em demasia sobre os “pais fundadores” não apenas hipostasia o papel destes indivíduos em detrimento de outros, como também eclipsa o papel das redes de interdependência que estruturalmente definiram estes indivíduos como os “pais fundadores” e desestimula dirigir os esforços investigativos para compreender essa própria estrutura⁴⁶. Essa tradição histórica individualista parece ressoar, inclusive, no próprio pensamento jurídico internacional brasileiro, o qual enfatiza o papel de determinados juristas como “heróis” nacionais na construção do direito internacional⁴⁷.

De todo modo, segundo Norbert Elias seria necessário recorrer a procedimentos de outras ciências – pois apenas deste modo toda a rede de

41 ELIAS, 2001, pp. 35-6 e 40-3.

42 CHARTIER, 2001, pp. 7-8.

43 ELIAS, 2001, pp. 45-6.

44 ELIAS, 2001, pp. 45-6.

45 A título exemplificativo, mencionem-se PILLET, 1904; SCHMITT, 2014, pp. 161-82.

46 ESLAVA, OBREGÓN & URUEÑA, 2016, p. 46-9; GALINDO, 2015.

47 CARDIM, 2014; CARVALHO, 1956; GUERREIRO, 1988; RÁO, 1952; TRINDADE, 2015.

interdependência construída anonimamente no tempo pode ser desvelada e dotada de significação⁴⁸. Essa análise interdisciplinar poderia revelar, por exemplo, um processo coletivo e lento no tempo de alteração na dinâmica de Poder da sociedade⁴⁹ - o qual se manifesta exteriormente por novos gestos, ou por novos sentidos a mesmos gestos, e que indicaria uma modificação da própria estrutura psíquica individual⁵⁰.

Compreender a inserção histórica de um documento jurídico do passado exige uma preocupação em identificar as redes de interdependência política que levaram à construção deste documento naquele momento. Nesse sentido, ao se preocupar em compreender as tensões políticas que marcam a constituição histórica dos termos e da estrutura⁵¹ do Tratado de Madri de 1750, este texto coloca em suspenso a tradicional visão de que este documento é fruto exclusivo da genialidade de Alexandre de Gusmão⁵² e pretende evidenciar que é possível inscrever este Tratado em uma rede de significações maior do que a simples autoria individual: ele seria mais uma manifestação da estrutura social europeia de sociedade de Corte⁵³. É o que passará a ser feito a seguir.

3. Elementos de sociedade de corte no Tratado de Madri de 1750

Logo na primeira página do documento há a presença, na coluna à esquerda, da expressão “D. João por Graça de Deus” e, na coluna à direita, da expressão “*D. Fernando por la gracia de Dios*”⁵⁴. Na segunda página do documento, a referência se repete, mas de forma distinta, na coluna à esquerda, com a expressão “Em nome da Santíssima Trindade” e, na coluna à direita, com o equivalente em espanhol “*En el nombre de la S. S. Trindad*”⁵⁵. Do mesmo modo, na terceira página do documento, no art. I do Tratado, nota-se uma

48 ELIAS, 1993, pp. 230.

49 ELIAS, 1993, pp. 221-2.

50 ELIAS, 2011, pp. 70 e 79-82.

51 GIANNATTASIO, 2018.

52 GÓES FILHO, 2015, pp. 211-29; LAFER, 2001, p. 30.

53 A argumentação se aproxima aqui da reflexão de Pierre Bourdieu de campo intelectual, a qual questiona sobre os limites do papel do indivíduo na criação e na inovação das formas de agir e de pensar em seu próprio campo; nesse sentido, v. BOURDIEU, 1968.

54 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 1.

55 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 2.

referência a “*la bula del Papa Alejandro VI, de feliz memoria*”⁵⁶ (grifos nossos). Na quarta página do documento, no art. XXVI, encontra-se também uma expressão que chama a atenção: “*aun en caso (que Dios no permita) que se declaren guerra, quedará firme e invariable durante la misma guerra, y depues de ella*”⁵⁷ (grifos nossos).

Tais expressões não derivam simplesmente do grande devotismo religioso dos reis⁵⁸. Antes, entende-se que se tratam de elementos que denotam a **consciência de a ordem internacional daquele tempo estar organizada em termos de um *corpus politicum mysticum*** marcado pela centralidade na religiosidade católica e de seus representantes terrenos. As ações possuem um sentido místico⁵⁹, o qual permite atribuir ao resultado delas – no caso, um Tratado – condições de reconhecimento e de efetividade. Isso ocorre precisamente por reenviar as fundações dessa ordem documentada a uma tradição religiosa considerada misticamente legitimadora da divisão e da posição das ordens estamentais vigentes em cada território⁶⁰.

Assim, a referência se mostra como uma deferência sincera e expressa às autoridades católicas e à autoridade de Deus: de algum modo, não apenas os 2 (dois) reis teriam recebido sua autoridade pela Graça de Deus, como também o próprio Tratado teria sido celebrado em nome Dele e dentro de uma tradição de iniciativas que remontariam à “feliz memória” da Bula *Inter Coetera*. Em outros termos, o Tratado de Madri teria sido celebrado dentro de uma ordem internacional marcada por uma religiosidade católica; nesta ordem mística determina, o Tratado não apenas encontraria e realizaria o seu sentido, como também desta mesma ordem extrairia sua força e, por meio desta mesma ordem, ele teria assegurada sua permanência - mesmo em hipótese de guerras! O desejo constante da expressão “*que Dios no permita*” seria apenas mais uma forma de indicar a invocação da proteção divina, não apenas sobre a estabilidade das relações entre Portugal e Espanha, mas também sobre a própria duração do Tratado⁶¹.

Ademais, há uma clara preocupação em sustentar a autoridade do Tratado em outros elementos além da religiosidade. Em uma sociedade de

56 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 3.

57 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 23.

58 BOXER, 2001, p. 173.

59 CARDIM, 1998.

60 ELIAS, 1993; LARA, 2007, pp. 81-5.

61 ZIMMERMAN, 1933, pp. 7-8.

Corte, há formalidades a serem cumpridas no momento de encontro na esfera pública. Para que a ordem mística seja preservada, as distinções entre grupos e as diferenças sociais precisam ser explicitadas externamente por gestos, ritos, formas de falar, de comer, de se vestir, localização espacial, entre outros. Mais simplesmente, cada um dos estamentos está associado ao desempenho de um tipo específico de ação, estando mesmo o rei fixado muitas vezes a um roteiro de formalidades bastante rígido e teatralizado⁶².

Esse rito não se mostra vazio, pois cada um dos detalhes possui profundidade de sentido – como visto acima, sentido místico⁶³. Códigos de conduta de como se portar na esfera pública não teriam importância apenas em âmbito interno⁶⁴, mas também no plano internacional⁶⁵. Assim, o texto do documento analisado também indicaria em diferentes passagens o cumprimento de certas formas de agir que parecem querer justificar ter o Tratado adquirido uma vinculação jurídico-política efetiva em virtude do cumprimento de um **cerimonial devido para tratativas internacionais**.

Nesse sentido, a primeira página do documento tem por objetivo apresentar os reis (à esquerda, D. João e, à direita, D. Fernando) e seus respectivos plenipotenciários (em nome de Portugal, “Thomaz da Silva Tellez, Visconde de Villa Nova da Cerveira e do meu Conselho e do de Guerra” e, em nome da Espanha, “D. José de Carvajal e Lancastre, seo gentil-homem da Câmara com exercício de Ministro de Estado e Decão do Conselho de Estado”)⁶⁶. Perceba-se assim que uma coluna não é uma tradução da outra: cada uma tem uma função de apresentar, em idiomas distintos, um e outro signatário e seus respectivos representantes. Isso talvez se deva à distinção do público perante o qual a autoridade do Tratado deveria se afirmar como tendo sido celebrado por sua autoridade nacional mais legítima: de um lado, em português, para o reino de Portugal, o rei de Portugal celebrara o Tratado por meio de representante devidamente certificado; de outro lado, em espanhol para o reino da Espanha, o rei da Espanha acordara o Tratado por meio de representante devidamente indicado.

62 CARDIM, 1998, pp. 19-50; LARA, 2007, pp. 79-80.

63 LARA, 2007, p. 86.

64 ELIAS, 1993, pp. 16-9.

65 ELIAS, 1993, pp. 63-4.

66 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 1.

A segunda página do documento indica ainda a importância de apresentar os argumentos que cada parte utiliza para justificar a legalidade e a legitimidade de sua ocupação do território em disputa. A quinta página do documento inclusive repete os nomes dos representantes dos reis e indica que “*en virtude de las ordenes y plenos poderes que nos, los dichos plenipotenciarios, habemos recibido de nuestros Amos, firmamos el presente tratado y lo sellamos con el sello de nuestras armas*”⁶⁷.

Essa constatação é relevante, pois a própria formação dos reinos ibéricos é caracterizada no período, não por um Poder absoluto como ocorre na formação dos reinos franceses⁶⁸, mas por uma constante necessidade de relação contínua do rei com as Cortes – quase que uma prestação de contas⁶⁹. Nestes termos, dentro de um paradigma de sociedade de Cortes, **há uma estrutura de redes de interdependências entre reis e vassallos/nobres, no interior da qual um depende do outro em termos de segurança, de proteção e de estabilidade**⁷⁰.

As páginas e os trechos indicados parecem sugerir que, **para a efetividade do Tratado, este também deve se apresentar para as Cortes nacionais como sendo o resultado do cumprimento pelo próprio rei de um cerimonial esperado – um cerimonial internacional fundado em ritos alicerçados na preservação da ordem estamental de origem mística**. Assim, o Tratado seria devidamente aceito deste pelas Cortes se negociado (i) por representantes indôneos e reconhecidos (qualificação), (ii) em nome dos reis, que inclusive se reconhecem e se afirmam como católicos (qualificação), (iii) após a consideração mútua da argumentação de cada um dos Estados, e (iv) contando com o selo de armas de cada Estado. A satisfação dessas condições confeririam ao Tratado elementos para ser reconhecido como legítimo perante as Cortes de cada Estado.

Especificamente no que se refere ao rei D. João V, de Portugal, Charles Boxer⁷¹ afirma que a dinâmica de Cortes estava enfraquecida em Portugal – afinal, a exploração de minérios nas colônias teria dado a ele “recursos suficientes para que não fosse obrigado, durante seu longo reinado (1706-

67 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 24.

68 BARBOZA FILHO, 2000, p. 69-104; ELIAS, 1993, p. 92.

69 CARDIM, 1998, p. 53-92.

70 ELIAS, 1993, pp. 88 e 103.

71 2001, p. 171.

1750), a convocar as Cortes e lhes pedir dinheiro”. Ainda que se concorde com essa afirmação, se o papel das Cortes em Portugal neste período estava reduzido em virtude deste aspecto econômico, não se pode esquecer o papel fundamental de legitimação política, religiosa e social que as Cortes exerciam⁷². Assim, por mais que D. João V não prestasse contas econômicas às Cortes, a prestação de contas política por meio de um Tratado ainda se mostra pertinente no período – razão pela qual se compreende a presença de tais elementos no Tratado de Madri de 1750.

Outro aspecto relacionado à qualificação dos reis e de seus plenipotenciário evidencia uma preocupação típica de sociedades de Cortes: **a demonstração do Poder dos reis e de seus nobres representantes por meio de referência explícita à amplitude da extensão territorial de seus poderes**. Com efeito, a tradição de formação da estrutura de interdependências entre reis e e vassallos/nobres se desenvolve a partir de uma disputa por domínio de territórios, sendo reconhecido como o mais apto a exercer uma relação vertical nas redes de dependência aquele que possuísse um maior número de territórios – e portanto de homens e de recursos – sob seu domínio⁷³.

Nesse sentido, dentro de uma lógica de Cortes, não é infundada a extensa qualificação de cada um dos agentes envolvidos no Tratado. Como se pode ver na primeira página do documento, na coluna à esquerda, D. João seria muito poderoso, não apenas por ser o rei de Portugal, mas também “do Algarves, d’aquem e d’alem mar, em Africa senhor de Guiné e da Conquista, Navegação e Commercio da Ethiopia, Arabia, Persia e da India”, ao passo que, na coluna à direita, D. Fernando seria igualmente poderoso por não apenas ser o “*Rey de Castilla*”, mas também “*de Leon, de Aragon, de las Sicilias, de Jerusalem, de Navarra, de Granada, [...], de las Islas Canarias, de las Indias Orientales y Occidentales, y tierra firme del mar Coeano, Archiduque de Austria, Duque de Borgoña, de Barbante y de Milan, Conde de Absburg, de Flandres, del Tirol y Barcelona [...]*”⁷⁴. Do mesmo modo, como indicado acima, os plenipotenciários também eram qualificados adequadamente na mesma página, a fim de mostrar que, em virtude de algum tipo de domínio político baseado em terras, eram dignos do Poder neles investido⁷⁵.

72 CARDIM, 1998; CUNHA, 2000; ELIAS, 1993.

73 ELIAS, 1993, p. 100.

74 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 1.

75 ELIAS, 1993, pp. 64-5.

Especial atenção pode ser feita em relação a este aspecto - o que seria típico de uma **dinâmica de Sociedade de Cortes no interior das relações internacionais**: por mais que cada um deles fosse bastante poderoso, nenhum deles poderia esperar exercer mais algum tipo de Poder vertical sobre o outro⁷⁶. Sendo uma ordem estruturalmente pautada pela centralidade religiosa católica, a única forma de relação admissível entre eles seria uma **relação horizontal, baseada em confiança e amizade mútuas**. Por esse motivo, não apenas haveria uma proteção de tal estabilidade por força de Deus (como visto acima), como também o Tratado teria como objetivo sempre “*efficazmente consolidar e estreitar a sincera e cordial amizade, que entre si professão*”⁷⁷, como indica a segunda página do documento analisado, na coluna à esquerda.

Por fim, outro aspecto próprio das dinâmicas de sociedades de Corte consiste na realização de **alianças matrimoniais entre casas reais e nobiliárquicas**. Não apenas o uso da força para a conquista de territórios, mas também casamentos e heranças são mecanismos de prestígio - e, mais do que isso, de preservação ou de aumento do Poder vinculado à amplitude de terras dominadas por um senhor. As alianças matrimoniais passam a ser exercidas como forma de garantir uma estratégia de posicionamento perante outras casas reais e nobiliárquicas do próprio reino e de outros reinos⁷⁸.

Nesse sentido, chamam a atenção as expressões na primeira página do documento, onde, na coluna à esquerda, o rei de Portugal chama o rei da Espanha de “meu bom irmão e genro”, do mesmo modo que, na coluna à direita, o rei de Espanha chama o rei de Portugal “*mi muy charo, y muy amado hermano y suegro*”⁷⁹. Ainda que não haja uma relação fraternal de sangue efetiva entre ambos, a filha de D. João V, de Portugal, a Rainha D. Maria Bárbara de Bragança, era casada com D. Fernando VI, da Espanha. Do mesmo modo, não se pode esquecer que o filho de D. João V, de Portugal, o futuro D. José I, se casara com Maria Ana Vitória, filha de D. Fernando VI, da Espanha. Nestes termos, o Tratado registra apenas uma parte da estratégica união familiar e territorial entre os dois reinos, a qual foi estabelecida não pelo sangue, mas por meio da união religiosa em casamento⁸⁰.

76 ELIAS, 1993, pp. 63-4 e 97.

77 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 2.

78 CUNHA, 2000; ELIAS, 1993, pp. 126-8.

79 REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA, 1750, p. 1.

80 MONTEIRO, 2014, p. 117; RICUPERO, 2017, p. 55.

4. Derivações da interpretação cortesã do Tratado de Madri de 1750: eclipsamento do personalismo, permanência de elementos cortesãos e interdependências nas relações exteriores

A presença de elementos da sociedade de Corte na própria estrutura profunda do Tratado de Madri de 1750 fornece elementos interessantes para futuras pesquisas sobre o pensamento jurídico brasileiro puro e aplicado em direito internacional. Até o presente momento são comumente evidenciadas apenas continuidades de caráter jurídico-político e sociais internos ou econômico internacionais entre América Portuguesa e Brasil independente em virtude de um legado colonial. Contudo, sublinhar a transmissão e a presença de um traço cortesão nas relações internacionais como legal colonial pode ser considerado um elemento adicional de permanência estrutural após a ruptura política entre Brasil e Portugal.

Ao evidenciar o aspecto de Corte das relações internacionais, é possível em primeiro lugar despersonalizar a percepção em torno das maneiras de agir e de pensar internacionais levadas em nome da Coroa portuguesa em relação a seus territórios na América - ou mesmo depois, em nome do Brasil independente. Sem pretender diminuir a importância histórica de reconhecidos e hábeis diplomatas de ambos os períodos - como Alexandre de Gusmão, José Bonifácio de Andrada e Silva, José Maria da Silva Paranhos, José Antônio Pimenta Bueno, Ruy Barbosa, Clóvis Bevilacqua, Raul Fernandes, entre outros, a leitura cortesã suscita a despersonalização do sucesso de empreendimentos políticos.

A retirada desse caráter personalista nas relações exteriores é interessante para o pensamento jurídico em direito internacional. Em vez de enfatizar que as boas práticas internacionais formam uma tradição positiva derivada de uma genialidade excepcional de uma única pessoa, a leitura cortesã revela que é a complexidade da rede de interdependências políticas internas e externas que poderia explicar a viabilidade ou não do enraizamento de algumas medidas tomadas no que se refere às relações exteriores.

Deste modo, concentrar-se na singela imagem de que um único ser excepcional é capaz de liderar com maestria as relações internacionais é ignorar o intenso jogo de tensões políticas internas e externas exigido para a legitimidade e a efetividade da legalidade internacional construída, praticada e desenvolvida⁸¹. Com efeito, a ascensão interna de novos grupos de poder

81 CASELLA, 2008.

político, jurídico e econômico⁸² e a interação de órgãos públicos estatais vinculados ou não diretamente com a política externa⁸³, são apenas alguns dos elementos fundamentais para compreender a construção da política externa de um país. A própria circulação explícita ou implícita na esfera pública de intelectuais que participam de alguma maneira de tais interações⁸⁴ passa despercebida por excesso de reverencialismo personalista.

Por esse motivo, entende-se ser importante ao discurso jurídico internacional se livrar de uma percepção pessoal da política externa. Com isso, entende-se que ele poderá se orientar no sentido de captar e de direcionar, pela fôrma do direito, uma adequada mediação política de tais focos de oposição de diferentes modos de ver o mundo⁸⁵ – os quais se encontram implicados no interior de uma estrita e extensa rede de interdependências externas e internas.

Ademais, a presença de elementos de sociedade de Corte no Tratado de Madri de 1750 sugere, na linha da proposição feita por Norbet Elias⁸⁶, que a condução das relações exteriores na Europa seguia no período uma determinada dinâmica estrutural de sociedade de Cortes. Nesse sentido, o Tratado de Madri seria um exemplo da ação internacional portuguesa de relações exteriores, a qual encontrava aderência em uma certa maneira internacional de agir e pensar juridicamente compartilhada entre povos europeus – os refinados povos de “países civilizados”.

Com efeito, parece ser a preocupação central marcar-se como um reino (i) grande, por ser territorialmente extenso em império colonial, (ii) politicamente estável (a) por uma explícita vinculação a redes de interdependência derivada de alianças matrimoniais nobiliárquicas, e (b) pelo reconhecimento de uma ordem internacional religiosamente orgânica – no interior da qual reconhece sua posição devida, e (iii) legítimo, por atender aos ritos e às formalidades reconhecidos para tratativas internacionais – as quais devem ser não apenas praticadas, mas devidamente registradas no documento para o reconhecimento interno e externo.

82 CERVO; BUENO, 1986; MORAVCSIK, 2005; PEÑA; LAFER, 1978.

83 CERVO, 1981; POLLACK; SHAFFER, 2001; SANCHEZ; SILVA; CARDOSO; SPÉCIE, 2006; SLAUGHTER, 2004.

84 ROBERTS, 2018; SCHACHTER, 1977.

85 GIANNATTASIO, 2016.

86 1993, pp. 63-4 e 97.

Afirmar-se nestes termos não parece ser importante apenas do Tratado de Madri de 1750. Elementos adicionais de sociedade de Corte se revelam também em outros Tratados celebrados pelo Brasil pós-independência – e perceber tais elementos é importante, pois eles se mostram como um legado adicional da condição de ex-colônia ao Brasil independente: um legado jurídico-político internacional. Isso pode ser visualizado nos Tratados do Brasil Império selecionados para o presente texto.

Certamente se observam, não em todos os casos, invocações explícitas à proteção divina da perpetuação da Paz e da Amizade acordada pelo Tratado. Além de haver a afirmação de que os países observarão “religiosamente” as regras do TPACN – encontrado no considerando do Tratado celebrado com os EUA, em 12.12.1828⁸⁷, há muitas vezes a exortação para que “Deos não permitta” a desinteligência ou o rompimento entre as partes do respectivo TPACN - como ocorre no art. X do Tratado celebrado com a Dinamarca, em 26.4.1828⁸⁸, no art. XXV do Tratado celebrado com os EUA, em 12.12.1828⁸⁹, no art. VII do Tratado celebrado com a França, em 8.1.1826⁹⁰, no art. IX do Tratado celebrado com o Paraguai, em 7.10.1844⁹¹ e no art. nono do Tratado celebrado com o Reino Unido, em 18.10.1825⁹².

Outros elementos de caráter religioso se mostram presentes de maneira explícita e recorrente em tais documentos, os quais reforçam a percepção da aderência da prática jurídica internacional brasileira a um saber que se reconhece dentro de uma ordem divinamente ordenada (*corpus politicum mysticum*) típica de uma sociedade cortesã.

De fato, declarar na abertura do Tratado que ele foi feito “Em Nome da Santíssima Trindade” ou mesmo “Em Nome da Santíssima e Indivisível Trindade” é regra nos Tratados celebrados durante o Brasil Império que foram aqui analisados - a exceção é o TPACN celebrado com a China, em 8.9.1880. Mesmo no TPACN celebrado com o Império Otomano, em 5.2.1858, a menção é feita dentro de uma matriz religiosa comum, de caráter monoteísta: “Em Nome de Deus Todo Poderoso”⁹³. Tal registro evidencia uma estratégia

87 IMPÉRIO DO BRASIL; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1828, p. 1.

88 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA DINAMARCA, 1828, p. 9.

89 IMPÉRIO DO BRASIL; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1828, p. 17.

90 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA FRANÇA, 1826, p. 5.

91 IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA DO PARAGUAY, 1844, p. 3.

92 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA, 1825, p. 7.

93 IMPÉRIO DO BRASIL; IMPÉRIO OTOMANO, 1858, p. 1.

dos dois países no sentido de buscar o contínuo reconhecimento como país independente e digno de estar em pé de igualdade perante a comunidade jurídica internacional de origem civilizatória europeia⁹⁴.

Do mesmo modo, finalizar tais documentos com a indicação de que o Tratado foi firmado em determinada data, contada a partir do “Anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo” sinaliza que as partes enxergam se inscrever temporalmente em um lapso demarcado pelo calendário cristão. Essa condição se mostra igualmente regra em todos os Tratados aqui examinados, com exceção dos TPACNs celebrados: (i) com a Bolívia, em 27.3.1867, (ii) com a China, em 5.9.1880⁹⁵, (iii) com o Império Otomano em 5.2.1858, (iv) com o Peru, em 8.7.1841, e (v) com Portugal, em 29.8.1825.

Ao mesmo tempo, deve ser notada a constante preocupação em registrar de forma explícita, em todos os documentos examinados, que o plenipotenciário brasileiro responsável pela negociação do Tratado era sempre alguém detentor de algum grau (Cavaleiro ou Comendador) da Ordem de Cristo ou da Ordem de São Bento de Avis – a exceção aqui é novamente o TPACN celebrado com a Bolívia, em 27.3.1867, e o celebrado com o Paraguai, em 7.10.1844. De todo modo, a permanente menção a tais títulos honoríficos nos documentos examinados precisa ser mais bem compreendida: afinal, apesar de tal título ter sido regulamentado por Portugal em termos laicos pelo Alvará de 19.6.1789 da Rainha D. Maria I, não se pode ignorar o prestígio derivado do simbolismo religioso de tais condecorações.

Com efeito, nos termos do referido Alvará, a regulamentação feita pela Rainha D. Maria I teria sido expedida “por Graça de Deos”, exatamente para “prover [...] o proprio bem [das Ordens de Christo, São Bento de Aviz e Sant'Iago da Espada], e melhoramento Espiritual, e Ecclesiastico[, visto ela

94 Não se pode ignorar que, 2 (dois) anos antes, era assinado o Tratado de Paz de Paris, em que se reconheceu que, até aquele momento, o Império Otomano não poderia participar da comunidade jurídica internacional “em razão de sua capacidade inferior como Estado, de sua religião diferente (=inferior!) e condições não civilizadas” (Onuma, 2016, p. 207). Todavia, a partir de tal documento, o Império Otomano poderia ser admitido na comunidade jurídica internacional, precisamente porque ele manifestara esforços no sentido de se civilizar. V. novamente ONUMA, 2016, p. 205-8.

95 Aliás, não apenas não há menção à contagem do tempo com base em marcos temporais cristãos, como também se insere a correspondência ao calendário chinês - “primeiro dia da oitava lua do sexto anno Kouang-siu” (Império do Brasil; Império da China, 1880, p. 19). O silêncio à referência temporal cristã desaparece na nova versão do TPACN, celebrado entre os dois países no ano seguinte, também em Tien-Tsin, na data de 3.10.1881. Mas a referência ao calendário chinês permanece também nesta nova versão: “primeiro dia da oitava lua do setimo anno Kouang-siu” (Império do Brasil; Império da China, 1881, p. 12).

temer desordens de concessão que] chegaria[m] por fim ao ponto extremo de ellas não serem, nem consideradas, nem estimadas, como Insignias de honra, e de dignidade”⁹⁶. A preocupação em tal regulação tinha por objetivo não apenas “deixar á Posteridade hum Monumento d[a] particular Devoção [da Rainha] ao Santíssimo Coração de JESUS”⁹⁷, mas principalmente preservar a reputação das ordens e conservar a distinção social para aqueles que as portassem.

Por esse motivo, registrar continuamente nos TPACN celebrados pelo Brasil Império que o plenipotenciário brasileiro portava uma condecoração relacionada a tais ordens – na maioria das vezes, a Ordem de Cristo – sugere algo mais do que mera indicação aleatória de um título honorífico individual ou do que simples repetição de uma formalidade. Na verdade, era fundamental haver o sucesso na celebração de um TPACN - o primeiro documento jurídico internacional que oficialmente estabelece relações estáveis com outros países: afinal, apenas por meio de tal documento a independência do Brasil não seria juridicamente contestada e o país seria considerado reconhecido como um par nas relações internacionais.

Por isso mesmo, parece evidente a necessidade, não apenas de nomear um plenipotenciário condecorado com as referidas ordens, mas de realizar com esse registro documental algo mais profundo: ostentar que os negociadores brasileiros eram portadores dos adequados signos de distinção social para estabelecer relações com outros países – um distintivo religioso cristão. Isso permitiria reforçar aos públicos interno e externo a marca civilizatória europeia adotada explicitamente pelo Brasil independente para desenvolver jurídica e politicamente suas relações internacionais: mais um ator que igualmente se percebe como partícipe do *corpus politicum mysticum*⁹⁸.

As questões relacionadas à qualificação dos plenipotenciários brasileiros indica ainda um aspecto adicional da permanência de caracteres de sociedade de Corte na prática jurídica internacional brasileira - mas agora, para além dos elementos acima examinados. A presença de termos não diretamente

96 REINO DE PORTUGAL, 1828, p. 552.

97 REINO DE PORTUGAL, 1828, p. 554.

98 Não é por acaso, por exemplo, que reis europeus expressamente se auto-identificavam nos TPACN igualmente em termos religiosos: “Sua Magestade Imperial e Real Apostólica”, o Imperador da Áustria (16.6.1827) (Império do Brasil; Império da Áustria, 1827, p. 1), “Sua Magestade Christianíssima”, o rei da França (8.1.1826) (Império do Brasil; Reino da França, 1826, p. 1), ou ainda, “Sua Magestade Fidelíssima”, o rei de Portugal (29.8.1825) (Império do Brasil; Reino de Portugal, 1825, p. 1).

relacionados a aspectos religiosos confere indícios adicionais em torno da contínua procura pelo Brasil independente por usar signos jurídicos internacionais adequados para ser recebido e reconhecido como um país digno de compor a sociedade internacional marcada pela civilização cortesã europeia.

Com efeito, a precisa qualificação dos plenipotenciários brasileiros repete a lógica acima indicada de mostrar que, em virtude de algum tipo de domínio político baseado em terras e honrarias, eles eram não apenas dignos do Poder neles investidos, como também dotados internamente da distinção social necessária para assegurar a recepção interna do documento e buscar seu cumprimento. Neste particular, ressalte-se sempre haver o registro da troca dos plenos poderes “em boa devida forma”, um efetivo atestado de cumprimento de rito fundamental para iniciar as tratativas.

Não cabe reproduzir aqui extensamente todos os qualificativos usualmente registrados nos TPACN. Todavia, essas qualificações aparecem designando diferentes tipos de distinções típicos da sociedade de Corte, de caráter (i) militar (“Brigadeiro do Exército Nacional”⁹⁹, “Chefe da Divisão da Armada Nacional e Imperial”¹⁰⁰, entre outros), (ii) territorial-nobiliárquico (“Marquez do Aracaty”¹⁰¹, “Marquez de Rezende”¹⁰², “Visconde do Paranaguá”¹⁰³, entre outros), e (iii) funcional (“Senador do Imperio”¹⁰⁴, “Secretario d’Estado dos Negocios da Marinha”¹⁰⁵, “Desembargador da Relação”¹⁰⁶, entre outros) - não sendo raro os casos de um único plenipotenciário reunir todos os qualificativos. A exceção pode ser apontada na qualificação do plenipotenciário brasileiro para o Tratado celebrado com o Paraguai, em 7.10.1844, onde apenas se mencionou ser ele “*doctor en ciencias sociales y jurídicas, magistrado brasileiro*”¹⁰⁷, e na qualificação realizada no TPACN celebrado com o Peru em 8.7.1841, onde apenas se afirmou ser “*Encargado de Negocios cerca de los Gobiernos del Perú y de Bolivia*”¹⁰⁸.

99 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA DINAMARCA, 1828, p. 1.

100 IMPÉRIO DO BRASIL; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1828, p. 2.

101 IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA DAS PROVÍNCIAS UNIDAS DO RIO DA PRATA, 1828, p. 2.

102 IMPÉRIO DO BRASIL; IMPÉRIO DA ÁUSTRIA, 1827, p. 1.

103 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA FRANÇA, 1826, p. 2.

104 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA DINAMARCA, 1828, p. 1.

105 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA, 1825, p. 2.

106 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA BÉLGICA, 1834, p. 2.

107 IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA DO PARAGUAY, 1844, p. 1.

108 IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA PERUANA, 1841, p. 1.

Por fim, o registro documental do cumprimento dos devidos ritos de afirmação de laços de interdependência cortesã entre os atores participantes do sistema social internacional aparece de forma particular na redação do TPACN celebrado com Portugal, em 29.8.1825. Além dos demais aspectos mencionados anteriormente, neste Tratado de reconhecimento da independência e da soberania do Brasil há recorrente menção de que Brasil e Portugal eram “povos irmãos” e que, por essa razão, D. João VI “a seu sobre todos muito amado e prezado filho D. Pedro [reconhece] por Imperador, cedendo e transferindo de sua livre vontade a soberania do dito Império ao mesmo seu filho, e seus legítimos sucessores, [...]”¹⁰⁹. Esta afirmação se repete no art. I do Tratado, sendo seguida, no art. II, pela declaração de que “Sua Majestade Imperial, em reconhecimento de respeito e amor a seu augusto pai o Senhor D. João VI, anuiu [...]”¹¹⁰.

Essa reafirmação de elementos religiosos e não-religiosos não pode ser considerada como mera repetição impensada de formalidades legadas da tradição jurídica internacional europeia de fundo religioso - a qual teria sido “simplesmente laicizada”. Na verdade, a persistência de tais elementos evidencia a permanência de práticas e ritos relacionados à forma jurídica cortesã, mesmo após a ruptura política entre Brasil e Portugal. Essa constatação permite conferir interpretações alternativas com relação à posição jurídica internacional brasileira, a qual é tradicionalmente vista como conservadora em comparação à adotada pelas ex-colônias europeias na América¹¹¹ e nos demais continentes¹¹².

Ao se estabelecer como uma Monarquia constitucional cristã entre repúblicas no continente americano¹¹³, o Brasil independente revela um signo distintivo no processo de aprendizado e de uso do léxico de base do direito internacional¹¹⁴. Com efeito, a adoção da Monarquia cristã como modelo jurídico-político do Estado brasileiro parece ter facilitado o reconhecimento deste pelas potências europeias após 1822. Afinal, menos revolucionária do que o modelo republicano das ex-colônias espanholas, a forma de Estado

109 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DE PORTUGAL, 1825, p. 1.

110 IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DE PORTUGAL, 1825, p. 2.

111 BRITO; VEÇOSO; RORIZ, 2014; LORCA, 2016.

112 VEÇOSO, 2017.

113 BROTERO, 1828; COSTA, 1978, 2015; DOLHNIKOFF, 2017; KLEINMANN, 1981, pp. 216-7; LAFER, 2001, p. 35; NAPOLITANO, 2016; RIBEIRO JÚNIOR, 1978.

114 CASELLA, 2008, pp. 961 e 1007; TRUYOL Y SERRA, 1965, pp. 116-7; VEÇOSO, 2017.

monárquica e de fundamento religioso era considerada como a mais próxima da tradição jurídico-política europeia assegurada pela Santa Aliança¹¹⁵.

Nessa perspectiva, o Brasil monárquico era considerado como uma ex-colônia portadora dos signos de legalidade e de legitimidade aceitos pelo discurso restaurador da Europa pós-Congresso de Viena¹¹⁶. A compreensão de um jogo político internacional baseado na manutenção de um *corpus politicum mysticum* e a aceitação das regras de tal jogo de Cortes permite compreender como a independência brasileira via Monarquia não parece ter sido encarada como efetiva ruptura em relação a Portugal – e, conseqüentemente, em relação à Europa e à sua tradição jurídica internacional.

Dentro desta leitura, o Brasil fora percebido pela Europa como um “país europeu nas Américas”, ou seja, como um novo Estado em posição de potencial replicador das tradições jurídico-políticas europeias no outro continente. Por isso, a emancipação política do Brasil e o reconhecimento de seu Estado não foram considerados como uma questão tão problemática para o direito internacional de matriz europeia se comparados com a descolonização do restante da América Latina¹¹⁷.

Note-se assim uma ação estratégica brasileira de apreender e de aplicar o direito internacional de origem europeia exatamente para se apresentar jurídica e politicamente mais próximo da tradição de Direito Público europeu - nacional e internacional - em comparação à prática contestatória realizada pelo demais países latino-americanos no século XIX¹¹⁸. Ao se colocar juridicamente como partilhando de um mesmo *corpus politicum mysticum* com os demais países europeus, o uso do direito internacional pelo Brasil parece ter seguido parâmetros coerentes e consistentes com a tradição da legalidade internacional como meio de garantir um mais fácil reconhecimento como mais um membro das relações internacionais¹¹⁹.

Por isso, entende-se que, precisamente com o objetivo de ser permanentemente reconhecido como um “país europeu nas Américas” – isto é, como um Estado marcado pelos mesmos caracteres da civilização europeia¹²⁰, o

115 PLANAS-SUAREZ, 1924, pp. 332-3; TRUYOL Y SERRA, 1965, p. 104.

116 KLEINMANN, 1981, pp. 217-8; RICUPERO, 2017, p. 116; VIANNA, 1970, p. 68.

117 KLEINMANN, 1981, pp. 216-7; TRUYOL Y SERRA, 1965, p. 113.

118 KLEINMANN, 1981, pp. 218-20.

119 CASELLA, 2008, pp. 1007-10; LAFER, 2001, pp. 29-36; RICUPERO, 2017, pp. 116-26; VIANNA, 1970, pp. 92-7.

120 BROTERO, 1828; DOLHNIKOFF, 2017; KLEINMANN, 1981, pp. 216-20.

uso do direito internacional de matriz europeia pelo Império brasileiro se afastou da postura contestatória adotada pelos demais países latino-americanos no período¹²¹. Nestes termos, a experiência brasileira no período imperial no que se refere aos processos de definição de fronteiras é um interessante sinal dessa diferença entre os projetos latino-americanos de construção de novas ordens nacionais.

De fato, a legalidade internacional europeia sobre mecanismos jurídicos (fontes do Direito, procedimentos jurídicos e argumentos jurídicos) para solucionar controvérsias envolvendo fronteiras foi apropriada e replicada pelos juristas do Brasil Império em conformidade com um projeto civilizatório distinto do projeto buscado pelos demais países latino-americanos. Nesse sentido, são sinais dessa diferença do uso do direito internacional de matriz europeia pelo Brasil Império nos processos de definição de suas fronteiras, no que se refere a:

- (i) **fontes do Direito:** o recurso a uma legalidade internacional herdada do período colonial pelas antigas Metrôpoles: Tratado de Tordesilhas de 1492, Tratado de Madrid, de 1750, Tratado de Santo Ildefonso, 1777¹²²;
- (ii) **procedimentos jurídicos:** o uso de mecanismos de soluções de controvérsias internacionais legados pela experiência jurídica internacional europeia, tais como (a) negociações, (b) arbitragem, (c) Tratados Internacionais de fronteiras¹²³; e
- (iii) **argumento jurídico:** a afirmação do *uti possidetis* (aquisição de território em virtude de ocupação efetiva) como argumento jurídico adequado para definir fronteiras – originado dentro da tradição jurídica internacional europeia¹²⁴, em detrimento do *uti possidetis iuris* (a aquisição de território em virtude de título jurídico prévio que concede o direito a ocupar um território em virtude de sucessão entre Estados), o qual foi defendido reiteradamente pelas ex-colônias espanholas na América Latina¹²⁵. Este último foi entendido como aplicável apenas para as ex-colônias espanholas na América, mas não entre elas e o Brasil¹²⁶.

121 COSTA, 1978, 2015; RIBEIRO JÚNIOR, 1978; TRUYOL Y SERRA, 1965, p. 118.

122 CASELLA, 2008, pp. 1011-70; LAFER, 2001, pp. 29-31.

123 CASELLA, 2008, pp. 1070-95; LAFER, 2001, pp. 42-64.

124 CASELLA, 2008, p. 1011; LAFER, 2001, p. 29; GOÉS FILHO, 2015, pp. 239-95.

125 KOHEN, 2009, pp. 18-20; RODRÍGUEZ, 1997, pp. 177-9 e 184.

126 CASELLA, 2008, pp. 1011-70; KOHEN, 2009, pp. 17-20.

Por isso, as fronteiras entre Brasil e seus vizinhos latino-americanos seriam dadas a partir dos termos jurídicos internacionais que regulavam os limites da América Espanhola e da América Portuguesa estabelecidos por suas ex-Metrópoles – no caso, os Tratados de 1750 e de 1777. Se tais Tratados não mais estavam em vigor no momento da independência, diante da ausência de regulação jurídica prévia, a única forma de estabelecer suas fronteiras seria por meio da adoção de um critério de aquisição de território tradicionalmente adotado pelo pensamento jurídico internacional europeu: o *uti possidetis*, ou seja, a ocupação efetiva do território¹²⁷. Esse recurso jurídico foi invocado explicitamente em alguns dos TPACN analisados, como o celebrado com a Bolívia, em 27.3.1867, em seu artigo 2º, e o celebrado com o Peru, em 8.7.1841, em seu artigo 14.

Assim, em suas relações fronteiriças com seus vizinhos latino-americanos, o Brasil Império optara pela preservação do discurso da legalidade legada pelo direito internacional estabelecido originariamente pelas Metrôpoles Ibéricas - como ocorreu no art. XXXV do TPACN celebrado com o Paraguai, em 7.10.1844. Contudo, mesmo em situações de vazio normativo, o Brasil Império optara continuamente por mecanismos pacíficos e buscara resolver seus conflitos dentro de um princípio geral de direito internacional já reconhecido pela própria tradição jurídica europeia: o *uti possidetis*.

Essa reflexão é importante, pois parece que os demais países latino-americanos pretendiam, em suas relações jurídicas internacionais com países localizados fora da experiência colonial espanhola, (i) ignorar a estrutura jurídica existente (regras sobre a vigência e a eficácia de Tratados), e (ii) estabelecer fronteiras com tais entidades por meio de quebra de diferentes aspectos da herança jurídica intencional do período colonial – inclusive mediante o uso da força¹²⁸.

Por esse motivo, pode-se notar o diferencial da prática jurídica internacional do Brasil Império: recorrer, na formatação jurídica de sua política externa territorial, ao molde jurídico internacional legado pela tradição europeia. Se não bastassem os Tratados legados pelas ex-Metrôpoles ibéricas, para que o Brasil pudesse estabelecer como unidade política reconhecida pelas demais unidades políticas componentes do sistema social internacional cortesão, sua ocupação do território determinado deveria se mostrar de acordo com

127 CASELLA, 2008, pp. 1011-70; GOÉS FILHO, 2015, p. 244; LAFER, 2001, pp. 29-31.

128 PRADO; PELLEGRINO, 2016, pp. 25-56; TRUYOL Y SERRA, 1965, p. 122.

critérios jurídicos aceitos pela comunidade que partilha do mesmo *corpus politicum mysticum*. Por isso, o uso explícito do *uti possidetis* era a estratégia adequada para evitar qualquer contestação: por operacionalizar os signos de distinção social cortesã internacional – os institutos jurídicos dentro de um espaço jurídico-político conceitual reconhecido e replicado¹²⁹, o reconhecimento do Brasil pós-independência pode ter sido assim facilitado.

De fato, a conjugação entre amplitude de território e o respeito às formalidades necessárias para as tratativas internacionais seria elemento chave para a aceitação deste novo país independente como ocupando uma relação de amizade. A apreensão e a mobilização do legado colonial cortesão pelo Brasil independente se mostrou, assim, como uma vantagem jurídico-política internacional estratégica durante o século XIX. Em outras palavras, a diferença no continente americano na maneira de recepcionar, aprender e aplicar o direito internacional de matriz europeia (legado colonial) para resolver conflitos territoriais entre ex-colônias ibéricas se relaciona de algum modo à diferença na própria aceitação delas como novos países jurídica e politicamente independentes.

Com efeito, enquanto Portugal reconhece a independência do Estado brasileiro em 29.8.1825 mediante o TPANC assinado no Rio de Janeiro, a Espanha reconhece a independência de suas ex-colônias por meio de Tratados de Paz e de Amizade apenas a partir de 1836, com o México. Em seguida, a Espanha reconhece a independência dos seguintes países: Equador (1840), Chile (1844), Venezuela (1845), Bolívia (1847), Nicarágua (1850), Argentina (1858), Costa Rica (1859), Guatemala (1863), El Salvador (1865), Peru (1865), Paraguai (1880), Colômbia (1881), Uruguai (1882) e Honduras (1894)¹³⁰.

Nestes termos, note-se que o Brasil Império foi a primeira ex-colônia latino-americana reconhecida juridicamente por sua ex-metrópole como independente e em relação de pé de igualdade¹³¹. Por mais que inicialmente

129 SCHMITT, 2014, pp. 81 e 87.

130 TRUYOL Y SERRA, 1965, p. 113; URRUTIA, 1928, pp. 104-5.

131 O Haiti também foi reconhecido como independente pela França em 1825. Todavia, não se pode ignorar que isso ocorreu 21 (vinte e um) anos após sua declaração de independência. Essa demora no processo de reconhecimento deriva da particularidade do processo de emancipação política do Haiti - revolução de escravos, os quais foram imediatamente reconhecidos como livres (Prado; Pellegrino, 2016, pp. 15-8; Truyol Y Serra, 1965, pp. 113 e e 121). Essa condição permite compreender a razão pela qual esse país contou com grandes dificuldades para ser reconhecido como igual, não apenas por sua ex-metrópole, mas também pelas

tenha encontrado nos primeiros Tratados celebrados com países europeus uma posição assimétrica¹³², não se pode ignorar que, a partir de 1850, o Império brasileiro não concordou com a renovação de iniciativas similares com base no próprio léxico de direito internacional legado pela ex-Metrópole¹³³.

O Brasil teria antecipado esse movimento de uso instrumental do direito internacional herdado da tradição europeia como forma de garantir sua igualdade jurídica perante os países europeus – não no século XX, como apontou Arnulf Lorca¹³⁴, mas já durante o próprio século XIX. Isso sugere que a experiência brasileira jurídica de recepção do direito internacional europeu no século XIX seguiu outro caminho – seja em comparação à China, ao Japão e ao Império Otomano, seja em comparação aos demais países latino-americanos recém-independentes nesse período. Não tendo sido uma “simples vítima”, também não buscando estabelecer uma “tábula rasa” em relação ao passado, a construção nacional e internacional do Estado brasileiro lhe rendeu no século XIX, no continente americano, a imagem de “Santa Aliança das Américas”¹³⁵.

A interpretação cortês do Tratado de Madri de 1750 consegue destacar assim a presença de alguns elementos do legado colonial sobre o Brasil independente. Ao se autocompreender como mais um participante legítimo do *corpus politicum mysticum* internacional, sua atuação externa deveria se desenvolver dentro do quadro conceitual e institucional da legalidade internacional aceita - isto é, que se movesse dentro dos parâmetros de formalidades e de tratativas reconhecidas pela tradição. Apenas deste modo o Brasil independente deteria as condições necessárias para se estabelecer nas redes de interdependência internacional (i) sem ser percebido como um agente perturbador da ordem e, com isso, (ii) tendo asseguradas sua integridade territorial e sua soberania.

próprias ex-colônias ibéricas no continente americano ao longo do século XIX (TARAZONA, 2016, pp. 100-1). Afinal, o reconhecimento do Haiti poderia, nessa perspectiva, não apenas estimular revoluções equivalentes em outros países latino-americanos, mas também consequências similares - a abolição do regime escravocrata (Costa, 1978, pp. 95-9; Prado; Pellegrino, 2016, pp. 25-56).

132 CERVO, 1981, pp. 20-4; CERVO; BUENO, 1986, pp. 11-5; RIBEIRO JÚNIOR, 1978.

133 CERVO, 1981, pp. 24-9; CERVO; BUENO, 1986, pp. 20-1; LAFER, 2001, pp. 67-8; VIANNA, 1970, pp. 182-8.

134 2016.

135 RIBEIRO JÚNIOR, 1978.

5. Conclusão

O presente artigo se debruçou centralmente sobre o Tratado de Madri de 1750, o qual buscou estabelecer regras definitivas entre Portugal e Espanha no que se refere ao estabelecimento de limites territoriais entre as duas Coroas em suas respectivas Colônias na América e na Ásia. Apesar de o Tratado ter sido incapaz de solucionar o conflito definitivamente, este texto buscou desvelar um sentido estrutural mais profundo nas regras estabelecidas por este documento.

A partir de uma pesquisa qualitativa baseada em fonte primárias e norteada por uma chave de leitura baseada na figuração social da sociedade de Corte, foi possível verificar no Tratado elementos mais profícuos para a compreensão contemporânea sobre o período em que ele se inscreve. A partir da análise desenvolvida, entende-se que, além de uma função reguladora sobre a extensão máxima dos respectivos territórios coloniais, o Tratado possui traços que evidenciam elementos perenes nas próprias relações internacionais do período: elementos de uma sociedade de Corte.

Com efeito, os próprios termos do Tratado indicam que este fora concebido dentro de uma ordem internacional organizada dentro de parâmetros orgânicos de um *corpus politicum mysticum*. Não apenas as Coroas ibéricas deteriam sua posição em uma ordem mundial, como esta posição seria dada também em função da centralidade na religiosidade católica – ainda que em decadência no período. Ademais, a própria formalidade utilizada nos termos do Tratado deriva de códigos de conduta que se referem a um cerimonial devido que é pensado, exigido e registrado como índice reconhecido de legitimidade nacional para as tratativas internacionais - diferentes idiomas, argumentos contrários, territórios sobre os quais cada parte exerce igualmente seu domínio. Por fim, o documento registraria assim expressões que indicam uma proximidade familiar entre as duas Coroas, as quais derivariam de uma constância do período em estabelecer série de estratégias de alianças matrimoniais entre casas reais e nobiliárquicas.

Deste modo, argumenta-se que a leitura cortesã do Tratado de Madri oferece à historiografia jurídica brasileira contemporânea uma chave de leitura que permite compreender um elemento adicional de continuidade entre América Portuguesa e Brasil independente. Não apenas a ex-Colônia teria herdado de sua ex-Metrópole maneiras jurídico-políticas e social internas e econômicas internacionais de agir e de pensar, como também teria

seu modo de atuação em política externa juridicamente marcada por esse traço cortesão. Entende-se assim que essa chave de leitura pode oferecer elementos adicionais para compreender a prática da política externa brasileira após a emancipação política para além da visão personalista, a qual ignora a importância das redes de relações de interdependência externa. Essas condições serão ainda mais analisadas em estudos posteriores.

Referências

- ANGHIE, Antony. La Evolución del Derecho Internacional: Realidades Coloniales y Poscoloniales. In: ANGHIE, Antony; KOSKENNIEMI, Martti; ORFORD, Anne. *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2016, pp. 95-126.
- ARNAUD, André-Jean. *Entre Modernité et Mondialisation*. 2 ed. Paris: LGDJ, 2004.
- BARBOZA FILHO, Rubem. *Tradição e Artificio*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2000.
- BOURDIEU, Pierre. Campo Intelectual e Projeto Criador. In: POUILLON, Jean (Org.). *Problemas do Estruturalismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1968, pp. 105-45.
- BOXER, Charles. Renascimento e Expansão no Ocidente (1663-1750). In: BOXER, Charles. *O Império Marítimo Português (1415-1825)*. Lisboa: Edições 70, 2001, pp. 163-89.
- BRITO, Adriane; VEÇOSO, Fabia; RORIZ, João. “Seremos Julgados”: Revisitando o Debate entre Alvarez e Sá Vianna sobre a Regionalização do Direito Internacional na América Latina. In: JUBILTU, Liliana (Coord.). *Direito Internacional Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 287-315.
- BROTERO, José. Aula Inaugural do Curso Jurídico em São Paulo (1.3.1828), *O Farol Paulistano*, n. 94, pp. 387-90, 1828.
- CARDIM, Carlos. A Luta pelo Princípio da Igualdade entre as Nações. In: FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO (FUNAG). *II Conferência de Paz, Haia 1907: A Correspondência Telegráfica entre o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa*. Brasília: FUNAG, 2014, pp. 11-29.
- CARDIM, Pedro. *Cortes e Cultura Política no Portugal do Antigo Regime*. Lisboa: Cosmos, 1998.

- CARVALHO, Antônio. *Raul Fernandes - Um Servidor do Brasil*. Rio de Janeiro: Agir, 1956.
- CASELLA, Paulo. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CASELLA, Paulo. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASELLA, Paulo. *Direito Internacional no Tempo Medieval e Moderno até Vitória*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CERVO, Amado. *O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores (1826-1889)*. Brasília: UnB, 1981.
- CERVO, Amado; BUENO, Clodoaldo. *A Política Externa Brasileira (1822-1985)*. São Paulo: Ática, 1986.
- CHARTIER, Roger. Formação Social e Economia Psíquica: A Sociedade de Corte no Processo Civilizador. In: ELIAS, Norbert. *A Sociedade de Corte: Investigação sobre a Sociologia da Realeza e da Aristocracia de Corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 7-25.
- COSTA, Emilia Viotti da. Introdução ao Estudo da Emancipação Política. In: MOTA, Carlos (Org.). *Brasil em Perspectiva*. 10 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: DIFEL, 1978, pp. 64-125.
- COSTA, Emilia Viotti da. A Política e a Sociedade na Independência do Brasil. In: COSTA, Emilia. *Brasil: História, Textos e Contextos*. São Paulo: UNESP, 2015, pp. 9-24.
- COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE (CPJI). *Procès-Verbaux de Séances du Comité*. La Haye: Van Langenhuisen, 1920.
- CUNHA, Mafalda. *A Casa de Bragança (1560-1640)*. Lisboa: Estampa, 2000.
- DAL RI JR., Arno; MARTINS, Anna Clara. A justiça do rei que disciplina seu povo: Traços agostinianos do retrato que Hincmar de Reims faz do monarca carolíngio em seu papel jurídico. *Revista Quaestio Iuris*, v. 10, n. 3, p. 1633-1663, 2017.
- DAL RI JR., Arno; NUNES, Diego. A Tirania como Categoria Jurídica de Governo: A Construção do *ius publicum* medieval na obra de Bartolo de Saxoferrato. *Revista Justiça do Direito*, v. 32, n. 3, p. 480-508, 2019.
- DESCAMPS, Olivier. Observations sur la Formation Historique des Frontières Européennes. *Revista Direito Mackenzie*, v. 10, n. 2, p. 54-70, 2016.
- DOLHNIKOFF, Miriam. *História do Brasil Império*. São Paulo: Contexto, 2017.
- DORDESKA, Marija. *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922-2018)*. Leiden: Brill/Nijhoff, 2020.
- ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. v. II. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

- ELIAS, Norbert. Ensaio sobre as Relações Estabelecidos-Outsiders. In: ELIAS, Norbert. *Elias. Os Estabelecidos e os Outsiders – Sociologia das Relações de Poder a partir de uma Pequena Comunidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, pp. 19-50.
- ELIAS, Norbert. *A Sociedade de Corte: Investigação sobre a Sociologia da Realeza e da Aristocracia de Corte*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador*. v. I. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.
- ESLAVA, Luís. The Moving Location of Empire: Indirect Rule, International Law, and the Bantu Educational Kinema Experiment. *Leiden Journal of International Law*, v. 31, n. 3, p. 539-67, 2018.
- ESLAVA, Luís; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho(s) Internacional(es): Ayer y Hoy. In: ANGHIE, Antony; KOSKENNIEMI, Martti; ORFORD, Anne. *Imperialismo y Derecho Internacional*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana, 2016, pp. 11-94.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 18 ed. São Paulo: Nacional, 1982.
- GALINDO, George. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, pp. 338-54, 2015.
- GHIRARDI, José; NASSER, Salem. *Representações do Direito e a Crise da Modernidade*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.
- GIANNATTASIO, Arthur. Permanência do Teológico-Político? Uma Análise do Pensamento Político do Materialismo Ateu de Holbach a partir de Claude Lefort. *Cadernos Espinosanos*, v. 29, pp. 88-121, 2013.
- GIANNATTASIO, Arthur. A juridificação de conflitos políticos no direito internacional público contemporâneo: uma leitura política da paz pelo direito de Hans Kelsen a partir do pensamento político de Claude Lefort. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, pp. 57-76, 2016.
- GIANNATTASIO, Arthur. Fundamentos de uma análise sociológica crítica das instituições jurídicas internacionais: negatividade e política na metodologia dos estudos em Direito Internacional no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 116, pp. 113-158, 2018.
- GOÉS FILHO, Synesio. *Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas*. Brasília: FUNAG, 2015.
- GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. 7 ed. Roma: Laterza, 2011.
- GUERREIRO, Ramiro. Homenagem da Comissão Jurídica Interamericana ao Doutor Raul Fernandes. In: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS

- AMERICANOS (OEA). *XIV Curso de Derecho Internacional*. Washington DC: Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, 1988, p. xi-xxii.
- HESPAHNA, António. *História das Instituições – Épocas Medieval e Moderna*. Coimbra: Almedida, 1982.
- HESPAHNA, António. *A Cultura Jurídica Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012.
- IMPÉRIO DO BRASIL; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio*, 12 de Dezembro de 1828.
- IMPÉRIO DO BRASIL; IMPÉRIO DA ÁUSTRIA. *Tratado de Commercio, e Navegação*, 16 de Junho de 1827.
- IMPÉRIO DO BRASIL; IMPÉRIO DA CHINA. *Tratado de Amizade, Commercio, e Navegação*, 5 de Setembro de 1880.
- IMPÉRIO DO BRASIL; IMPÉRIO DA CHINA. *Tratado de Amizade, Commercio e Navegação*, 3 de Outubro de 1881.
- IMPÉRIO DO BRASIL; IMPÉRIO OTTOMANO. *Tratado de Amizade, Commercio e Navegação*, 5 de Fevereiro de 1858.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA BÉLGICA. *Tratado de Commercio, e Navegação*, 22 de Setembro de 1834.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA DINAMARCA. *Tratado de Commercio, e Navegação*, 26 de Abril de 1828.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DA FRANÇA. *Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio*, 8 de Janeiro de 1826.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DE PORTUGAL. *Tratado de Amizade e Aliança*, 18 de Outubro de 1825.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REINO DOS PAÍSES BAIXOS. *Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio*, 20 de Dezembro de 1828.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA. *Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio*, 18 de Outubro de 1825.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA DA BOLÍVIA. *Tratado de Amizade, Limites, Navegação, Commercio e Extradicação*, 27 de Março de 1867.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA DO CHILE. *Tratado de Amizade, Commercio, e Navegação*, 18 de Setembro de 1838.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAY. *Tratado de Aliança*, 12 de Outubro de 1851.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA DO PARAGUAY. *Tratado de Aliança, Commercio, e Limites*, 7 de Outubro de 1844.
- IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA PERUANA. *Tratado de Paz, Amizade, Commercio e Navegação*, 8 de Julho de 1841.

- IMPÉRIO DO BRASIL; REPÚBLICA DAS PROVÍNCIAS UNIDAS DO RIO DA PRATA. *Convenção Preliminar de Paz*, 27 de Agosto de 1828.
- KLEINMANN, Hans-Otto. Die österreichische Diplomatie und die Anerkennung der amerikanischen Staaten. In: *Mitteilungen des österreichischen Staatsarchivs*. v. 34. Wien: Ferdinand Berger & Söhne, 1981, pp. 174-233.
- KOHEN, Marcelo. La Contribution de l'Amérique Latine au Développement Progressif du Droit International en Matière Territoriale. *Relations Internationales*, v. 137, n. 1, pp. 13-29, 2009.
- LAFER, Celso. *A Identidade Internacional do Brasil e a Política Externa Brasileira*. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- LARA, Silvia. Diferentes e Desiguais. In: LARA, Silvia. *Fragmentos Setecentistas*. São Paulo: Cia. das Letras, 2007, pp. 79-125.
- LOPES, José. *O Direito na História*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LORCA, Arnulf. *Mestizo International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2016.
- MANCINI, Pasquale. A Nacionalidade como Fundamento do Direito das Gentes. In: MANCINI, Pasquale. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003a, pp. 31- 86.
- MANCINI, Pasquale. Características do Velho e do Novo Direito das Gentes. In: MANCINI, Pasquale. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003b, p. 97-110.
- MONTEIRO, Nuno. As Reformas na Monarquia Pluricontinental Portuguesa: De Pombal a Dom Rodrigo de Sousa Coutinho. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria (Org.). *O Brasil Colonial*. v. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, pp. 111-56.
- MORAVCSIK, Andrew. *The Choice for Europe*. London: Routledge, 2005.
- NAPOLITANO, Carlos. *História do Brasil República*. São Paulo: Contexto, 2016.
- OBREGÓN, Liliana. Completing Civilization: Creole Consciousness and International Law in Nineteenth-Century Latin America. In: ORFORD, Anne (ed.). *International Law and its Others*. Cambridge: Cambridge University, 2006, pp. 247-64.
- ONUMA, Yasuaki. *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
- PEÑA, Felix; LAFER, Celso. *Argentina e Brasil nas Relações Internacionais*. São Paulo: Duas Cidades, 1978.
- PILLET, Antoine. *Les Fondateurs du Droit International*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904.
- PIMENTA, João. *A Independência do Brasil e a Experiência Hispano-Americana*. São Paulo: Hucitec/FAPESP, 2015.

- PIMENTA, João. *Tempos e Espaços das Independências*. São Paulo: Intermeios / USP: Programa de Pós-Graduação em História Social 2017.
- PLANAS-SUAREZ, Simon. L'Extension de la Doctrine de Monroe en Amérique du Sud. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 5, pp. 267-365, 1924.
- POLLACK, Mark; SHAFFER, Gregory. Who Governs? In: POLLACK, Mark & SHAFFER, Gregory. *Transatlantic Governance in the Global Economy*. Lanham: Rowman, 2001.
- PRADO JR., Caio. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Círculo do Livro, 1976.
- PRADO, Maria; PELLEGRINO, Gabriela. *História da América Latina*. São Paulo: Contexto, 2016.
- RÁO, Vicente. Saudação do Prof. Vicente Ráo ao Embaixador Raul Fernandes, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, p. 454-73, 1952.
- REINO DE PORTUGAL; REINO DA ESPANHA. *Tratado de Limites das Conquistas entre as Coroas de Portugal e Espanha*, 13 de Janeiro de 1750. (Tratado de Madri).
- REINO DE PORTUGAL. Alvará de 19 de Junho de 1789. In: *Collecção da Legislação Portuguesa desde a Última Compilação das Ordenações*. Lisboa: Maignrense, 1828, pp. 552-6.
- RIBEIRO JÚNIOR, José. O Brasil Monárquico em Face das Repúblicas Americanas. In: MOTA, Carlos (Org.). *Brasil em Perspectiva*. 10 ed. Rio de Janeiro/São Paulo, DIFEL, 1978, pp. 146-61.
- RICUPERO, Rubens. *A Diplomacia na Construção do Brasil (1750-2016)*. Rio de Janeiro: Versal, 2017.
- RODRÍGUEZ, Luis. L'uti possidetis et les Effectivités dans les Contentieux Territoriaux et Frontaliers. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 263, pp. 149-379, 1997.
- ROBERTS, Anthea. *Is International Law International?* Oxford: Oxford University, 2018.
- SANCHEZ, Michelle; SILVA, Elaini; CARDOSO, Evorah; SPÉCIE, Priscila. Política Externa como Política Pública: Uma Análise pela Regulamentação Constitucional Brasileira (1967-1988). *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, pp. 125-43, 2006.
- SCHACHTER, Oscar. The Invisible College of International Lawyers. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 2, pp. 217-26, 1977.

- SCHMITT, Carl. *O Nomos da Terra no Direito das Gentes do jus publicum europaeum*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2014.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton/Oxford: Princeton University, 2004.
- TARAZONA, Liliana. Regionalismo Construído: Uma Breve História do Direito Internacional Latino-Americano. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane; VENTURA, Deisy. *Direito Global e suas Alternativas Metodológicas*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, pp. 97-118.
- TRINDADE, Antônio. Compulsory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights under the American Convention on Human Rights. In: TRINDADE, Antônio. *The Construction of a Humanized International Law*. Leiden/Boston: Brill Nijhoof, 2015, p. 521-42.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. Genèse et Structure de la Société Internationale. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 96, pp. 553-642, 1959.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. L'Expansion de la Société Internationale aux XIX e et XX e Siècles. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 116, pp. 87-179, 1965.
- URRUTIA, Francisco-José. La Condification du Droit International en Amérique. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 22, pp. 81-236, 1928.
- VEÇOSO, Fabia. Bandung in the Shadow: the Brazilian Experience. In: ESLAVA, Luis; FAKHRI, Michael; NESIAH, Vasuki. (Org.). *Bandung, Global History, and International Law. Critical Pasts and Pending Futures*. Cambridge: Cambridge University, 2017, pp. 411-428.
- VIANNA, Helio. *História Diplomática do Brasil*. São Paulo: Melhoramentos, 1950.
- VIANNA, Helio. *História do Brasil*. v. II. São Paulo: Melhoramentos, 1970.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.
- ZIMMERMAN, Michel. La Crise de l'Organisation Internationale à la Fin du Moyen Age. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 44, t. II, pp. 315-438, 1933.

Recebido em 05 de maio de 2020.

Aprovado em 03 de agosto de 2020.

RESUMO: A tradição jurídica reconhece o Tratado de Madrid (1750) como (i) resultado do gênio pessoal do diplomata luso-americano Alexandre de Gusmão, e (ii) um documento infrutífero e voltado apenas à resolução de conflitos territoriais entre Coroas ibéricas. Sem ignorar tal leitura, uma pesquisa qualitativa baseada em fontes primárias e secundárias e guiada pela noção de sociedade de Cortes permite vislumbrar nele um sentido estrutural mais profundo: replicar e manter caracteres de uma ordem internacional marcada pelos parâmetros de um *corpus politicum mysticum*. Argumentamos que (i) reconhecer tais elementos proporciona à historiografia jurídica brasileira nuances adicionais na avaliação de rupturas e continuidades entre América portuguesa e Brasil independente, pois (ii) o Tratado de Madri (1750) incorpora tradições que marcariam a política externa brasileira após sua emancipação política.

Palavras-chave: *corpus politicum mysticum*, legado colonial brasileiro, inserção internacional do Brasil, *uti possidetis*, direito internacional como herança colonial.

ABSTRACT: Seeking asylum presents itself as a surviving strategy to a part of the Legal tradition recognizes the Madrid Treaty (1750) as (i) the result of the personal genius of the Portuguese-American diplomat Alexandre de Gusmão, and (ii) a fruitless document aimed only at resolving territorial conflicts between Iberian crowns. Without ignoring this reading, a qualitative research based on primary and secondary sources and guided by the notion of Court society allows us to glimpse a deeper structural sense: to replicate and maintain characters of an international order marked by the parameters of a *corpus politicum mysticum*. We argue that (i) recognizing such elements provides Brazilian legal historiography additional nuances in the assessment of ruptures and continuities between Portuguese America and Independent Brazil, since (ii) the Treaty of Madrid (1750) incorporates traditions that would mark Brazilian foreign policy after its political emancipation.

Keywords: *corpus politicum mysticum*, brazilian colonial legacy, international insertion of Brazil, *uti possidetis*, international law as a colonial heritage

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. Tratado de Madri de 1750 e sociedade de cortes: elementos de um legado colonial jurídico internacional no Brasil independente. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1493>.

O aquecimento global no discurso parlamentar brasileiro: denúncia e negação de responsabilidade do agronegócio

Global warming in Brazilian parliamentary speech: a denunciation and denial of agribusiness responsibility

Karine Ágatha França*

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre – RS, Brasil

Marília De Nardin Budó**

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis – SC, Brasil

Felipe da Veiga Dias***

Faculdade Meridional, Passo Fundo – RS, Brasil

1. Introdução

“É um jogo comercial”. Com essas palavras, o atual presidente da República, Jair Bolsonaro, comentou a Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas (a COP-25), em dezembro de 2019. Quando eleito, em novembro de 2018, Bolsonaro coordenou a iniciativa para que o Brasil retirasse a candidatura para sediar o evento¹³⁶. O desprezo pelas pautas ambientais pelo atual governo, com um elevado teor de negacionis-

* Mestranda em Ciências Criminais pela PUC/RS, bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo/RS. E-mail: karineagathaf@gmail.com.

** Doutora em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com estágio sanduíche na Facoltà di Giurisprudenza da Università di Bologna. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Realizou estágio pós-doutoral em criminologia na Universitat de Barcelona (UB). Atualmente é professora adjunta de direito penal e direito processual penal no centro de ciências jurídicas da UFSC. E-mail: mariliadb@yahoo.com.br.

*** Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS (2019). Doutor em Direito pela UNISC (2015) com período sanduíche na Universidade de Sevilla (2014). Mestre em Direito pela UNISC (2012). Professor do curso de Direito da Faculdade Meridional (IMED) - Passo Fundo/RS. E-mail: felipevdias@gmail.com. 136 AMORIM, 2019.

mo científico¹, tem mostrado os seus efeitos e gerado incontáveis vítimas: aumento do desmatamento da Amazônia, queimadas ilegais, desmonte das agências de fiscalização ambiental². A cada novo discurso político, novos efeitos simbólicos são identificados. Estudar o discurso é estudar práticas. Compreender os mecanismos através dos quais o discurso político produz consequências reais, é uma urgência³. Este trabalho parte desse contexto para, através do olhar criminológico, compreender o discurso parlamentar brasileiro sobre as causas do aquecimento global, bem como sobre os danos ocasionados e suas vítimas. O marco teórico utilizado é o da criminologia verde, a partir de um viés crítico e estrutural sobre as relações de poder no processo de produção de danos sociais e imunização de responsabilidades, em sintonia com a literatura sobre crimes dos poderosos.

O desenvolvimento no campo científico a respeito dos crimes dos poderosos teve grande influência a partir da formulação conceitual da criminalidade de colarinho branco promovida por Sutherland⁴, tendo posteriores desenvolvimentos na América Latina⁵, especialmente em referência ao contexto do capitalismo dependente e do papel dos países do sul como produtores e exportadores de *commodities* na divisão internacional do trabalho⁶. Alguns dos aspectos trazidos pelo campo no estudo dos crimes dos poderosos são o aprofundamento da violência estrutural na interação entre corporações transnacionais e elites locais no sul global, o que Böhm chamou de crimes de mau-desenvolvimento⁷; a ausência de criminalização e responsabilização dos maiores perpetradores de danos à sociedade e à natureza⁸.

Em diálogo com esse campo está a criminologia verde, partindo da necessidade de superação do antropocentrismo para lidar com os conceitos de dano social, vitimização e responsabilização⁹. Como amplamente aceito nos campos da criminologia verde e nos crimes dos poderosos, a adoção da perspectiva do dano social é útil para superar as limitações impostas pelo

1 FEARNSIDE, 2019a.

2 FEARNSIDE, 2019b.

3 BUDÓ, 2018b.

4 SUTHERLAND, 2015.

5 ANIYAR DE CASTRO, 1980; GARCÍA; GÓMEZ, 1978.

6 MARINI, 2005.

7 BÖHM, 2019.

8 BARAK, 2015; BUDÓ; COLOGNESE, 2018.

9 BEIRNE; SOUTH, 2013.

fato de que muitas das condutas produtoras de danos não são juridicamente consideradas criminosas¹⁰. Isso permite que a criminologia ultrapasse a definição jurídica de crime para atingir os danos causados por atividades danosas rotineiramente praticadas pelos poderosos¹¹. Os atores econômicos agem não só na ilegalidade, como também na legalidade para satisfazer os seus interesses, razão pela qual o viés da criminologia deve ter maior atenção e responsabilidade com a temática.

Partindo das descobertas científicas de que o aquecimento global decorre das ações humanas, em especial, da indústria agropecuária, torna-se essencial compreender como elas têm sido recepcionadas politicamente por quem tem o poder de direcionar políticas públicas voltadas à prevenção. Assim, sabendo que umas das competências do Poder Legislativo¹² é a de iniciativas de preservação dos recursos naturais, além de ações políticas voltadas à prevenção das atividades danosas ao meio ambiente, buscamos compreender como a agropecuária aparece representada nos discursos políticos acerca do aquecimento global.

A relevância desse tema para a criminologia está consubstanciada em deslocar o foco do saber criminológico para condutas lesivas praticadas pelos Estados, mercados e grandes corporações, de modo a não apagar as resistências organizadas e construídas, até o momento, em prol do reconhecimento e visibilização das suas vítimas. Além disso, promove a busca por maneiras de combater os discursos e práticas legitimadoras das violações de direitos humanos em contextos de degradação ambiental.

Diane Heckenberg e Rob White destacam a relevância de as pesquisas empíricas no campo da criminologia verde considerarem os múltiplos discursos, sejam eles legais, políticos, populares, das vítimas, dos meios de comunicação etc. para compreender as representações sociais a respeito dos

10 FRIEDRICH, 2010; ROTHE; KAUZLARICH, 2016.

11 HILLYARD; TOMBS, 2004; STRETESKY et al. 2013; ZAFFARONI 2007; BERNAL et al., 2014.

12 A Constituição Federal é o documento jurídico-político que limita o poder estatal e o regulamenta. O art. 225 da Carta Magna confere a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, impondo ao Poder Público e à coletividade preservá-lo, estabelecendo uma série de diretrizes aptas a assegurar a disposição. É flagrante violação do texto constitucional a distribuição injusta da poluição, submetendo de forma desigual, em razão da raça, dentre outros elementos, determinadas populações a piores condições de vida, ao meio ambiente precário. A despeito do caráter analítico da CRFB, incumbe a legislação ordinária determinar de forma mais extensa e aprofundada a atuação estatal, as obrigações e deveres dos particulares diante da destinação e tratamento da poluição ambiental (ALMEIDA; PIRES; TOTTI, 2015, p. 02).

danos ambientais¹³. Nesse contexto, o presente trabalho parte do discurso político sobre o aquecimento global para compreender a representação social associada à questão do agronegócio por parte dos parlamentares brasileiros.

Para tanto, foram analisados 40 discursos proferidos na Câmara dos Deputados entre 2012 e 2020, selecionados pela ferramenta de busca do website através da expressão “aquecimento global”. A análise foi conduzida através da metodologia da Teoria Fundamentada nos Dados (*Grounded Theory*)¹⁴ – melhor explicada no tópico 3 –, com a utilização do *software Weft-QDA*, a partir do qual foram criadas categorias e subcategorias de análise dos discursos políticos. A apresentação dos resultados desta pesquisa é dividida em duas partes: na primeira, é apresentado o marco teórico do qual o artigo parte, para então apresentar e discutir os resultados da análise dos discursos políticos.

2. Marcos epistemológicos e teóricos: os danos ao meio ambiente como objetos da criminologia

Este tópico apresenta a contribuição dos estudos criminológicos críticos e verdes frente às mudanças climáticas, e trata sobre alguns aspectos epistemológicos fundamentais para compreensões do campo. Em um segundo momento, aborda-se, especificamente, o tema do aquecimento global e a sua relação com a criminologia verde.

2.1 A criminologia e o estudo sobre os danos sociais e processos de vitimização ambiental

A possibilidade de compreender os danos sociais e o sofrimento de, não apenas seres humanos, mas também, animais não humanos e a natureza, como objetos da criminologia, decorre de uma sucessão de rupturas e releituras realizadas no interior desse recente campo do conhecimento. Algumas delas podem ser sintetizadas aqui como: 1) um inicial reconhecimento sobre a importância de elaborações científicas que analisem e respondam as causas do crime no contexto positivista (em finais do século XIX); 2) as primeiras críticas ao positivismo, a partir de diferentes aproximações funcionalistas,

13 HECKENBERG; WHITE, 2013, p. 96–8.

14 CHARMAZ, 2006.

como a noção de que o crime não é uma patologia social¹⁵, além de que para compreender o desvio é necessário reconhecer a existência de uma pluralidade cultural na sociedade, a qual impede a compreensão de que esta é homogênea em suas crenças e valores (Teorias das subculturas criminais); 3) a crítica de Sutherland¹⁶ à miopia do campo criminológico que desconhece os desvios e infrações rotineiramente praticados por pessoas de elevado status social no interior de suas ocupações, o que deu origem à teoria da associação diferencial e o surgimento do termo “criminalidade do colarinho branco”; 4) as críticas estabelecidas no âmbito da ruptura de paradigma em criminologia pelo surgimento da teoria do etiquetamento¹⁷; 5) a introdução da dimensão do poder e dos processos de definição como integrantes da construção social da criminalidade pela sociologia do conflito¹⁸; 6) uma releitura dessas críticas desde uma economia política do crime, da criminalidade e da punição com a criminologia crítica de base marxiana; 7) a introdução do patriarcado como estrutura na análise dos estereótipos de gênero na construção social da criminalidade e da vitimização¹⁹ 8) uma série de contribuições correspondentes à dimensão da sexualidade e da racialidade dos corpos imunizados e criminalizados pelo sistema de controle.²⁰

Este trabalho se situa no âmbito dos itens 6 e seguintes, compreendendo, ainda, a necessidade de que uma criminologia crítica precisa se voltar não apenas ao estudo dos processos de criminalização, mas também ao debate sobre o referente material do campo no contexto do dano social e da imunização de seus perpetradores quando são agentes poderosos. São essas as condutas mais danosas e que resultam em um número maior e mais expressivo de vítimas.²¹

A criminologia crítica supera a concepção limitada do crime, e alcança as relações de poder e de propriedade em que se estrutura a sociedade capitalista, deixando em evidência a ausência de causas individuais e pré-determinadas para a criminalidade, tal como concebido pela tradição positivista. Entende o crime como resultado de uma construção social, operada através

15 DURKHEIM, 1977.

16 SUTHERLAND, 2015.

17 BECKER, 2008.

18 BARATTA, 2017.

19 ANDRADE, 2012.

20 ANDRADE, 2003.

21 MORRISON, 2012; BERNAL et al., 2014.

de processos de criminalização que, sucessivamente, filtram, seletivamente, as numerosas condutas praticadas diariamente e que são previstas como crimes pela programação criminalizante.²² Dessa filtragem, que é atravessada pelas estruturas de classe, raça, gênero e sexualidade, e operada pela sociedade, por meio do controle social informal e pelas agências de controle social formal, como a polícia, o Ministério Público e o Judiciário, extrai-se a criminalização, de um lado, e, simultaneamente, a imunização, de outro lado.²³

Considerando o conceito legal de crime, os únicos danos classificados como nocivos para a vida humana e não humana no imaginário social, seriam aqueles tipificados no ordenamento jurídico, sobretudo os crimes individuais, bem como aqueles que são o foco do próprio sistema de controle penal.²⁴ Como parte de um paradigma criminológico crítico, pesquisadoras e pesquisadores entenderam a necessidade de se desvencilhar deste imaginário sobre o crime, para poderem examinar as condutas danosas produzidas por agentes de poder e privilégio,²⁵ bem como os abusos institucionais do racismo, sexismo, especismo, imperialismo, do neocolonialismo e capitalismo.²⁶

Alguns questionamentos que conduziram a esse processo foram: 1) considerando que a criminologia crítica surgiu para estabelecer uma crítica externa à atuação seletiva e estigmatizante do sistema de controle social, é suficiente manter o objeto de estudo dessa disciplina nas presenças da criminalização? 2) qual o papel da criminologia frente aos danos sociais que sequer são definidos como consequências de condutas criminosas pela lei penal, tampouco pelas agências executiva e judicial do sistema penal? 3) Pode o dano social ser o parâmetro da construção do objeto de estudo da criminologia?²⁷ 4) Nesse caso, e considerando o sofrimento e a dor real causadas por condutas danosas, como construir um referente material para a criminologia, que não seja, portanto, determinado pelo próprio sistema penal e seus critérios seletivos, nem tenha como metodologia a punição através desse mesmo sistema?²⁸

22 ZAFFARONI, 2007.

23 BARATTA, 2017.

24 SAZDOVSKA; IVANOV, 2012.

25 KRISBERG, 1975.

26 SCHWENDINGER; SCHWENDINGER, 2001.

27 MORRISON, 2012.

28 BARATTA, 2017.

Hillyard e Tombs buscaram responder a essas questões através do deslocamento do objeto da criminologia para os danos sociais²⁹. Na esteira de Hulsman, os autores entendem que o termo “crime” está fortemente vinculado à concepção positivista³⁰, como se tivesse status ontológico³¹, ou então como categoria subordinada ao conceito analítico do direito penal. Esse diagnóstico põe à criminologia a tarefa de buscar um estudo autônomo que permita a compreensão da dimensão das ações e omissões praticadas pelo Estado e pelos mercados nacionais e corporações transnacionais, e que não são alcançadas pela definição clássica de conduta ilegal ou criminosa pelo sistema penal, diferentemente daquelas etiquetadas como tais pela opinião pública e pelo poder punitivo.³²

Para a criminologia latino-americana, as mudanças terminológicas não são uma novidade, pois vários conceitos foram construídos com o objetivo de desvincular a disciplina do objeto crime, como é o caso de termos como “sociologia jurídico-penal”, de Roberto Bergalli, e do “realismo marginal”, de Zaffaroni. Na década de 1970, quando a criminologia crítica estava sendo recepcionada pela primeira vez na América Latina,³³ um projeto desenvolvido na Universidad de Zulia, na Venezuela, sob a condução de Lola Aniyar de Castro e intitulado “*El crimen de cuello blanco em Latinoamérica*”, preocupou-se com a vinculação estreita entre poder econômico e poder político; a diferença entre as representações sociais do crime de colarinho branco e do crime convencional; a contribuição dos meios de comunicação no estereótipo do delinquente e a impunidade desse tipo de delito, mesmo quando previstos como tais pela legislação.³⁴

Esse projeto, e as produções dele decorrentes, mais de quarenta anos atrás, foram apontados por Goyes e South como antecessores de um campo hoje conhecido no norte global como “criminologia verde”³⁵. Se, de fato, havia produções anteriores ao surgimento deste campo em regiões não-anglófonas, é necessário retomar essa história, considerando o risco de novamente se

29 HILLYARD; TOMBS, 2004.

30 HULSMAN, 1986.

31 BARATTA, 2017.

32 BERNAL et al., 2014; BUDÓ, 2018b.

33 ANDRADE, 2012.

34 ANIYAR DE CASTRO, 1980, p. 79.

35 GOYES; SOUTH, 2013.

invisibilizar estudos provenientes do sul global, bem como suas vítimas, sejam elas humanas sejam elas não humanas³⁶.

O conceito de *green criminology* foi cunhado por Lynch na década de 1990, momento em que o termo passou a ser difundido mundialmente³⁷. No campo da criminologia verde, a definição de crime obedece à desconstrução operada nos parágrafos anteriores, com diferentes elaborações e terminologias.³⁸ Não obstante a criminologia verde ter sido uma vertente difundida por meio da criminologia crítica, a primeira surgiu com objetivo de ampliar a mirada dos estudos criminológicos para envolver a questão ambiental, bem como a relação de subjugação provocada pelos Estados, mercados e grandes corporações, que até então não eram abordadas pela disciplina.³⁹ Assim, temas como o racismo ambiental⁴⁰, ecofeminismo⁴¹, vitimização ambiental⁴² e pautas antiespecistas⁴³, se tornaram centrais para as análises criminológicas.

Os estudos verdes proporcionam uma análise e interpretação crítica de um amplo espectro de questões sociais e ecológicas, informadas pela busca da justiça social, e sem ignorar os danos provocados pelos Estados, mercados e grandes corporações, bem como suas vítimas humanas e não humanas.⁴⁴ Considerando que os danos socioambientais são produzidos obedecendo a lógicas diversas em diferentes regiões do globo, e tendo como vítimas diferentes populações, ambientes ou animais, emerge a importância de se retomar a proposta metodológica que nos anos 1970 que o grupo venezuelano construiu: é necessário compreender não somente as especificidades da produção desses danos e dos processos de vitimização e

36 Carrington, Hogg, Scott e Sozzo (2016) denominaram de “democratização das epistemologias”, a busca pelo reconhecimento científico das particularidades geográficas de cada pesquisa, de modo a equilibrar os desnivelamentos de poder produzidos nos centros metropolitanos do Norte global.

37 LYNCH, 2007.

38 AGNEW, 2013; NATALI, 2016.

39 O surgimento da criminologia verde ocorreu com o direcionamento da atenção criminológica marxista e analítica em relação aos crimes dos poderosos, e as novas formas de abordagem dos processos discriminatórios dentro das estruturas dominantes (GOYES; SOUTH, 2017).

40 HALL, 2013.

41 SALLEH, 2017.

42 HALL, 2013.

43 SOLLUND, 2013.

44 WHITE; SOUTH, 2013.

criminalização deles decorrentes desde uma epistemologia situada, como também é imprescindível entender a maneira como esses danos também são produzidos a partir da interação com o Norte global. Por isso, a migração dos danos é um objeto de pesquisa prioritária do Sul global.⁴⁵

Desse modo, tendo como objetivo realizar um estudo focado na questão latino-americana, especialmente brasileira, o presente trabalho analisa o discurso parlamentar sobre o aquecimento global, almejando compreender como ele se intersecciona com a indústria da agropecuária. Logo, o destaque para essas inquietações se fundamentam a partir de dois objetivos: 1) compreender a dimensão dos danos causados pela agropecuária, especialmente no que se refere ao aquecimento global, fenômeno este que está relacionado às ações/omissões estatais-corporativas, e que atingem, em maior intensidade, grupos à margem das sociedades capitalistas; e 2) verificar de que maneira as retóricas parlamentares corroboram com o cenário de vitimização ambiental e legitimação dos danos rotinizados pelo agronegócio hegemônico.⁴⁶

A relevância de analisar as representações sociais oriundas dos discursos políticos está ligada, sobretudo, à possibilidade de identificar e compreender como as práticas que legitimam as estruturas de poder se entrelaçam com os discursos políticos, corroborando, então, com a sua reprodução.

2.2 O aquecimento global como objeto da criminologia: as evidências científicas e suas consequências na política internacional

Os estudos criminológicos verdes têm desenvolvido uma perspectiva analítica acerca das mudanças climáticas, seus agentes responsáveis, e suas vítimas. A preocupação com o aquecimento global entra nessa seara a fim de identificar quais são as ações humanas e quem são os atores responsáveis pela agravação desse fenômeno. Ao delimitar o panorama criminológico dentro desse debate, White aponta cinco grandes áreas de concentração da criminologia das mudanças climáticas: 1) análise das condutas criminosas; 2) conscientização política a nível global e necessária adoção de uma justiça ecológica; 3) identificação das causas e consequências das mudanças climáticas; 4) debate sobre as questões de poder e 5) apoio aos movimentos sociais e linhas de enfrentamento da problemática⁴⁷.

45 BUDÓ, 2018a.

46 BUDÓ, 2018b.

47 WHITE, 2018.

Enquanto o aquecimento global reflete o aumento da temperatura planetária durante um lapso temporal curto e limitado, as mudanças climáticas se referem às consequências geradas a partir do aumento da temperatura da Terra como, por exemplo, as grandes mudanças nos níveis do mar, o degelo provocado, número maior de enchentes, intensificação de furacões, tsunamis, migração forçada, destruição de *habitats*, de espécies de animais, dentre outros efeitos⁴⁸. Os danos provocados pelo aquecimento global – fruto das atividades humanas – afetam desproporcionalmente determinados grupos como, indígenas, negros, mulheres, migrantes, jovens, idosos, enfermos e pessoas com deficiência. Os grandes detentores de poder econômico, além de muitas vezes serem os responsáveis diretos pelos efeitos do superaquecimento da Terra, também possuem certas vantagens quando os impactos são sentidos globalmente⁴⁹. É nesse aspecto que os efeitos do aquecimento global se mostram, não só econômicos, mas, sobretudo, sociais e culturais. O aumento das desigualdades sociais é acelerado pelas crises econômicas que surgem em consequência da degradação ambiental ocasionada pelas atividades humanas, em especial, aquelas advindas das condutas dos poderosos⁵⁰.

As mudanças climáticas, causadas pelas ações humanas, aparecem na literatura científica como aquelas relacionadas ao contexto do Antropoceno⁵¹. Desde a Revolução Industrial, a natureza tem sido impactada de maneira inédita na história mundial, em razão da busca ostensiva pela satisfação dos interesses particulares econômicos, independentemente das consequências geradas⁵². O conjunto dessas ações consolidou o início de uma nova fase do imperialismo global, marcado pela intensificação da colonização, e dos militarismos, denominada de “capitalismo global”⁵³.

48 WHITE, 2020.

49 WHITE, 2018.

50 WALTERS; WESTERHUIS; WYATT, 2013.

51 ANGUS, 2016.

52 Lopes (2006, p. 49) se baseia no conceito do “processo de ambientalização”, a fim de construir outro objeto de estudo, denominado de “processo de devastação”, o qual ocorre a partir de uma ampla rede de operacionalidade de ações oriundas dos atores econômicos e instituições, discursos, bem como demais dispositivos de poder. O termo definido por Lopes possui relação direta com os conflitos socioambientais, de modo que, diferentemente do processo de ambientalização, o de “devastação” indica os percursos de degradação do meio ambiente, bem como de destruição e exploração de grupos sociais tradicionais. Considerando que o processo de ambientalização focaliza apenas no lado “marrom” das questões relativas ao meio ambiente, o descrito por Lopes incluiu o “verde”, que está voltado tanto para a análise dos impactos nos ecossistemas, como para as populações originárias e grupos camponeses.

53 WHITE, 2018; SHIVA, 2009.

O objetivo da criminologia das mudanças climáticas se insere na construção e desenvolvimento de um espaço crítico dentro da própria criminologia que seja capaz de teorizar a respeito de temas variados, sobretudo, com profunda influência nas atividades que geram o aquecimento global. As atividades legais e ilegais das grandes corporações, Estados e mercados entram nessa perspectiva, uma vez que não são considerados pelo imaginário social, como autores de danos sociais massivos, a exemplo das indústrias petrolíferas, de mineração, da agropecuária, e de combustíveis fósseis⁵⁴.

O aquecimento global pode ser causado pela intensificação do efeito estufa o que, por sua vez, é consequência do excesso da concentração de determinados gases na atmosfera, os chamados gases de efeito estufa (*greenhouse gases*), dentre eles o dióxido de carbono, o metano e o óxido nítrico.⁵⁵ Segundo o Instituto de Agricultura e Política Comercial (IATP), e a organização ambientalista Grain, as cinco maiores empresas frigoríficas e de laticínios do mundo, são consideradas as maiores responsáveis pelo aquecimento global. O estudo compatibilizado pelas duas instituições revela que as empresas frigoríficas ultrapassam as emissões de gases de efeito estufa de empresas petrolíferas como a *ExxonMobil*, *Shell* ou *BP*. A indústria da carne brasileira JBS, está no *ranking* das empresas mais poluidoras, e conta com a maior capacidade de impacto nas mudanças climáticas. Além disso, de toda cadeia de emissão de gases poluentes, cerca de 80% a 90% são oriundas da indústria da carne e de laticínios.⁵⁶

Os dados divulgados pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC)⁵⁷ demonstram que 23% das emissões globais de gases de efeito estufa são provocadas pelas ações diretas do ser humano, de modo que a agropecuária se torna crucial nessa estatística. O desmatamento, a derrubada de florestas, e o uso indevido da terra, impulsionam a emissão dos gases poluentes. Além disso, no relatório mencionado, verifica-se que 44% das emissões do gás metano, advêm da indústria da pecuária.

A ONG *Chathan House*⁵⁸ também apontou a indústria pecuária como a maior responsável pela produção de gases poluentes, emitindo-os mais do

54 WHITE, 2018; WALTERS; WESTERHUIS; WYATT, 2013.

55 WHITE; SOUTH, 2013.

56 GRAIN; INSTITUTO FOR AGRICULTURE AND TRADE POLICY (IATP), 2018.

57 LEVIN; PARSONS, 2019.

58 BAILEY; FROGGATT; WELLESLEY, 2014.

que todos os aviões, carros, navios e trens ao redor do planeta. Contudo, os Estados e, inclusive, as entidades ambientais, acabam se omitindo frente a tais danos, em razão dos interesses econômicos e políticos que possuem com os mercados e grandes corporações, especialmente por receio de perder consumidores e aliados.

Assim, considerando que as consequências do aquecimento global já são aparentes para a comunidade científica, é possível questionar: quem são os maiores contribuintes para o aquecimento global? Quais são as atividades que mais afetam a estrutura do planeta? Quais são os projetos políticos e sociais existentes para coibir e frear a exploração dos recursos naturais, dos animais não humanos e humanos?⁵⁹

Margulis refere que alguns dos principais impactos causados pela agropecuária no Brasil são as queimadas e o desmatamento (i)legal das florestas, sobretudo da floresta amazônica⁶⁰. As árvores estão sendo derrubadas com uma única finalidade: servir de pastagem para os animais. Com a derrubada das florestas, são realizadas queimadas para limpar as áreas escolhidas que servirão para a criação de animais. As queimadas são executadas, reiteradamente, para renovar a vegetação das pastagens, emitindo cada vez mais gases do efeito estufa. Segundo o relatório da Ong ambiental *Global Canopy Programme*, as queimadas correspondem entre 18% e 25% das emissões de gases do efeito estufa, ficando atrás, somente, das emissões provocadas pelo uso de energia.⁶¹ O Brasil é o 4º maior emissor de gases do efeito estufa por conta do desmatamento, perdendo, por ano, até 26 mil quilômetros quadrados de florestas e gerando cerca de 400 milhões de toneladas de CO₂.⁶²

A desertificação dos ecossistemas também é um grave problema causado pelos impactos ambientais provocados pela indústria da carne. A exploração e a devastação de novos solos que servem de pasto aos animais levam à utilização excessiva da terra, resultando na perda da camada fértil do solo que, portanto, não poderá mais ser revitalizada.⁶³ A desertificação de campos e florestas provoca efeitos devastadores não apenas no meio ambiente e espécies de plantas, mas também atingindo animais humanos e não

59 WHITE, 2011.

60 MARGULIS, 2004.

61 GOODLAND; ANHANG, 2009.

62 RIVERO et al, 2009.

63 FEARNSIDE, 1979.

humanos, territórios indígenas e, principalmente, provocando a dramática massa migratória de populações rurais para zonas urbanas.⁶⁴ Essas populações ficam em situação de risco e vulnerabilidade constante, tendo sua fonte de subsistência afetada pela devastação ambiental causada pela pecuária.⁶⁵

Segundo a estimativa da FAO, a emissão de gases poluentes que provocam o efeito estufa, pela indústria de criação de animais, constitui 18% do total de dióxido de carbono emitido na atmosfera, tornando-se mais alarmante do que a indústria automobilística. Outras pesquisas revelam que a indústria da pecuária é responsável por 51% das emissões de gases poluentes que provocam o efeito estufa, e não, apenas, 18%, conforme demonstram os estudos divulgados pela FAO.⁶⁶ Bristow também contrapõe os dados levantados pela FAO, alegando que em que pese as estatísticas arguidas pela organização sejam altas, são ainda maiores quando realizadas por pesquisadoras e pesquisadores independentes⁶⁷.

Ademais, outro fator que identifica a agropecuária como uma das maiores emissoras de gases do efeito estufa é no que se refere à emissão de gás metano pelos próprios animais aprisionados. O sistema digestivo dos ruminantes, animais como vacas, ovelhas, búfalos, incluindo porcos e cavalos, emite gás metano, que é vinte vezes mais prejudicial para o meio ambiente do que o dióxido de carbono - gás emitido pelos meios de transporte. Os ruminantes geram uma quantidade excessiva de excrementos, considerados pela FAO, três vezes maior do que aqueles gerados pelos seres humanos e, em virtude do excesso desses dejetos, acabam sendo lançados nas águas, exterminando espécies de peixes e afetando todas as populações que vivem em locais próximos ao mar.⁶⁸

Além disso, a pegada hídrica é um dos fatores prejudiciais ao meio ambiente que resultam das atividades da indústria da agropecuária. Nos EUA, por exemplo, cerca de 80% da água potável consumida vai para a criação de animais, e mais de 90% em outros estados ocidentais⁶⁹. Apenas 5% da água consumida vai para o uso individual humano. Além disso, a

64 FEARNSIDE, 1979.

65 HERCULANO, 2008.

66 STEINFELD et. al, 2006.

67 BRISTOW, 2011.

68 STEINFELD et. al, 2006.

69 HROZENCIK, 2019.

indústria da pecuária ocupa cerca de 45% do total de terras no planeta.⁷⁰ Girod, Van Vuuren e Hertwich afirmam que os produtos de origem animal causam maiores danos do que a produção de materiais de construção como areia, concreto, plástico ou metal⁷¹.

Em relação à questão da distribuição de alimentos, muito embora a produção de grãos e cereais tenha sido uma das fontes fundamentais no sustento do ser humano, a distribuição desses alimentos ocorre de forma desproporcional, de maneira que somente os países mais desenvolvidos e as elites dos países marginalizados possuem acesso aos produtos de origem animal. Cerca de 70% da produção mundial de grãos e cereais são exclusivas aos animais da pecuária.⁷² Conforme estudos realizados sobre a fome mundial pela ONU, 82% das crianças famintas vivem em países em que os alimentos produzidos são administrados exclusivamente aos animais.⁷³ O principal problema é que muitas pessoas no mundo não têm terras suficientes para crescer ou renda para comprar alimentos básicos.⁷⁴ Se a produção industrial de animais fosse reduzida em 70%, alimentos simples, que não produzem efeitos nocivos para o ecossistema, bastariam para erradicar as necessidades alimentares da população mundial.⁷⁵

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que indústria de criação de animais também sustenta o empobrecimento e a fome das pessoas que vivem em situação de vulnerabilidade socioeconômica, fazendo com que elas permanecem em situação de pobreza. A criação de animais para consumo é responsável por dizimar vidas de animais humanos e não humanos, destruir a biodiversidade, e por em risco a própria conservação de vida no planeta.⁷⁶ A pecuária caracteriza uma das maiores responsáveis pela emissão de gases poluentes do efeito estufa, como o gás metano, uma vez que a indústria cria e mata cento e cinquenta bilhões de animais por ano.⁷⁷

O petróleo, o gás natural e, especialmente, o carvão, são outras fontes importantes de emissão de CO², assim como outros gases de efeito estufa

70 THORTON; HERRERO; ERICKSEN, 2011.

71 GIROD; VAN VUUREN; HERTWICH, 2014.

72 STEINFELD et. al, 2006.

73 STEINFELD et. al, 2006.

74 OPPENLANDER, 2013.

75 MARGULIS, 2004.

76 MOLION, 2008.

77 STEINFELD et. al, 2006.

decorrentes das ações humanas. Contudo, os animais criados para alimentação humana foram amplamente subestimados como fonte de GEE's (Gases do efeito estufa), e na verdade, representam, pelo menos, metade de todos os GEE's causados pelas atividades humanas.⁷⁸ Bristow faz severas críticas aos dados produzidos e fornecidos pela FAO, contra-argumentando que as fontes diretas e indiretas de emissões de GEE's pela agropecuária são, em primeiro lugar, subestimadas; segundo, negligenciadas; e terceiro, atribuídas a setores equivocados⁷⁹. Assim, a pecuária é reconhecida pela comunidade científica por agravar o aquecimento global.⁸⁰

Somente a redução significativa da pecuária em todo o mundo poderia reduzir a produção dos GEEs de forma relativamente rápida, se comparada com medidas envolvendo energia renovável e eficiência energética.⁸¹ Nota-se que a exploração dos recursos ambientais limitados está levando à vulnerabilidade dos ecossistemas, à extinção de espécies, e expondo a perigo a saúde humana.⁸²

O papel da criminologia dentro desse amplo espectro de questões sobre a agropecuária e o aquecimento global se situa na necessidade de se voltar o foco do saber criminológico para os danos socioambientais, sobretudo, para os processos de vitimização ambiental provocados por Estados, mercados e grandes corporações, e no presente caso, a indústria da agropecuária. Neste sentido, é necessário analisar, estudar e compreender as diferentes realidades presentes nos contextos de devastação ambiental provocada por atores econômicos, que representam verdadeiras disputas de realidades e instrumentos capitalistas neoliberais, incluindo aqui o agronegócio hegemônico.⁸³ Assim, como apontam Lynch e Stretesky, a criminologia verde deve, necessariamente, tornar-se anticapitalista e projetar-se para uma orientação radical dentro desse estado de coisas, representado pela produção de danos socioambientais e processos de vitimização de seres humanos, animais não humanos e ecossistemas⁸⁴.

78 BRISTOW, 2011.

79 BRISTOW, 2011.

80 STEINFELD *et. al.*, 2006.

81 BRISTOW, 2011.

82 WHITE, 2015.

83 WESTERHUIS; WALTERS; WYATT, 2013.

84 LYNCH; STRETESKY, 2014.

3. Discurso político e aquecimento global: análise dos dados

Considerando a importância de reconhecer e analisar criticamente as mudanças climáticas, e o aquecimento global, especialmente, com olhar atento para o futuro do planeta, este artigo parte agora para o estudo dos discursos políticos a respeito da temática. A pergunta que orienta a pesquisa é: como os deputados federais representam em seus discursos a relação entre agropecuária e as causas do aquecimento global, seus responsáveis e vítimas?

A coleta das notas taquigráficas dos discursos foi realizada no site da Câmara dos Deputados, pelo período (2012 a 2020), e através das expressões “aquecimento global” e “agropecuária”. O resultado foi um *corpus* de 40 discursos analisados, proferidos em tribuna por 28 deputados, representantes de 14 partidos políticos.

A justificativa para a escolha dos discursos políticos dentro desse marco temporal de 2012 a 2020 está no fato de que esta pesquisa é voltada para o cenário político baseado nos acontecimentos posteriores ao ano de 2012, permeados por mudanças radicais na configuração política nacional como transições presidenciais, *impeachment*, e ações que corroboraram com a manutenção da exploração e neutralização das populações humanas e não humanas através da “venda de terras a estrangeiros, a maior agilidade na licença ambiental e as reformas trabalhista e da previdência”⁸⁵. A análise dos dados foi realizada apenas com os discursos proferidos na Câmara dos Deputados, excluindo-se os do Senado Federal, haja vista se tratar de uma pesquisa empírica de coleta de dados em expansão, podendo ser futuramente ampliada para outra produção científica.

Quanto à técnica de análise dos dados, optamos pela Teoria Fundamentada nos Dados (TFD), a qual se constitui tanto como teoria sociológica, quanto método de análise de dados empíricos⁸⁶. A metodologia foi desenvolvida pelos sociólogos estadunidenses Glaser e Strauss, os quais explicam que o caminho a ser percorrido pelas pesquisadoras e pelos pesquisadores possui três etapas fundamentais: codificação aberta, a codificação axial e codificação seletiva⁸⁷. Neste trabalho adotamos a vertente construcionista, de Charmaz, que parte da concepção de que as teorias são fruto de construções sociais,

85 BRUNO, 2017, p. 164.

86 CASSIANI; CALIRI; PELÁ, 1996.

87 GLASER; STRAUSS, 2017.

e que a própria metodologia da pesquisa está em permanente construção⁸⁸. Segundo Cappel, “a codificação é uma operação de análise através da qual o pesquisador divide, conceitualiza e categoriza os dados empíricos, podendo estabelecer, por sua vez, novas relações entre os resultados dessas operações analíticas”⁸⁹.

Neste trabalho, a etapa de codificação aberta é realizada a partir da criação de categorias e subcategorias, as quais são construídas por meio do seguimento mais próximo possível da extração dos dados, ou seja, todos os discursos onde encontramos as palavras-chaves buscadas no site da Câmara dos Deputados foram analisados, extraídos e realocados para o programa WeftQDA, a fim de possibilitar a realização da segunda parte da codificação. Na codificação axial, a partir de uma leitura minuciosa e crítica sobre os dados empíricos coletados, assim como das categorias e subcategorias criadas, elaboramos as hipóteses da pesquisa. A codificação seletiva é a última etapa da análise dos dados, momento em que integramos as categorias/subcategorias, e teorizamos a respeito da problemática central, desenvolvida de melhor forma, no item 4 deste trabalho⁹⁰.

Nesse raciocínio, a construção deste capítulo iniciou-se com a apresentação de duas macrocategorias centrais para o desenvolvimento das demais codificações realizadas nos discursos políticos, quais sejam, em *1º lugar*, os responsáveis pelo aquecimento global; e em *2º lugar*, as vítimas das ações/omissões que causam o aquecimento global.

Por fim, ao invés de negarmos a presença de valores nesta produção científica, adotando um discurso neutro de análise dos discursos políticos, optamos por, declaradamente, escolher, conscientemente, os valores e interesses desta produção, os quais estão, inteiramente, baseados na não legitimação da lógica operacional dos crimes dos poderosos, que consiste na invisibilização e apagamento das populações historicamente e socialmente marginalizadas.⁹¹ Por isso, partimos de uma epistemologia contracolônial⁹², para fazer uma subversão epistêmica, no sentido de que não pretendemos (re)produzir uma ciência universal (branca e heteronormativa), mas, sim, um

88 CHARMAZ, 2006.

89 CAPP, 2014, p. 14.

90 CAPP, 2014, p. 14.

91 HARDING, 2015.

92 BISPO, 2015.

trabalho que possibilite na compreensão dos recursos discursivos utilizados pelos parlamentares, sobretudo, na (des)identificação dos responsáveis e (não-)vítimas do aquecimento global.⁹³

3.1 Panorama do corpus: as evidências sobre o aquecimento global

De uma maneira geral, a motivação para a abordagem do tema aquecimento global e/ou agropecuária pelos parlamentares, ocorreu sob os diferentes aspectos, os quais puderam ser identificados a partir da descrição das pautas no “sumário” identificado no nível superior das notas taquigráficas, merecendo destaque algumas delas: 1) Protesto contra a indicação de defensor do agronegócio para o cargo de Ministro do Meio Ambiente; 2) Apoio às reivindicações dos agricultores ao Governo Federal, especialmente quanto à renegociação de suas dívidas; 3) Protesto contra a atribuição à pobreza pelo ministro da economia, Paulo Guedes, da responsabilidade pela depredação do meio ambiente; 4) Recondução do deputado Alceu Moreira à presidência da FPA; 5) Importância das políticas nacionais de biocombustíveis, resíduos sólidos e de pagamento por serviços ambientais, como instrumentos fundamentais para uma nova economia de baixo carbono; 6) Expectativa de votação pela Casa do projeto de lei que institui o novo Código Florestal brasileiro e de proposta referente a novas regras para demarcação de terras indígenas e de áreas de preservação ambiental; 7) Retrocesso da proposta de criação do novo Código Florestal brasileiro; 8) Contribuição do setor agropecuário para o crescimento do PIB brasileiro; e 9) Defesa da correção de distorções na proposição em prol do agronegócio.

A primeira etapa de codificação do *corpus* partiu de uma análise preliminar acerca do reconhecimento, ou não, da existência do aquecimento global por parte dos deputados nos seus discursos. A comunidade científica já vem alertando sobre os diferentes negacionismos climáticos relacionados ao aquecimento global provocado por atividades humanas, especialmente pela agropecuária. Verificamos então, com a exceção de um único parlamentar, que todos os demais discursos partiam do conhecimento do aquecimento global, não apenas como uma realidade comprovada cientificamente, mas também como um problema a ser enfrentado.

93 AYMORÉ, 2017.

Um único parlamentar apresentou um discurso literalmente negacionista. O Deputado Misael Varela (DEM) (18/09/2013) fundamentou que as previsões sobre o “tão alardeado aquecimento global” estão equivocadas, pois, “o IPCC não está conseguindo explicar a pausa do aquecimento global”, haja vista que desde o ano de 1997 as temperaturas médias mundiais não demonstraram qualquer variação substancial em suas estatísticas. Nomeou ativistas ambientais como “ecologistas radicais” e os adeptos às comprovações científicas sobre o aumento do aquecimento global de integrantes da “cartilha neocomunista ambientalista”. Alertou que aquelas pessoas não estão preocupadas com o verdadeiro problema climático, qual seja, o resfriamento global. O discurso, além de propagar a inexistência do aumento da temperatura planetária, ocasionadas pelas atividades humanas, ainda manifestou a completa investida em corroborar com a manutenção dos instrumentos de formação do Estado capitalista, sobretudo, ao alegar que os dados a respeito do aquecimento global evidenciam uma “utopia socialista sob o pretexto de salvar o planeta”. Desse modo, a análise das 39 demais unidades de texto coletados mostrou que os parlamentares apontaram uma miríade de responsáveis pelo aquecimento global. De uma maneira geral, os discursos não costumam negar literalmente que estamos vivenciando as mudanças climáticas e, por isso, ao construírem sua retórica pretensamente ambientalista, tocam em pontos para destrinchar as suas causas.

3.2 Responsáveis pelo aquecimento global

O *desmatamento de florestas*, sobretudo na região Amazônica se repetiu como causa do aquecimento global em dez dos 39 discursos parlamentares. O deputado Leonidas (PDT) (10/12/2018), fundamentou a preocupação com o desmatamento mencionando dados científicos obtidos por pesquisadores e pesquisadoras produzidos ao redor do mundo, oportunidade em que apontou para um aumento no desmatamento na região Amazônica de 13,7%, entre os anos 2017 e 2018. A busca pelos motivos desse aumento conduziu à elaboração de hipóteses no próprio discurso político. A pauta legislativa denominada “Descaso do Presidente da República eleito com a questão do aquecimento global”, apontou que o período eleitoral, entre os meses de agosto e outubro de 2018, ficou marcado por um aumento significativo no desmatamento amazônico em relação aos últimos três meses do ano de 2017, em razão do forte estímulo às transgressões das leis ambientais presentes nas campanhas eleitorais.

No mesmo sentido, o parlamentar Stefano (PSD) (13/07/2016) salientou que mais de 75% das emissões dos gases de efeito estufa resultam do desmatamento, principalmente na Amazônia. Referiu, citando o IPAM, que se o país continuar nesse ritmo, em 2050 mais de 40% da Floresta Amazônica desaparecerá, e 36 bilhões de toneladas de carbono terão sido emitidas, agravando de forma significativa o aquecimento do planeta.

No entanto, entre os discursos a respeito do desmatamento, apenas o da Deputada Rosane Ferreira (PV) (29/05/2014), alertou sobre a necessidade de buscar formas de superar o desenvolvimento econômico existente, alegando que este não considera os limites na utilização dos recursos da Terra e promove a destruição da natureza. Os nove demais discursos apenas representaram formas de redução de danos, dentro do cenário capitalista. Assim, simultaneamente à crítica ao desmatamento, e ao reconhecimento de seu aumento e consequências nefastas quanto ao aquecimento global, tudo se passa como se ecossistemas inteiros fossem destruídos e seus arredores explorados sem qualquer interferência de interesses políticos econômicos empresariais e estatais.

Outra categoria desenvolvida neste contexto, diz respeito à Indústria Petrolífera, tema tratado por sete discursos, apontando que a produção de *combustíveis fósseis* é uma das responsáveis pelo aquecimento global. Identificamos no discurso do deputado Arnaldo Jardim (PPS) (08/07/2015), uma preocupação quanto ao fato de que mesmo ao buscar a redução dos danos do setor de desmatamento, enquanto o setor de produção de energia elétrica adotado hoje ainda se mantiver, qualquer ação de mitigação dos efeitos do aquecimento global será anulada. Nesse sentido, o deputado Leonidas (PDT) (10/12/2018), levantou pesquisas científicas divulgadas pela ONU, a fim de elencar um aumento substancial na queima de combustíveis fósseis, aduzindo que o desmatamento é somente um dos fatores que agravam o aquecimento global, somado a outros: “a emissão de gases causadores do efeito estufa, a combustão de combustíveis fósseis e o uso da terra”. Ainda acrescentou que “a ONU atribuiu o aumento de 88% de CO₂ na atmosfera aos combustíveis fósseis e 12% ao desmatamento.

Contudo, nesta categoria, também evidenciamos a existência de um discurso que muito embora reconheça os danos da produção de combustíveis fósseis, legitima as próprias bases energéticas da Indústria Petrolífera. O parlamentar Sarney Filho (PV) (16/04/2015), afirmou ser necessário garantir que a exploração do “gás e do petróleo se dê em bases sustentáveis

e com todas as cautelas ambientais”, evidenciando um discurso favorável ao “desenvolvimento sustentável” como sendo a única alternativa para solucionar os problemas referentes aos enfrentamentos do aquecimento global.

Apesar da importância desta categoria para definir como responsável pelo aquecimento global a indústria petrolífera, conseqüentemente danosa ao meio ambiente e à vida de populações humanas e não humanas, esta retórica surge sem de fato apontar a partir de quais estratégias políticas poderíamos alcançar um modelo de “sustentabilidade” dos meios energéticos dentro da perspectiva capitalista. Isto, porque, não é possível discernir nos discursos quais são as alternativas possíveis dentro de um sistema que tem como base de sustentação a mercantilização dos recursos naturais limitados do planeta, a exploração do meio ambiente e de populações marginalizadas.

A má gestão dos recursos naturais pelos Estado-nação foi identificada em 2 discursos como uma das causas do aquecimento global. Sarney Filho (PV), por exemplo, no dia 16/04/2015, mencionou que a origem da crise hídrica vivenciada no Brasil está associada a três fatores principais: “as mudanças climáticas, o processo de desmatamento dos biomas nacionais, especialmente a Amazônia, e a má gestão dos recursos disponíveis”. O discurso proferido pelo parlamentar influi na construção de uma hipótese em que a exploração dos recursos naturais limitados pode ser realizada de alguma forma, desde que observadas técnicas específicas de gerenciamento pelo Estado.

A indústria da pecuária, foi mencionada apenas em quatro discursos como sendo uma atividade propulsora do aquecimento global. Percebemos uma preocupação dos parlamentares com a expansão do agronegócio hegemônico, sobretudo no que diz respeito à criação de animais. Contudo, constatamos que os parlamentares defendem o setor pecuarista, mesmo sendo contrários à forma de desenvolvimento desenfreada e inadequada pela indústria de criação de animais. O Deputado Sarney Filho (PV) (16/04/2015), mencionou que “colocamos o gado na terra de maneira indiscriminada”, pressupondo, assim, a possibilidade de manutenção da indústria agropecuária desde que seja desenvolvida de forma equilibrada e controlada. A deputada Rosane Ferreira (PV) (26/04/2012) reconheceu que as secas vivenciadas na Amazônia, bem como as queimadas nesta região são decorrentes do ataque da “agropecuária insana”, mas também não apresentou discurso crítico capaz de enfrentar e contrariar a estrutura que produz e legitima esses danos.

No mesmo sentido é o discurso do deputado Stefano (PSD) (26/11/2013), o qual aponta que o setor da pecuária é preocupante para o cenário ambiental

brasileiro, uma vez que “o Brasil é detentor do maior rebanho comercial de bovinos do mundo, e esses, juntamente com outros ruminantes (búfalos, cabras e ovelhas), são responsáveis por elevadíssimo percentual das emissões de metano, no País”. No entanto, em data distinta, Stefano (PSD) (13/07/2016) mencionou que “as mudanças climáticas são uma óbvia ameaça para o agronegócio brasileiro, o setor responsável pela maior parte das nossas exportações”, legitimando, o agronegócio hegemônico, ao tempo em que o identifica como “atingido”.

Para além de reconhecer o Estado brasileiro como responsável, assim como a indústria petrolífera e a agropecuária, houve um discurso em que *outros Estados* aparecem como causadores do aquecimento global. Segundo Stefano (PSD) (09/03/2017) as grandes potências econômicas, especialmente China, Índia e EUA, seriam responsáveis pelo fenômeno do aquecimento global, por não seguirem as metas estipuladas para a mitigação dos gases de efeito estufa, cuja orientação é mediada globalmente, através do IPCC. Argumentou também que o problema está concentrado no fato de que economicamente ainda não se conseguiu “descarbonizar” a economia mundial, baseada principalmente no consumo de combustíveis fósseis.

3.3 As vítimas do aquecimento global no discurso parlamentar

Como mencionado no subcapítulo anterior, os discursos políticos trazem vários responsáveis pelo aquecimento global, no entanto, pouco se menciona a indústria da agropecuária. Além disso, não são especificadas formas de prevenir esse fenômeno, tampouco maneiras de responsabilizar os seus agentes. Aqui, portanto, buscamos apresentar o resultado da análise sobre a representação social das vítimas dessas atividades danosas.

Dos 39 discursos que admitem o aquecimento global, apenas quatro trataram sobre as suas vítimas de maneira mais direta. Um exemplo é o discurso do deputado Stefano (PSD) (26/11/2013), onde este estende sua preocupação para as *populações localizadas geograficamente em locais onde há situação de vulnerabilidade social e econômica*, como as regiões Norte e Nordeste. O deputado informou, pelos dados obtidos do IPCC, que as ondas frequentes de calor têm se intensificado na região Nordeste e na Amazônia, causando um “agravamento da pobreza, aumento dos fluxos migratórios e de todos os problemas provenientes das adversidades que são esperadas”. Em discurso posterior (13/07/2016), o mesmo deputado atribuiu às ações

humanas as mudanças climáticas, e conseqüentemente, a contribuição para o aquecimento global, citando o caso da Hidrelétrica de Belo Monte a qual foi responsável pelo genocídio indígena, e pela devastação na pesca local, em decorrência da contaminação dos rios, conseqüências estas que reforçam os desequilíbrios ecológicos e ocasionam o aquecimento global.

A questão dos *fluxos migratórios* em razão dos efeitos do aquecimento global foi destacada pela Deputada Rosane Ferreira (PV) (29/05/2014), a qual citou dados obtidos pela Organização Meteorológica Mundial (OMM). No discurso, a deputada afirma que o aumento da temperatura planetária, decorrente dos efeitos do aquecimento global, estão provocando “degelo dos polos, mais tempestades e mais secas” e com isso, também, o crescimento do “número de *refugiados ambientais* (populações expulsas das ilhas devido ao aumento do nível do mar)”.

Todas as menções utilizadas pelos parlamentares para fundamentar a construção desta categoria estão baseadas no fato de que, de alguma forma, os impactos sociais e ambientais, decorrentes das ações/omissões estatais-corporativas vão afetar em maior proporção grupos historicamente marginalizados. Grupos privilegiados contam com diferentes fatores econômicos, políticos, jurídicos e sociais que os mantêm em posição de menor impacto.

Dentro desta categoria de análise, evidenciamos também outros fatores que levam à *vitimização seletiva étnica, de classe e espécie*, a respeito dos efeitos do aquecimento global como: a escassez de alimentos, em quatro discursos; a intensidade no número de furacões, em três discursos; e o aumento do número das chuvas que causam enchentes e deslizamento de terras, em quatro discursos. Junto da análise relativa ao perfil das vítimas, encontramos outra categoria, em três discursos, sobre a compreensão de que a situação econômica do país está fadada à reparação de danos causados pelo aquecimento global, decorrentes das atividades humanas. Com base nisso, ao invés de o Estado buscar investimentos em setores que garantirão uma melhor qualidade de vida à população, terá o comprometimento financeiro do país entregue à mitigação dos danos sociais causados pelos verdadeiros responsáveis pela crise climática.

Nesse sentido, o Deputado Leonidas (PDT) (10/12/2018) referiu que se a temperatura aumentar um grau centígrado, o Brasil poderá perder 30% da produção agrícola. Também mencionou um estudo realizado nos Estados Unidos de que “para cada US\$ 1 dólar investido na prevenção são economizados US\$ 7 dólares que seriam gastos com as medidas de mitigação dos

impactos do clima.” Além disso, o Deputado Benedet (MDB) (15/12/2015) salientou que as alterações climáticas têm provocado efeitos nocivos nos setores hoteleiros do Brasil, especialmente no litoral catarinense. Referiu que um quadro preocupante na estrutura econômica do Estado está previsto para os próximos anos, em decorrência dos impactos econômicos regionais.

Por fim, também identificamos em dois discursos políticos a preocupação com a questão dos *direitos dos animais*, especialmente com a *extinção de espécies*, a exemplo do Deputado Stefano (PSD) (23/02/2016), o qual declarou haver evidências que relacionam os efeitos do aquecimento global com as diversas alterações nos ciclos biológicos de distribuição, migração e diversidade de espécies de animais. Aliado a isso, em outra oportunidade (29/11/2016), ressaltou que o aumento da temperatura planetária, “está provocando o derretimento de geleiras, a extinção de animais, inundações, secas e furacões de dimensões inesperadas”.

4. Negacionismo indireto sobre o caso do aquecimento global: quando o dano não tem culpados nem vítimas

Em sua análise sobre as respostas dos Estados acusados por violações de direitos humanos em relatórios de organizações internacionais, Cohen destaca o clássico discurso oficial de negação, caracterizado pelo uso do eufemismo, do legalismo, da negação da responsabilidade e do isolamento; a resposta contraofensiva e a resposta do reconhecimento parcial, esta característica das sociedades democráticas⁹⁴. Apesar de tratar sobre o discurso dos Estados, e estar vinculado às violações de direitos humanos em casos de massacres, os conceitos construídos por Cohen sobre os discursos negacionistas desse tipo de criminalidade têm sido utilizados em diferentes outros contextos. Neste trabalho, o conceito de *negacionismo* será fundamental para lapidar a discussão dos resultados do estudo dos discursos dos deputados sobre o aquecimento global.

Isso porque, como aqui, nos discursos dos Estados em defesa de acusações de violação de direitos humanos, muito raramente ocorre uma negação literal. A “negação literal”, na análise de Cohen, ocorre quando o governo simplesmente diz que nada aconteceu. Uma das estratégias dessa forma de negação é atacar a credibilidade e objetividade dos relatórios de direitos

94 COHEN, 2001, p. 520.

humanos que apresentam seus resultados, como alegar que a vítima possui interesse em desacreditar o governo.⁹⁵

No único caso de negação literal do aquecimento global, as estratégias discursivas utilizadas pelo deputado foram de dois tipos: por um lado, o Deputado Misael Varela questiona a credibilidade, do ponto de vista científico, do IPCC. Na sequência, acusa os acusadores, alegando que existe um interesse por parte de ativistas que denunciam a inércia do Estado perante o aquecimento global: o de seguir uma “cartilha neocomunista ambientalista”. Essa narrativa, ainda que destituída de provas, reforça uma noção conspiratória, que busca colocar em xeque o próprio fato do aquecimento global.

Os demais 39 discursos estudados, porém, não estão dentro dessa categoria de negação literal. Observamos que os dados mencionados pelos parlamentares vão de encontro ao consenso da comunidade científica quanto aos efeitos do aquecimento global. Há pesquisas evidenciando aumento de 40% na concentração atmosférica de dióxido de carbono (gases do efeito estufa), durante a era industrial. A consequência disso, tanto para o campo científico, como pelos discursos dos parlamentares, é de que as geleiras e coberturas de neve estão diminuindo, bem como aumentando os níveis do mar, destacando-se os casos da Antártida, a qual perdeu 3 trilhões de toneladas de gelo desde 1999, e da Groelândia que registrou perda de 7,5 bilhões de toneladas de gelo, gerando impactos na instabilidade da rotação planetária.⁹⁶

Da mesma forma, os discursos parlamentares sobre as relações entre o desmatamento e a produção de gases do efeito estufa que ocasionam o aquecimento global, também estão presentes na literatura científica. A Indonésia e o Brasil, por exemplo, se tornaram, respectivamente, o terceiro e o quarto país emissores de CO² do mundo, especialmente como resultado da derrubada de florestas tropicais.⁹⁷

Notamos também que o discurso sobre o perfil das vítimas atingidas seletivamente pelos impactos do aquecimento global se conecta com a retórica a respeito dos gastos de dinheiro público. As populações mais marginalizadas, as quais dependem, exclusivamente, das garantias e assistências do Estado, serão as mais atingidas pelos efeitos do aquecimento global, se

95 COHEN, 2001.

96 WHITE, 2018.

97 VAN SOLINGE, 2013.

comparadas com as camadas sociais mais privilegiadas, uma vez que o uso de dinheiro público para os setores afetados pelos efeitos do aquecimento global, serão priorizados em detrimento de investimentos específicos em áreas como educação, saúde e assistência social.

Contudo, por mais que os dados expostos apresentem uma convergência com o discurso científico sobre a temática do aquecimento global, os resultados da análise apontam para uma forma sofisticada de negacionismo. Um deles é o da negação interpretativa: quando, embora admitindo que algo aconteceu, apresenta-se uma interpretação diversa da relatada. A linguagem utilizada para descrever o fato do aquecimento global é asséptica. Não há nos discursos, por exemplo, uma exposição dos danos causados pelos setores identificados (desmatamento pela agropecuária, indústria petrolífera, mau uso dos recursos naturais pelo Estado, outros países) que identifique seus responsáveis. Nem sequer toca na prática do desmatamento como crime ambiental, não usa termos, portanto, que denotem processos de criminalização. Não aponta, tampouco, a necessidade de responsabilização dos setores causadores desses danos. O conhecimento do aquecimento global e suas causas é meramente genérico e abstrato. Trata-se da utilização de “eufemismos”.

Outra característica que transparece na análise é a de que, muito embora os parlamentares reconheçam os efeitos do aquecimento global, não direcionam o debate acerca de possíveis rompimentos com o modelo de produção econômica que o retroalimenta, tampouco aprofundam a relação desses impactos com a indústria da agropecuária. Nesse contexto, é possível exemplificar com os discursos da deputada Rosane (PV) (29/05/2014), a qual salientou a importância de pensarmos em modificar os hábitos de consumo hoje adotados na sociedade, bem como o “nosso modelo de produção”. No entanto, no mesmo discurso, mencionou acreditar que “os dirigentes políticos e os empresários escutarão as bilhões de vozes que pedem ações de sustentabilidade para a preservação do nosso planeta”. Ao exortar os mesmos causadores de danos à sensibilização frente aos riscos que denuncia, o discurso obscurece a característica estrutural do modo de produção que conduz não apenas ao aquecimento global como à desresponsabilização de quem com ele contribui.

No mesmo sentido, o discurso do Parlamentar Sarney Filho (PV), datado de 20/03/2013, o qual, trata sobre as tempestades ocorridas no Rio de Janeiro, bem como as enchentes que lá desalojaram inúmeras famílias,

mencionando que “agora não nos resta alternativa senão nos adaptarmos ao aquecimento global”, e finalizou que “contra o aquecimento climático, existem duas maneiras de agir: combater as emissões de gases e adaptar-se ao seu resultado”.

Ambos os discursos sustentam, de formas diferentes, uma necessária “adaptação”, às mudanças climáticas, sobretudo, a ideia de ser este um quadro irreversível, por meio do qual devemos confiar na solidariedade dos grupos empresariais e políticos, denotando que nada revolucionário pode ser feito para resolver e reverter o quadro climático atual. Este discurso apenas mantém no centro de referência a lógica reducionista dos impactos do aquecimento global, bem como de quem os causa, não comprometendo-se a romper com os interesses políticos e econômicos, e do meio de produção responsável pela manutenção dessa lógica mercadológica e predatória que explora vidas humanas, não humanas e ecossistemas.

Assim, para além da negação interpretativa decorrente do eufemismo, os discursos analisados também podem ser comparados ao chamado *negacionismo implicatório*, de que fala Cohen. As “negações implicatórias” ocorrem quando, não obstante a aceitação do acontecimento dos fatos, sabendo o que deve ser feito, o seu significado é disputado. A negação implicatória cobre uma quantidade de vocabulários usados para lidar com o fato de estarmos advertidos das imagens de sofrimento causados.⁹⁸ São questões de mobilização, comprometimento e envolvimento: “há um sentido forte, no qual a inação é associada com a negação – quando ele parte do não saber ao saber, mas não ligar para isso”.⁹⁹ Cohen destaca na negação implicatória a diferença entre *knowledge* – conhecimento – e *acknowledgement* – reconhecimento.¹⁰⁰

Essa diferença entre conhecimento e reconhecimento pode ser útil aqui, já que, como dito, 39 dos 40 discursos demonstram conhecimento sobre os dados do aquecimento global, porém, o vazio que decorre dos dados é a ausência de *reconhecimento* dos danos, das vítimas e dos responsáveis, de modo que não seja possível superar essa condição. Um aspecto que pode ser destacado é a generalização e abstração das causas do aquecimento global: quando afirmam que o setor agropecuário, petrolífero, o mau uso dos recursos naturais ou mesmo outros Estados têm sua cota de responsabilidade,

98 COHEN, 2001.

99 COHEN, 2001, p. 9.

100 COHEN, 2001, p. 13.

nota-se que não há qualquer tipo de identificação concreta desses responsáveis. Aliado a essa negação, estão ausentes propostas que busquem lidar com as causas apontadas, de forma a prevenir o aprofundamento da situação denunciada. Isso aparece principalmente em relação ao setor agropecuário, tratado apenas ligeiramente e de forma abstrata quando mencionado o desmatamento como causa do aquecimento global.

Da mesma forma, a quase completa ausência de vítimas nos discursos críticos ao aquecimento global facilita o recurso da abstração. Dos 39 discursos que não negavam literalmente o aquecimento global, apenas quatro referem as suas vítimas. Aqui se evidencia a tendência à suposição de que, se estamos diante de um fenômeno climático, todas as pessoas, do norte ao sul global, serão atingidas da mesma maneira. Os quatro discursos que mencionam vítimas, o fazem justamente para dar conta do oposto, o que corrobora com os estudos sobre vítimas ambientais: há sim diferentes impactos conforme o pertencimento de raça, classe, gênero, etnia, sexualidade, localização no globo, enfim, que torna algumas pessoas mais vulneráveis e outras menos aos efeitos do aquecimento global. Também quanto a isso, apenas um dos discursos ampliou o conceito de vítima para abarcar animais, de diversas espécies, que correm risco de extinção.

A respeito da desproporcionalidade com que os efeitos do aquecimento global vão impactar vidas humanas e não humanas, os estudos teóricos possibilitados pela criminologia verde corroboram com o conteúdo deste discurso, pois os movimentos ecofeministas¹⁰¹, antiespecistas¹⁰², e de justiça ambiental¹⁰³ apontam como se interseccionam os processos de colonização sobre mulheres, povos originários e populações em conflitos de terras dentro da perspectiva do dano social e processos de vitimização seletiva. Além de trazerem uma perspectiva anticapitalista revolucionária para corroborar na superação das barreiras emancipatórias provocadas pelas ações/omissões estatais-corporativas, destacam marcos políticos que explicam a construção dos processos históricos das sociedades a partir das relações capitalistas neoliberais como, o neocolonialismo, racismo ambiental¹⁰⁴, o desmatamento, e mudanças climáticas.

101 SALLEH, 2017; MIES, SHIVA, 2014.

102 SOLLUND, 2013.

103 HALL, 2013.

104 ALMEIDA; PIRES; TOTTI, 2015; BULLARD, 2004.

Junto desta perspectiva crítica está o movimento antirracista dentro da criminologia, denunciando a existência do racismo ambiental¹⁰⁵, e buscando compreender a lógica de exploração e dominação dos agentes poderosos sobre países do sul global, violências estas negadas dentro de seus próprios países imperialistas, geograficamente localizados ao Norte global.¹⁰⁶ Aliado a isso, tem como pauta os efeitos com que os danos socioambientais vão atingir alguns grupos como, por exemplo, movimentos migratórios forçados e em situação de vulnerabilidade econômica.

Todas essas diferentes nuances do negacionismo podem ser também conversadas com a produção de Zaffaroni, quando explica que as instituições poderosas utilizam técnicas de neutralização para não serem responsabilizadas por suas condutas danosas¹⁰⁷. O autor aqui também se refere aos crimes de Estado e mostra como diferentes técnicas de neutralização costumam ser utilizadas para justificá-los. Baseado nas técnicas de neutralização teorizadas por de Sykes e Matza¹⁰⁸, Zaffaroni evidenciou que as justificativas e racionalizações das ações criminosas se apresentavam de forma clara e concreta se aplicadas no âmbito dos danos sociais praticados pelo Estado¹⁰⁹. Eles distinguem 5 formas principais de técnicas de neutralização: a) negação de responsabilidade; b) negação do dano; c) a negação da vítima; d) a condenação dos que condenam; e) recurso para entidades mais elevadas.

Essas categorias também aparecem no processo negacionista, mesmo que indireto, do aquecimento global. Nos discursos aqui estudados, podemos dizer, sumariamente, que: a) atribui-se causas ao aquecimento global, que tocam em atividades produtivas do setor privado, e na conduta do poder público, mas não se atribui, em nenhum momento, responsabilidade ou pleito por responsabilização; b) os danos não são negados, aliás, vários são enumerados, contudo, de forma abstrata e genérica; c) as vítimas são, na maior parte dos discursos, negadas por serem simplesmente pressupostas, mas não mencionadas; nos quatro discursos em que se analisa a questão das vítimas há a identificação da seletividade do processo; d) a condenação dos que condenam não aparece nos 39 discursos, pois eles são discursos

105 HERCULANO; PACHECO, 2006.

106 BARAK, 2015.

107 ZAFFARONI, 2007.

108 SYKES; MATZA, 1957.

109 ZAFFARONI, 2007.

proferidos justamente com o objetivo de condenar o aquecimento global; e) o recurso a entidades mais elevadas claramente aparece nas figuras do “desenvolvimento sustentável”, da “sustentabilidade”, do “capitalismo”, figuras genéricas que se caracterizam por uma noção de “adaptação”, conforme analisado acima.

Como notam Kramer e Michalowski há quatro formas de produção de danos por Estados e Mercados em relação ao aquecimento global: 1) negação do aquecimento global enquanto causa direta das atividades humanas; 2) criando obstáculos para a redução das emissões de gases de efeito estufa; 3) excluindo possibilidades progressistas e ecológicas dentro da seara política; e 4) respondendo aos conflitos sociais que surgem do aquecimento global a partir de políticas excludentes em sentido global¹¹⁰. Questionar as negações, racionalizações e justificações dos discursos políticos proferidos sobre o tema, permite justamente evitar que os outros três aspectos possam se efetivar.

Nesse sentido, não obstante tenhamos evidenciado nos discursos reconhecimento acerca da ligação substancial entre o capitalismo, enquanto um sistema global de produção e consumo, com a degradação ambiental e o aquecimento global, não há um posicionamento majoritário que pense a possibilidade de sua superação. Muito embora os parlamentares enunciem a responsabilidade do Estado quanto à tomada de ações frente ao aquecimento global, não há uma crítica substancial no sentido de deslegitimar a estrutura de poder que permite o conluio entre setores públicos e privados na sua reprodução.

5. Conclusão

O atual domínio e influência da economia neoliberal e das políticas da regulamentação econômica capitalistas, contribuíram significativamente para a aceleração de atividades danosas ao meio ambiente, sobretudo do aquecimento global. A partir desse cenário, a criminologia verde tem papel fundamental no sentido de identificar e apontar a estrutura lógica por trás dos danos sociais praticados pelas ações/omissões dos agentes poderosos, bem como visibilizar suas vítimas, considerando que por muito tempo foram ignoradas e silenciadas pela própria criminologia.

110 KRAMER; MICHALOWSKI, 2012.

Tendo em conta o grande enfrentamento da comunidade científica em apontar discursos negacionistas climáticos sobre a relação direta entre as atividades humanas com o aquecimento global, em especial, à indústria agropecuária, o objeto dessa pesquisa foi o de identificar os discursos utilizados pelos e pelas parlamentares federais sobre a relação entre os danos sociais causados pela agropecuária e o fenômeno do aquecimento global. Os resultados mostram que apesar do reconhecimento dos e das parlamentares acerca do fenômeno do aquecimento global – exceto, um único deputado federal ter apresentado viés negacionista literal -, não apontam a indústria da agropecuária como sendo fator crucial para a ocorrência daquele. Por vezes, os discursos legitimam a consolidação da indústria agropecuária, a partir de argumentos que ignoram a relação entre a agropecuária e o aquecimento global; quando reconhecem essas relações danosas, afirmam ser a indústria fundamental para o desenvolvimento econômico do país.

Dessa maneira, a inserção do viés criminológico verde dentro da temática do dano social estatal-corporativo, sobretudo dentro do contexto de aquecimento global, é de extrema relevância uma vez que, muito embora o movimento político em busca da justiça ambiental esteja ascendendo transnacionalmente, ainda existe uma constante injustiça socioambiental no país, sobretudo um desprezo pelo reconhecimento das lutas antirracistas, antiespecistas e antipatriarcais nesse cenário, estes que garantem os direitos fundamentais das populações originárias e da biodiversidade.

Identificar e visibilizar os discursos que legitimam a continuidade da atividade produtiva sem pensar a responsabilização de quem provoca danos socioambientais inestimáveis, notadamente no caso da indústria da agropecuária, é uma tarefa necessária, uma vez que há a constante imunização do setor por ferramentas políticas, jurídicas e midiáticas.

Referências

- AGNEW, Robert. The ordinary acts that contribute to ecocide, In. SOUTH, Nigel; BRISMAN, Avi. *Routledge international handbook of green criminology*: New York: Routledge, 2013.
- ALMEIDA, Daniela dos Santos; PIRES, Thula; TOTTI, Virgínia. Racismo Ambiental e a distribuição racialmente desigual dos danos ambientais no Brasil. *Relatório PIBIC, Rio de Janeiro*, 2015.

- AMORIM, Felipe. Bolsonaro diz que pressão sobre mudança climática é “jogo comercial”. *Uol*, 15 dez. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2019/12/15/bolsonaro-diz-que-pressao-sobre-mudanca-climatica-e-jogo-comercial.html>. Acesso em: 12 maio 2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal x cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANGUS, Ian. *Facing the Anthropocene: fossil capitalism and the crisis of the earth system*. New York: Monthly Review Press, 2016.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *El delito de cuello blanco en América Latina, una investigación necesaria*. Revista *Ilanud*, v. 3, n. 8, 1980.
- AYMORÉ, Débora. Objetividade forte como alternativa à ciência livre de valores” *Scientiae Studia*, v. 15, n. 1: 175-186. Jun, 2017.
- BAILEY, Rob; FROGGATT, Antony; WELLESLEY, Laura. Livestock climate change’s forgotten sector. *ChathamHouse*, 2014. Disponível em https://gastronomiaycia.republica.com/wp-content/uploads/2014/12/estudio_consumo_carne.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.
- BARAK, Gregg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2: 104-114, 2015. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5379224>. Acesso em: 12 maio 2020.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição, Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. A. de Borges. 2ª edição, Zahar, 2008.
- BEIRNE, Piers; SOUTH, Nigel (Ed.). *Issues in green criminology*. Routledge, 2013.
- BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*. Barcelona: Anthropos, 2014.
- BISPO, Antonio. *Colonização, Quilombos: modos e significados*. Brasília: Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia de Inclusão no Ensino Superior e na Pesquisa, 2015.

- BOHM, María Laura. *The crime of maldevelopment*. New York: Routledge, 2019.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Arnaldo Jardim (PPS)*. Discursos Proferidos em Plenário. 08 jul. 2015.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Celso Maldaner (MDB)*. Discursos Proferidos em Plenário. 16 nov. 2016.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Leônidas Cristino (PDT)*. Discursos Proferidos em Plenário. 10 dez. 2018a.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Misael Varella (DEM)*. Discursos Proferidos em Plenário. 18 set. 2013.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Ronaldo Benedet (MDB)*. Discursos Proferidos em Plenário. 15 dez. 2015.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Sandes Júnior (PP)*. Discursos Proferidos em Plenário. 30 set. 2015.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Sarney Filho (PV)*. Discursos Proferidos em Plenário. 16 abr. 2015.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Sarney Filho (PV)*. Discursos Proferidos em Plenário. 20 abr. 2013.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Stefano Aguiar (PSD)*. Discursos Proferidos em Plenário. 29 nov. 2016.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Stefano Aguiar (PSD)*. Discursos Proferidos em Plenário. 26 nov. 2013.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Stefano Aguiar (PSD)*. Discursos Proferidos em Plenário. 09 mar. 2017.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação do Deputado Stefano Aguiar (PSD)*. Discursos Proferidos em Plenário. 13 jul. 2016.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação da Deputada Rosane Ferreira (PV)*. Discursos Proferidos em Plenário. 29 mai. 2014.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Manifestação da Deputada Rosane Ferreira (PV)*. Discursos Proferidos em Plenário. 26 abr. 2012.
- BRISTOW, Elizabeth. Global climate change and the industrial animal agriculture link: The construction of risk. *Society & Animals*, v. 19, n 3: 205-224, 2011.
- BRUNO, Regina. Bancada ruralista, conservadorismo e representação de interesses no Brasil contemporâneo, In, MALUF, Renato, S; FLEXOR, Georges. *Questões agrárias, agrícolas e rurais: conjunturas e políticas públicas*. Rio de Janeiro: e-papers, 2017.

- BUDÓ, Marília de Nardin. As mortes no campo e a operação greenwashing do “agro”: invisibilização de danos sociais massivos no Brasil. *InSURgência*, v. 3, 2ª edição, 163-207, 2018a. Disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/19723>. Acesso em: 15 maio 2020.
- BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídias e discursos do poder*. Rio de Janeiro: Revan, 2018b.
- BUDÓ, Marília de Nardin; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos Estados e dos mercados. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 19, n. 1, p. 55-90, jan./abr. 2018.
- BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Org.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.
- 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*, 2014. Disponível em <https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/6>. Acesso em: 12 maio 2020.
- CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SCOTT, John; SOZZO, Máximo. Southern criminology. *The British Journal of Criminology*, v. 56: 01-20, 2016. Disponível em <https://doi.org/10.1093/bjc/azv083>. Acesso em: 12 maio 2020.
- CASSIANI, Suzani; CALIRI, Maria Helena Larcher; PELÁ, Nilza Teresa Rotter. A teoria fundamentada nos dados como abordagem da pesquisa interpretativa. *Revista latino-americana de enfermagem*, v. 4, n. 3: 75-88, 1996. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11691996000300007&script=sci_arttext. Acesso em: 12 maio 2020.
- CHARMAZ, K. *Constructing grounded theory: A practical guide through qualitative analysis*. London: Sage, 2006.
- COHEN, Stanley. *States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering*. Cambridge: Polity, 2001.
- DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. Lisboa: Presença, 1977.
- FEARNSIDE, Philip Martin. O processo de desertificação e os riscos de sua ocorrência no Brasil, *Acta Amaz*, v. 9, n. 2: 393-400, 1979.
- FEARNSIDE, Philip Martin. Os números do desmatamento são reais, apesar da negação do presidente Bolsonaro. *Amazônia Real*. 02 ago. 2019a.

- Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/os-numeros-do-desmatamento-sao-reais-apesar-da-negacao-do-presidente-bolsonaro/>. Acesso em: 12 maio 2020.
- FEARNSIDE, Philip Martin. Retrocessos sob o Presidente Bolsonaro: Um Desafio à Sustentabilidade na Amazônia. *Sustentabilidade International Science Journal*, V.1, N.1. 2019b, abril/junho, p. 36-39. Disponível em: [http://cca.ufam.edu.br/pdf/Revista_Sustentabilidade_28-06-019%20\(1%C2%AA%20Edicao\).pdf](http://cca.ufam.edu.br/pdf/Revista_Sustentabilidade_28-06-019%20(1%C2%AA%20Edicao).pdf). Acesso em: 12 maio 2020.
- FRIEDRICHS, D. O. *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society* 4th ed. Belmont: Wadsworth, 2010.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; GÓMEZ, Luiz. Actualización crítica del concepto ‘Delito de Cuello Blanco’ de E. Sutherland. *Capítulo Criminológico*, 1978, p. 119-141.
- GIROD, Bastien; VAN VUUREN, Detlef Peter; HERTWICH, Edgar G. Climate policy through changing consumption choices: Options and obstacles for reducing greenhouse gas emissions. *Global Environmental Change*, v. 25: 5-15, 2014. Disponível em <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2014.01.004>. Acesso em: 12 maio 2020.
- GLASER, Barney; STRAUSS, Anselm L. *The discovery of grounded theory: Strategies for qualitative research*. v. 17, n. 4, Routledge, 2017.
- GOODLAND, Robert; ANHANG, Jeff. Livestock and climate change: What if the key actors in climate change are... cows, pigs, and chickens?. *WorldWatch*, 2009. Disponível em: <http://templatelab.com/livestock-and-climate-change/>. Acesso em: 12 maio 2020.
- GOYES, David Rodríguez; SOUTH, Nigel. Green criminology before ‘green criminology’: Amnesia and absences. *Critical Criminology*, v. 25, n. 2: 165-181, 2017.
- GRAIN; INSTITUTO FOR AGRICULTURE AND TRADE POLICY (IATP). Emissões Impossíveis: como a indústria de carne e de laticínios está aquecendo o planeta, 2018. Disponível em: file:///C:/Users/usuario/Documents/Downloads/Emissions_impossible_PO_web.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.
- HALL, Matthew. Victims of Environmental Harms and Their Role in National and International Justice, In, WALTERS Reece; WESTERHUIS, Diane Solomon; WYATT Tanya. *Emerging Issues in Green Criminology: Exploring power, justice and harm*, London: Palgrave Macmillan, 2013.

- HARDING, Sandra. *Objectivity & Diversity: another logic of scientific research*. Chicago: University of Chicago Press, 2015.
- HECKENBERG, D.; WHITE, R. Innovative approaches to researching environmental crime. In: South N and Brisman A (eds) *Routledge International Handbook of Green Criminology*. London: Routledge, 2013.
- HERCULANO, Selene. O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental. *Revista de gestão integrada em saúde do trabalho e meio ambiente*, v. 3: 01-20, 2008.
- HERCULANO, Selene; PACHECO, Tânia. Racismo ambiental, o que é isso. *Projeto Brasil Sustentável e Democrático*, FASE, 2006. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Selene_Herculano/publication/266344253_RACISMO_AMBIENTAL_O_QUE_E_ISSO/links/543746640cf2643ab9889338/RACISMO-AMBIENTAL-O-QUE-E-ISSO.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.
- HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Beyond criminology? In: HILLYARD, Paddy et al. *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*. London: Pluto Press, 2004. p. 10-29.
- HROZENCIK, Aaron. Irrigation & Water Use. *United States Department of Agriculture Economic Research Service*, 2019. Disponível em <https://www.ers.usda.gov/topics/farm-practices-management/irrigation-water-use/background.aspx>. Acesso em: 15 maio 2020.
- HULSMAN, Louk. Critical criminology and the concept of crime, *Crime, Law and Social Change*, v. 10, n. 1: 63-80, 1986. Disponível em <https://hulsmanfoundation.org/louks-publications/publications/>. Acesso em: 12 maio 2020.
- KRAMER, Ronald C.; MICHALOWSKI, Raymond J. Is global warming a state-corporate crime?, In, WHITE, Rob. *Climate change from a criminological perspective*. New York: Springer, 2012.
- KRISBERG, Barry. *Crime and privilege: Toward a new criminology*. Prentice Hall, 1975.
- LEVIN, Kelly; PARSONS, Sarah. *7 Things to Know About the IPCC's Special Report on Climate Change and Land*, 2019. Disponível em: <https://www.wri.org/blog/2019/08/7-things-know-about-ipcc-special-report-land-and-climate>. Acesso em: 12 maio 2020.
- LOPES, José Sérgio Leite. Sobre processos de “Ambientalização” dos conflitos e sobre dilemas da participação. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 25, p. 31-64, jan./jun. 2006.

- LYNCH, Michael. The greening of criminology: A perspective on the 1990s, *The Critical Criminologist*, 2 (3), 1990. Reprinted in P. Beirne and N. South (eds). *Green Criminology*. Hampshire, UK: Aldershot, 2007.
- LYNCH, Michael; STRETSKY, Paul. The Meaning of Green: Contrasting Criminological Perspectives. *Theoretical Criminology*. 2003; v. 7, n. 2, p. 217-238.
- MARGULIS, Sergio. *Causas do desmatamento da Amazônia brasileira*. Brasília: Banco Mundial, 2004. Disponível em <http://www.terrabrasil.org.br/ecotecadigital/pdf/causas-do-desmatamento-da-amazonia-brasileira.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.
- MARINI, Rui Mauro. *Dialética da dependência*. In: Traspadini, R; Stedile, J. P. Rui Mauro Marini: vida e obra. São Paulo: Expressão Popular, 2005.
- MIES, Maria; SHIVA, Vandana. *Ecofeminismo*. Zed Book, 2014.
- MOLION, Luiz Carlos Baldicero. Aquecimento global: uma visão crítica. *Revista Brasileira de Climatologia*, v. 3, 2008. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/revistaabclima/article/view/25404/17024>. Acesso em: 12 maio 2020.
- MORRISON, Wayne. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos, 2012.
- NATALI, Lorenzo. *A visual approach for green criminology: Exploring the social perception of environmental harm*. Palgrave Pivot, 2016.
- OPPENLANDER, Richard. *Food Choice and Sustainability: Why Buying Local, Eating Less Meat, and Taking Baby Steps Won't Work*. Langdon Street Press, 2013.
- RIVERO, Sérgio; ALMEIDA, Oriana; ÁVILA, Saulo; OLIVEIRA, Wesley. Pecuária e desmatamento: uma análise das principais causas diretas do desmatamento na Amazônia. *Nova economia*, v. 19, n. 1, 2009. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-63512009000100003&script=sci_arttext. Acesso em: 12 maio 2020.
- ROTHER, D. L.; KAUZLARICH, D. *Crimes of the Powerful*. London: Routledge, 2016.
- SALLEH, Ariel. *Ecofeminism as politics: Nature, Marx and the postmodern*. 2 edição, Zed Books, 2017.
- SAZDOVSKA, Marina Malis; IVANOV, Aleksandar. Victims of environmental crime (student's perceptions of environmental crime), *Criminal Justice Issues*, Year XII, Issue 5-6, 2012. Disponível em <http://krimteme.fkn.unsa.ba/index.php/kt/article/view/80>. Acesso em: 12 maio 2020.

- SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defenders of order or guardians of human rights, In, LANIER, Mark M; HENRY, Stuart. *What is Crime?: Controversies Over the Nature of Crime and what to Do about it*, Rowman & Littlefield, 2001.
- SHIVA, Vandana. Soil not oil: *Environmental justice in an age of climate crisis*. Alternatives Journal, v. 35, n. 3, p. 18-22, 2009.
- SOLLUND, Ragnhild. Animal abuse, animal rights and species justice, In, *American Society of Criminology 69th Annual Meeting*, Atlanta, 2013.
- STEINFELD, Henning; Gerber, Paul; WASSENAAR, T. D; CASTEL, V; ROSALES, Misael; de Haan, C. Livestock's long shadow: environmental issues and options". *Food and Agriculture Organization of the United Nations*, Rom, 2006. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a0701e/a0701e.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.
- STRETESKY, Paul B.; LONG, Michael A.; LYNCH, Michael J. *The Treadmill of Crime: Political Economy and Green Criminology*. Abingdon, UK: Routledge, 2013.
- SUTHERLAND, Edwin. *Crime de colarinho branco. Versão sem cortes*. Tradução de Clécio Lemos, Rio de Janeiro, Revan, 2015.
- SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. *Techniques of neutralization: A theory of delinquency*. v. 22, n. 6, 1957, American sociological review, 1957.
- THORTON, Philip; HERRERO, Mario; ERICKSEN, Polly. Livestock and climate change. *International Livestock Research Institute*, 2011. Disponível em <https://cgspace.cgiar.org/bitstream/handle/10568/10601/IssueBrief3.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.
- VAN SOLINGE, Tim Boekhout. Equatorial deforestation as a harmful practice and a criminological issue, In, WHITE, Rob. *Global Environmental Harm*, Routledge, 2013.
- WESTERHUIS, Diane; WALTERS, Reece; WYATT, Tanya. *Emerging issues in green criminology: Exploring power, justice and harm*. Springer, 2013.
- WHITE, Rob. *Transnational environmental crime: Toward an eco-global criminology*, Routledge, 2011. WHITE, Rob. Climate Change, ecocide and crimes of the powerful, In, BARAK, Gregg. *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. USA: Routledge, 2015.
- WHITE, Rob. *Climate change criminology*. Policy Press, 2018.
- WHITE, Rob. Matando um planeta: mudança climática e ecocídio. In: BUDÓ, Marília de Nardin et al. (org.) *Introdução à criminologia verde. No prelo*, 2020.

WHITE, Rob; SOUTH, Nigel. The future of green criminology: Horizon scanning and climate change, In, *American Society of Criminology Annual Meeting*, Atlanta Marriott Marquis, 2013. Disponível em <http://repository.essex.ac.uk/11799/1/White,%20Rob-South,%20Nigel.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. El crimen de Estado como objeto de La Criminología, UNAM, 2007. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r20412.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

Recebido em 13 de maio de 2020.

Aprovado em 19 de agosto de 2020.

RESUMO: Este trabalho se situa no campo da criminologia verde, propondo-se a responder de que maneira deputadas e deputados federais representam a indústria da agropecuária em seus discursos sobre as causas do aquecimento global, seus responsáveis e suas vítimas? Para responder à questão foram analisados 40 discursos políticos coletados no site da Câmara dos Deputados, datados de 2012 a 2020. Trata-se de pesquisa qualitativa compreensiva, que utiliza como metodologia de análise a Teoria Fundamentada nos Dados (Grounded Theory), a partir da codificação desses discursos em três etapas. Os resultados apontam para a negação, ainda que não literal, da responsabilidade pelo aquecimento global dos grandes protagonistas dos danos socioambientais, como o setor agropecuário, junto do Estado e corporações transnacionais.

Palavras-chave: Aquecimento Global; Crimes dos Poderosos; Agropecuária; Dano social.

ABSTRACT: This work is situated in the field of green criminology, proposing to answer how senators and federal representatives represent the agricultural industry in their discourses on the causes of global warming, those responsible, and their victims? To answer the question, 40 political speeches collected on the website of the Chamber of Deputies, dated from 2012 to 2020, were analyzed. This is a comprehensive qualitative research that uses the Grounded Theory as the methodology of analysis, based on the codification of these speeches in three steps. The results point to the denial, even if not literal, of the responsibility for global warming of the major protagonists of socio-environmental harm, such as the agricultural sector, among the State and transnational corporations.

Keywords: Global warming; Crimes of the Powerful; Agribusiness; Social harm.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: FRANÇA, Karine Ágatha, BUDÓ, Marília De Nardin; DIAS, Felipe da Veiga. O aquecimento global no discurso parlamentar brasileiro: denúncia e negação de responsabilidade do agronegócio. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1488>.

A presença dos refugiados do século XXI no Brasil: uma leitura da xenofobia a partir do discurso da crise econômica

The presence of the XXI century refugees in Brazil: a reading of xenophobia through the economic crisis discourse

Arnelle Rolim Peixoto*
Universidade de Salamanca, Espanha

Camilla Martins Cavalcanti**
Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

Kananda Beatriz Pinto de Sena***
Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza – CE, Brasil

1. Introdução

A palavra mobilidade ganha novos ares na contemporaneidade com o tema das migrações que, nas últimas décadas, vêm ganhando visibilidade na mídia, na política e no ambiente acadêmico, em razão dos intensos fluxos e destinos que se apresentam a nível global. Na verdade, essa expressão “mobilidade” sempre esteve presente no desenvolvimento da humanidade e desempenha, ao longo dos anos, um papel que garantiu aos povos sua alimentação, reprodução e comunicação.

* Pós-doutora em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca- Espanha. Doutorado em Direitos pela Universidade de Salamanca – Espanha (2016). E-mail:arnellerolim@hotmail.com.

** Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora universitária Uninassau.

E-mail: camillam.cavalcanti@gmail.com

*** Mestra em Geografia pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professora na educação básica. Email: kananda.sena@aluno.uece.br.

Ademais, é importante enfatizar que a migração pode ser intitulada como um fenômeno social e seu entendimento perpassa pelo conhecimento acerca de seus condicionantes históricos, econômicos, políticos e culturais.

Nesse sentido, a temática do refúgio chama atenção, pois é uma condição diferente da de migrante. De maneira geral, entendem-se como refugiados pessoas que são obrigadas a deixar o seu país em decorrência de guerras, conflitos civis, situações de violência e/ou perseguição, ou quaisquer outras eventualidades que representem uma ameaça à segurança, à liberdade e à vida desses migrantes forçados, bem como à garantia dos direitos humanos.

Nos dias atuais, presencia-se na escala do globo o aumento do número de pessoas em situação de risco e em busca de refúgio, isso porque, com o fenômeno da globalização, os movimentos migratórios se acentuaram. Para tanto, cabe elucidar que há uma relação direta entre essa migração em massa e o fortalecimento da xenofobia. No caso dos comportamentos xenofóbicos, de maneira geral, consistem no medo ou na aversão que o ser humano tem ao que é diferente.

A aversão aos estrangeiros não é uma característica específica da sociedade contemporânea. No entanto, o fenômeno da globalização, aliado à revolução tecnológica dos meios de transporte e de comunicação, implica uma aceleração dos fluxos transnacionais, tanto de origem financeira e comercial, quanto social e cultural. Nesse contexto, a intensificação dos fluxos migratórios traz consigo novos desafios no que se refere ao trato de estrangeiros em território nacional. O aumento da mobilidade coexiste, portanto, com problemas de integração e de convivência entre povos diferentes. Dessa forma, há um aumento de casos de discriminação e xenofobia, cujas causas se relacionam com as dinâmicas sociais e políticas, o que contribui para a complexidade do problema e das formas de combatê-lo.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, a investigação se baseia na compreensão das dinâmicas da presença dos refugiados nas duas primeiras décadas do século XXI no Brasil: uma leitura da xenofobia por meio do discurso da crise econômica. Para isso, realizamos levantamento bibliográfico e documental, com temas de interesse à pesquisa (migração internacional, xenofobia, crise econômica, globalização e refúgio); elaboração de hemerotecas temáticas¹ (a partir de palavras-chave, como “refúgio

1 A hemática é uma atividade constante, ou seja, coletamos várias reportagens vinculadas ao refúgio no Brasil, obtidas em sites de jornais, revistas, portais de notícias, blogs, dentre outros.

no mundo e Brasil”, “xenofobia”, “crise econômica”, “mercado de trabalho”, “discriminação”); e levantamento estatístico nas bases de dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) e do Instituto Brasileiro de geografia (IBGE). O método empregado para o desenvolvimento do artigo foi o dedutivo. Por fim, cabe ressaltar que a utilização dos resultados, foi de forma pura e a abordagem foi qualitativa, exploratória e descritiva.

2. Os refugiados nas duas primeiras décadas do século XXI no Brasil

Jacques Lévy considera a mobilidade “um fato social total”; em outras palavras, pode-se dizer que, na perspectiva do autor, alteração de lugar não está relacionada apenas ao critério de deslocamento, mas também a uma questão social². Dessa forma, entende-se que a mobilidade humana é diretamente ligada às relações sociais.

Além disso, Sayad afirma que o “fato social total” significa falar da imigração da sociedade como um todo, seja na dimensão diacrônica, isto é, numa perspectiva histórica; seja em sua extensão sincrônica, a partir das estruturas da sociedade e de seu funcionamento³. Ainda, Sayad enfatiza que a imigração é deslocamento de pessoas no espaço, no primeiro momento físico, mas também qualificado, isto é, “muitos sentidos, socialmente, economicamente, politicamente e culturalmente⁴”.

Destarte, vale ressaltar que, conforme o entendimento de Nayara Costa, a crise migratória mundial é uma realidade agravada pelo fato de países tradicionais de destino estarem adotando políticas conservadoras e patrióticas voltadas à restrição das migrações de migrantes e de refugiados⁵. Mais especificadamente, no que tange aos reflexos da crise migratória mundial no século XXI no Brasil, cabe aduzir:

Portanto, a confluência de fatores geográficos, econômicos e políticos que, segundo as teorias das migrações, agem como indutores dos fluxos migratórios, torna necessário mensurar e avaliar o impacto da política externa, dos acordos internacionais e dos discursos governamentais no plano nacional para,

2 LÉVY, 2001, p. 1.

3 SAYAD, 1998, p. 16.

4 SAYAD, 1998, p. 15.

5 COSTA, 2016, p. 20.

assim, compreender quantitativa e qualitativamente a dimensão da imigração no Brasil, visando o alinhamento entre as políticas públicas (plano nacional) e a política externa (plano internacional) para as migrações⁶.

Nesse sentido, nota-se o quão é fundamental que seja assegurado aos migrantes e aos refugiados os direitos humanos positivados, no período após as Guerras Mundiais, pela Organização das Nações Unidas. No caso específico dos refugiados, faz-se necessária uma atenção cautelosa, pois as pessoas que se encontram na condição de refugiadas não buscaram a condição de migrantes e, pelo contrário, foram obrigadas a migrar⁷. No que diz respeito aos motivos ensejadores do refúgio, cabe elencar:

As causas da migração forçada permanecem as mesmas, constatando-se circunstâncias diferentes e novas dimensões no caso dos fluxos de refugiados que constituem um grupo específico. Refugiados são pessoas que se veem obrigadas a fugir de seus países de residência devido a conflitos intra ou interestatais ou outras situações de violência e violações de direitos humanos, cruzando fronteiras em busca da proteção de outros Estados⁸.

No período atual, o número de pessoas em busca de refúgio chega a mais de 25,5 milhões na escala global, em que cerca de 60% dessa população são especificamente de três países: Síria, Afeganistão e Sudão do Sul⁹. Dentre os países que mais acolhem refugiados estão Turquia, Paquistão, Uganda, Sudão e Alemanha¹⁰.

Nessa perspectiva, o território brasileiro só começa a ganhar expressão de acolhimento de refugiados a partir de 2010, com a recepção de refugiados sírios, ainda que, de maneira quantitativa, em pequeno número, como ressaltam os autores Rodrigues, Sala e Siqueira¹¹. Em 2013, durante a crise do Haiti, o país avançou em suas políticas públicas sobre o fenômeno dos refugiados (Gráfico 1).

6 COSTA, 2016, p. 20.

7 JUBILUT, 2007.

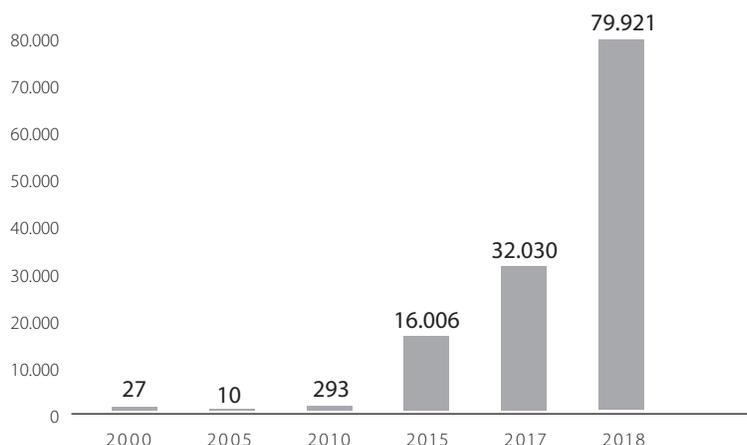
8 LIMA et al, 2017, p. 30.

9 ACNUR, 2019.

10 ACNUR, 2019.

11 RODRIGUES; SALA; SIQUEIRA, 2018.

Gráfico 1 – Quantidade de solicitações de refúgio no Brasil (2000, 2005, 2010, 2015, 2017 e 2018)



Fonte: elaborado pelas autoras, com base nos dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE)

De acordo com os dados do Gráfico 1, verifica-se que, em 2000, 2005 e 2010, a quantidade de solicitações de refúgio no Brasil ainda era modesta. Havia apenas 330 refugiados no total, sobretudo nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Já em 2015 e 2017, o número de solicitações registradas aumentaram para 16.006 e 32.030 refugiados, respectivamente; entretanto, foi em 2018 que a quantidade de solicitações de refúgio registradas ocorreu de maneira mais acentuada: no total, havia 79.921 refugiados no território brasileiro, notadamente em Roraima (50.740 solicitações), Amazônia (10.469 solicitações), São Paulo (9.972 solicitações), Santa Catarina (1.867 solicitações) e Paraná (1.399 solicitações).

Dessa forma, conforme Serricella, o Brasil tem caminhado para uma posição de destaque na América do Sul no que diz respeito à temática do Direito Internacional dos Refugiados, bem como à sua responsabilidade e à política externa adotada frente ao debate no tema de migrações e abertura ao recebimento de refugiados¹². Também foi o primeiro país no Cone Sul a ratificar a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no ano de 1960. Desde a promulgação da Lei brasileira de Refúgio – Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997 –, o Brasil tem sido visto como o país com uma das leis “mais avançadas e generosas do continente americano” em relação à

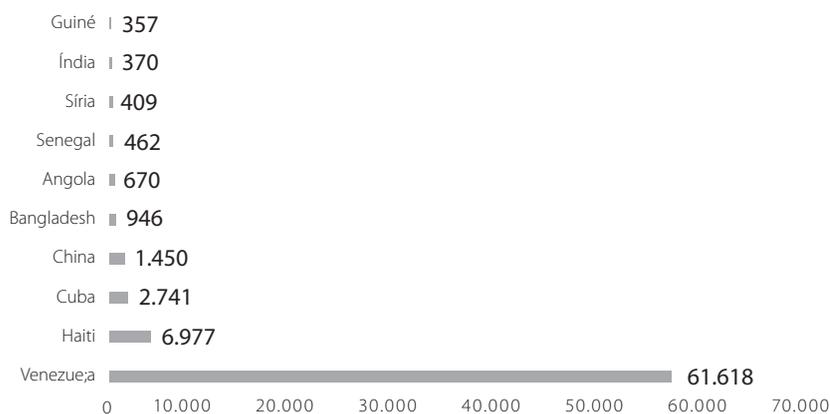
12 SERRICELLA, 2016.

temática¹³, o que tem provocado um aumento exponencial do número de solicitações de refúgio no país.

Destarte, cabe ressaltar que a origem dos solicitantes de refúgio e refugiados no Brasil é bastante diversificada e vem alterando sua composição interna ao longo da presente década. Conforme informações do Relatório anual de imigração e refúgio no Brasil, no recorte temporal de 2011, destacavam-se 239 pessoas, os bengalis (33,1%) e os paquistaneses (19,2%). Em 2017, num contingente muito maior, de 8.493 pessoas, destacando-se os senegaleses (23,3%), seguidos pelos venezuelanos (16,8%) e haitianos (14,9%). Essas foram as principais nacionalidades de solicitantes de refúgio e refugiados no mercado de trabalho formal no Brasil em 2017. É possível observar que houve uma alteração no eixo majoritário das origens dos solicitantes de refúgio e refugiados – em 2011, a maioria provinha da Ásia (Bangladesh e Paquistão) e, em 2017, a maioria era da África e América Latina, sobressaindo-se Senegal, Gana e Venezuela¹⁴.

Nesse sentido, a presença dos refugiados, em especial dos Venezuelanos, tem marcado a paisagem e as práticas cotidianas no território brasileiro, conforme é possível visualizar, no Gráfico 2, quais são as principais nacionalidades que estão no Brasil no recorte temporal mais recente, referente ao período de 2018.

Gráfico 2 – Os principais países que apresentaram solicitações de refúgio no Brasil (2018)



Fonte: elaboração pelas autoras, com base nos dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE)

13 ALMEIDA, 2001, p. 165.

14 CAVALCANTI; OLIVEIRA; MACEDO, 2019.

No que se refere aos principais países que solicitaram refúgio no território brasileiro, nota-se que a maioria é da Venezuela (61.618 solicitações), Haiti (6.977 solicitações), Cuba (2.741 solicitações), China (1.450 solicitações), Bangladesh (946 solicitações) e Angola (670 solicitações). Nessa perspectiva, encontra-se o novo panorama atual dos refugiados em múltiplas escalas no país.

Quanto ao amparo legal que visa ao acolhimento do refugiado no Brasil, pode-se destacar que a redemocratização brasileira contribuiu para que o país colocasse em pauta questões relacionadas à proteção internacional e ao refúgio. Assim sendo, o Estado Brasileiro foi o primeiro da América do Sul a ter uma legislação específica para os refugiados, com a Lei nº 9.474/1997. Vale ressaltar ainda que, além do princípio da igualdade, já previsto constitucionalmente pelo Brasil, o país ratificou, em 1961, a Convenção de 1951, que tratou do Estatuto dos refugiados e, em 1972, Protocolo de 1967, que expandiu o conceito de refugiado¹⁵.

Cabe elencar algumas especificidades da legislação brasileira referente ao refúgio. De maneira introdutória, faz-se necessário expor que o artigo 5º da Constituição Federal prevê que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹⁶. Ou seja, tem-se estabelecida a igualdade.

Entretanto, no que tange à legislação específica para refugiados prevista na Lei nº 9.474/1997, compreende-se a importância de expor definição de quem seria reconhecido como refugiado pelo Brasil. À vista disso, cabe elencar que, conforme os três incisos do artigo primeiro da legislação citada, não somente será reconhecido como refugiada a pessoa que “devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país”, mas também os que não tem nacionalidade e não podem regressar ao país habitual em função dos motivos citados anteriormente, além dos indivíduos que sofrerem “a grave e generalizada violação de direitos humanos”¹⁷.

15 LIMA et al, 2017, pp. 56-57.

16 BRASIL, 1988.

17 BRASIL, 1997.

Por fim, a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, também conhecida como Lei de Migração, na concepção de Roberta Baggio e Daniel Nascimento, é, sem dúvidas, a configuração de um avanço, principalmente se comparada ao retrógrado Estatuto do Estrangeiro; porém, os autores entendem que o “contexto político-institucional” em que a Lei foi aprovada pode inviabilizar os avanços pretendidos na legislação¹⁸.

Dentre os avanços advindos com a implementação da Lei de Migração, destaca-se a previsão do artigo 3º, que estipula de forma expressa que a política migratória no Brasil deve ser regida “pelos seguintes princípios e diretrizes”, como o disposto no inciso II, sendo “repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação”¹⁹.

Assim, a Lei de Migração tem como intuito a promoção de um ambiente digno e harmônico em que um imigrante, seja refugiado ou não, possa ser acolhido de forma adequada e ter sua dignidade viabilizada por meio da efetivação dos seus direitos humanos no país. Dessa forma, identifica-se o viés de combater o preconceito e a xenofobia, corroborando, assim, com os princípios constitucionais brasileiros e contribuindo para a desmistificação do imigrante como sendo um estranho e/ou criminoso.

A Lei de migrações é oportuna para a melhoria do sistema de acolhimento dos refugiados no território brasileiro. Hoje, o deslocamento forçado é um problema em esfera mundial que atinge o Brasil, sendo necessário que o país formule políticas públicas direcionadas à demanda atual para que, com isso, os refugiados sejam acolhidos de forma digna no país²⁰.

3. O discurso da crise econômica como fomentador da xenofobia

De antemão, é importante destacar que a xenofobia afeta a maior parte de grupos migrantes, mas, ainda assim, deve-se mencionar a existência de uma questão de interseccionalidade. Não se pode considerar que todos os grupos enfrentam a xenofobia do mesmo modo, ou seja, diferentes fatores devem ser levados em consideração ao analisar a xenofobia contra determinado grupo, já que características como origem geográfica, cultura, gênero, cor, etnia, classe social e religião afetam a recepção desses estrangeiros nos países

18 BAGGIO; NASCIMENTO, 2018, pp. 25-26.

19 BRASIL, 2017.

20 FRANÇA et al, 2019, p. 6.

de destino. Sobre a xenofobia de forma direta e o repúdio a esta, pode-se aduzir que:

[...] A xenofobia refere-se a uma intolerância, uma atitude, um comportamento de exclusão e rejeição em relação àqueles que são de fora da sua comunidade ou sociedade. No âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, as organizações, como as Nações Unidas, têm se mobilizado no sentido de criar resoluções, declarações e programas para combater esse tipo de violência que é a xenofobia. Assim, ao mesmo tempo em que existem pessoas que não querem receber migrantes em seu território, há aqueles que buscam ajudá-los, acomodá-los e assisti-los, apresentando o paradoxo ainda existente ²¹.

Ademais, alguns contextos socioeconômicos podem intensificar a xenofobia. As épocas de crise ou de recessão econômica, com elevadas taxas de desemprego, são exemplos dessa piora. Nesse sentido, destaca-se no documento da Cepal que

Una de las expresiones más perniciosas y negativas de las visiones alarmistas sobre los efectos de la crisis es el resurgimiento de opiniones anti-inmigrantes de diverso alcance y difusión social. Las actitudes de discriminación y xenofobia en diferentes medios nunca están ausentes, pero suelen ser características de tiempos de incertidumbre y han emergido entre la población de algunos países donde se verían amenazados los espacios y oportunidades laborales para los trabajadores locales. Se despiertan así conductas de rechazo al inmigrante que parecen estar más controladas en momentos de estabilidad económica²².

Em geral, se o trabalho realizado pelos imigrantes se limita àquele que a população local não quer realizar e não afeta sua própria situação laboral, a presença daqueles é mais aceita. A maior competição por recursos limitados (vagas de emprego, vagas em escolas públicas, leitos de hospitais, entre outros) costuma levar a população local a realizar discursos ou ter

21 SIMÕES et al, 2018, p. 265. Destaca Villa (2003, p. 439) no Diccionario de Derechos Humanos, o significado de xenofobia “Neologismo acuñado hacia 1900, según el Diccionario Etimológico de Corominas, que significa ‘miedo al extranjero. Se trata de una patología del nacionalismo puesto que supone rechazar al forastero por el mero hecho de serlo, prescindiendo de sus calidades morales o culturales e incluso de su condición legal, lo que implica a contrario sensu otorgar todas las ventajas al lugareño o nativo, aunque no las merezca”.

22 PIZARRO; FINARDI; CONTRUCCI, 2009, pp. 20-21.

comportamentos xenófobos, buscando restringir a entrada de imigrantes no país ou pedindo, em alguns casos, a expulsão destes.

Tal discurso, em relação à questão econômica e à capacidade de absorver mão de obra de imigrantes, destaca Alcaraz, vem a ser utilizado para parecer menos sancionável²³, ou seja, a discriminação nesse discurso pode ser mais fácil de ser disfarçada e não chama tanta atenção a atuação dessa sociedade em relação à temática da migração.

A ideia por trás dessas atitudes é a de que se deve priorizar o atendimento e o funcionamento de serviços públicos para os nacionais, especialmente em situações de crise, em que os recursos financeiros do Estado se encontram limitados. Essa maneira de pensar afeta principalmente o campo da educação – além da vaga em escolas, somam-se as dificuldades de políticas de integração nas escolas ou mesmo nas universidades. Vale salientar que é através de políticas públicas no setor da educação que se pode estimular a garantia desta integração local²⁴.

Inclusive no contexto atual, não se pode esquecer da correlação entre discursos “parasitários” atribuídos a imagem do migrante, pois, conforme Spire, no período de crise econômica, é utilizado o discurso de que os migrantes tão somente usufruem das políticas assistencialistas e benefícios sociais²⁵. No que diz respeito a esse entendimento, Wermuth e Godoy, ao analisarem a perspectiva de Spire, compreendem que:

Logo, os discursos “parasitários” cumprem, na ótica do sobredito sociólogo, com uma função ideológica que é decisiva em uma época de crise econômica e de pânico moral, qual seja: eles fornecem legitimidade simbólica para políticas de exclusão que de outra maneira não receberiam aprovação por parte da população. Nessa ótica, portanto, os estrangeiros não mais seriam rejeitados em virtude de concepções racistas/xenofóbicas de nação, mas em virtude de um ideal consensual: salvaguardar o que resta do Welfare State em favor dos cidadãos autóctones²⁶.

23 ALCARAZ, 2018, p. 49. A autora veio a pesquisar no âmbito do facebook dos principais jornais espanhóis a temática sobre imigração e a visão ante o rechaço.

24 COSTA; PEIXOTO, 2018.

25 SPIRE, 2013.

26 WERMUTH; GODOY, 2015, p. 41.

Além disso, conforme informações coletadas no jornal *Destak*, uma pesquisa do Instituto Ipsos, publicada em dezembro de 2018, aponta que a população acredita que atualmente o Brasil é composto por 30% de imigrantes. Isso superestima em 75 vezes a realidade. No mesmo mês, o Instituto Datafolha mostrou que 67% dos brasileiros defendem a adoção de restrições à entrada de pessoas de outros países. Ainda conforme o roteirista do jornal *Destak*:

[...] os casos de violência contra o crescente fluxo migratório de venezuelanos que o estado de Roraima recebe desde 2015. Pacaraima, na fronteira com a Venezuela, e Boa Vista, a capital, presenciaram o aumento da entrada dos vizinhos que vinham à região com frequência para fazer transações, turismo e compras no passado. Agora são vistos como a razão da falta de emprego, caos na saúde e insegurança preocupante²⁷.

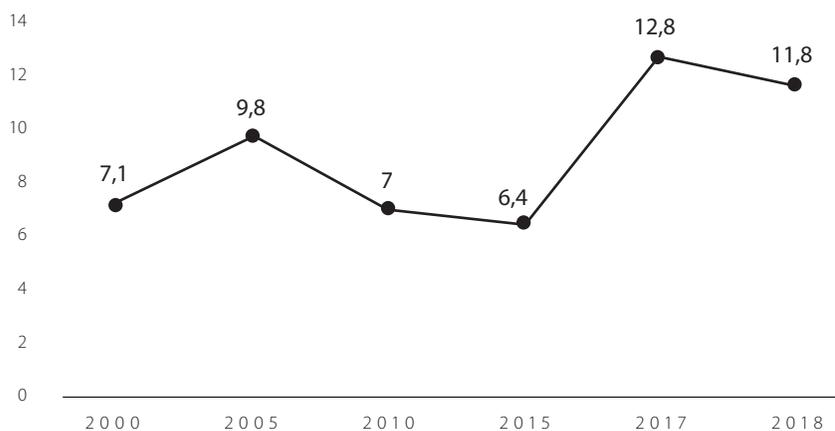
Com relação à xenofobia, segundo o estudo de junho de 2018 da Agência da ONU para Refugiados, o perfil socioeconômico dos refugiados no Brasil motiva o fato de 41% dos entrevistados admitirem ter sofrido algum tipo de discriminação²⁸. Os entrevistados do estudo são refugiados reconhecidos pelo Estado brasileiro de mais de 80 nacionalidades diferentes.

Para tanto, tem-se a intenção de elucidar que o discurso da crise econômica deve ser analisado com bastante cuidado, pois compreende-se que a taxa de desemprego aumentou e diminuiu de acordo com recorte temporal no início do século XXI (Gráfico 3).

27 LUIZ, 2019, p.1.

28 ACNUR, 2018.

Gráfico 3 – Porcentagem da taxa de desemprego
(2000, 2005, 2010, 2015, 2017 e 2018)



Fonte: elaboração pelas autoras, com base nos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD).

No Gráfico 3, notam-se oscilações no mercado de trabalho, em que as taxas de desemprego foram aumentando de 2000 a 2005; depois, em 2010 e 2015, houve uma redução nas taxas de desemprego. No entanto, no recorte temporal de 2017, a porcentagem de pessoas sem ocupação passa a ser 12,8%, o que está relacionado a distintos fatores conjunturais. Ademais, no recorte temporal recente de 2018, percebe-se que a taxa caiu de 12,0% para 11,8% na passagem do trimestre encerrado em junho para o terminado em setembro, influenciada pelo aumento na população ocupada e pela redução na desocupação. Esses resultados são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), fornecida pelo IBGE (2019) e mostram que, mesmo comparando os Gráficos 3 e 1 em um mesmo recorte temporal, percebe-se que o aumento quantitativo do número de refugiados, diante da taxa de desemprego, não justifica as atitudes xenófobas e discriminatórias contra refugiados que adentram em territórios brasileiros²⁹.

Assim, com base nos dados explanados e no sentido de melhor desenvolver uma construção de pensamento, pode-se, inclusive, correlacionar a xenofobia com o “estado natural” ou “estado de guerra” definido por Thomas

29 SARAIVA, 2019.

Hobbes em que, neste, estão “todos os homens contra todos os homens”³⁰. Dessa forma, ao contextualizar o pensamento de Thomas Hobbes com a política de não recepção dos refugiados de alguns Estados no século XXI com a xenofobia, denota-se que tal concepção pode ser vinculada ao entendimento de que, na medida em que se enxerga o semelhante como um inimigo, configura-se, em maior ou menor grau, a instauração do pensamento de “todos contra todos”.

Juan Murillo considera: “[...] é importante destacar que o interesse legítimo dos Estados em termos de segurança é compatível com a proteção internacional dos refugiados, e deve ocorrer dentro do marco de respeito aos direitos humanos”³¹. Com isso, entende-se que a segurança é um interesse legítimo dos Estados e que tal ponto está diretamente ligado ao dever dos países que contraíram obrigações internacionais com relação aos direitos humanos e aos direitos dos refugiados em efetivar tais compromissos.

Ao analisar a questão migratória dentro de suas particularidades, ao passo que essas se tornem interesse dos Estados e de suas sociedades, tem-se a colaboração efetiva para ultrapassar o conceito de imigrante “inimigo” do nacional e, assim, combater comportamentos xenofóbicos³². Nesse aspecto, destaca Gaborit, a imagem dos migrantes se constrói como uma força de ameaça à cultura e à identidade, seja ela realista ou simbólicas³³.

Nessa perspectiva, a fraternidade aparece como uma nova esperança de que a realidade da migração seja vista de maneira harmônica e, com isso, corrobora para a efetivação dos direitos humanos de todos os residentes no país. Assim, aposta-se na fraternidade como uma solução para a xenofobia³⁴. Sobre tal ponto, Rosita Milesi acrescenta que:

Bom começo é ter presente e declarar que a pessoa que migra é tão humana como qualquer outro cidadão do país que ela escolheu para procurar melhores condições de vida, segurança, trabalho, paz. Depois, combater a xenofobia, garantindo direitos e efetivando que os e as migrantes não sejam, como de fato não são, “uma carga indesejável”, “um alienígena”, ou até “uma ameaça”.

30 HOBBS, 2000, p. 110.

31 MURILLO, 2009, p. 122.

32 SIMÕES et al, 2018, p. 265.

33 GABORIT, 2020, p. 10.

34 SIMÕES et al, 2018, p. 266.

Passar a entendê-los, política, cultural e espiritualmente como uma riqueza. Acreditar e expressar, nas políticas públicas, que a presença do outro, a alteridade, é forma privilegiada de se encontrar, de se transformar e de crescer³⁵.

Por respeito à identidade cultural de cada um, fomentar políticas que levem em consideração a interculturalidade existente é uma das vias principais para evitar esse contínuo ataque xenófobo por parte da sociedade, do Estado e até mesmo da mídia. Como destaca D'Ancona, o discurso xenófobo vem sendo beneficiado pela maior presença de imigrantes,

Especialmente quando são de países ou pertencem a grupos étnicos para os quais são compartilhados preconceitos e estereótipos negativos. Na configuração destes e, em geral, da imagem da imigração, outros fatores propiciatórios da xenofobia são relevantes: ignorância mútua, notícias sobre imigração e seu tratamento pela mídia e discursos políticos.³⁶

Portanto, diante dessa constante mobilidade, é necessário que esses diversos campos que podem propagar atos e discursos xenófobos sejam trabalhados para uma mudança de paradigma. Primeiramente, no campo da sociedade, uma sensibilização e informação sobre temas de imigração e refugiados é útil para dar a conhecer temáticas que antes não eram debatidas fora do âmbito acadêmico. Além disso, fortalecer a propagação de diálogos sobre a temática para criar uma consciência e empatia ao outro, nesse caso ao imigrante, facilitará o seu acolhimento dentro da sociedade de destino. Por outro lado, quanto ao Estado, no que se refere à questão de segurança nacional e controle das suas fronteiras, é necessário acabar com a estigmatização do “perfil de suspeito”, inserido por determinadas categorias, como religião, origem, raça, entre outros. Como destaca Gallegos:

A abordagem de segurança e controle nacional começa com a consideração de todas as suspeitas ‘para todos os estrangeiros. Por uma série de filtros para sua

35 MILESI, 2007, p. 78.

36 D'ANCONA, 2005, p. 205, tradução nossa. No original: “Especialmente cuando soy de países o grupos étnicos a aquellos que comparten estereotipos preconcebidos y negativos. En la configuración de estos y generalmente proporciona imágenes de inmigración, otros propiciadores de la xenofobia son relevantes: ignorancia mutua, noticias de inmigración y su tratamiento por los medios, y discursos políticos”.

renda e dispositivos tecnológicos, para identificar quem eles são considerados migrantes benéficos e quem são perniciosos. Novamente, essa ideia de quem é aceito envolve categorias raciais, de classe e morais.³⁷

A mídia, o terceiro campo, está impregnada do discurso de ódio, que sustenta esse caráter xenófobo que uma parte da sociedade apoia. Portanto, essa característica se vê alimentada pelas notícias que jornais transmitem com teor de medo e alarme social frente ao desconhecido. Nesse sentido, Freier afirma: “A racialização não se refere apenas à suposta diferença fenotípica ou biológica, mas também pode instrumentalizar ou construir características étnicas e culturais como base para a diferenciação”.³⁸ Percebe que esse discurso por parte da mídia tem a capacidade de incidir no tratamento de imigrantes, principalmente os de origem muçulmana, revestido um caráter mais sensacionalista³⁹. Agregando a esse discurso de ódio e alarme social, soma-se o espaço na internet, que cada vez mais se expande com tanta rapidez que torna sua extensão ilimitada, ocasionando comportamentos como ameaças, discriminação e injúrias⁴⁰.

Em contrapartida, independentemente dos entraves citados, é fundamental garantir a recepção e o devido acolhimento ao refugiado com, inclusive, o combate efetivo à xenofobia, para que, assim, o Estado brasileiro implemente, sem distinção, os direitos humanos dos residentes no país, conforme foi estabelecido pelas obrigações internacionais com que compactuou e também em conformidade com o seu ordenamento jurídico nacional, em especial, no estipulado pela Constituição Federal e pelas leis nº 9.474 de 1997 e nº 13.445 de 2017.

Dessa forma, cabe aduzir a compressão de Agni Pita, de que o direito dos refugiados deve ser visto à luz dos direitos humanos, justamente por serem pessoas que tiveram que fazer um deslocamento forçado dos seus

37 GALLEGOS, 2018, p. 20, tradução nossa. No original: “El enfoque de control y seguridad nacional parte de considerar ‘sospechoso’ a todo extranjero. Por una serie de filtro para su ingreso y dispositivos tecnológicos para identificar quiénes son considerados migrantes beneficiosos y quiénes perniciosos. Nuevamente esta idea de quiénes son aceptados involucra las categorías de raza, clase y moral”.

38 FREIER apud GALLEGOS, 2018, p. 21, tradução nossa. No original: “La racialización no solo se refiere a la supuesta diferencia fenotípica o biológica, sino que también puede instrumentalizar o construir rasgos étnicos y culturales como base de la diferenciación”.

39 GÁLVEZ, 2010.

40 MARTÍNEZ et al, 2019, pp. 29-32.

países de origem para preservação dos seus direitos humanos⁴¹. Isto é, ao vislumbrar os direitos dos refugiados, tendo sua base nos direitos humanos, denota-se a necessidade de garantir que seja combatida a xenofobia de forma que, por meio dessa posição, seja viabilizada a dignidade humana dos refugiados acolhidos pelo Brasil.

Considera-se que a visível complexidade das relações entre nacionais e imigrantes é oriunda da identificação do outro como ser diferente, que detém características peculiares de seu país e de suas vidas em particular. O significado de “estrangeiro” vem do grego do vocábulo *xenos* e expressa a ideia de estranho, o que vem a resultar em desconfiança em razão da relação com o desconhecido ou diverso. Então, é preciso a compreensão de que somos todos da mesma espécie humana e que as diferenças podem despertar outros sentimentos, como o encanto⁴².

Dessa forma, assimilar que o outro, apesar de diferente, também é igual, ampara o entendimento da necessidade de alteridade e empatia para um bom convívio humano e também colabora na efetivação dos direitos humanos. Como destacam Marcelo Proni e Thaís Proni, ao explicar sobre a intolerância em razão da diferença na obra de Bobbio, ao ressaltar que o preconceito e a discriminação não são atitudes civilizadas, a necessidade de conviver com as alteridades para reconhecer a importância da tolerância⁴³. Portanto, é necessário entender o estrangeiro e saber conviver de maneira harmoniosa com essas diferenças, baseando-se no respeito e na aceitação dessa diversidade.

Vale ressaltar que, para que se tenha um combate efetivo à xenofobia, são necessárias não apenas políticas públicas estatais⁴⁴, mas também a atuação, em conjunto, da sociedade civil e de instituições colaboradoras. Nesse

41 PITA, 2016, p. 7.

42 CEREJIDO, 2008, p. 2.

43 PRONI; PRONI, 2017.

44 Nesse aspecto, Haasvisto (2008, p. 3) destaca que “La mayor parte del trabajo para erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia inherente, se ha enfocado en la ratificación e implementación efectiva de instrumento legales internacionales y regionales. Para quienes experimentan discriminación y xenofobia, estos instrumentos envían un mensaje contundente a la mayoría sobre los valores requeridos para formar parte de una nación. La legislación de derechos humanos puede brindar protección práctica a quienes son percibidos como forasteros o desamparados (...) Proteger a las minorías puede ser percibido como una amenaza para la mayoría. Un enfoque exclusivo sobre los derechos individuales mediante la ciudadanía jurídico-política minimiza la importancia de los derechos de las colectividades que son necesarios para su bienestar y su dignidad”.

sentido, a instituição sem fins lucrativos denominada Bibli-ASPA tem como missão, além de “acolher e prover formação de refugiados e imigrantes”, aproximar as relações culturais por meio de uma relação de conhecimento e do intercâmbio cultural⁴⁵. Com relação ao intuito da Instituição, pode-se aduzir que:

O estabelecimento de relações políticas, culturais e econômicas consistentes e duradouras entre os países da África, da América do Sul e do Mundo Árabe pressupõe a construção de conhecimento mútuo das sociedades envolvidas. Os estereótipos culturais e as representações politicamente motivadas sobre o Mundo Árabe, a África e a América do Sul só podem ter seu efeito negativo contrabalançado pela produção constante de saberes acadêmicos, embasados em pesquisas empíricas de qualidade, bem como pela disponibilidade de textos representativos da produção cultural árabe, africana e sul-americana⁴⁶.

Segundo Paulo Daniel Farah, a Bibli-Aspa acolhe o equivalente a 300 refugiados por semana, sendo de nacionalidades e idiomas diferentes⁴⁷, e promove ações gratuitas que vão desde programas que visam ensinar para os refugiados a língua portuguesa e a cultura brasileira até a condução e acompanhamento a órgãos públicos. Nessa perspectiva de ajudar os refugiados, a Bibli-Aspa realizou parcerias com instituições privadas e públicas com a finalidade, inclusive, de elaborar políticas públicas que se relacionem com o tema do refúgio.

A atuação da Instituição ocorre de maneira descentralizada, por meio de núcleos, e um dos temas que circundam o intuito da Bibli-Aspa é a promoção de “ações e militância em prol do combate à xenofobia, ao racismo, ao preconceito, à intolerância e à discriminação de qualquer espécie”. Incorpora-se:

A relevância social desse projeto é expressiva na medida em que promove a integração e fornece meios para que eles possam assegurar seus direitos de acesso a serviços públicos, além de procurar capacitá-los para encontrar trabalho, moradia, etc. O aprendizado do português também permite que a voz

45 BIBLI-ASPA, 2015.

46 BIBLI-ASPA, 2015.

47 FARAH, 2017, p. 28.

dos refugiados seja mais ouvida. O combate à xenofobia e a qualquer tipo de intolerância deve envolver os refugiados, em um esforço coletivo de brasileiros e estrangeiros; é importante que a comunicação seja em português para chegar a mais brasileiros. Exercer cultura de paz na atualidade necessariamente significa envolver-se com a questão dos refugiados e manifestar-se em prol da aproximação e intercâmbio entre os seres humanos, e essa solidariedade não deve ser seletiva, pois não cabe a ninguém – e também não ao discriminado – promover discriminação contra outros grupos, como adeptos de uma dada religião que discriminam integrantes de outra ou rechaçam a diversidade sexual. Nos países onde vivem, os refugiados, os imigrantes e seus descendentes estimulam o diálogo intercultural, a produção intelectual, a criatividade, a inovação, o empreendedorismo e o crescimento econômico⁴⁸

Com relação a estratégias de combate à xenofobia e também ao racismo e à intolerância, referentes aos programas desenvolvidos pela Bibli-ASPA, “seguiu-se a fórmula de educação/conscientização e judicialização”, pois, diante de comportamento xenófobos que antes não eram recorrentes, mas, nos últimos cinco anos, apareceram, foram adotadas medidas judiciais⁴⁹. Assim, ao tratar a xenofobia de modo geral, o autor expõe:

A pergunta que se faz ante os exemplos citados e o quadro atual no Brasil e no mundo é: “Como combater intolerâncias, racismo e xenofobia?”. A resposta inclui necessariamente os princípios de promoção da não violência, da cultura de paz e das expressões culturais de povos árabes, africanos e sul-americanos, entre outros, em benefício do respeito mútuo e da diversidade. Cultura de paz significa, na definição da Unesco, o comprometimento de promover e vivenciar o respeito à vida e à dignidade de cada pessoa sem discriminação ou preconceito, a rejeição a qualquer forma de violência, o compartilhar de tempo e recursos com generosidade a fim de terminar com a exclusão, a injustiça e a opressão política e econômica, desenvolver a liberdade de expressão e diversidade cultural através do diálogo e da compreensão do pluralismo, manter um consumo responsável respeitando todas as formas de vida e contribuir para o desenvolvimento da comunidade, área, país e planeta⁵⁰.

48 FARAH, 2017, p. 29.

49 FARAH, 2017, p. 23.

50 FARAH, 2017, p. 23.

Diante do exposto, o discurso da crise econômica brasileira é um fator contributivo para fomentar a xenofobia e tal adesão é sustentada pelo medo/ameaça do “outro”, principalmente sendo esse outro um refugiado que venha a pegar seu trabalho e a “utilizar” os serviços públicos. Porém, de acordo com o ordenamento jurídico adotado pelo Brasil, tem-se que ponderar o repúdio a xenofobia para, assim, garantir uma acolhida segura dos refugiados no país.

4. Conclusão

Diante do contexto da crise migratória mundial no século XXI, denota-se a necessidade de abordar a temática da complexidade das migrações, em especial, das espécies de migração forçada que caracterizam o refúgio. Nesse sentido, no que diz respeito ao acolhimento de refugiados no Brasil, viu-se que, de acordo com o Gráfico 1, a quantidade de pessoas amparadas pelo refúgio no país, até o ano de 2010, não era tão significativa, porém, em 2015, a quantidade de solicitações já aumentou consideravelmente. O gráfico citado ainda indica que, no ano de 2018, as solicitações foram ainda mais intensificadas, comportando o número equivalente a 79.921 refugiados no território brasileiro.

Nessa perspectiva, nota-se que o Brasil está acolhendo refugiados de diferentes nacionalidades e, conseqüentemente, dotados de características peculiares de seus países de origem. Conforme o Gráfico 2, com o recorte temporal mais atual, em 2018, tem-se acentuada a presença dos venezuelanos, seguida pelos haitianos, cubanos, chineses, bengaleses e angolanos.

Quanto ao amparo legal brasileiro no que tange aos refugiados, tem-se desde os aparatos internacionais ratificados pelo país, como a Convenção de 1951 e Protocolo de 1967, até a própria Constituição Federal de 1988, que representou um marco para redemocratização brasileira. Por fim, há leis que, ao seu tempo, foram inovativas, sendo estas a Lei nº 9.474 de 1997, específica para a questão do refúgio, e a Lei nº 13.445 de 2017, denominada como a Lei de migração, que buscou desmistificar a concepção do estrangeiro como um estranho e um criminoso.

Ao analisar se o discurso da “crise econômica” fomenta a xenofobia aos refugiados do século XXI acolhidos pelo Brasil, viu-se que, de maneira geral, a xenofobia afeta muitos grupos de migrantes e é ocasionada por diferentes motivações, como a cor, cultura e/ou religião. Porém, o panorama

socioeconômico, conforme visto no Gráfico 3, não justifica o aumento do discurso da xenofobia, na medida em que houve um incremento das crises econômicas e, conseqüentemente, das taxas de desemprego, bem como uma diminuição de pessoas sem ocupação. Logo, não se pode ter a visão do imigrante, sendo refugiado ou não, como um inimigo social.

É possível compreender que as relações entre nacionais e refugiados são complexas em face à existência de culturas diferentes e, até mesmo, das distintas histórias de vida, porém é primordial que se tenha o refugiado como um semelhante que precisa ser acolhido de forma digna e que também tem o direito de viver, estudar e trabalhar. Inclusive, cabe ainda a compreensão de que soma de culturas, conhecimentos e histórias pode ser positiva.

Portanto, é incabível a correlação do discurso de inimizar o refugiado por meio de posturas xenofóbicas com a questão de um discurso de crise econômica e, em detrimento dessa possibilidade, faz-se necessário que o país tenha uma cautela maior no sentido de promover políticas públicas que visem conscientizar a população, não somente da importância de acolher o refugiado, mas também do fundamental combate aos comportamentos xenófobos.

Referências

- AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS (ACNUR). Número de pessoas deslocadas no mundo chega a 70,8 milhões, diz ACNUR. *Nações Unidas do Brasil – home page*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-pessoas-deslocadas-no-mundo-chega-a-708-milhoes-diz-acnur/> Acesso: 10 out. 2019.
- ALCARAZ, Antonia Olmos. Alteridad, migraciones y racismo en redes sociales virtuales: un estudio de caso en Facebook. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana - REMHU*. Brasília, v.26, n. 53, pp. 41-60, ago. 2018, <https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005304>.
- ALMEIDA, Guilherme de Assis. A Lei 9474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ALMEIDA, Guilherme de Assis; ARAUJO, Nadia (org). *O direito internacional dos refugiados no Brasil: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 155-168.
- BAGGIO, Roberta Camineiro; NASCIMENTO, Daniel Braga. Do Estatuto do Estrangeiro à nova Lei de Migração no Brasil: breves apontamentos. In: MEJÍA, Margarita Rosa Gaviria (org). *Migrações e direitos humanos*:

- problemática socioambiental*. Lajeado: Editora da Univates, 2018. Disponível em: <http://www.abep.org.br/site/index.php/noticias/1050-publicacao-migracoes-e-direitos-humanos-problematiza-socioambiental>. Acesso em: 10 out 2018.
- BIBLI-ASPA. *Quem somos*. Disponível em: <https://bibliaspa.org/quem-somos/>. Acesso em: 04 nov. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Senado, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em: 10 out. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 13.445/17, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Imigração. Brasília, DF: Senado, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm. Acesso em: 10 out. 2018.
- CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Tadeu; MACEDO, Marília (org.). *Imigração e Refúgio no Brasil*. Relatório Anual 2019. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública: Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral: Brasília, 2019.
- CEREIJIDO, Fanny Blanck. O olhar sobre o estrangeiro. *Ide Psicanálise e Cultura*, São Paulo, v. 31, n. 47, pp. 61-65, 2008. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31062008000200010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 04 nov. 2019.
- COSTA, Érica Nadir Monteiro de Vasconcelos; PEIXOTO, Arnelle Rolim. O processo de integração dos refugiados através da educação: um estudo de caso na cidade de Fortaleza. In: ANNONI, Danielle (coord.). *Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. Curitiba: Gedai/UFPR, 2018, pp. 517-535.
- COSTA, Nayara Belle Nova da. *Migrações Internacionais e Refúgio no Brasil entre 2000 e 2014: uma análise espaço-temporal*. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Geografia, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/22527>. Acesso em: 28 out. 2019.

- D'ANCONA, Maria A. Cea. La exteriorización de la xenofobia. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas-REIS*, Madrid, n. 112, 2005, pp. 197-230. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1958514>. Acesso em: 04 nov. 2019.
- FARAH, Paulo Daniel. Combates à xenofobia, ao racismo e à intolerância. *Revista USP*, São Paulo, n. 114, 2017, pp. 11-30. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/index>. Acesso em: 04 nov. 2019.
- FRANÇA, Rômulo Ataiades; RAMOS, Wilsa Maria; MONTAGNER, Maria Inez. Mapeamento de políticas públicas para os refugiados no Brasil. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 19, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/43008/29657>. Acesso em: 04 nov. 2019.
- GABORIT, Mauricio. La construcción social de la persona migrante como enemigo. In: GARCÍA, Carlos Sandoval (edit). *Puentes, no muros. Contribuciones para una política progresista en migraciones*. Buenos Aires: Clacso, 2020, pp. 1-24.
- GALLEGOS, Jacques Ramírez. De la era de la migración al siglo de la seguridad: el surgimiento de “políticas de control con rostro (in)humano”. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad-URVIO*, Quito, n. 23, pp. 10-28, 2018, <http://dx.doi.org/10.17141/urvio.23.2018.3745>.
- GÁLVEZ, Javier Álvarez. Inmigración e imágenes mediáticas: análisis cualitativo de la autopercepción de los inmigrantes. *Revista Mediaciones Sociales*, Madrid, n. 6, 2010, pp. 93-119. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/MESO1010120093A>. Acesso em: 02 nov. 2019.
- HAASVISTO, Richard. Afrontar las causas radicales de la xenofobia. Valorando la diferencia. *Servicio Jesuita a Refugiados –JRS*, Italia, n. 45, dic 2008, pp. 1-12. Disponível em: <https://jrsea.org/assets/Publications/File/serv45es.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2020.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monterio e Maria B. Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril, 2000.
- JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.
- LEVY, Jaques. Os novos espaços da mobilidade. *Geographia*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6., 2001.
- LIMA, João Brígido Bezerra et al. *Refúgio no Brasil: caracterização dos perfis sociodemográficos dos refugiados (1998-2014)*. Brasília: IPEA, 2017.

- LUIZ, Caio. Além da fome, venezuelanos enfrentam xenofobia. *Jornal Destak*. 2019. <https://www.destakjornal.com.br/mundo/detalhe/alem-da-fome-venezuelanos-enfrentam-xenofobia>. Acesso: 28 out. 2019.
- MARTÍNEZ, Laura Bustos *et al.* Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales. *Mediciones Sociales*, Madrid, v. 18, pp. 25-42, 2019, <https://doi.org/10.5209/meso.64527>.
- MILESI, Rosita. Por uma nova Lei de Migrações: a perspectiva dos direitos humanos. In: GODINHO, Luiz Fernando; FREIRE JÚNIOR, Newton (coord.). *Refúgio, Migrações e Cidadania: Caderno de Debates 2*. ACNUR, agosto de 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-02_Ref%C3%BAGio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 04 nov. 2019.
- MURILLO, Juan Carlos. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados. *Sur, Rev. Int. Direitos Human.* [s.l.], v. 6, n. 10, p.120-137, jun. 2009, <https://doi.org/10.1590/S1806-4452009000100007>.
- PITA, Agni Castro. Direitos Humanos e Direito Internacional dos refugiados. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de (org.). *Refúgio e hospitalidade*. Curitiba: Kairós Edições, 2016.
- PIZARRO, Jorge Martínez; FINARDI, Leandro Reboiras; CONTRUCCI, Magdalena Soffia. *Los derechos concedidos: crisis econômica mundial y migración mundial*. Santiago: CEPAL, 2009. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7231/1/S0900836_es.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.
- PRONI, Marcelo Weishaupt; PRONI, Thaís Tamarindo da Rocha Weishaupt. O papel civilizatório dos direitos humanos: diálogo com Bobbio e Elias. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 51, pp. 161-194, jul/dez 2017, <https://doi.org/10.17808/des.51.921>.
- RODRIGUES, G. M. A; SALA, J. B; SIQUEIRA, D. C. Refugiados Sírios no Brasil. Políticas de proteção e integração. BAENINGER, Rosana *et al* (org.). *Migrações Sul-Sul*. 2. ed. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo/Unicamp, 2018, pp. 309-324.
- SARAIVA, Adriana. Desemprego fica em 11,8%, com recorde no emprego sem carteira. *Portal Agência IBGE Notícias*, 31 out. 2019. Disponível em: [Direito, Estado e Sociedade ■ n. 63 jul/dez 2023](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agen-</p></div><div data-bbox=)

- cia-de-noticias/noticias/25815-desemprego-fica-em-11-8-com-recorde-no-emprego-sem-carteira. Acesso: 29 out. 2019.
- SAYAD, A. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Edusp, 1998.
- SERRICELLA, Giulianna Silva. *Globalização e Refúgio: os refugiados congolese na cidade do Rio de Janeiro como exemplo dessa relação complexa*. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Departamento de Geografia e Meio Ambiente, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2016.
- SIMÕES, Bárbara Bruna de Oliveira; RUDNICKI, Dani; COSTANZA, Grazielle Silva; MARTINI, Sandra Regina. Migrações: fraternidade e xenofobia na sociedade cosmopolita. *Revista Em Tempo*, v. 17, 2018, pp. 248–269. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2616>. Acesso em: 04 nov. 2019.
- SPIRE, Alexis. Xenofobia em nome do Estado de bem-estar social. *Le Monde Diplomatique Brasil*. 2013. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/xenofobia-em-nome-do-estado-de-bem-estarsocial/#:~:text=Enquanto%20as%20solu%C3%A7%C3%B5es%20para%20tirar,dos%20sistemas%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20social>. Acesso em: 27 out. 2020.
- VILLA, Hernando Valencia. *Diccionario Derechos Humanos*. Madrid: Esparsa, 2003.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; GODOY, Guilherme Augusto Souza. O Controle Penal dos Fluxos Migratórios e a Mixofobia na União Europeia. In. *Cadernos de Direito Actual*, v. 3, 2015, pp. 29-51.

Recebido em 16 de maio de 2020.

Aprovado em 21 de outubro de 2020.

RESUMO: o refúgio apresenta-se como uma forma de sobrevivência para uma parcela da população no período da globalização do século XXI, em detrimento das crises políticas, sociais e econômicas. Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo analisar se o discurso da crise econômica brasileira fomenta a xenofobia aos refugiados acolhidos pelo Brasil. Assim sendo, o artigo dividiu-se em duas etapas. Inicialmente, expôs-se o contexto migratório do século XXI, com a explanação do amparo legal internacional e nacional voltado para a questão do refúgio. Em seguida, evidenciou-se a possibilidade de o discurso da crise econômica ser fomentador da xenofobia. A pesquisa contou com metodologia do tipo bibliográfica, pura, de natureza qualitativa, com fins descritivos e exploratórios, mediante a análise legislativa e dos dados do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), bem como do Instituto Brasileiro de geografia (IBGE), dos quais foram resultados gráficos. Com isso, conclui-se que o discurso da “crise econômica” é um estimulador de condutas xenofóbicas, devendo tais comportamentos ser combatidos com eficiência para que, assim, sejam garantidos os direitos dos refugiados no Brasil. *Palavras-chave:* direitos dos refugiados, crise econômica, xenofobia.

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 an 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: refugee law, economic crisis, xenophobia.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: PEIXOTO, Arnelle Rolim; CAVALCANTI, Camilla Martins; SENA, Kananda Beatriz Pinto de. A presença dos refugiados do século XXI no Brasil: uma leitura da xenofobia a partir do discurso da crise econômica. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1493>.

A lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro em contratos internacionais no Brasil

The applicable law to the analysis of enforceability and interpretation of forum selection agreements in international contracts in Brazil

Aline Beltrame de Moura*

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis - SC, Brasil

Rafaela Hormann**

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis - SC, Brasil

1. Introdução

Com o reconhecimento da possibilidade de eleição de foro estrangeiro pelo Artigo 25 do Código de Processo Civil de 2015 e o amadurecimento dos debates a nível jurisprudencial, o Brasil finalmente caminha na direção da aceitação da possibilidade de escolha da jurisdição em contratos

* Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Internacional pela Università degli Studi di Milano, Itália, com Bolsa CAPES Doutorado Pleno no Exterior. Pesquisadora Visitante do Max Planck Institute for Comparative and International Private Law em Hamburgo, Alemanha. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq. Coordenadora do Jean Monnet Network “Building Rights and Developing Knowledge between European Union and Latin-America – BRIDGE”; e do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC, projetos com financiamento da Comissão Europeia. Editora-chefe da Latin American Journal of European Studies. Presidente da Comissão de Direito e Relações Internacionais OAB/SC. E-mail: aline.moura@ufsc.br.

** Doutoranda em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre pela mesma universidade. Foi Pesquisadora Visitante na Universidade de Lisboa. Gerente do projeto Jean Monnet Network “Building Rights and Developing Knowledge between European Union and Latin-America – BRIDGE” com financiamento da Comissão Europeia. Membro do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq. Membro da Comissão de Direito e Relações Internacionais da OAB/SC. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Cesusc. E-mail: rafelahormann@gmail.com.

internacionais. O sistema jurídico nacional se alinha ao entendimento de que a previsibilidade é indispensável às relações globais, e que a expectativa das partes ao celebrarem um acordo de eleição de foro deve ser preservada. Não se olvida, contudo, que, a partir da aceitação da eleição de foro, surgem novas questões a serem compreendidas e respondidas pelo Direito.

Os acordos de eleição de foro em contratos internacionais não são automáticos ou uniformemente aplicados, podendo estar sujeitos às leis de mais de uma jurisdição que impõem diferentes exigências e padrões de análise ao contrato. Dentre as distinções a serem observadas, um ponto muitas vezes desconhecido pelas partes se refere à lei aplicada à análise das cláusulas de eleição de foro, bem como os impactos que a aplicação de uma lei diversa da pretendida podem causar à expectativa de segurança jurídica das relações comerciais transnacionais.

O presente artigo, portanto, busca averiguar qual a lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro no Brasil. A hipótese é que se aplica, no país, a *lex fori* para a análise das cláusulas. Em um primeiro momento, demonstra-se como a lei aplicável pode interferir diretamente no resultado da apreciação da eleição de foro tanto durante o juízo de validade conduzido pelo magistrado quanto durante a fase de interpretação. Com exemplos práticos, demonstra-se como o resultado da análise pode, por vezes, prejudicar a busca das partes por previsibilidade e segurança jurídica.

Após, o tratamento da matéria pelo sistema jurídico dos Estados Unidos da América é objeto de análise para elucidar a problemática. O conflito de disposições entre estados no sistema federativo estadunidense é bastante comum, razão pela qual uma parcela importante da discussão sobre a lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro se originou no âmbito interno, atualmente assumindo relevância em nível internacional. Três pesquisadores se dedicaram ao estudo aprofundado da matéria, com enfoque nos casos internacionais: Jason Yackee, Kevin Clermont e Symeon Symeonides. Seus estudos e conclusões são apresentados seguidos de uma análise dos debates encontrados na jurisprudência norteamericana, concluindo-se pela inexistência de uma orientação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Por fim, o artigo busca compreender qual a lei aplicável à análise de validade e interpretação da eleição de foro no Brasil. Sem uma jurisprudência sequer consolidada sobre a possibilidade de eleição de foro exclusivo estran-

geiro em contratos internacionais, não há como afirmar que a discussão já esteja em nível avançado de desenvolvimento no Brasil. Todavia, o presente trabalho conduz uma análise jurisprudencial que possibilita observar se o poder judiciário segue o padrão de aplicação “inconsciente” da *lex fori*, sem a apreciação da lei aplicável.

Para tanto, o método indutivo é aplicado, partindo-se da análise de 62 (sessenta e duas) decisões coletadas nos portais online do Superior Tribunal de Justiça, dos tribunais de justiça de grande porte e no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Confirma-se a hipótese de que o Brasil aplica a *lex fori* para a análise de validade das cláusulas. No que tange à interpretação, apesar da escassez de casos encontrados, acredita-se que a aplicação da *lex fori* também será a tendência dos próximos anos, considerando-se a dificuldade de legitimação da autonomia da vontade em contratos internacionais no Brasil.

A realização do presente estudo justifica-se pela necessidade de uma compreensão mais apurada acerca da legislação e jurisprudência brasileiras aplicáveis à eleição de foro em contratos internacionais. A ciência das inseguranças jurídicas que permeiam a eleição de foro é indispensável às partes de um contrato para um melhor desenvolvimento de suas relações internacionais e, a partir da experiência norte-americana, a pesquisa objetiva analisar os impactos da lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro no Brasil, potencialmente influenciando a tomada de decisões jurídico-privadas.

2. A validade e a interpretação dos acordos de eleição de foro

Atualmente, existe um consenso de que a vontade das partes externada por um acordo deve ser respeitada sempre que possível e, para esse fim, os acordos de eleição de foro devem ser aplicados¹. Os acordos são encontrados na maioria dos contratos de caráter transnacional, principalmente para garantir maior previsibilidade ao litígio e selecionar tribunais experientes para julgar potenciais controvérsias futuras².

Apesar da pré-seleção do foro e da lei aplicável se destinarem a fornecer previsibilidade razoável, nem sempre ela é concretamente obtida³. Mesmo

1 SCHALLER, 2018, pp. 118 – 119.

2 NANDA; PANSIUS; NEIHART, 2019, p. 01.

3 ZAPHIRIOU, 1978, p. 311.

com uma cuidadosa redação das cláusulas para a limitação de risco, o local inicial do litígio é onde uma das partes do contrato decide ingressar com a ação, e o reconhecimento da eleição de foro dependerá da doutrina, legislação e, principalmente, do entendimento dos tribunais daquele local sobre qual lei aplicar durante a apreciação do acordo⁴.

A análise da eleição de foro pelo tribunal acionado costuma ser estruturada para responder à pergunta: por que a cláusula não deve ser aplicada? A resposta difere entre fronteiras nacionais – e por vezes estaduais –, gerando debates doutrinários e jurisprudências⁵. Objeções como a violação à ordem pública, irrazoabilidade da cláusula ou hipossuficiência das partes podem anular uma cláusula ou impedir sua aplicação. Mas, para entender se a cláusula deve ou não ser aplicada, é necessário ter clareza sobre qual lei deverá guiar tal análise⁶.

Compreender qual é o conjunto de leis que regerá o juízo sobre a validade e interpretação de um acordo de eleição de foro é necessário para que seja possível adequá-lo aos padrões daquela jurisdição, e, assim, garantir o seu reconhecimento pelos potenciais tribunais do local de ingresso da ação conforme os efeitos pretendidos pelas partes no momento de assinatura do contrato⁷. Logo, a questão central sobre a eleição de foro não é mais apenas se os acordos serão reconhecidos, mas qual Estado soberano decide se reconhece tais acordos – e por meio de qual legislação⁸.

Exemplos que tomam como base as diferenças entre a legislação dos Estados Unidos e da Europa ilustram como diferentes regimes legais podem impor condições distintas à escolha de jurisdição. Na União Europeia, as cláusulas de eleição de foro em contratos de trabalho são, em grande parte, inexecutáveis. Por outro lado, os tribunais dos Estados Unidos são mais tendentes a aceitar as cláusulas contidas nesses contratos⁹.

Veja-se o exemplo de um contrato de trabalho entre um cidadão americano e uma empresa francesa para um emprego na Inglaterra. A cláusula de eleição de foro designa um tribunal francês como exclusivamente competente

4 GRUBER, 2013, p. 01.

5 SCHALLER, 2018, pp. 118 – 119.

6 NANDA; PANSIUS; NEIHART, 2019, p. 01.

7 BORN, 2016, p. 119.

8 CLERMONT, 2015, p. 658.

9 YACKEE, 2004, p. 62.

para conhecer quaisquer disputas decorrentes daquela relação de trabalho. A empresa francesa demite o funcionário americano, depois dele ter vivido na Inglaterra por um período. O funcionário retorna aos Estados Unidos e processa a empresa francesa por rescisão indevida junto ao tribunal federal de Nova Iorque, em violação à cláusula de eleição de foro. Como o tribunal de Nova Iorque deve analisar e aplicar a cláusula?¹⁰

Imagine-se, ainda, um contrato de compra e venda de mercadorias, firmado entre uma corporação estrangeira de grande porte e uma microempresa brasileira, contendo uma cláusula de eleição exclusiva da jurisdição do país de origem da corporação. As partes, em comum acordo, preveem no contrato a escolha da lei do país estrangeiro, que favorece a exclusividade das cláusulas de eleição de foro entre empresas. No surgimento de uma controvérsia, a microempresa ajuíza uma ação decorrente do contrato nos tribunais brasileiros. A corporação apresenta exceção de incompetência em sede de contestação, invocando a cláusula de eleição de foro contra a autora da ação. Qual lei deve reger o juízo de validade e a interpretação da cláusula de eleição de foro? A lei estrangeira, eleita pelas partes em comum acordo, ou a lei brasileira, tendo em vista que a ação foi ajuizada no país? Considerando que o Brasil costuma reconhecer a hipossuficiência de empresas em casos similares, a determinação do direito aplicável à análise pode ser crucial para o prosseguimento ou extinção da demanda.

Na busca por segurança jurídica às relações transnacionais, torna-se imperativo que as partes compreendam qual lei será aplicada à análise da cláusula de eleição de foro¹¹. Naturalmente, diferentes tribunais podem chegar a conclusões distintas quanto à lei que rege a mesma cláusula. As opções mais prováveis são: i) a lei do foro onde se processa o litígio, a *lex fori* (na teoria de que a escolha do foro é uma questão processual, sujeita às regras locais); ii) a lei que rege o contrato subjacente das partes (segundo a tese de que o cumprimento de um acordo de eleição do foro é uma questão de direito substantivo, não diferente de outras questões de interpretação e validade do contrato); ou iii) a lei do foro contratualmente especificado (na teoria de que as partes implicitamente pretendiam que as regras deste foro governassem seu acordo de eleição de foro)¹². Ainda existe a possibilidade

10 YACKEE, 2004, p. 63.

11 CLERMONT, 2015, p. 646.

12 BORN, 2016, p. 119; YACKEE, 2004, p. 63.

de o contrato não conter uma escolha de lei, e o tribunal utilizar das regras de conexão para determinar a lei que governa o contrato e, então, aplicá-la à análise da eleição de foro¹³.

Ademais, a aplicação da lei ainda pode variar conforme o objeto em análise, qual seja, a validade ou a interpretação da cláusula de eleição de foro. Uma diferenciação mais apurada entre validade e interpretação será apresentada a seguir.

2.1 Distinção entre a validade e a interpretação da eleição de foro

A apreciação da cláusula de eleição de foro – realizada pelo magistrado do local de ingresso da ação – pode ser dividida em duas etapas: a análise de validade e a análise interpretativa do dispositivo.

A análise de validade das cláusulas de eleição de foro se inicia com a averiguação da possibilidade do acordo conforme a legislação. A validade do consentimento das partes e a interpretação do texto da cláusula são análises posteriores e subordinadas ao êxito positivo da primeira¹⁴. Uma vez garantida a possibilidade da eleição de foro, verificar-se-á a validade dela – por exemplo, se a cláusula preenche os requisitos de forma ou se viola algum limite, como a proteção ao consumidor¹⁵.

Logo, ao apreciar um caso transnacional, com conexão a mais de um sistema jurídico, o tribunal acionado precisará apreciar a validade da cláusula de eleição de foro com base em alguma legislação vigente. Entretanto, a legislação dos Estados envolvidos pode diferir, por exemplo, na regulamentação do alcance da cláusula a terceiros, nos limites de aplicação ou na forma exigida (escrita ou não)¹⁶.

Pela ausência de um instrumento jurídico regulamentando a matéria a nível internacional, é difícil determinar qual lei rege a análise da validade de uma cláusula de eleição de foro, surgindo diversos questionamentos¹⁷. A lei aplicável à análise de validade deve se modificar, a depender do tribunal acionado? Se a ação for apresentada no tribunal eleito, o tribunal

13 YACKEE, 2004, p. 63.

14 POSENATO, 2006, p. 65.

15 SYMEONIDES, 2018, p. 1122.

16 SYMEONIDES, 2018, pp. 1122 – 1123.

17 MULLENIX, 2019, p. 01.

deve aplicar diretamente a lei do foro (*lex fori*), ou seja, sua lei substantiva e processual, ou deve realizar a análise do conflito de leis? Essa análise deve levar à aplicação da lei que rege o contrato subjacente (*lex contractus*), que pode ou não ser a lei do foro? Se a ação for movida em outro tribunal, o tribunal deve aplicar a *lex fori*, a *lex contractus* ou a lei do Estado eleito na cláusula de eleição de foro?¹⁸

Para contextualizar, retorna-se ao exemplo anteriormente apresentado, de um contrato de trabalho entre um cidadão norte-americano e uma empresa francesa para um emprego na Inglaterra, e uma cláusula de eleição de foro designando um tribunal francês como exclusivamente competente para conhecer quaisquer disputas decorrentes daquela relação. Após a demissão, o funcionário norte-americano retorna aos Estados Unidos e processa a empresa francesa por rescisão indevida em Nova Iorque, contrariando o foro contratualmente eleito.

De acordo com as normativas da União Europeia, que provavelmente regulariam a análise da cláusula de eleição de foro contida no contrato individual de trabalho (se o processo fosse instaurado na França), a eleição do foro francês violaria o Regulamento Bruxelas I¹⁹, que protege o trabalhador de litigar em foros inacessíveis, usualmente optando pelo seu local de domicílio ou onde ele exerce (ou exerceu) o trabalho. Já, sob a lei de Nova Iorque, a cláusula seria válida desde que respeitadas as condições de validade formal e material. O resultado prático, é claro, dependeria de qual regulamentação o tribunal de Nova Iorque decidiria aplicar para averiguar a validade da eleição de foro: a *lex fori*, a lei do foro eleito ou a lei aplicável ao contrato²⁰.

Se uma cláusula de eleição de foro for considerada válida, o tribunal ainda poderá ter que responder a outras perguntas sobre o significado e escopo da cláusula, ou seja, o tribunal é levado a interpretar aquele dispositivo. Assim, muitas vezes caberá responder se a eleição de foro abrange reivindicações pré-contratuais ou extracontratuais, se confere jurisdição exclusiva ou não exclusiva ao tribunal escolhido, entre outros²¹.

O jurista Symeon Symeonides diferencia a questão da validade das

18 SYMEONIDES, 2018, pp. 1122 – 1123.

19 UNIÃO EUROPEIA, 2012.

20 YACKEE, 2004, p. 63.

21 SYMEONIDES, 2018, p. 1122.

cláusulas de eleição de foro e a sua interpretação, sendo a distinção próxima à divisão tradicional entre regras processuais e substantivas. Para o autor, questões de jurisdição e validade de cláusulas de eleição de foro são essencialmente processuais, porquanto compreende-se que a interpretação de cláusulas de eleição de foro, assim como a interpretação de um contrato, é uma questão substantiva²². Tratando-se de análises distintas, é possível visualizar, inclusive, a aplicação de leis distintas para a validade e a interpretação da eleição de foro.

Muitos são os casos que tratam da interpretação das cláusulas de eleição de foro, por vezes pela falha das partes durante a elaboração da redação, e outras pela interpretação distinta atribuída em diferentes sistemas legais²³. O clássico exemplo sobre a interpretação das cláusulas de eleição de foro é encontrado em contratos internacionais com uma parte pertencente ao sistema de *common law* e outra ao sistema de *civil law*, que usualmente possuem interpretações distintas sobre cláusulas mandatórias e permissivas.

É o caso de um contrato entre uma empresa dos Estados Unidos da América e outra da Alemanha que disponha que as futuras controvérsias advindas do contrato serão resolvidas pelo foro de Berlim. Na hipótese de o processo ser ajuizado nos Estados Unidos e a cláusula interpretada conforme a *lex fori*, muito provavelmente se entenderá que a cláusula de eleição de foro é permissiva, e que a ação pode ser ali processada. Entretanto, se a cláusula for interpretada conforme as leis aplicáveis à Alemanha (neste caso, o Regulamento Bruxelas I da União Europeia²⁴), considerar-se-á que a cláusula é mandatória, e que os Estados Unidos não possuem jurisdição para apreciá-la.

Dentre as tarefas interpretativas está também a determinação do escopo, que auxilia o tribunal a definir a amplitude da cláusula de eleição de foro. Cláusulas mais restritas usualmente são aplicadas para reivindicações contratuais, mas não para reivindicações extracontratuais ou indenizatórias. Cláusulas com escopo mais amplo podem designar que todas as reivindicações devem ser resolvidas naquele local, independentemente da matéria²⁵.

Outro tipo de interpretação que o tribunal poderá realizar relaciona-se

22 SYMEONIDES, 2018, p. 1142.

23 CLERMONT, 2015, pp. 646 - 647.

24 UNIÃO EUROPEIA, 2012.

25 COYLE, 2019, p. 1795.

a abrangência da cláusula, determinando se a eleição de foro alcança terceiros – como, por exemplo, partes relacionadas ao signatário do contrato, mas que não assinaram o instrumento. Quando uma empresa assina um contrato contendo uma cláusula exclusiva de eleição de foro, e a contraparte do contrato processa a empresa e sua subsidiária em um local diferente, os tribunais devem determinar se a empresa subsidiária – que não era uma parte no contrato original – poderá invocar a cláusula de eleição de foro. A competência interna de determinado foro também é, por vezes, objeto de debate interpretativo, e exige que o tribunal analise se as partes contemplaram litígios em tribunais estaduais, com exclusão do tribunal federal, ou vice-versa²⁶.

Logo, conclui-se que os juízos de validade e interpretação das cláusulas de eleição de foro podem levar a diversos resultados não pretendidos pelas partes, não existindo uma abordagem específica entre os Estados soberanos para a condução de tal análise²⁷.

Parte da doutrina e da jurisprudência dos Estados Unidos se dedicaram ao estudo mais apurado acerca da lei aplicável à análise de validade e interpretação das cláusulas de eleição de foro. Para elucidar a discussão e apresentar alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, passar-se-á a uma análise mais apurada do tratamento da eleição de foro nos Estados Unidos da América.

3. A experiência do sistema jurídico dos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América lidam rotineiramente com questões de eleição de foro e lei aplicável em contratos nacionais, pela forma de organização de seu sistema federativo, o qual atribui diversas competências legislativas aos estados que compõem a federação, potencializando a ocorrência de conflitos entre leis. Sendo o conflito de disposições entre estados bastante comum, uma parcela importante da discussão sobre a lei aplicável à análise de validade e interpretação das cláusulas de eleição de foro se desenvolveu no âmbito interno. Atualmente, o país é o local onde a problemática está sendo mais discutida, tanto por pesquisadores quanto por juízes estaduais e federais.

Ante a inexistência de grandes debates sobre a lei aplicável à eleição de

26 COYLE, 2019, pp. 1795 – 1796.

27 SCHALLER, 2018, p. 190.

foro no âmbito brasileiro, a análise da doutrina e jurisprudência norte-americanas servem para evidenciar as discussões existentes sobre a lei aplicável e expor o risco de a cláusula não ser reconhecida pela aplicação de uma lei diversa da esperada pelas partes.

Historicamente, os tribunais dos Estados Unidos não reconheciam a eleição de foro, pois a disposição era entendida como um mecanismo para impedir a jurisdição estadunidense ou como uma forma de contrariar a ordem pública. A virada ocorreu em 1972, com o caso *Bremen v. Zapata*, quando a Suprema Corte considerou pela primeira vez que as cláusulas de eleição de foro são presumivelmente válidas e exequíveis²⁸. Tratava-se de uma disputa entre Bremen, uma empresa alemã, e Zapata, empresa norte-americana, acerca de um contrato para transportar uma plataforma de perfuração de petróleo do estado de Louisiana para a Itália, elegendo os tribunais da Inglaterra como competentes para dirimir eventuais controvérsias.

Hoje, a maioria dos tribunais estaduais e federais adota a abordagem da Suprema Corte em Bremen e considera tais acordos como presumivelmente válidos desde que sejam compatíveis com uma análise multifatorial²⁹. Os fatores dessa análise incluem: i) que a cláusula não seja afetada por fraude, influência indevida ou poder de barganha excessivo; ii) que a cláusula não contenha violação de política pública do foro no qual a ação é movida; e iii) a cláusula não designe um foro que seja demasiadamente inconveniente, como um foro alienígena remoto para governar disputas essencialmente locais³⁰.

Outro *leading case* estadunidense sobre a eleição de foro é *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*³¹, no qual a Suprema Corte manteve a cláusula em um contrato de adesão para a realização de um cruzeiro no navio de propriedade da empresa Carnival Cruise Lines pelo casal Shute. Ao apreciar o conflito em 1991, a Suprema Corte esclareceu que as cláusulas de eleição de foro são aplicáveis se forem razoáveis. No caso, o acordo seria razoável pelo interesse especial da empresa em limitar os foros a que poderia estar sujeita e evitar confusão aos consumidores sobre os locais onde uma ação judicial pode ser movida. Ressaltou-se que provavelmente os passageiros

28 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1972. Traduzido do inglês: “[...] prima facie valid and should be enforced unless enforcement is shown by the resisting party to be unreasonable under the circumstances.”

29 BLAIR, 2012, p. 803.

30 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1972.

31 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1991.

se beneficiam dessa limitação de foro sob a forma de tarifas reduzidas, refletindo a economia que a Carnival Cruise Line possui ao limitar os foros em que pode ser processada³².

Apesar do posicionamento da Suprema Corte estadunidense, *Bremen* e *Carnival Cruise* deixaram uma série de questões sem resposta, dentre elas: como se determina a validade de uma cláusula e se ela é razoável? De que modo uma cláusula de eleição de foro deve ser interpretada?³³. Embora a Suprema Corte tenha abordado alguns requisitos de validade das cláusulas de eleição de foro no caso *Bremen*, nenhuma orientação foi dada com relação à lei aplicável a essa análise, provocando intensos debates doutrinários e jurisprudenciais tanto a nível nacional quanto internacional³⁴.

3.1 A discussão doutrinária norte-americana

Três autores dedicaram-se ao estudo aprofundado da lei aplicável à análise de validade e interpretação das cláusulas de eleição de foro, com especial atenção aos casos internacionais: Jason W. Yackee, Kevin M. Clermont e Symeon Symeonides. Os autores conduzem uma análise das decisões proferidas pelos juízes norte-americanos para compreender qual seria a lei aplicável. Todos concluem que existe uma tendência – que se pode chamar de “inconsciente” – das cortes estadunidenses em aplicar a *lex fori* para a análise de validade e interpretação da cláusula, mesmo na presença de cláusula de escolha da lei aplicável ao contrato³⁵.

Apesar dessa conclusão, os autores divergem sobre a lei que deveria de fato ser aplicada. Clermont e Symeonides defendem a aplicação da *lex fori* para a análise de validade das cláusulas de eleição de foro, e a aplicação da *lex contractus* para sua interpretação. Os autores apontam diversos benefícios para a aplicação da *lex fori* à análise de validade, dentre eles: permitir que o tribunal controle sua própria jurisdição a partir de regras uniformes; evitar o desconforto de permitir que a lei estrangeira determine a jurisdição do tribunal acionado; e coibir cláusulas abusivas³⁶. Ademais, argumenta a

32 BLAIR, 2012, p. 803.

33 CRYSTAL; GIANNONI-CRYSTAL, 2012, p. 223.

34 CRYSTAL; GIANNONI-CRYSTAL, 2012, p. 203.

35 TANG, 2014, p. 26.

36 KINCAID, 2016, p. 155.

favor da *lex fori* o fato de, na ausência de uma cláusula de escolha de lei, quase todos os tribunais norte-americanos concluírem em favor da *lex fori*, enquanto praticamente nenhum tribunal seleciona a lei que rege o contrato sob os princípios do Direito Internacional Privado³⁷.

A interpretação de cláusulas de eleição de foro, por sua vez, é uma questão substantiva. Conseqüentemente, na opinião dos autores, ela não deve ser contestada pela *lex fori*. Em vez disso, a interpretação deve estar sujeita à investigação da escolha de lei, que pode ou não levar à lei do foro³⁸. Logo, aplicar a lei escolhida pelas partes ao juízo interpretativo da eleição de foro vai de encontro ao conceito moderno de autonomia da vontade das partes e, portanto, promove a eficiência e aumenta a segurança jurídica enquanto impede a prática de *forum shopping*³⁹.

Jason Yackee, por sua vez, entende que há pouca justificativa para aplicar automaticamente a *lex fori* às questões de aplicabilidade e validade das cláusulas de eleição de foro. A *lex fori* é, na maioria das circunstâncias, uma má escolha de lei para governar a eleição de foro internacional, pois se arrisca sujeitar o contrato a várias leis, tornando difícil para as partes anteciparem, durante a fase de elaboração do instrumento, qual lei será de fato aplicada à eleição. Ao seu ver, a utilização da *lex fori* promove o *forum shopping*, criando um incentivo para que as partes busquem jurisdições que não reconhecem a eleição de foro, além de não cumprir com as expectativas das partes, ignorando a escolha explícita ou implícita da lei de um contrato⁴⁰.

Yackee defende que as cláusulas de eleição de foro devem ser regidas pela lei escolhida para governar o contrato, sendo esta a base para determinar a validade e a aplicabilidade da escolha de jurisdição⁴¹. Caso não haja uma escolha explícita, a lei do foro designado na cláusula de eleição deverá governá-la por possuir maior probabilidade de corresponder às expectativas jurisdicionais negociadas pelas partes⁴². Embora essa solução implique algum risco, ela é justificada tanto pela facilidade de aplicação da regra quanto pela forte probabilidade de as partes terem previsto que a lei do foro designado

37 CLERMONT, 2015, p. 655.

38 SYMEONIDES, 2018, p. 1142.

39 CLERMONT, 2015, p. 656.

40 YACKEE, 2004, p. 83.

41 CLERMONT, 2015, p. 658.

42 ONG, 2013, p. 240.

governaria a cláusula de eleição⁴³.

Apesar do posicionamento dos três autores, todos convergem no que tange à tendência de aplicação da *lex fori* pela justiça norte-americana para a análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro, mesmo na presença de cláusula de escolha da lei aplicável ao contrato⁴⁴. Entretanto, casos mais recentes evidenciam o surgimento de novas linhas de raciocínio dos magistrados de alguns tribunais dos Estados Unidos, com interessantes discussões acerca da matéria, cujos exemplos serão fornecidos a seguir.

3.1.1 A jurisprudência dos tribunais estadunidenses

Embora a Suprema Corte tenha abordado a aplicabilidade dos acordos de eleição de foro nos casos *Bremen* e *Carnival Cruise Lines*, nenhuma orientação foi dada com relação à lei aplicável à análise de validade e interpretação das cláusulas em contratos internacionais. Consequentemente, exemplos de casos são particularmente importantes para verificar como os tribunais dos Estados Unidos tratam a matéria⁴⁵.

A maior parte dos tribunais norte-americanos ainda aplica a *lex fori* sem considerar a possibilidade de aplicação da lei estrangeira. A partir da análise de diversos julgados, Yackee concluiu que os tribunais dos Estados Unidos tendem a não realizar uma análise da lei aplicável quando determinam a validade e a aplicabilidade da eleição de foro inserida em contrato internacional, e aplicam a *lex fori*, mesmo quando o contrato contém uma cláusula explícita de escolha da lei de outra jurisdição para governá-lo como um todo⁴⁶.

Na mesma linha, a análise de Clermont conclui que a aplicação da *lex fori* é efetuada com pouco ou nenhum juízo de valor⁴⁷ ao passo que Symeonides ressalta que a maior parte dos casos que apresentam o problema não o enfrenta expressamente, aplicando a *lex fori*⁴⁸. Se considerarmos a

43 YACKEE, 2004, pp. 91 - 94.

44 SCHALLER, 2018, p. 179.

45 O presente trabalho aborda casos selecionados a partir dos estudos de Yackee, Clermont e Symeonides em que os julgadores estadunidenses foram convidados a analisar cláusulas de eleição de foro em contratos internacionais. A apresentação destina-se a ilustrar a discussão travada no âmbito norte-americano e para elucidar alguns dos principais problemas e entendimentos dos juizes no que tange à análise da lei aplicável.

46 YACKEE, 2004, p. 67.

47 CLERMONT, 2015, p. 649.

48 CLERMONT, 2015, p. 652.

realidade do sistema jurídico norte-americano, portanto, a grande maioria dos casos aplica a *lex fori*, sem nenhuma análise acerca da aplicabilidade da *lex contractus*⁴⁹. Entretanto, nos últimos anos, vislumbram-se interessantes debates jurisprudenciais que evidenciam a necessidade de maior compreensão sobre a lei aplicável à eleição de foro.

Um exemplo de aplicação da *lex contractus* para a interpretação da cláusula de eleição de foro é o caso *Enquip Technologies Group v. Tycon Technoglass*, de 2010, que analisou um contrato entre um fabricante italiano e seu representante de vendas nos EUA, com base na Flórida. O instrumento continha uma cláusula de escolha da lei italiana e outra determinando que “o tribunal de Veneza será competente para qualquer disputa”⁵⁰. A empresa da Flórida processou o fabricante italiano em Ohio por quebra de contrato e comissões não pagas. O tribunal concluiu que o significado da cláusula de eleição de foro deve ser determinado de acordo com a lei escolhida em contrato, a saber, a lei italiana. Nas palavras da Corte, “uma cláusula de escolha da lei deve ser considerada como evidência do significado de uma cláusula de eleição de foro contida no mesmo contrato”⁵¹. E assim prosseguiu: “da mesma forma que a lei escolhida é usada para interpretar todas as outras disposições do contrato, ela também deve ser usada para interpretar a cláusula de eleição de foro”⁵².

O Regulamento Bruxelas I da União Europeia⁵³ estabelece que uma cláusula de eleição de foro será exclusiva, a menos que as partes tenham acordado o contrário. Com base nessa disposição, bem como na análise de decisão da Corte *di Cassazione* italiana, o tribunal de Ohio considerou que o significado da cláusula era que o Tribunal de Veneza possuía jurisdição exclusiva⁵⁴. Logo, aplicou-se a *lex contractus* para a interpretação do dispositivo.

Referido caso envolveu uma questão adicional que afetou a aplicabilidade das cláusulas de eleição de foro e de escolha da lei. Uma das reivin-

49 CLERMONT, 2015, p. 652.

50 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010. Traduzido do inglês: “the law Court of Venice will be competent for any dispute.”

51 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010. Traduzido do inglês: “A choice-of-law provision should be considered as evidence of the meaning of a forum-selection clause in the same contract.”

52 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010. Traduzido do inglês: “Just like [the] chosen law is used to interpret every other provision in [the] contract, it should also be used to interpret [the] forum-selection clause.”

53 UNIÃO EUROPEIA, 2012.

54 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010.

dicações do autor foi que o réu violou um estatuto de Ohio que impunha indenização tripla por falta de pagamento de comissões a um representante de vendas que mantém relações comerciais em Ohio. O estatuto também proibia cláusulas de escolha de lei ou eleição de foro que não fossem de Ohio e declarava nula qualquer renúncia a suas disposições. Por este estatuto, o tribunal concluiu que, embora as duas cláusulas fossem aplicáveis em relação às reivindicações contratuais do autor, elas não eram válidas em relação à reivindicação de tripla indenização por comissões não pagas, podendo esta última ser regularmente processada em Ohio⁵⁵.

No caso *Martinez v. Bloomberg LP*, de 2014⁵⁶, um tribunal distinguiu questões de validade e interpretação dos acordos de escolha de jurisdição, decidindo que a *lex fori* deveria governar os primeiros casos e a lei escolhida no contrato governaria o segundo conjunto de perguntas⁵⁷. O demandante Brian Martinez moveu uma ação contra a Bloomberg e dois de seus funcionários, alegando discriminação em violação ao *Americans with Disabilities Act*⁵⁸, bem como leis estaduais e locais. Martinez alegou que foi demitido do emprego na Bloomberg em virtude de uma deficiência aparente, bem como de sua orientação sexual. O contrato de trabalho de Martinez continha uma cláusula combinada de escolha da lei e do foro, prevendo que o contrato “deve ser interpretado de acordo com a lei inglesa e qualquer controvérsia decorrente deste documento estará sujeita à jurisdição exclusiva das Cortes Inglesas”⁵⁹. Martinez entrou com a ação em Nova Iorque e, também, apresentou uma queixa no *London Employment Tribunal*. Mais tarde, ele desistiu do processo inglês devido ao custo do litígio e à indisponibilidade de realocação de taxas sob o direito inglês⁶⁰.

A Bloomberg pediu a extinção do processo de Nova Iorque por ausência de jurisdição. O tribunal distrital concedeu a moção constatando que, segundo a cláusula de eleição de foro no contrato de trabalho de Martinez, o tribunal federal de Nova Iorque não era o local adequado. Martinez re-

55 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2010.

56 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014.

57 SCHALLER, 2018, p. 184.

58 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1990.

59 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014. Traduzido do inglês: “[...] shall be interpreted and construed in accordance with English law and any dispute arising hereunder shall be subject to the exclusive jurisdiction of the English courts.”

60 AVERELL; KAPLAN, 2015, p. 03.

correu dessa decisão argumentando que a eleição de foro não era aplicável às alegações de discriminação e, mesmo que fosse aplicável, o tribunal deveria considerá-la inexecutável, pois isso teria o efeito prático de afastar qualquer reivindicação da violação do *Americans with Disabilities Act*. Além disso, dado que Martinez já havia abandonado a ação anterior movida no tribunal inglês, não seria possível uma nova reivindicação.

Ao decidir o recurso, o *Second Circuit* sustentou que: i) a lei substantiva designada na cláusula de escolha da lei regia a interpretação da cláusula de eleição de foro; e ii) a lei do foro governava a validade e aplicabilidade da cláusula. O tribunal pontuou que a lei federal deve governar a aplicabilidade de um acordo de eleição de foro para garantir que um tribunal federal possa – nos termos do caso Bremen – recusar a aplicação de uma cláusula se “o julgamento no foro contratual for tão gravemente difícil e inconveniente que a parte demandante, para todos os fins práticos, seja privada de seu dia na Corte”, ou “se a execução infringir uma forte política pública do foro no qual a ação é movida”⁶¹.

O tribunal explicou por que a lei escolhida deveria governar a interpretação da eleição de foro. Aplicar a *lex fori* poderia comprometer a previsibilidade objetivada pelas partes, frustrar as expectativas ao conceder a uma cláusula de eleição de foro um escopo mais amplo ou mais restrito do que se pretendia, e transformar uma cláusula que seria interpretada como permissiva sob a lei escolhida pelas partes em uma cláusula obrigatória, ou vice-versa⁶². No entender da Corte:

A lei federal deve ser usada para determinar se uma cláusula de eleição de foro é obrigatória e aplicável com base em *Bremen* [...]. Ao responder às perguntas interpretativas colocadas [...] no entanto, normalmente aplicamos o corpo de leis selecionado em uma cláusula de escolha de lei válida. [...] Portanto, se formos chamados a determinar se uma cláusula de eleição de foro específica é obrigatória ou permissiva, ou se seu escopo abrange as reivindicações ou partes envolvidas em um determinado processo, aplicamos a lei contratual-

61 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014. Traduzido do inglês: “[...] trial in the contractual forum [would] be so gravely difficult and inconvenient that [the resisting party] will for all practical purposes be deprived of his day in court” or “[...] if enforcement would contravene a strong public policy of the forum in which suit is brought.”

62 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014.

mente selecionada pelas partes.⁶³

O tribunal ressaltou que essa abordagem concilia o respeito às expectativas legítimas das partes contratantes com outras políticas federais importantes. Afirmou que “[s]e a aplicabilidade de uma cláusula de eleição de foro fosse regida pela lei especificada na cláusula de escolha da lei, as partes contratantes teriam o direito absoluto de ‘impedir a jurisdição’ dos tribunais federais”⁶⁴. Por outro lado, aplicar a *lex fori* para a interpretação prejudicaria a previsibilidade promovida pelas cláusulas de eleição de foro. Para o tribunal, a clareza da decisão proferida “gera esperança de que outros tribunais, a partir de agora, vejam o problema em sua plenitude, e a jurisprudência cairá assim, evidentemente, em crescente uniformidade.”⁶⁵.

A grande questão interpretativa em disputa em *Martinez* era se as alegações de discriminação se enquadravam no escopo da cláusula de eleição de foro, ou seja, se eram decorrentes do contrato de trabalho. De acordo com a lei inglesa, o tribunal entendeu que a frase “decorrente deste” deveria ser interpretada para abranger um pedido de discriminação com base na deficiência percebida. Após responder a essa pergunta interpretativa e constatar que a eleição de foro era obrigatória e foi razoavelmente comunicada, o tribunal passou a uma análise de validade com base na lei federal dos EUA, confirmando em última análise a decisão do tribunal distrital de arquivar o caso e o processo ser ajuizado na Inglaterra⁶⁶.

O caso *Weber vs. PACT XPP Technologies AG*, de 2016, também determinou a aplicação da *lex fori* para a validade e da *lex contractus* para a interpretação. A cláusula, escrita em alemão, previa o seguinte: “Na medida permitida por

63 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014. Traduzido do inglês: “Federal law should be used to determine whether an otherwise mandatory and applicable forum clause is enforceable under Bremen. [...] In answering the interpretive questions posed [...] however, we normally apply the body of law selected in an otherwise valid choice-of-law clause. Hence, if we are called upon to determine whether a particular forum selection clause is mandatory or permissive, or whether its scope encompasses the claims or parties involved in a certain suit, we apply the law contractually selected by the parties”.

64 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014. Traduzido do inglês: “If the enforceability of a forum selection clause were governed by the law specified in the choice-of-law clause, then contracting parties would have an absolute right to “oust the jurisdiction” of the federal courts.”

65 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2014. Traduzido do inglês: “generates hope that other courts will henceforth see the problem in its fullness, and the case law will thereby fall more evidently into ever increasing uniformity.”

66 SCHALLER, 2018, p. 185.

lei, o local de jurisdição e o local de execução serão a sede da PACT AG”⁶⁷.

A tradução da palavra “sede” – “Sitz”, em alemão – apresentou o primeiro problema de interpretação. A requerida argumentou que significava o local de constituição da empresa, em Munique, na Alemanha, ao passo que o requerente afirmou que isso significava a “residência” da empresa ou principal local de negócios – que, naquele momento, se encontrava nos Estados Unidos. A cláusula também apresentava uma segunda questão de interpretação: se era obrigatória ou permissiva. O tribunal considerou que a lei alemã deveria reger a interpretação da cláusula de eleição do foro e que a lei federal estadunidense deveria governar sua validade⁶⁸.

O tribunal ressaltou que a questão da validade é distinta da questão da interpretação, e que a apreciação da validade deve ser feita apenas após o tribunal ter interpretado o contrato para determinar se a cláusula é obrigatória ou permissiva. Reconheceu-se que a Alemanha teve a relação mais significativa com o contrato, e sua lei deveria reger a interpretação da cláusula de eleição de foro. Sob a lei alemã: i) a palavra “Sitz” refere-se ao assento corporativo; e ii) presume-se que uma cláusula de eleição de foro é exclusiva, em vez de permissiva. Concluiu-se, então, pela jurisdição exclusiva alemã, na sede do requerido em Munique⁶⁹.

O tribunal então voltou-se para a validade da cláusula. Weber argumentou contra a validade, pois o contrato de trabalho subjacente era inválido perante a lei alemã, por falta de ratificação dos acionistas da empresa. Desta vez, o tribunal não conduziu uma análise de escolha de lei, mas aplicou a *lex fori* para negar provimento. Ressaltou-se que a invalidade do contrato de trabalho subjacente não impediria a aplicação da cláusula de eleição de foro porque, segundo a doutrina da separabilidade, uma parte que desafia a cláusula deve demonstrar que esta é inválida, em vez de simplesmente fazer tal alegação⁷⁰. *Weber vs. PACT XPP Technologies AG*, portanto, é uma boa demonstração das diferentes possibilidades de análise da eleição de foro, e as consequências para a determinação de validade e interpretação do acordo com base em diferentes legislações.

Apesar dos casos apresentados, a doutrina é categórica ao afirmar que

67 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016. Traduzido do original: “Soweit gesetzlich zulässig, ist Gerichtsstand und Erfüllungsort der Sitz der PACT AG”.

68 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016.

69 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016.

70 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016.

a maior parte dos tribunais norte-americanos ainda emprega a *lex fori*, sem nem considerar a possibilidade de aplicação da lei estrangeira. Os casos acima citados são uma exceção e demonstram o crescimento do debate acerca da eleição de foro, expondo os riscos da aplicação de uma lei diversa da esperada pelas partes, sujeita às práticas do foro no qual a demanda foi proposta⁷¹.

Portanto, mesmo que um país favoreça as cláusulas de eleição de foro, a flexibilidade na determinação da lei aplicável à validade e interpretação do acordo pode tornar a decisão bastante discricionária, originando resultados não esperados pelas partes⁷².

4. A perspectiva brasileira: *lex fori* ou *lex contractus*?

A discussão sobre a lei aplicável aos acordos de eleição de foro ainda é incipiente no Brasil. Sem uma jurisprudência sequer consolidada sobre a possibilidade de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contratos internacionais, discussões acerca de outros aspectos técnicos da matéria são pouco encontradas na doutrina e jurisprudência.

Uma análise da legislação brasileira também não traz respostas, pois não existe legislação específica que determine a lei aplicável à análise dos acordos de eleição de foro. As únicas orientações encontradas no ordenamento jurídico nacional de onde poder-se-ia tentar extrair um entendimento seriam aquelas contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷³ (LINDB) – quais sejam, a aplicação da lei do país em que a pessoa seja domiciliada para determinação da capacidade (artigo 7) e a lei do país em que se constituíram as obrigações para qualificá-las e regê-las (artigo 9). O artigo 17 da LINDB, por sua vez, regula a ordem pública, uma das formas de aplicação da *lex fori*, indicando que as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes⁷⁴. Entretanto, não foram encontrados estudos sobre a aplicabilidade desses artigos no que tange à eleição de foro, e eles não foram citados em nenhuma decisão judicial analisada do presente trabalho.

Ante a ausência de regulamentação sobre o tema, faz-se essencial verificar

71 GRUBER, 2013, p. 06.

72 CLERMONT, 2015, p. 650.

73 BRASIL, 1942.

74 BRASIL, 1942, artigo 17.

se existe qualquer tipo de apreciação da questão pelo poder judiciário a fim de compreender se o Brasil segue a tendência norte-americana de aplicação da *lex fori* para as análises de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro, ou se há apreciação da *lex contractus*. Para tanto, o presente artigo analisou 62 (sessenta e duas) decisões sobre eleição de foro estrangeiro, provindas do Superior Tribunal de Justiça e de seis tribunais estaduais.

A pesquisa no Superior Tribunal de Justiça foi realizada a partir de buscas no portal online da instituição, inserindo as palavras-chave “eleição de foro estrangeiro”. A pesquisa foi finalizada em 13 de abril de 2020. Em razão da escassez de decisões encontradas, não foram inseridas limitações temporais. Foram encontradas 18 (dezoito) decisões. Destas, oito não trataram sobre a possibilidade de eleição de foro em contratos internacionais, razão pela qual foram excluídas da análise⁷⁵, restando 10 (dez) decisões atinentes ao objeto da presente pesquisa⁷⁶.

Pelo baixo número de decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, o presente trabalho também analisou a jurisprudência de seis tribunais de justiça estaduais. Os tribunais estaduais estudados foram selecionados a partir de pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, intitulada “Justiça em Números”. Utilizou-se a edição publicada no ano de 2019 para selecionar os tribunais estaduais considerados de grande porte, são eles: Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça do Paraná e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁷⁷. Além desses, também foi realizada consulta no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, estado no qual a presente pesquisa foi desenvolvida.

No tocante à metodologia da pesquisa empírica, a coleta de dados foi realizada nos portais online de cada instituição, no campo de consulta jurisprudencial. Os parâmetros de busca utilizados foram os termos “eleição de foro estrangeiro” em decisões proferidas a partir da data de 18 de março

75 Vide: SEC 10658 / EDcl na SEC 879 – US / SEC 842 – US / SEC 879 – US / REsp 305950 - PR / AgRg no Ag 459668 – RJ / CC 29684 – RJ / MC 1938 – RJ.

76 Vide: AgRG no AREsp 679.421 / AgRg no REsp 1498923 / Recurso Ordinário n. 114 / EDcl nos EDcl no REsp 1159796 / Recurso Especial n. 1.168.547 / Recurso Especial n. 861.248 / Ação Rescisória n. 133 / Recurso Especial n. 242.383 – SP / Recurso Especial n. 1.177.915 – RJ / SEC 3253 - US

77 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 28.

de 2016, data de vigência do Código de Processo Civil de 2015⁷⁸. Foram encontrados 52 (cinquenta e dois) resultados aptos para apreciação. A pesquisa empírica foi concluída em 13 de abril de 2020.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu 39 (trinta e nove) decisões que foram objeto de análise⁷⁹. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, dois acórdãos foram analisados⁸⁰. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também retornou dois resultados⁸¹. O Tribunal de Justiça do Paraná, por sua vez, proferiu duas decisões tratando sobre a eleição de foro estrangeiro⁸². A pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul obteve seis resultados⁸³ e, por fim, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina obteve-se apenas um

78 BRASIL, 2015a. Escolheu-se como limitação temporal a data de vigência do Código de Processo Civil de 2015 pois: (a) o artigo 25 introduziu importantes modificações sobre a matéria, tornando mais provável o reconhecimento dos acordos de eleição de foro estrangeiro pelos tribunais selecionados a partir de 18 de março de 2016; (b) diferentemente do Superior Tribunal de Justiça, fez-se necessária a aplicação de uma limitação temporal que possibilitasse a realização da pesquisa, tendo em vista sua extensa abrangência.

79 Vide: Apelação nº 1101237-32.2015.8.26.0100 / Apelação nº 1081031-31.2014.8.26.0100 / Apelação nº 1030685-14.2015.8.26.0562 / Apelação nº 1058764-65.2014.8.26.0100 / Apelação nº 1078878-88.2015.8.26.0100 / Agravo de Instrumento nº 2271551- 95.2018.8.26.0000 / Apelação nº 1128855-15.2016.8.26.0100 / Apelação nº 1039125-62.2016.8.26.0562 / Apelação nº 1056819-75.2016.8.26.0002 / Apelação nº 1033909-57.2015.8.26.0562 / Agravo de Instrumento nº 2271551- 95.2018.8.26.0000 / Apelação nº 0037723-25.2015.8.26.0100 / Apelação nº 1046271-51.2017.8.26.0100 / Apelação nº 1100301-70.2016.8.26.0100 / Apelação nº 1031100-26.2017.8.26.0562 / Apelação nº 1014004-61.2018.8.26.0562 / Apelação nº 1033752-13.2018.8.26.0002 / Apelação nº 1000893-49.2014.8.26.0562 / Apelação nº 1004548-24.2017.8.26.0562 / Apelação nº 1004879-06.2017.8.26.0562 / Apelação nº 1020839- 96.2018.8.26.0002 / Apelação nº 1007361-87.2018.8.26.0562 / Apelação nº 1008082-67.2018.8.26.0100 / Apelação nº 1004201-88.2017.8.26.0562 / Apelação nº 1024437-61.2017.8.26.0562 / Apelação nº 1038840-69.2016.8.26.0562 / Apelação nº 1015559-55.2014.8.26.0562 / Apelação n. 1039748-52.2019.8.26.0100 / Embargos de Declaração n. 1128855-15.2016.8.26.0100 / Apelação n. 1043981-32.2018.8.26.0002 / Apelação n. 1132287-71.2018.8.26.0100 / Apelação n. 1012299-28.2018.8.26.0562 / Apelação n. 1028791-32.2017.8.26.0562 / Apelação n. 1026701-48.2018.8.26.0002 / Embargos de Declaração n. 0037723-25.2015.8.26.0100 / Apelação n. 1119916-75.2018.8.26.0100 / Agravo de Instrumento n. 2133581-19.2019.8.26.0000.

80 Vide: Apelação n. 0003251-54.2015.8.19.0209 / Apelação n. 0011098-51.2015.8.19.0066.

81 Vide: Agravo de Instrumento n. 1.0460.15.001712-3/001 / Apelação Cível n. 1.0000.18.004370-5/001.

82 Vide: Apelação Cível 0001650-05.2016.8.16.0001 / Agravo de Instrumento n. 0046844-26.2019.8.16.0000.

83 Vide: Apelação n. 0330470-38.2017.8.21.7000 / Apelação n. 0137407-48.2017.8.21.7000 / Apelação n. 0439027-56.2016.8.21.7000 / Apelação n. 0307571-80.2016.8.21.7000 / Agravo de Instrumento n. 0200139-94.2019.8.21.7000 / Agravo de Instrumento n. 0118683-25.2019.8.21.7000.

resultado⁸⁴. A análise dos dados coletados será apresentada a seguir, sendo dividida entre o estudo da validade e, após, da interpretação da cláusula de eleição de foro pelos tribunais brasileiros.

4.1 Validade das cláusulas de eleição de foro

Como resultado da análise das decisões previamente indicadas, é possível concluir que o Brasil aplica a *lex fori* para a análise de validade dos acordos de eleição de foro, seguindo a mesma linha da jurisprudência majoritária dos Estados Unidos da América. Das 62 (sessenta e duas) decisões apreciadas, 61 (sessenta e uma) aplicaram a *lex fori*, enquanto uma não se manifestou sobre a validade da cláusula, mas apenas sobre sua interpretação⁸⁵. Todos os casos analisaram a possibilidade de eleição de foro com base na legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras. Dentre os dispositivos citados durante a análise de validade estão os artigos 63, 88, 89, 90 e 112 do Código de Processo Civil de 1973⁸⁶, a súmula 335 do STF⁸⁷, o Código de Defesa do Consumidor⁸⁸ e os artigos 21 a 25 do Código de Processo Civil de 2015⁸⁹.

Um exemplo de aplicação da *lex fori* durante a análise de aplicabilidade da eleição de foro pode ser encontrada no Tribunal de Justiça de São Paulo, na decisão da Apelação Cível n. 1100301-70.2016.8.26.0100. O caso examinou um contrato de arrendamento de aeronave cujas partes eram empresas estrangeiras que possuíam sede em país alienígena, sem filial no Brasil. A cláusula 24 do contrato firmado entre as partes elegeu os tribunais estaduais do estado do Kansas, em Wichita, para julgar futuras controvérsias. A apelante arguiu a nulidade de cláusula de eleição de foro diante de sua hipossuficiência e da dificuldade em propor a ação junto ao foro eleito pelas partes.

A relatora analisou a validade da cláusula de eleição de foro com base na *lex fori*, ou seja, na lei brasileira, decidindo:

84 Vide: Apelação Cível n. 0009080-92.2012.8.24.0011.

85 Vide: AgRg no REsp 1.498.923.

86 BRASIL, 1973.

87 BRASIL, 1963.

88 BRASIL, 1990.

89 BRASIL, 2015a.

As partes são estrangeiras, com residência no exterior. O Contrato foi elaborado em língua estrangeira; a caução foi depositada em moeda estrangeira (dólar); as prestações mensais, antes da apreensão da aeronave e após a apreensão, foram realizadas no exterior, em moeda estrangeira; as partes são empresas de grande porte. Adotaram livremente a eleição do foro na cidade de Kansas, Estados Unidos da América do Norte, por livre e espontânea vontade. Nesta toada, não há nulidade alguma, no foro eleito pelas partes.⁹⁰

O voto é extenso e baseado em legislação, doutrina e jurisprudência nacional. Ao declarar a incompetência da justiça brasileira, ressaltou-se que a questão de mérito sobre o direito da autora deveria “ser dirimida à luz da interpretação das cláusulas contratuais pactuadas, o que remete, como já – acima elucidado, às normas e legislação da cidade de Kansas – Estados Unidos da América do Norte”⁹¹.

Outro caso que utilizou a *lex fori* para a análise de validade foi a Apelação Cível n. 0003251-54.2015.8.19.0209, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ao analisar alegação de invalidade da cláusula por se tratar de relação de consumo, o tribunal entendeu que se tratava de caso de competência concorrente, e que a legislação brasileira permitia às partes a eleição do foro estrangeiro para a solução de eventuais litígios, conforme o CPC de 2015⁹². Logo, declarou-se a jurisdição exclusiva da República Dominicana, de acordo com a cláusula 14^a do contrato de prestação de serviços, “por se tratar de relação de consumo, hipótese na qual a competência internacional brasileira é concorrente, deve ser reputada como válida a cláusula contratual que afasta a jurisdição nacional, por incidência da norma contida no art. 25, do CPC/2015”⁹³.

A lei aplicável foi curiosamente apreciada no processo n. 0137407-48.2017.8.21.7000, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apesar de decidir pela nulidade da cláusula de eleição de foro por se tratar de contrato de consumo, o magistrado fez algumas pontuações acerca da lei aplicável que merecem reconhecimento. Ao considerar a cláusula de lei aplicável como nula de pleno direito, também com fundamento na proteção

90 Vide: AgRg no REsp 1.498.923.

91 BRASIL, 2018b.

92 BRASIL, 2015a.

93 BRASIL, 2018a.

ao consumidor, mencionou-se que a lei aplicável se destina à apreciação do mérito da demanda, e não do juízo de admissibilidade. O magistrado, inclusive, citou a legislação estrangeira, algo infrequente em decisões nacionais:

[...] tendo realizado pesquisa sobre o marco jurídico da República Dominicana, atinente ao consumidor como categoria jurídica vulnerável, verifiquei que o ordenamento jurídico daquele Estado não assegura aos consumidores “standards” protetivos superiores – na verdade, nem mesmo igualáveis – àqueles oferecidos pelo Direito brasileiro: a salvaguarda do consumidor dá-se fundamentalmente pelo art. 53 da Constituição da República Dominicana, de conteúdo apenas programático, e pelo disposto na Lei Geral de Proteção dos Direitos do Consumidor ou Usuário (Lei n.º 358/2005), cujas regras de responsabilidade do fornecedor e de proteção processual e contratual do consumidor (arts. 33 a 103), por exemplo, não lhe são mais generosas do que aquelas dadas pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro.⁹⁴

Ressalta-se que a lei estrangeira, eleita em contrato, não foi aplicada durante a análise de validade e interpretação da cláusula de eleição de foro, mas apenas analisada posteriormente, depois de declarada a nulidade da disposição contratual. Logo, aplicou-se a *lex fori* para a análise da cláusula.

O Agravo de Instrumento n. 2271551-95.2018.8.26.0000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, seguiu a mesma linha. O contrato continha cláusula de eleição de foro e escolha da lei israelense. A agravante sustentava o reconhecimento da validade da cláusula de eleição de foro estrangeiro e, por conseguinte, a decretação da extinção do processo sem resolução de mérito. Foi declarada a invalidade da cláusula diante da existência de contrato de adesão e da inviabilidade de acesso ao Poder Judiciário pela parte lesada, com base na lei brasileira de proteção ao consumidor.

Para os desembargadores, “é ineficaz a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão, quer nacional quer internacional, se representar vantagem excessiva para uma das partes [...]”⁹⁵. Logo, entendeu-se que a cláusula de eleição de foro analisada importava em proveito demasiado para a transportadora, uma vez que apenas ela tem a opção de ajuizar ação judicial no Brasil. Assim, votou-se pela prevalência da jurisdição brasileira para julgar a causa⁹⁶.

94 BRASIL, 2017.

95 BRASIL, 2019b.

96 BRASIL, 2019b.

A decisão do REsp 861.248, proferida em 2006 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tratou sobre a lei aplicável à análise da competência do Tribunal. A cláusula 17.8 do contrato firmado entre as partes dispunha que o instrumento seria regido e interpretado de acordo com as leis das Ilhas Cayman, e que a devedora só poderia ajuizar ações nas Ilhas Cayman.

O Superior Tribunal de Justiça esclareceu que “saber quais são as leis das Ilhas Cayman aplicáveis à espécie, bem como se o título executivo foi formado de acordo com elas, constitui questões a serem decididas em momento posterior ao da definição da competência para processar a execução”⁹⁷. O tribunal concluiu que a competência – e a consequente análise da eleição de foro – deve ser dirimida à luz da lei processual brasileira, apesar da ressalva no sentido de que o juiz nacional pode aplicar a lei estrangeira escolhida pelas partes em contrato para disciplinar os negócios disponíveis.

Diante do cenário apresentado, é possível concluir que o Brasil aplica a *lex fori* à análise de validade da eleição de foro. Especificamente, conclui-se que a *lex fori* é aplicada para averiguar se as leis do tribunal acionado admitem a possibilidade de eleição de foro, – ou seja, verificar se o direito do tribunal onde foi ajuizada a ação permite às partes contratantes concordar em submeter disputas futuras à jurisdição de um foro previamente designado⁹⁸. Neste momento da análise, cabe averiguar se existem limites à eleição de foro, como questões de ordem pública e proteção à parte hipossuficiente da relação. Como exemplos

Assim, o Brasil alinha-se ao entendimento doutrinário e jurisprudencial estadunidense de aplicação da *lex fori* durante a análise de validade da cláusula, especialmente durante a verificação da possibilidade de eleição de foro. Outras análises de validade dos acordos – como forma e capacidade das partes – não foram encontradas nos resultados da pesquisa.

4.2 Interpretação das cláusulas de eleição de foro

Por sua vez, não foi possível extrair conclusões definitivas acerca da lei aplicável à interpretação da cláusula de eleição de foro. Apenas três casos⁹⁹ dos

97 BRASIL, 2006.

98 A “aplicabilidade em princípio”, conforme apresentada por Jason Yackee (2004, p. 47).

99 Vide: AgRg no Recurso Especial nº 1.498.923/Apeleação Cível n. 1046271-51.2017.8.26.0100 / Apeleação Cível n. 1132287-71.2018.8.26.0100.

62 (sessenta e dois) pesquisados fizeram juízo interpretativo à redação da cláusula, e nenhum trouxe fundamentação acerca da lei que deveria reger a interpretação. Logo, não foram encontradas discussões similares àquelas realizadas nos Estados Unidos em nenhuma das decisões brasileiras examinadas.

Um acordo de eleição de foro foi interpretado no AgRg no REsp 1.498.923, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Ao adotar a decisão de segundo grau na sua integralidade, não foi feito nenhum juízo acerca do direito que deveria guiar a interpretação. Empregou-se a lei brasileira para interpretar o escopo da cláusula, especificamente o artigo 17, I, do Decreto n. 166/91¹⁰⁰, que promulgou o Convênio de Cooperação Judiciária firmado entre o Brasil e a Espanha, decidindo o seguinte:

O contrato que instrui e fundamenta a cobrança, a meu ver, não é referente a uma relação jurídica concretamente determinada. Pelo contrário, é dirigido para negócios futuros, como estatui “no âmbito do território espanhol”, mas em proibir que se realizasse em outros lugares. Como as exigências do inciso I, alínea “a” são cumulativas, e a de que seja um negócio específico não é atendida, não se pode considerar que o foro de eleição, de Malaga, na Espanha, exclui a jurisdição do Brasil sobre um negócio levado a cabo no território nacional.¹⁰¹

A Apelação n. 1046271-51.2017.8.26.0100, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, também interpretou uma cláusula de eleição de foro. A cláusula determinava que todas as reivindicações entre a Transportadora e o Comerciante deveriam ser interpostas exclusivamente perante o *Tribunal de Commerce de Marseille* (França). Em adição, o acordo determinava que “a Transportadora terá também o direito de ajuizar a ação ou reivindicação perante o Tribunal do local onde a requerida tenha a sua sede.”¹⁰². A apelante sustentava que o juízo de primeiro grau errou ao interpretar a cláusula de eleição do foro como exclusiva, pois a apelante estaria autorizada a ajuizar ação no foro do local em a requerida tem sua sede, e não apenas na França.

Ao decidir o recurso, os desembargadores não entraram no mérito da lei aplicável à análise da cláusula, mas interpretaram a redação do acordo e decidiram que o local da sede da ré, ou seja, o Brasil, também teria ju-

100 BRASIL, 1991.

101 BRASIL, 2015b.

102 BRASIL, 2019a.

risdição para conhecer do litígio. Apesar de não se referir expressamente à *lex fori*, o juízo interpretativo realizado pelos magistrados – sem qualquer consideração à *lex contractus* – pode ser compreendido como uma aplicação da legislação brasileira, ainda que de forma inconsciente.

O último caso encontrado acerca da interpretação da eleição de foro estrangeiro versou sobre a exclusividade de um acordo e sua abrangência. Em nenhum momento o Tribunal de Justiça de São Paulo mencionou a possibilidade de aplicação de uma lei diferente da *lex fori*. Ao ser convidada a interpretar uma cláusula elegendo o foro de Marselha, França, inserida em contrato internacional, a 11ª Câmara de Direito Privado decidiu que se tratava de cláusula exclusiva, e não permissiva, pois “a redação da cláusula não padece de obscuridades para sua plena compreensão a partir de sua literalidade, que evidencia a exclusividade da competência do Tribunal de Marselha adrede referido.”¹⁰³

Quanto à abrangência da cláusula, o Tribunal entendeu que o acordo não alcançava questões extracontratuais, novamente sem apreciação da *lex contractus*:

Impõe-se, contudo, ressaltar que a cláusula de eleição de foro estrangeiro se restringe às discussões acerca do contrato de transporte em si, bem como reclamações entre comerciante e transportador, não se estendendo, pois, aos pedidos concernentes ao período de free time de uso dos contêineres.

[...]

Assim, faz-se mister o reconhecimento da incompetência da justiça brasileira para dirimir questões decorrentes do contrato de transporte, notadamente os pleitos de indenização por danos materiais e morais decorrentes de extravio e avaria das mercadorias durante o transporte marítimo.¹⁰⁴

Pelo escasso número de casos encontrados, não é possível concluir com segurança qual lei é aplicada pelo Brasil durante a interpretação das cláusulas de eleição de foro. Entretanto, tendo em vista a dificuldade de aceitação da eleição de foro exclusivo estrangeiro no país, acredita-se que o desenvolvimento de uma jurisprudência consolidada no sentido de aplicação da *lex contractus* no país demorará – ou talvez nem acontecerá. A aplicação da

103 BRASIL, 2019c.

104 BRASIL, 2019c.

lex contractus para a interpretação da eleição de foro costuma ser defendida com base na autonomia da vontade das partes, princípio este que ainda enseja muita discussão no Brasil. Entretanto, um estudo mais abrangente da jurisprudência brasileira poderá, futuramente, traçar um panorama mais apurado sobre o tema.

5. Conclusão

O presente artigo dedicou-se a demonstrar como a lei aplicável pode interferir diretamente no resultado da apreciação da eleição de foro, tanto durante o juízo de validade conduzido pelo magistrado, quanto durante a fase de interpretação, por vezes prejudicando a busca das partes por segurança jurídica em suas relações comerciais internacionais.

A partir do estudo das discussões travadas no âmbito dos Estados Unidos da América, observou-se a inexistência de uma orientação doutrinária e jurisprudencial uníssona sobre o tema, e pela tendência “inconsciente” dos magistrados norte-americanos de aplicação da *lex fori* tanto para a análise de validade quanto para a interpretação dos acordos.

Por meio de pesquisa empírica realizada junto ao Superior Tribunal de Justiça, aos tribunais de justiça de grande porte e ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conclui-se que o Brasil segue a tendência de aplicação da *lex fori* à análise de validade da eleição de foro. Dos 62 (sessenta e dois) casos analisados, 61 (sessenta e um) aplicaram a *lex fori*, sendo possível concluir com segurança pela aplicação majoritária desse critério no país, sem a apreciação da lei aplicável ao contrato. Especificamente, verificou-se que a *lex fori* é aplicada para averiguar se as leis do tribunal acionado admitem a possibilidade de eleição de foro, ou seja, se existem limites ao acordo – como questões de ordem pública e proteção à parte hipossuficiente da relação. Logo, o Brasil segue o entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial norte-americano de aplicação da lei nacional para verificar a possibilidade de eleição de foro e a existência de impeditivos. Não foram encontradas análises jurisprudenciais aprofundadas sobre a capacidade das partes, forma e alcance pelos tribunais – diferentemente dos casos norte-americanos.

Por sua vez, não foi possível extrair conclusões definitivas acerca da lei aplicável à interpretação das cláusulas de eleição de foro com base nos casos objetos de pesquisa, tendo em vista que apenas três deles trataram sobre a matéria – todos aplicando a *lex fori*, mesmo que de forma “inconsciente”.

Pelo fato de a discussão brasileira costumeiramente ainda cingir-se à própria possibilidade de eleição de foro, a partir da jurisprudência criada pelo Superior Tribunal de Justiça com base no Código de Processo Civil de 1973, acredita-se improvável que o país desenvolva jurisprudência majoritária no sentido de aplicação da *lex contractus* nas próximas décadas. A aplicação da *lex contractus* é fundamentada na necessidade de legitimação da autonomia da vontade das partes, princípio de difícil concretização no Brasil. Se o Poder Judiciário brasileiro ainda trava discussões acerca da possibilidade da escolha da lei aplicável aos contratos internacionais, parece pouco provável que, num futuro próximo, o país passe a aplicar a *lex contractus* para a análise das cláusulas de eleição de foro.

Portanto, as partes envolvidas em contratos internacionais que possuem elementos de contato com o Brasil devem estar atentos à regulamentação da eleição de foro a nível nacional, mesmo se o contrato eleger jurisdição e leis estrangeiras, a fim de garantir que o resultado pretendido pelas partes durante a negociação do contrato seja atingido na eventual hipótese de ingresso de uma ação em território nacional.

Referências

- AVERELL, Diane Fleming; KAPLAN, Pamela R. Location, Location, Location: Drafting Enforceable Forum-Selection Clauses under Atlantic Marine. Conning the Newsletters. Defense Counsel Journal, pp. 335 – 345, jul. 2015.
- BLAIR, Kelly Amanda. A Judicial Solution To The Forum Selection Clause Enforcement Circuit Split: Giving Erie A Second Chance. Georgia Law Review, vol. 46, pp. 799 – 834, 2012.
- BORN, Gary. International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing. 5. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 05 out. 2020.
- BRASIL. Decreto 166/91 de 3 de julho de 1991. Promulga o Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da Re-

- pública Federativa do Brasil e o Reino da Espanha. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-166-3-julho-1991-342686-norma-pe.html>. Acesso em: 05 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 335, aprovada em 13 de dezembro de 1963. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/SumarioSumulas.asp?sumula=3309. Acesso em: 05 out. 2020.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impresao.htm. Acesso em: 05 out. 2020.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 05 out. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 861.248 – RJ. Recorrente: Hamilton Amarente Carvalho e outro. Recorrido: Debis Financial Services Inc. Relator: Ministro Ari Pargendler. 12 de dezembro de 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600974701&dt_publicacao=19/03/2007. Acesso em: 04 mai. 2020.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015a. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046. Acesso em: 05 out. 2020. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.498.923 – CE. Agravante: Ingeconser do Brasil Investimentos e Participações Ltda. Agravados: Erredelate S/L e Jose Luis Gonzalez Rodriguez. Relator: Ministro Moura Ribeiro. 18 de agosto de 2015b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402905867&dt_publicacao=28/08/2015. Acesso em: 04 mai. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 0137407-48.2017.8.21.7000. Apelantes: Alexon Baú e Giselle Lúcia Ritter. Apelada: Meliá Brasil Administração Hoteleira e Comercial LTDA. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. 12 de dezembro de 2017. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/Site_Php/Consulta/Download/Exibe_Documento.Php?Numero_Processo=70073732927&Ano=2017&Codigo=2299027. 04 mai. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0003251-54.2015.8.19.0209. Apelante: Melia Brasil Administração

- Hotelaria Comercial Ltda. Apelado: Rafael De Oliveira Fonseca e Outro. Relator: Marcos Andre Chut. 01 de agosto de 2018a. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2018.001.06452>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1100301-70.2016.8.26.0100. Apelante: Toby. Apelado Cessna Finance Corporation (CFC). Relatora: Ana Catarina Strauch. 27 de novembro de 2018b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12032754&cdForo=0>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 1046271-51.2017.8.26.0100. Apelante: CMA CGM Societe Anonyme. Apelado: Raízen Energia S/A – Raízen. Relator: Miguel Petroni Neto. 31 de janeiro de 2019a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12173660&cdForo=0>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2271551-95.2018.8.26.0000. Agravante: Zim Integrated Shipping Services LTD. Agravado: Rio de Ouro Comércio, Importação e Exportação LTDA. Relator: J. B. Franco de Godoi. 8 de maio de 2019b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12511119&cdForo=0>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1132287-71.2018.8.26.0100. Apelante/Apelado: His Logistica Internacional Ltda; CMA CGM do Brasil Agência Marítima LTDA. Apelado: Helix Sementes e Mudanças LTDA. Relator: Marco Fábio Morsello. 03 de outubro de 2019c. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12945023&cdForo=0>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- CLERMONT, Kevin. Governing Law on Forum-Selection Agreements. *Hastings Law Journal*, vol 66, pp. 643 – 673, abr. 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2019: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2018.
- COYLE, John F. Interpreting Forum Selection Clauses. *Iowa Law Review*, vol. 104, pp. 1791 – 1855, 2019.
- CRYSTAL, Nathan M.; GIANNONI-CRYSTAL, Francesca. Enforceability of Forum Selection Clauses: a “Gallant Knight” Still Seeking Eldorado. *South Carolina Journal of International Law and Business*, vol. 8, n. 2, pp. 203- 265, 2012.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *The Bremen V. Zapata Offshore Co* nº 71-322. 1972. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/407/1.html>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Americans with Disabilities Act of 1990, as amended. 1990. Disponível em: <https://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm>. Acesso: 05 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*. No. 89-1647. April 17, 1991. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/499/585.html>. Acesso em: 05 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeals of Ohio, Second District. *Enquip Technologies Group v. Tycon Technoglass*. No. 2010-CA-23. Dec 10, 2010. Disponível em: <https://casetext.com/case/enquip-technologies-group-v-tycon-technoglass>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Second Circuit. *Martinez v. Bloomberg LP*. 12-3654. January 14, 2014. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/us-2nd-circuit/2014/01/14/268963.html>. Acesso em: 26 out. 2019.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court Of Appeals, Fifth Circuit. *Weber Vs. Pact Xpp Technologies Ag* nº 15-40432. January 26, 2016. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1724379.html>. Acesso em: 03 abr. 2019.
- GRUBER, Aaron. *Forum-Selection Clauses: Limitations on Enforceability*. Jones Day, May 2013. Disponível em: <https://www.jonesday.com/Forum-Selection-Clauses-Limitations-on-Enforceability/>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- KINCAID, Rachel. *Foreign Forum-Selection Frustrations: determining clause validity in federal diversity suits*. *Stanford Journal Of Complex Litigation*, vol. 04, n. 02, pp. 131 – 166, 2016.
- MULLENIX, Linda. *Enquiring Minds Want to know: what law governs forum selection clauses?* *Courts Law Jotwell*. Oct 12, 2017. Disponível em: <https://courtslaw.jotwell.com/enquiring-minds-want-to-know-what-law-governs-forum-selection-clauses/>. Acesso em: 03 de maio de 2019.
- NANDA, Ved P.; PANSIUS, David K.; NEIHART, Bryan. *Forum Selection Clauses. Litigation of International Disputes in U.S. Courts*. Thomson Reuters, 2019.

- ONG, Michelle. Rethinking Jurisdiction Clauses in New Zealand: The Hague Convention and Beyond. *Auckland University Law Review*, vol. 19, pp. 219 – 245, 2013.
- POSENATO, Naiara. O Princípio da Autonomia da Vontade na Convenção do México de 1994. *Contratos internacionais: tendências e perspectivas - estudos de direito internacional privado e de direito comparado / Org. Naiara Posenato*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006 <https://doi.org/10.5380/rbdi.v2i2.5371>
- SCHALLER, Ashlee. Interpretation of Forum Selection Clauses: A Survey of Select English- and German-Speaking Jurisdictions. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*. Vol. XLIV, p. 117 – 190, 2018.
- SYMEONIDES, Symeon. What law governs Forum Selection Clauses? *Louisiana Law Review*, v. 78, n. 4, pp. 1120 – 1161, spring 2018.
- TANG, Zheng Sophia. *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*. Nova Iorque: Routledge, 2014.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n° 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I). OJ L 351, 20.12.2012. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- YACKEE, Jason Webb. Choice of Law Considerations in the Validity & (and) Enforcement of International Forum Selection Agreements: Whose Law Applies. *9 UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, n. 43, 2004, p. 43 – 96.
- ZAPHIRIOU, George. Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements. *Maryland Journal of International Law*, v. 3, n. 2, pp. 311 – 334, 1978.

Recebido em 24 de maio de 2020.

Aprovado em 22 de outubro de 2020.

RESUMO: O artigo se propõe a estudar qual a lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro no Brasil. Inicia-se demonstrando como a lei aplicável pode interferir diretamente no resultado da apreciação da cláusula de eleição de foro, tanto durante o juízo de validade conduzido pelo magistrado, quanto durante sua interpretação. Após, estuda-se a temática a partir das discussões doutrinárias e jurisprudenciais travadas no âmbito dos Estados Unidos da América. Aplica-se o método indutivo para analisar 62 (sessenta e duas) decisões coletadas nos portais online do Superior Tribunal de Justiça, dos tribunais de justiça de grande porte e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para estabelecer conclusões acerca da lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro em contratos internacionais submetidos à jurisdição brasileira. Confirma-se a hipótese de que o Brasil aplica a *lex fori* para a análise de validade das cláusulas. No que tange à interpretação, os três casos encontrados também aplicam a *lex fori*, e acredita-se que essa será a tendência dos próximos anos, tendo em vista a dificuldade de legitimação da autonomia da vontade em contratos internacionais no Brasil.

Palavras-chave: Direito Internacional; Contratos Internacionais; Eleição de Foro; Lei Aplicável; Validade; Interpretação.

ABSTRACT: This paper studies which law is applicable to the analysis of enforceability and interpretation of forum selection agreements in Brazil. First, it demonstrates how the applicable law can directly affect the result of the assessment of forum selection clauses, both during the analysis of validity conducted by the judiciary and during its interpretation. Next, the theme is studied from the discussions held in the United States of America, conducting an examination of the doctrinal debates and local case law. The inductive method is applied, starting from the analysis of 62 (sixty-two) decisions collected in the online portals of the Superior Court of Justice, of the largest state courts of law and in the Court of Justice of Santa Catarina to establish conclusions about the applicable law to the analysis of validity and interpretation of choice of court agreements in Brazil. The hypothesis that Brazil applies the *lex fori* for determining the enforceability of forum selection agreements is confirmed. Regarding interpretation, the three cases found applied the *lex fori*, and it is believed that this will be the trend for the upcoming years, given the difficulty in legitimizing party autonomy in international contracts in Brazil.

Keywords: International Law; International Contracts; Forum selection; Applicable Law; Enforceability; Interpretation.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MOURA, Aline Beltrame de; HORMANN, Rafaela. A lei aplicável à análise de validade e interpretação dos acordos de eleição de foro em contratos internacionais no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1504>.

Consciência jurídica, confiança e *Bitcoin*: pressupostos para a criação de uma nova moeda¹

*Legal consciousness, trust and Bitcoin: assumptions for the
creation of a new currency*

Marcelo de Castro Cunha Filho*
Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

Desde há muito tempo, debate-se o papel e a extensão do poder do direito nos círculos familiares, na administração pública e, sobretudo, na sociedade civil. Enquanto autores clássicos da ciência política, da sociologia e das ciências jurídicas apontam para um crescimento constante do poder do direito sobre a vida em sociedade², autores contemporâneos vêm chamando a atenção para formas cotidianas de resistência civil que sugeririam, ao seu ver, um processo de enfraquecimento do poder do direito sobre os cidadãos de uma forma geral³. As formas de resistência que indicariam a deflagração do processo de enfraquecimento do poder e da influência do direito variariam, segundo diversos autores, desde pequenas manifestações de desobediência civil até mesmo ao uso da tecnologia como forma de evasão das obrigações jurídicas impostas por Estados nacionais e por agentes privados no exercício do poder de autorregulação⁴.

* Doutorando em Sociologia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), mestre em Direito e Inovação e graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). E-mail: mcunhafilho@yahoo.com.br; mfilho@mit.edu.

1 Esta pesquisa foi financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

2 JOUVENEL, 1998; FARIA, 2010, 2014; TEUBNER, 2012.

3 HERTHOG, 2019; FRITSVOLD, 2009; HALLIDAY, MORGAN, 2013.

4 LESSIG, 2006.

Uma das formas de resistência civil por meio do uso da tecnologia que despertou recentemente a atenção de praticamente todo o planeta foi o *Bitcoin*. Embora o autor do projeto *Bitcoin* não tenha associado a criptomoeda a nenhuma atividade de natureza política, usuários e entusiastas primitivos da tecnologia interpretaram-na como uma espécie de dinheiro alternativo que representaria não apenas uma forma mais ágil e menos burocrática de transacionar valores pela *internet*, mas, sobretudo, como um ato de resistência ao poder do Estado exercido por meio do direito e da regulação⁵. Isso se deveu, em grande parte, à natureza tecnológica desintermediada do *Bitcoin*, que, em tese, não permitiria à criptomoeda se sujeitar a nenhuma imposição de natureza centralizada como a regulação estatal ou bancária. Devido a essa conotação política, o *Bitcoin* foi “abraçado” por grupos anárquicos de esquerda e grupos libertários de direita que enxergam o Estado e o direito oficial como males a serem combatidos⁶.

Contudo, embora explicações desse tipo tenham invadido a literatura popular sobre criptomoedas, a longa história de vida do dinheiro demonstra a impossibilidade de se conceber uma moeda em qualquer de suas formas sem o suporte organizacional de instituições de caráter formal (entre elas o direito e a regulação jurídica) ou mesmo informal⁷. A curta trajetória do *Bitcoin* já demonstra por si só como seu crescimento como meio de pagamento monetário depende, entre outras coisas, da regulação jurídico-estatal incidente sobre os atores privados que o utilizam com características similares as de uma moeda⁸. Mesmo que seu alcance esteja restrito ao comportamento dos usuários de *Bitcoin* e não abranja, como no caso da moeda padrão, o modo de funcionamento da tecnologia, a regulação jurídica representa condição material prática e simbólica de aceitação do *Bitcoin* no mercado. Ela assim o faz porque estabiliza expectativas de aceitação futura da tecnologia como meio de pagamento, por exemplo⁹. Nesse sentido, a regulação jurídico-estatal representa, entre outras coisas, condição inequívoca de atribuição de confiança ao *Bitcoin*, mesmo que a tecnologia seja cotidianamente identificada como uma forma de resistência ao Estado e ao direito.

5 CUNHA FILHO, 2019; DODD, 2017; MAURER *et al.*, 2013; MCGINNIS; ROCHE, 2017.

6 DODD, 2017; MAURER *et al.*, 2013; MCGINNIS; ROCHE, 2017.

7 FRANKEL, 1977; GOODHART, 1989; CORTEZ, 2004; DODD, 1997.

8 CUNHA FILHO, 2019; KARLSTRØM, 2014.

9 KARLSTRØM, 2014.

Levando em conta essa aparente contradição, este trabalho investigou o poder de influência do direito sobre as decisões de usuários e entusiastas de *Bitcoin* de comprar, trocar, vender ou investir na criptomoeda. A pesquisa foi conduzida no Brasil mediante a realização de trinta e nove entrevistas com usuários e entusiastas de *Bitcoin*. O país da América Latina foi escolhido por ter se tornado um dos maiores mercados de *Bitcoin* do mundo segundo o *Global Digital Report*¹⁰. Possivelmente, isso se deveu em grande parte à conjuntura político-econômica dos últimos anos no país. O Brasil atravessou graves crises inflacionárias nos anos 90 e reviveu sua memória recentemente após 2013, se bem que em escala muito menor¹¹. A imagem recente da inflação, muito difundida pela mídia e associada maliciosamente ou não com diversos escândalos de corrupção, pode ter aprofundado o processo de desconfiança do direito e das instituições formais de direito por parte da população. Ressalta-se, contudo, que não há estudos que comprovem a relação causal direta entre a inflação no Brasil e a deflagração de um processo de desconfiança do direito e das instituições nos últimos anos. A relação entre inflação e desconfiança consiste, portanto, em uma mera hipótese carente de comprovação científica. Apesar disso, admite-se a sua plausibilidade levando-se em conta observações pontuadas de forma reiterada, porém não-sistemática, na literatura popular sobre *Bitcoin* e criptomoedas exposta mais adiante.

Ao final da pesquisa, descobriu-se que, apesar de a utilização do *Bitcoin* sugerir sinais implícitos e explícitos de contestação e negação do direito de uma forma geral, usuários e entusiastas da criptomoeda encontram, ainda assim, no direito e em noções jurídicas imperfeitas a sustentação para a confiança na criptomoeda como uma espécie alternativa de dinheiro. Eles

10 KEMP, 2019.

11 Ressalva-se que os períodos de inflação mencionados no texto são muito distintos um do outro, não podendo ser sequer comparáveis do ponto de vista conceitual. Enquanto a inflação dos anos 90 acumulou-se em 4.922,60% no mês de junho de 1994 (levando-se em conta os 12 meses anteriores), segundo a série histórica da inflação constante do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a alta máxima após 2013 fechou em 10,71% em janeiro de 2016 (levando-se também em conta os 12 meses anteriores). No primeiro caso, fala-se de um verdadeiro processo hiperinflacionário, ao passo que no segundo discute-se até mesmo se a inflação não seria considerada uma miragem de inflação levando-se em conta outras variáveis macroeconômicas que afetavam o país na data. Apesar disso, pensa-se ser plausível relacionar a inflação vivida pelo país dos anos 90 até aqui com um processo de perda de confiança gradativa no direito, no estado e nos governos em geral. Isso se deve não em virtude do quantitativo inflacionário propriamente, mas sim em virtude da percepção social da relação entre inflação e falhas gerenciais na condução da economia por parte dos governantes.

assim o fazem quando interpretam o direito como um recurso estratégico indispensável para a consolidação do mercado de *Bitcoin* ou também como um recurso provedor de segurança técnica e financeira ao uso e investimento em *Bitcoin*. Além disso, a própria ideia de contestação e rejeição do direito consiste em parte em uma circunstância capaz de atribuir, se bem que de modo indireto, confiança no *Bitcoin*, na medida em que a criptomoeda é vista, sob esse prisma, como uma moeda alternativa que não se submete à regulação jurídica estatal ou privada. Levando isso em conta, este trabalho levanta a hipótese de que, embora o direito seja objeto de contestação ativa por parte de usuários e entusiastas de *Bitcoin*, ele, ainda assim, não perde centralidade e poder de influência sobre o comportamento dos agentes inseridos nesse campo social¹². O direito constitui estruturalmente o campo social do *Bitcoin* ainda que de forma simbólica e não aparente.

Este artigo encontra-se dividido em mais cinco seções a partir desta introdução. A próxima seção trata da discussão contemporânea sobre consciência jurídica e sobre como este fenômeno, comum a qualquer sociedade organizada juridicamente, deflagra aceitação passiva do direito e ao mesmo tempo contestação e rejeição das formas jurídicas por parte da população. A seção 2 trata da origem do *Bitcoin* e da narrativa antidireito e anti-institucional com as quais a criptomoeda é comumente associada. Nessa seção, explica-se um pouco a ideia abstrata de contestação e de rejeição do direito e porque, apesar desse raciocínio, a confiança no *Bitcoin*, assim como no dinheiro, não consegue se sustentar sem o suporte do direito e de instituições organizadas social e juridicamente. Na seção 3, descreve-se a metodologia utilizada para a coleta e a análise de dados. Na seção 4, descrevem-se os resultados encontrados, a saber, os três esquemas interpretativos por meio dos quais a consciência jurídica de usuários e entusiastas se expressa e afeta, em decorrência disso, a formação da confiança no *Bitcoin*. Todos os resultados são exemplificados com trechos das falas dos entrevistados. Na seção 5, discutem-se os resultados tendo em vista a literatura sobre consciência jurídica e confiança na moeda apontadas anteriormente. Finalmente, conclui-se o artigo de forma sucinta.

12 Emprega-se aqui o termo campo de acordo com a acepção de William Sewell (1992).

2. Consciência jurídica: o poder não aparente do direito

Desde há muito tempo, debate-se o papel do direito na sociedade. Mais recentemente, cientistas sociais e juristas começaram a apontar para um gradativo aumento da influência do direito sobre a vida dos cidadãos e cidadãs. Por um lado, alega-se que o poder do direito cresceu em intensidade. Bertrand de Jouvenel¹³ mostra como o poder do direito emanado do Estado mais precisamente cresceu, desde o período monárquico francês até os dias de hoje, tanto em capacidade de mobilização de recursos quanto de coação. Por outro lado, alega-se também que o poder do direito cresceu em extensão, abrangendo áreas da vida social antes pouco ou nada reguladas. Apesar de apontar para uma perda da prevalência do direito estatal a partir da crise dos Estados de bem-estar social na contemporaneidade, José Eduardo Faria¹⁴ demonstra como a proliferação legislativa e a regulação setorial da economia intensificou a penetração do direito na sociedade desde as primeiras crises do capitalismo até os dias de hoje. Porém, não somente por meio de mecanismos coercitivos formais o poder do direito cresceu. O poder do direito cresceu também por meio de mecanismos simbólicos não aparentes que penetram na sociedade de forma estruturante, ubíqua e pervasiva¹⁵.

A essa dimensão não aparente do direito, convencionou-se chamar de cultura jurídica¹⁶. O termo “cultura jurídica” foi proposto pela primeira vez por Lawrence Friedman¹⁷ para designar um conjunto de ideias, valores, opiniões e atitudes que as pessoas em geral – não apenas aplicadores oficiais das normas jurídicas – tomam em função do direito. Segundo Friedman¹⁸, as diferentes manifestações da cultura jurídica de um povo ou de determinados grupos populacionais representam condição necessária de funcionamento e de eficácia do direito oficial de um modo abrangente. Ao mesmo tempo em que elas fornecem as bases sociais para a aplicação prática do direito oficial – na medida em que produzem familiaridade com o universo de regras e princípios jurídicos –, elas também atuam como uma fonte de direito nos

13 1998.

14 2010, 2014.

15 TEUBNER, 2012.

16 FRIEDMAN, 1994; NELKEN, 2012; MERRY, 2012.

17 1994.

18 1994.

espaços em que o direito das leis e dos códigos não se faz presente¹⁹. Nos espaços em que o aparelho estatal e, portanto, o direito oficial não alcança, seja por impossibilidade fática, seja por deficiências estruturais, agentes sociais leigos são capazes, ainda assim, de invocar e aplicar ideias, noções e terminologias jurídicas, ainda que de forma imperfeita, com o objetivo de dirimir contendas sociais e organizar a vida em sociedade²⁰.

Patricia Ewick e Susan Silbey²¹ chamam essa dimensão não aparente do direito de consciência jurídica. Segundo as autoras, a consciência jurídica é parte estruturante e estruturada da sociedade. Ao mesmo tempo em que ideias, noções, atitudes e terminologias jurídicas se tornam parte de sistemas materiais e discursivos que condicionam a produção social de sentido de um modo geral, elas são também reiteradamente modificadas tendo em vista as particularidades do contexto. A consciência jurídica não é, portanto, imposta sobre os indivíduos por meio de mecanismos coercitivos formais das instituições jurídicas. Ela é constantemente trabalhada pelos indivíduos nos mais diversos espaços sociais – sobretudo leigos – tendo em vista o engajamento do cidadão comum na produção e construção cotidiana da legalidade²². Ewick e Silbey²³ identificam três narrativas por meio das quais a consciência jurídica dos cidadãos do estado de Nova Jersey nos Estados Unidos se materializa nas falas e nas atitudes desses indivíduos, condicionando, assim, o modo como eles interpretam o mundo e constroem e reconstróem a legalidade cotidianamente.

A primeira narrativa produzida é chamada de “*before the law*”. Segundo essa narrativa, os indivíduos enxergam o direito em geral de modo abstrato, como se ele fosse resultado de uma obra divina intocável e desprendido das experiências da vida cotidiana. Ewick e Silbey²⁴ observaram que essa narrativa estimula um comportamento passivo, inerte e de deferência aos comandos e preceitos jurídicos. A segunda narrativa, por sua vez, é chamada de “*with the law*”. Segundo essa narrativa, os indivíduos enxergam o direito com uma visão cínica. O direito aqui é interpretado como um terreno essencialmente

19 FRIEDMAN, 1994; SANTOS, 1977.

20 EWICK, SILBEY, 1998; SILBEY, 2005, 2012; SANTOS, 1977.

21 1998.

22 EWICK, SILBEY, 1988; SILBEY, 2005, 2012.

23 1998.

24 1998.

mundano, profano, sobre o qual os atores atuam estrategicamente. Essa segunda narrativa estimula um comportamento parecido com o de um jogador: quando expressam ideias e atitudes que se encaixam abstratamente nessa narrativa, os indivíduos se enxergam como participantes de um jogo em disputa pela vitória. Eles assim o fazem com o objetivo de perseguir um direito lesado ou, então para se defender de alguma acusação que eles acreditam ser infundada. Por fim, a terceira narrativa é chamada de “*against the law*”. Segundo essa narrativa, o direito é interpretado como resultado de relações de poder e dominação. A percepção dessa particularidade do direito torna-o incapaz de resolver as disputas cotidianas, de reconhecer a verdade dos fatos e de responder aos anseios da justiça. Por essa razão, essa terceira e última narrativa estimula um comportamento de rejeição ou desprezo ao direito.

A obtenção das três formas de consciência jurídica revela não somente o modo como o direito de um modo geral – ou a sua imagem – penetra no cotidiano popular de forma não aparente construindo e reconstruindo significados que ajudam a interpretar e modificar a realidade. Ela explica também por que, apesar das constantes falhas do próprio direito e das instituições jurídicas, seu poder se mantém hegemônico e aparentemente indestrutível: de acordo com Ewick e Silbey²⁵, a preponderância da mobilização discursiva das narrativas “*before the law*” e “*with the law*” entre os cidadãos de Nova Jersey configura a base social do poder do direito e do fascínio que ele tem naquele local. A interpretação do direito como um produto divino por um lado, e acessível e manipulável por jogadores de outro, representa, segundo as autoras, a condição essencial para que o direito consiga, apesar das suas falhas estruturais, sustentar seu poder e sua autoridade naquela localidade sem que sanções jurídicas ou mecanismos oficiais e formais precisem sequer ser mobilizados em muitas circunstâncias.

Embora Ewick e Silbey²⁶ tenham descrito formas de consciência jurídica dos cidadãos do estado de Nova Jersey, estudos recentes apontam para a possibilidade de generalização dos resultados. Praticamente todos os estudos sobre consciência jurídica conduzidos posteriormente ao trabalho de Ewick e Silbey²⁷ descrevem também a obtenção de pelo menos três formas de cons-

25 1998.

26 1998.

27 1998.

ciência parecidas com as narrativas descritas pelas autoras. Esse é o caso de Kathleen Hull²⁸ quando da análise da consciência jurídica de homossexuais marginalizados nos Estados Unidos. Também é o caso Sarah Lageson²⁹, quando da análise de administradores de *sites* sobre crimes e criminosos no país norte-americano. E mais recentemente de Kathryn Young e Katie Billings³⁰, quando da análise da consciência jurídica de jovens estudantes também nos Estados Unidos. Contudo, apesar da grande correspondência dos trabalhos de Ewick e Silbey³¹ com a realidade de diferentes contextos dentro de um mesmo país, estudos recentes vêm questionando a ideia segundo a qual o poder do direito, mesmo na sua dimensão não aparente, consegue efetivamente se sustentar e crescer na vida cotidiana. Ao invés de observarem uma prevalência das narrativas “*before the law*” e “*with the law*” em contextos particulares, os estudos enfocam a análise de como casos de desobediência revelam na verdade a prevalência de narrativas contestadoras do direito que teoricamente enfraqueceriam seu poder e influência sobre a sociedade.

Partindo da análise de casos específicos e de *surveys* realizados em extensão na Holanda, Mark Herthog³² descreve como a sociedade holandesa de um modo geral, ao invés de acatar e aceitar passivamente os comandos jurídicos emanados das instituições públicas tradicionais, deflagram rotineiramente um processo de rejeição e de contestação desses mesmos comandos. Nos casos analisados, ao invés de o direito revelar influência positiva e conformadora sobre o comportamento das pessoas, ele geralmente desperta ódio, fúria e indignação. Em muitos desses casos, os sentimentos contrários ao direito surgem de uma percepção da sua contaminação por injustiças, imoralidades, parcialidades etc.. De forma parecida, Erik Fritsvold³³ também identifica uma inclinação para a contestação do direito e de sua autoridade no âmbito da consciência jurídica de grupos de ativistas ambientais. Simon Halliday e Bronwen Morgan³⁴ acentuam ainda mais essa perspectiva ao exporem uma quarta forma de consciência jurídica que revela contestação

28 2016.

29 2017.

30 2020.

31 1998.

32 2019.

33 FRITSVOLD, 2009.

34 2013.

e negação ativas do direito. Ao descreverem uma quarta forma de consciência jurídica, Halliday e Morgan³⁵ chegam a falar, inclusive, da insuficiência do conceitual analítico de Ewick e Silbey para explicar a manifestação da consciência jurídica em grupos sociais particulares.

Embora ainda pouco exploradas na literatura científica, manifestações de contestação e rejeição do direito acontecem não apenas nos encontros presenciais do dia a dia, mas também explícita e implicitamente no universo virtual da tecnologia. Notícias sobre comportamentos contestatórios do direito e da autoridade constituída nas plataformas digitais (*WhatsApp, Facebook, Twitter* etc.) abundam nos noticiários de jornais e revistas. A tecnologia mostrou-se uma ferramenta bastante prática para dar concretude a esse tipo de manifestação tendo em vista os instrumentos que ela disponibiliza para anonimização de identidades e, conseqüentemente, para evasão de responsabilidade legal. Longe de implicar que o *Bitcoin* e o uso da criptomoeda estejam associados a alguma atividade ilícita, usuários e entusiastas da tecnologia viram também na criptomoeda um possível caminho para a contestação do direito, da autoridade monetária constituída e da regulação privada bancária. Nesse sentido, o uso do *Bitcoin* como moeda implica inevitavelmente em uma forma de consciência jurídica ativamente contestatória que se dissemina na economia dos dias atuais.

3. *Bitcoin* e a narrativa anti-institucional da confiança na moeda.

Embora o *Bitcoin* tenha sido usado recentemente mais como ativo especulativo do que como qualquer outra coisa, a ideia de que ele funciona como uma espécie de moeda, ou que um dia funcionará como tal, persiste entre atores não especulativos³⁶. A associação com dinheiro não é ocasional. Diversos aspectos do *Bitcoin* se assemelham aos de uma moeda eletrônica convencional³⁷ como, por exemplo, o Real virtual ou o Dólar virtual. Diferentemente de uma moeda eletrônica, porém, o *Bitcoin* foi desenhado para funcionar de modo inteiramente *peer-to-peer*³⁸. O *Bitcoin* é transferido diretamente de usuário a usuário sem ter de passar pelos procedimentos internos e pela

35 2013.

36 LAMBRECHT; LARUE, 2018; BAUR *et al.*, 2017; GLASER *et al.*, 2014.

37 BJERG, 2015.

38 NAKAMOTO, 2008; FILIPPI, 2014; DONET *et al.*, 2014; PONSFORD, 2015; BRYANS, 2014; BÖHME *et al.*, 2015.

fiscalização de qualquer instituição. No lugar de um terceiro intermediário que operacionaliza as trocas de valor, o *Bitcoin* é transmitido por meio de um protocolo criptográfico que obedece a regras matemáticas pré-programadas³⁹.

Seu modo de funcionamento desintermediado ensejou o entendimento de que, em virtude da eliminação do terceiro da cadeia de transferência de valor e da inserção, em seu lugar, de um procedimento tecnológico semiautomatizado, surgia uma moeda que excluía do seu modelo de governança todo e qualquer tipo de interferência institucional e política⁴⁰. A transferência do controle e da gestão da moeda do âmbito de uma instituição organizada social e juridicamente para o âmbito de um processo matematicamente controlado representou, em última análise, uma estratégia de se insular a moeda do campo do direito e da política *lato sensu*⁴¹. Por conta desse entendimento, associado ao reconhecimento de um processo gradativo de perda de credibilidade pelo qual passam as instituições de direito e a política no mundo de um modo geral⁴², divulgou-se amplamente na mídia a criação de uma espécie de moeda cujas propriedades inspirariam a confiança que moedas administradas por uma autoridade central não conseguem inspirar⁴³.

Participantes de comunidades ativistas de internet promoveram a ideia de que bancos centrais, instituições financeiras privadas e governos em geral administram as suas respectivas moedas com o objetivo de servir aos interesses das pessoas que atuam em nome dessas instituições ao invés dos interesses do público de uma forma ampla⁴⁴. Essas pessoas seriam responsáveis por

39 NAKAMOTO, 2008; FILIPPI, 2014; DONET *et al.*, 2014; PONSFORD, 2015; BRYANS, 2014; BÖHME *et al.*, 2015.

40 DODD, 2017; MAURER *et al.*, 2013.

41 DODD, 2017; MAURER *et al.*, 2013; MCGINNIS; ROCHE, 2017; FILIPPI, 2014; DONET *et al.*, 2014.

42 Pesquisas conduzidas pelo *Pew Research Center* em 2017 demonstram que o nível de confiança que a população mundial deposita nos governos de seus respectivos países decresceu consideravelmente nos últimos anos. O gráfico disponível no site da referida instituição <http://www.people-press.org/2017/05/03/public-trust-in-government-remains-near-historic-lows-as-partisan-attitudes-shift/1-19/> revela a queda de confiança no governo americano por parte dos cidadãos do país de mais de 50% desde a década de 50 (PUBLIC..., 2017). Outro gráfico disponível na página da *Pew Research Center* <http://www.pewglobal.org/2017/10/16/many-unhappy-with-current-political-system/> demonstra que países com menor crescimento do PIB nos últimos anos, como Brasil, Argentina, Espanha, França e México, apresentam menores taxas de confiança no governo e na política (WIKÉ *et al.*, 2017).

43 DODD, 2017; MAURER *et al.*, 2013; MCGINNIS; ROCHE, 2017; FILIPPI, 2014; DONET *et al.*, 2014.

44 DODD, 2017; MAURER *et al.*, 2013.

artificialmente inflar o valor da moeda, deflacioná-la, confiscá-la, retirá-la de circulação etc. O mesmo não aconteceria com o *Bitcoin*, na medida em que a criptomoeda tem seu modo de funcionamento e administração delegados a máquinas incapazes de alterar as regras do protocolo de acordo com o qual as unidades de *Bitcoin* são emitidas e transacionadas⁴⁵.

A narrativa popular anti-institucional atribuída ao *Bitcoin* carrega uma explicação sedutora a respeito de como a confiança na moeda emerge da negação do direito e da política, e da substituição de instituições historicamente evoluídas por processos matemáticos. Desde há muito tempo, números têm sido considerados mecanismos fornecedores de confiança porque eles reivindicam objetividade⁴⁶. De acordo com Theodore Porter⁴⁷, a objetividade é definida como a ausência de interesses pessoais, a estrita observância de normas, o tratamento similar dispensado a situações equivalentes, a imparcialidade etc. Além disso, números funcionam como um substituto atrativo para a confusa ambivalência da linguagem e dos julgamentos qualitativos. De um lado, eles criam distância física e social, ao mesmo tempo em que a superam. Números apagam variações culturais, históricas e geográficas ao mesmo tempo em que erigem uma linguagem comum⁴⁸.

Contudo, apesar do fascínio que a objetividade dos números desperta, a ideia de que a confiança pública em uma representação popular de moeda pode ser forjada a partir desses pressupostos não é apenas ingênua, mas fundamentalmente equivocada. Ela é fundamentalmente equivocada por duas principais razões: em primeiro lugar, porque a própria utilização da matemática e dos métodos quantitativos como forma de gestão e gerenciamento da tecnologia não elimina o espaço das decisões, das escolhas e até mesmo das arbitrariedades⁴⁹. O modo de funcionamento matematizado da tecnologia não afasta a circunstância de que ela é programada para funcionar dessa maneira. A sua configuração técnica resulta de uma série de escolhas tomadas por aqueles que a criaram e a mantêm em funcionamento (desenvolvedores e mineradores). Além disso, a ideia de que a confiança pode surgir do modo quantificado de operação da tecnologia é equivocada, porque a

45 NAKAMOTO, 2008; ATZORI, 2015.

46 PORTER, 1995; DERINGER, 2018.

47 1995.

48 CUNHA FILHO; SILBEY, 2020.

49 LATOUR, 1996; DERINGER, 2018; PORTER, 1995; DODD, 2017.

confiança não está ligada apenas à ideia de processo. Ela está intrinsecamente ligada à ideia de superação da incerteza de resultados futuros⁵⁰. Em linhas gerais, a confiança caracteriza-se como a expectativa de que alguém ou algo se comportará de determinada maneira de modo a produzir algum evento futuro específico. No caso do *Bitcoin* mais especificamente, em sendo a tecnologia considerada cotidianamente uma espécie de moeda, então a confiança que recai sobre ela não nasce apenas da expectativa de que ela seja operacionalizada de tal ou qual maneira⁵¹. A confiança emerge e se sustenta da expectativa de que o próprio *Bitcoin* sirva concretamente com características aproximadas de uma moeda, a saber, com as características de meio de pagamento, meio de troca, unidade de conta e reserva de valor⁵².

Embora a narrativa que se construiu ao redor do *Bitcoin* enfatize que a criptomoeda pode alcançar esse resultado por meio da exclusão do direito e da política do seu modo de funcionamento, ampla literatura em sociologia jurídica e economia reconhece que o direito e as instituições organizadas social e juridicamente funcionam nas sociedades ocidentais contemporâneas como os principais fornecedores de confiança a um determinado objeto e, em especial, à moeda⁵³. Teorias monetárias tradicionais e contemporâneas enfatizam o papel do direito e da organização institucional do dinheiro como condições de fornecimento de confiança à moeda por meio da atribuição indireta a esse mesmo bem das características de meio de pagamento, meio troca, unidade de conta e reserva de valor⁵⁴. São três as principais vertentes da teoria monetária que explicam o modo como o direito e as instituições organizadas social e juridicamente assumem esse papel na economia. A primeira delas é a teoria tradicional neoclássica, segundo a qual o dinheiro consiste essencialmente em uma mercadoria universalmente aceita como meio de troca na economia⁵⁵. A segunda é a teoria estatal, segundo a qual o dinheiro é uma criação do Estado essencialmente⁵⁶. E a terceira é a teoria

50 LUHMANN, 1996; GIDDENS, 1991; MÖLLERING, 2006; SYDOW, 2006; ROBBINS, 2016; KHODYAKOV, 2007.

51 LUHMANN, 1996; GIDDENS, 1991; MÖLLERING, 2006; SYDOW, 2006; ROBBINS, 2016; KHODYAKOV, 2007.

52 FRANKEL, 1977; GOODHART, 1989; CORTEZ, 2004; DODD, 1997.

53 BECKERT, 2006; ZUCKER, 1986; LUHMANN, 1996; GAMBETTA, 1988; GOOD, 1988.

54 GOODHART, 1988; CORTEZ, 2004; OLIVEIRA, 2009.

55 DODD, 1997.

56 DODD, 1997.

institucional, segundo a qual o dinheiro nada mais é do que um crédito emitido por entidades públicas ou privadas que funciona como meio geral de pagamento na economia⁵⁷.

Na teoria tradicional neoclássica, por exemplo, o direito e as instituições de direito não representam condição essencial para a existência do dinheiro⁵⁸. No entanto, o direito assume a função essencial de prover os incentivos econômicos que permitem uma determinada mercadoria ser aceita na sociedade como meio de troca mais vendável e, portanto, como moeda⁵⁹. Segundo essa concepção, o direito pode, por exemplo, funcionar como um incentivo à consolidação da confiança na moeda na medida em que fixa os padrões de segurança que os emissores de moeda física devem observar a fim de evitar falsificações⁶⁰. O direito pode, ainda, determinar, entre tantas outras coisas, a restrição do fluxo de moeda para dentro ou para fora do país com o objetivo de conter crises de liquidez.

Por outro lado, para a teoria estatal, o direito desempenha mais do que meramente uma função de provimento de incentivos à consolidação da moeda na economia⁶¹. Segundo essa vertente do pensamento econômico, o direito não apenas funciona como um facilitador da vida do dinheiro⁶². Ele é igualmente constitutivo da existência do dinheiro e das relações monetárias. De acordo com Georg Knapp⁶³, o dinheiro é produto de uma lei. Não há, segundo o autor, dinheiro sem que uma lei o crie. Mais especificamente, a lei cria o dinheiro mediante a proclamação de uma unidade de conta e dos meios de pagamento que deverão ser efetivamente aceitos na economia. Além disso, a lei seria responsável por atuar constitutivamente na consolidação da confiança nos instrumentos de pagamento. A lei assim o faria na medida em que determinasse, por exemplo, a obrigatoriedade de o Estado de aceitar os meios de pagamento como forma de quitação de tributos. Na teoria estatal de Knapp⁶⁴, vê-se, portanto, que o direito assume uma dupla função: por um lado, ele atua constitutivamente como um precursor da existência do

57 VICUÑA, 2010.

58 MENGER, 2009.

59 MENGER, 2009.

60 MENGER, 2009.

61 KNAPP, 1924.

62 KNAPP, 1924.

63 1924.

64 1924.

dinheiro. Por outro, ele fornece as garantias por meio das quais o dinheiro pode ser efetivamente aceito na sociedade⁶⁵.

Partindo dos mesmos pressupostos da teoria estatal, a teoria institucional da moeda também localiza no direito e, sobretudo, nas instituições organizadas juridicamente o lócus da confiança no dinheiro⁶⁶. Diferentemente da teoria estatal, porém, o dinheiro, para essa terceira vertente da teoria monetária, não pode ser reduzido a um meio de pagamento produzido pelo poder soberano exclusivamente. Para a teoria institucional, o dinheiro consiste essencialmente em um crédito emitido por agentes públicos e/ou privados que passa a circular como meio de pagamento universal na economia⁶⁷. Como crédito executável contra o emissor, a confiança no dinheiro derivaria, portanto, da capacidade econômica dos agentes que o emitem— sejam eles públicos (Estado) ou privados (bancos comerciais) —, e também do complexo institucional dentro do qual eles se inserem⁶⁸. Ambos os fatores representariam a condição essencial de atribuição de confiança ao dinheiro pelo fato de funcionarem como pistas de que os emissores de dinheiro honrarão suas promessas de redimir futuramente os créditos gerados em forma de moeda⁶⁹.

Sabendo disso, e levando em consideração os múltiplos papéis que o direito e as instituições organizadas social e juridicamente podem assumir na constituição e consolidação da confiança no dinheiro, este trabalho indaga: como usuários e entusiastas de *Bitcoin* compreendem o papel do direito na constituição da criptomoeda, e como, essa compreensão auxilia na formação do juízo de confiança, ou de desconfiança, no *Bitcoin* como uma representação cotidiana de moeda? Seria o direito totalmente irrelevante como aponta a literatura não especializada, ou representaria o direito um provedor de confiança ao uso e investimento em *Bitcoin*? Ao responder essas indagações, este trabalho objetiva investigar não apenas qual o papel do direito na constituição da confiança na criptomoeda, mas, além disso, como o direito desempenha efetivamente seu poder de conformação de comportamentos em um ambiente onde os mecanismos formais de direito e de coerção funcionam de forma limitada.

65 KNAPP, 1924; DODD, 1997.

66 INGHAM 2004; VICUÑA 2010.

67 INGHAM 2004; VICUÑA 2010.

68 INGHAM 2004; VICUÑA 2010; COZER 2006.

69 INGHAM 2004; VICUÑA 2010; COZER 2006.

4. Métodos de pesquisa

No total, trinta e nove pessoas foram entrevistadas entre agosto de 2018 e março de 2019. Dessas entrevistas, vinte e uma foram conduzidas presencialmente no Brasil e dezoito online com pessoas que se encontravam no Brasil e também no exterior. Entre os participantes, incluíram-se homens (27) e mulheres (12) de diferentes idades, classes sociais e qualificações educacionais. Todos os participantes foram selecionados entre contatos pessoais, integrantes de um grupo de *Facebook* e integrantes de um grupo de *WhatsApp*. Entre os contatos pessoais, havia um estudante da Universidade de São Paulo e um advogado que trabalhava em um escritório de advocacia em São Paulo. Entre os integrantes do grupo de *Facebook* foram selecionados participantes que residiam em diferentes estados brasileiros, entre eles Ceará, Paraíba, Amazonas. O grupo de *Facebook* considerado para a pesquisa foi criado para permitir o compartilhamento de notícias e opiniões pessoais sobre o *Bitcoin* e outras criptomoedas. O grupo apresentava na data da constituição da amostra 135.000 participantes aproximadamente. Finalmente, o grupo de *WhatsApp*, do qual alguns integrantes foram selecionados para as entrevistas, era composto por membros admitidos por terem conhecimento profundo acerca das tecnologias *Bitcoin* e *Blockchain*. Entrevistados do grupo provinham também de diferentes estados brasileiros.

Todas as entrevistas foram gravadas e transcritas. As transcrições foram analisadas de forma indutiva utilizando-se o programa de computador “*Atlas.ti*”. Inicialmente, procedendo-se à técnica de codificação de linha por linha e parágrafo por parágrafo⁷⁰, foram extraídos, de uma amostra de oito entrevistas, marcadores linguísticos que indicavam temas comuns que se apresentavam nos trechos transcritos⁷¹. Aproximadamente 50 códigos foram alcançados. Todos os códigos foram subsequentemente utilizados para codificar todas as entrevistas, incluindo as oito primeiras. Depois de codificar os trinta e nove transcritos, buscou-se nos códigos mais frequentes, assim como naqueles que possuíam especial relevância para a análise do objeto, referências ao direito. Novos códigos foram obtidos. Uma vez sistematizados por semelhança, os novos códigos originaram categorias, que foram subsequentemente abrangidas pelo que se chamou neste artigo

70 CHARMAZ, 2014; SALDAÑA, 2009.

71 CHARMAZ, 2014; SALDAÑA, 2009; BARDIN, 2011.

de esquemas interpretativos segundo a acepção de William Sewell⁷². Os esquemas interpretativos consubstanciam, em última análise, formas por meio das quais os entrevistados articulam e compreendem o direito. Os esquemas obtidos são abaixo explicados.

5. O poder estruturante do direito na formação da confiança no *Bitcoin*

Apesar da narrativa antijurídica e anti-institucional que se popularizou nos *blogs* e nas mídias sociais, observou-se que leis, termos jurídicos e o senso comum de justiça são frequentemente invocados nas falas dos entrevistados como recursos ou obstáculos à formação da confiança na criptomoeda. Três são os esquemas interpretativos identificados que invocam essas ideias. Os esquemas interpretativos foram nomeados de: 1) o direito como uma ferramenta utilitária; 2) o direito como um provedor de segurança e 3) o direito como uma ferramenta política. Cada esquema interpretativo indica uma maneira por meio da qual o direito penetra no campo social do *Bitcoin* e estrutura a confiança do usuário na criptomoeda como uma espécie de dinheiro. Os três esquemas interpretativos levaram à formulação do seguinte quadro.

Quadro 1 – Esquemas interpretativos

	Direito como uma ferramenta utilitária	Direito como um provedor de segurança	Direito como uma ferramenta política.
Interpretações do direito como recursos à formação da confiança	Gera incentivos ou desincentivos à confiança.	Provê simbolicamente segurança ao ambiente técnico e institucional do <i>Bitcoin</i> .	Representa um instrumento essencialmente político a serviço de interesses privados.

Fonte: Elaboração própria

72 Esquemas interpretativos podem ser definidos, de acordo com William Sewell (1992) como procedimentos generalizáveis ou estruturas mentais aplicadas na afirmação/reprodução da vida social. Dentro dessa classificação, esquemas compreendem convenções sociais, receitas, princípios de ação, cenários, hábitos de fala, gestos etc. Os esquemas são generalizáveis, porque eles se aplicam não apenas às situações para as quais eles foram criados. Eles podem também se estender a vários outros contextos de interação quando são invocados por analogia.

5.1. O direito como uma ferramenta utilitária

O primeiro esquema interpretativo identificado a respeito do direito é marcado por um cálculo utilitarista de custo e benefício. Nesse contexto, os entrevistados interpretam o direito por meio da análise dos efeitos positivos ou negativos que ele pode gerar sobre mercado de *Bitcoin*. De acordo com esse esquema, entrevistados associam o direito com segurança jurídica para usuários e investidores ou, ainda, como uma ferramenta capaz de atribuir maior usabilidade e praticidade à criptomoeda por meio da estabilização de expectativas dos agentes privados. Ideias desse tipo contribuem para favorecer o juízo da confiança no uso e no investimento no *Bitcoin*. No exemplo a seguir, a entrevistada 17 invoca o direito como motivo de atribuição de segurança jurídica ao mercado.

Entrevistada 17 – O negócio é muito bom por si só (*Bitcoin*), mas (...) se não tiver (...) uma lei para disciplinar isso e dar segurança jurídica, seja para o cliente confiar em uma *exchange*, seja para um banco ter um relacionamento sadio e de sucesso com uma *exchange*, seja para aumentar a adesão das próprias pessoas no mercado (...). Hoje, quando a gente olha para o mercado, quem aceita *Bitcoin*? Quem aceita *Ripple*, *Monero*, *Dash*, qualquer outro tipo?

Segundo o raciocínio da entrevistada 17, o direito (ou a lei, nos termos da entrevistada) funciona como um mecanismo não constitutivo do mercado de *Bitcoins*, mas que, ao mesmo tempo, é capaz de atribuir segurança jurídica aos usuários e investidores pelo fato de ele estabilizar expectativas dos agentes privados no que tange à aceitação futura da “moeda”. A entrevistada lembra que o *Bitcoin* tem independência e autonomia em relação à lei (“O negócio é muito bom por si só”). No entanto, sem o incentivo do direito, a criptomoeda pouca utilidade teria (“se não tiver uma lei para disciplinar isso e dar segurança jurídica”). Esse raciocínio coloca o direito como elemento inteiramente instrumental para a construção da confiança na “moeda” *Bitcoin*. Coincidência ou não, esse esquema interpretativo se assemelha muito à corrente liberal clássica da origem e do surgimento da moeda, segundo a qual o direito e o Estado atuam apenas de forma lateral em relação à constituição do fenômeno monetário.

Em outro exemplo, a relação utilitária identificada entre direito, Estado, confiança e moeda fica ainda mais nítida. Na passagem a seguir, o entrevistado

4 explica não apenas por que o direito e a regulação estatal constituiriam importantes incentivos para se aumentar a confiança no *Bitcoin* como moeda. Ele explica igualmente como o direito e a regulação contribuiriam para incentivar a usabilidade prática da criptomoeda, e como, por consequência, ele se sentiria mais confiante para usar *Bitcoins* no dia a dia. Veja-se que a regulação aqui é invocada pelo participante de modo igualmente instrumental. Na visão do entrevistado, a regulação torna-se relevante pelos efeitos indiretos que ela produz sobre o ecossistema do *Bitcoin*.

Entrevistado 4 – (...) então será que é tão ruim regulamentar assim? Pra eu chegar num lugar e falar, toma aqui, eu prefiro pagar o imposto em cima disso e não ter a dor de cabeça, prefiro mil vezes, sem sombra de dúvida. O negócio é pra ser usado, no final das contas, a minha concepção, é uma moeda, e se é uma moeda, é uma moeda que é pra ser usada, tem que ser fácil de ser usada.

Entrevistador – A regulação vai vir...

Entrevistado 4 – A tendência é que melhore, eu acho que a tendência é que melhore, porque elas vão tomar... Elas vão ter usabilidade de fato pra quem compra, hoje o *Bitcoin* não tem uma usabilidade de fato (...) hoje a usabilidade é muito restrita, mas com a regulamentação, a usabilidade vai aumentar escalonado a qualquer coisa que você queira comprar. (...) o governo vai querer arrecadar. O simples fato do governo obrigar as pessoas a declarar isso no imposto de renda, eu acho que já vai encorajar, eu posso estar muito enganado, pode até parecer uma utopia da minha cabeça, você fala assim, você é louco, o cara vai querer declarar? Vai ser melhor pra ele declarar isso do que não declarar e depois entrar na malha fina, o negócio vai ser muito pior e o cara vai ficar com o dinheiro amarrado? Você tem, sei lá, 20 *Bitcoins*, você vai querer ficar com esses 20 *Bitcoins* amarrados. O que você vai fazer com o seu dinheiro parado? Bota pra rodar.

No fragmento acima, o entrevistado 4 percebe a regulação e, portanto, o direito, como um instrumento para a consecução de um fim desejável. Em momento algum, ele se põe a refletir sobre a necessidade da regulação do *Bitcoin* por imperativos de justiça. Tampouco, por questões morais mais genéricas que leve em conta, por exemplo, as necessidades do consumidor, dos investidores ou, então, das pessoas indiretamente afetadas. A regulação aqui se insere perfeitamente dentro de um cálculo utilitarista. O saldo positivo desse cálculo funciona como um *input* para que o entrevistado se incline a

aceitar o *Bitcoin* como uma espécie de moeda alternativa. Ao deixar claro que a regulação aumentaria a usabilidade da criptomoeda e, por consequência, sua inclinação em usar o *Bitcoin* mais frequentemente, o entrevistado está, no fundo, dizendo que a regulação faz com que ele perceba a criptomoeda como um meio de troca universalmente aceito e, portanto, com uma característica evidente de moeda.

5.2. O direito como um provedor de segurança

O segundo esquema interpretativo identificado compara o direito com uma ferramenta provedora de segurança ao ambiente técnico e financeiro do *Bitcoin*. Diferentemente do primeiro esquema interpretativo, contudo, a provisão de segurança pelo direito não é feita a partir de um cálculo utilitarista. O direito aqui é interpretado como um instrumento capaz de gerar um conhecimento de fundo que possibilita a produção de expectativas a respeito da segurança técnica e financeira do *Bitcoin* sem que sanções positivas ou negativas tenham de ser mobilizadas. O direito assim o faz não apenas por meio da imposição de incentivos ou desincentivos aos usuários de *Bitcoin*. Ele também o faz por meio do exercício da sua autoridade simbólica. Entrevistados que articulam essa segunda ordem de ideias interpretam o direito como paradigma de poder e autoridade. A autoridade simbólica do direito é utilizada como um recurso discursivo capaz de reproduzir um ambiente de confiança ao *Bitcoin*. Abaixo, vê-se como a entrevistada 9 se apoia na autoridade simbólica do direito – e não nos seus efeitos práticos – para justificar o depósito de confiança na tecnologia. Observa-se que esse processo não se dá em termos de um cálculo de custo e benefício. Ao invés disso, ele se dá por meio da autoridade simbólica do direito (referido no trecho pelo termo regulação). Quando perguntada sobre o motivo que a faz sentir algum receio em utilizar o *Bitcoin* mais vezes no dia a dia, ela responde:

Entrevistada 9 – Não sei. Eu acho esse controle meio “sem controle” (regulação) estranho, entendeu? (...) Eu acho que vai me dar um pouco mais de segurança quando for assim “não, isso daqui é regulado”. Eu acho que a sociedade é assim, não adianta, tem que ter um poder falando “pode confiar nisso daqui”.

No fragmento acima, percebe-se claramente como a entrevistada percebe o direito não por meio dos efeitos práticos que ele, eventualmente, poderia

gerar no mercado de *Bitcoin*, mas sim devido à sua carga simbólica. Em momento algum da entrevista, a entrevistada alega que a regulação poderia lhe beneficiar indiretamente ou prejudicá-la como consumidora ou como entusiasta apenas. A entrevistada apenas indica que a regulação, pelo mero fato de “estar lá” já lhe transmite o sentimento de que a criptomoeda possa ser vista com um mínimo de confiabilidade para ser amplamente utilizada (pela entrevistada inclusive). Esse esquema interpretativo acerca do direito lembra muito, se bem que com ressalvas, a teoria estatal acerca da origem e do surgimento da moeda. Para essa corrente, discutida brevemente na seção anterior, o direito e o Estado atuam não apenas de forma incidental sobre o fenômeno monetário. Ambos atuam tanto material quanto simbolicamente na constituição da moeda, na medida em que constroem um conhecimento de fundo que dissemina expectativas acerca da existência e da legitimidade da moeda, sem que sanções positivas ou negativas tenham de ser explicitamente mobilizadas para alcançar esse fim.

5.3. O direito como uma ferramenta política

O terceiro esquema interpretativo associa o direito com um instrumento puramente político. Os entrevistados normalmente interpretam o direito com uma instituição contaminada, suscetível a interesses privados e, por conta disso, ilegítimo. Por considerarem o direito como uma instituição ilegítima, os entrevistados vêem no *Bitcoin* uma forma de transgressão ao direito em virtude do caráter descentralizado da tecnologia. Esse esquema interpretativo é semelhante à narrativa sustentada pela literatura popular dos *blogs* e das páginas de internet. A passagem a seguir demonstra como a interpretação da ilegitimidade do direito representa um recurso discursivo à formação da confiança no *Bitcoin* como uma espécie alternativa de moeda.

Entrevistado 27 – Você sabe, neh? Quem fez as leis foi um bando de caras que nós não sabemos quem são. Nós não sabemos que tipo de interesse está por trás das leis ou, então, se a mesma regra se aplica a todos de forma igual. No *Bitcoin*, não! Se eu tentar quebrar as regras, minha transação será simplesmente bloqueada e o mesmo vale para todo mundo. Por isso que eu considero o *Bitcoin* muito mais forte... uma moeda muito mais robusta.

O fragmento acima identifica claramente o contraste realizado entre as instituições tradicionais, mais particularmente o direito, e a “nova instituição” do *Bitcoin*. A associação do direito com uma instituição corrompida e suscetível à influência de interesses privados é utilizada como um “gatilho” para a percepção do *Bitcoin* como um “remédio” a essa situação “patológica”. Perceba-se que no fragmento acima a ideia de confiança no *Bitcoin* (“Por isso eu considero o *Bitcoin* uma moeda muito mais forte”) não deriva propriamente da sua utilidade prática no dia a dia, tampouco do seu grau de confiabilidade em termos de segurança. A confiança no *Bitcoin* aqui emerge de uma conotação política atribuída ao *Bitcoin* em virtude de uma situação causada por instituições tradicionais como o direito.

6. Discussão dos resultados

No começo deste artigo, foi dito que estudos recentes na área de consciência jurídica apontam para uma perda progressiva de influência do direito sobre vida em sociedade nos dias atuais, muito embora clássicos da literatura enfatizem o exato oposto. Os resultados obtidos com esta pesquisa corroboram os clássicos da literatura no que se refere ao campo social do *Bitcoin* e das criptomoedas de um modo geral. Se, por um lado, um dos esquemas interpretativos identificados sugere um processo de contestação e rejeição do direito, os outros dois sugerem um processo de reforço e consolidação do direito como um centro normativo capaz de gerar efeitos positivos sobre o comportamento dessas mesmas pessoas. Os resultados encontrados demonstram que ao lado de negação e contestação do direito existem simultaneamente aceitação e avaliação positiva de seu poder e autoridade.

A contradição aparente se torna ainda mais evidente quando se nota que as diferentes interpretações do direito não são articuladas por grupos distintos da amostra. Não houve um grupo específico, seja ele de homens, mulheres, pessoas com idade avançada etc., que articulou um esquema interpretativo exclusivamente. Pelo contrário, os três esquemas interpretativos se manifestam no discurso de todos os integrantes da amostra. Isso implica que o mesmo entrevistado que expressa descontentamento com o direito expressa também, em outras passagens da entrevista, aceitação e deferência ao direito como mecanismo de regulação social. A combinação dos esquemas interpretativos ao longo do espectro amostral é variada e, como já demonstrada, contraditória em muitos casos.

Tudo isso denota que, mesmo em um campo social que hipoteticamente não aceita controle e regulação jurídica estatal direta, participantes integrantes desse universo utilizam ainda assim o direito como mecanismo de estruturação de suas decisões individuais de compra, uso e investimento na criptomoeda. Apesar de o direito ser ativamente alvo de contestação e rejeição, ele também exerce uma influência positiva nesse campo social por meio da sua autoridade simbólica e não aparente. Além disso, o fato de o direito ser ativamente objeto de contestação e rejeição não indica por si só que ele esteja submetido a uma progressiva perda de influência sobre o comportamento social nos dias atuais. Na verdade, até mesmo quando o direito é interpretado negativamente e deflagra, como consequência, sentimentos de contestação e rejeição, ele funciona como um mecanismo estruturante de decisões individuais. A contestação e a rejeição ativas do direito tomada por usuários de *Bitcoin* levam-nos também a adotar a tecnologia como uma moeda alternativa cujo maior propósito seria “driblar” o direito. Seja qual for o caso, decisões individuais de compra e uso do *Bitcoin* se dão nitidamente em função da interpretação que os entrevistados fazem do direito. Isso revela o quanto o direito é levado em consideração para a tomada de decisão individual e como ele funciona, mesmo que “às avessas”, como mecanismo de indução de comportamentos. Fosse o direito simplesmente irrelevante nesse campo social, ele seria simplesmente ignorado pelos entrevistados, e não serviria como uma referência para a justificação de suas decisões.

A invocação e coexistência de todos os esquemas interpretativos acima expostos sobre o direito apenas revela, portanto, o seu papel estruturante do campo social do *Bitcoin*. Invariavelmente, a pluralidade de interpretações a respeito do direito serve como um ponto de referência para a tomada de decisões individuais – mesmo que isso aconteça de forma simbólica, não aparente e sem a mobilização da coerção física. O caráter simbólico e não aparente do direito identificado nas transcrições faz parte do que fora anteriormente chamado de consciência jurídica. Apesar de mecanismos coercitivos físicos não estarem presentes nesse universo, a consciência jurídica dos usuários e entusiastas de *Bitcoin* penetra de forma estruturante nesse campo social, não permitindo com que sua reprodução social aconteça sem a interferência do direito. Essa constatação por si só não permite se chegar à conclusão que o uso do *Bitcoin* e das criptomoedas não deva ser formal e juridicamente regulado. Não existe relação lógica entre a constatação obtida e uma conclusão desse teor. Da constatação de que a consciência jurídica

penetra o campo social do *Bitcoin*, pode-se apenas derivar logicamente o efeito estruturante do direito até mesmo em contextos nos quais o direito oficial pouca ou nenhuma efetividade possui, e também em contextos onde ele é explicitamente contestado e rejeitado.

7. Conclusão

Este trabalho investigou a consciência jurídica de usuários e entusiastas de *Bitcoin* no Brasil. O objetivo de se investigar a consciência desse grupo particular de indivíduos consistiu em saber como o direito penetra nesse campo social de maneira simbólica e não aparente, e conforma, indiretamente, decisões individuais de compra, uso e investimento na criptomoeda. A ideia de se proceder com essa investigação originou-se da hipótese de que o direito estaria perdendo espaço e força normativa sobre o tecido social em face dos constantes problemas estruturais e morais a que cotidianamente está submetido. O campo social do *Bitcoin* provou ser particularmente atraente para a investigação por duas principais razões: em primeiro lugar, porque o direito aparentava ser hipoteticamente incapaz de regular o modo como o *Bitcoin* funciona e todo o seu universo de utilização. Em segundo lugar, porque o *Bitcoin* tem sido historicamente associado a um processo de desconfiança do direito e de instituições juridicamente organizadas.

Depois de analisadas entrevistas com trinta e nove usuários e entusiastas de *Bitcoin*, chegou-se à conclusão que o direito, apesar de ser objeto de contestação e rejeição ativas pelos entrevistados, estrutura, ainda assim, relações de confiança na criptomoeda - mesmo que seus mecanismos coercitivos não sejam inteiramente capazes de conformar o modo de funcionamento da tecnologia. O direito assim o faz de alguns modos distintos. Ele o faz quando é interpretado como uma ferramenta utilitária que gera incentivos diretos e indiretos ao mercado de *Bitcoin* e/ou como um provedor de segurança simbólica ao universo técnico e financeiro do *Bitcoin*. Além disso, chegou-se à constatação de que, mesmo quando o direito é interpretado de forma negativa pelos entrevistados, ele, ainda assim, não perde centralidade como referência comportamental para os indivíduos. Muito pelo contrário, a contestação e a rejeição ativas do direito por parte dos usuários funcionam explicitamente como um pressuposto para a formação da confiança no *Bitcoin* às avessas. Da análise dos resultados, pôde-se perceber que, embora a interpretação negativa do direito não contribua para que ele possa funcionar

como um provedor direto de confiança à tecnologia, ela funciona também como um motivo para se adotar o *Bitcoin* como uma espécie de moeda alternativa, na medida em que os entrevistados passam, sob esse prisma, a identificar a tecnologia como uma forma de se contornar a regulação jurídica e institucional.

Ao fim e ao cabo, a análise da consciência jurídica dos usuários e entusiastas de *Bitcoin* revela que a força e o poder normativo do direito representam aspectos estruturantes fundamentais desse campo social. Seja estruturando relações de confiança de modo direto ou indireto na criptomoeda, o direito se encontra presente e potente até mesmo em ambientes onde ele deveria estar supostamente silente. A sua onipresença, ubiquidade e pervasividade representam sintomas do seu poder normativo, e não da sua fraqueza. Ao contrário do que a literatura recente sobre consciência jurídica aponta, o poder direito não diminui. Ele apenas cresce.

Referências

- ATZORI, Marcella. *Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?*. [S.l.]: SSRN, 01 dez. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2709713. Acesso em: 3 mar. 2018.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- BAUR, Dirk; HONG, KiHoon; LEE, Adrian. Bitcoin: Medium of Exchange or Speculative Assets? [S.l.]: SSRN, 26 set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2561183>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BECKERT, Jens. Trust and markets. In: BACHMANN, Reinhard; ZAHEER, Akbar (ed.). *Handbook of trust research*. Northampton, MA: Edward Elger, pp. 318-331, 2006.
- BJERG, Ole. How is Bitcoin Money? *Theory, Culture & Society*, [S.l.], v. 33, n. 1, p. 53-72, 2015.
- BÖHME, Rainer; CHRISTIN, Nicolas; EDELMAN, Benjamin; MOORE, Tyler. Bitcoin, Economics, Technology, and Governance. *Journal of Economic Perspectives*, [S.l.], v. 29, n.2, p. 213-238, primavera 2015.
- BRYANS, Danton. Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution. *Indiana Law Journal*, v. 89, n. 1, inverno 2014.

- CHARMAZ, Kathy. *Constructing Grounded Theory*. Londres: SAGE Publications, 2014.
- CORTEZ, Tiago Machado. *Moeda, Estado e Direito: O papel do Estado na ordem monetária e seu controle*. 2004. 235f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.
- COZER, Cristiano de Oliveira Lopes. *Natureza e propriedades da moeda: contribuição para o estudo do direito monetário no Brasil*. 2006. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- CUNHA FILHO, Marcelo de Castro. Bitcoin: uma tentativa de construção da confiança por meio da tecnologia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 37-60, jan./mar. 2019.
- CUNHA FILHO, Marcelo de Castro; SILBEY, Susan. What lies behind the apparent trust in cryptocurrencies? *Just Money*, Boston, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://justmoney.org/m-de-castro-cunha-filho-s-silbey-what-lies-behind-the-apparent-trust-in-cryptocurrencies/>. Acesso em: 30 jul. 2020.
- DERINGER, William. *Calculated Values, Finance, Politics and the Quantitative Age*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.
- DODD, Nigel. The Social Life of Bitcoin. *Theory, Culture & Society*, [S.l.], v. 35, n. 3, p. 35-56, 2017.
- DODD, Nigel. *A Sociologia do Dinheiro*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997.
- DONET, Joan Antoni Donet; PÉREZ-SOLÀ, Cristina; HERRERA-JOANCO-MARTÍ, Jordi. The Bitcoin P2P Network. In: Böhme R., Brenner M., Moore T., Smith M. (org.). *Financial Cryptography and Data Security*. FC 2014. Lecture Notes in Computer Science, vol. 8438. Berlin, Heidelberg: Springer, 2014.
- EWICK, Patricia; SILBEY, Susan. *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- FILIPPI, Primavera de. Bitcoin: a regulatory nightmare to a libertarian dream. *Internet Policy Review*, v. 3, n. 2, p. 1-11, 23 mai. 2014.
- FRANKEL, Herbert. *Two Philosophies of Money: The Conflict of Trust and Authority*. Nova Iorque: St. Martin's Press, 1977.

- FRIEDMAN, Lawrence. Is There a Modern Legal Culture? *Ratio Juris*, v. 7, n. 2, p. 117-131, 1994.
- FRITSVOLD, Erik. Under the Law: Legal Consciousness and Radical Environmental Activism. *Law & Social Inquiry*, [S.l.], v. 34, n. 4, p. 799-824, 2009.
- GAMBETTA, Diego. Can we trust trust? In: GAMBETTA, Diego (ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. Oxford: Basil Blackwell, 1988.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GLASER, Florian; ZIMMERMANN, Kai; HAFERKORN, Martin; WEBER, Moritz; SIERING, Michael. Bitcoin – Asset or Currency? Revealing Users’ Hidden Intentions. In: Twenty Second European Conference on Information Systems, 22., 2014, Tel Aviv. 2014. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/286338705_Bitcoin_-_Disponível_Asset_or_currency_Revealing_users%27_hidden_intentions. Acesso em: 25 set. 2018.
- GOOD, David. Individuals, Interpersonal Relations, and Trust. In: GAMBETTA, Diego (ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. Oxford: Basil Blackwell, 1988.
- GOODHART, Charles. *Money, Information and Uncertainty*. Cambridge: The MIT Press, 1989.
- HALLIDAY, Simon; MORGAN, Bronwen. I Fought the Law and the Law Won? Legal Consciousness and the Critical Imagination. *Current Legal Problems*, [S.l.], v. 66, n. 1, p. 1-31, 2013.
- HERTHOG, Marc. *Nobody’s Law: Legal Consciousness and Legal Alienation in Everyday Life*. London: Palgrave Macmillan, 2019.
- HULL, Kathleen. Legal Consciousness in Marginalized Groups: The Case of LGBT People. *Law & Social Inquiry*, [S.l.], v. 41, n. 3, p. 551-572, 2016.
- INGHAM, Geoffrey. *The Nature of Money*. Cambridge: Polity Press, 2004.
- JOUVENEL, Bertrand. *O poder: história natural de seu crescimento*. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 1998.
- KARLSTRØM, Henrik. Do libertarians dream of electric coins?: the material embeddedness of Bitcoin. *Distinkton: Journal of Social Theory*, [S. l.], v. 15, n. 1, p.23-36, 2014.
- KEMP, Simon. *Digital 2019: Essential insights into how people around the world use the internet, mobile devices, social media, and e-commerce*. [S.l.]: We Are Social/Hootsuite, 2019. Disponível em: <https://www>.

- juancmejia.com/wp-content/uploads/2019/03/Digital-2019-WeAreSocial-y-HootSuite.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.
- KHODYAKOV, Dmitry. Trust as a Process: A Three-Dimensional Approach. *Sociology*, [S.l.], v. 41, n. 1, p. 115–132, 2007.
- KNAPP, Georg. *The State Theory of Money*. Londres: Macmillan Company Limited, 1924.
- LAGESON, Sarah. Crime Data, the Internet, and Free Speech: An Evolving Legal Consciousness. *Law and Society Review*, [S.l.], v. 51, n. 1, p. 8-41, 15 fev. 2017.
- LATOUR, Bruno. *Aramis or the Love of Technology*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- LAMBRECHT, Maxime; LARUE, Louis. After the (virtual) gold rush: is Bitcoin more than a speculative bubble? *Internet Policy Review*, [S.l.], v. 7, n. 4, p. 1-22, 2018.
- LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. Nova Iorque: Basic Books, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- MAURER, Bill; NELMS, Taylor. C.; SWARTZ, Lana. “When perhaps the real problem is money itself!”: The practical materiality of Bitcoin. *Social Semiotics*, [S.l.], v. 23, n. 2, p. 261-27712 mar. 2013.
- MCGINNIS, John O.; ROCHE, Kyle. Bitcoin: Order Without Law in the Digital Age. *Northwestern Public Law Research Paper*, n. 17-06, 13 mar. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2929133>. Acesso em: 20 mar. 2017.
- MENGER, Carl. *The Origins of Money*. Auburn: Alabama, 2009.
- MERRY, Sally Engle. What is Legal Culture? An Anthropological Perspective. In: NELKEN, David (org.). *Using Legal Culture*. Londres: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, p. 52-77, 2012.
- MÖLLERING, Guido. Trust, institutions, agency: towards a neoinstitutional theory of trust. In: BACHMANN, Reinhard; ZAHEER, Akbar (ed.). *Handbook of trust research*. Northampton, MA: Edward Elger, 2006, p. 355-376.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*. 2008. Disponível em <https://Bitcoin.org/Bitcoin.pdf>. Acesso em: 20 nov 2015.
- NELKEN, David. Using Legal Culture: Purposes and Problems. In: NELKEN, David (org.). *Using Legal Culture*. Londres: Wildy, Simmonds and Hill Publishing, pp. 01-51, 2012.

- OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras: Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- PONSFORD, Matthew P. A Comparative Analysis of Bitcoin and Other Decentralised Virtual Currencies: Legal Regulation in the People's Republic of China, Canada, and the United States. *Hong Kong Journal of Legal Studies*, Hong Kong, v. 9, p. 29-50, 2015.
- PORTER, Theodore. *Trust in Numbers: The Pursue of Objectivity in Science and Public Life*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- PUBLIC trust in government remains near historic lows. *Pew Research Center*, Washington, DC, May 3, 2017. Disponível em: <http://www.people-press.org/2017/05/03/public-trust-in-government-remains-near-historic-lows-as-partisan-attitudes-shift/1-19/>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- ROBBINS, Blaine. What is Trust? A Multidisciplinary Review, Critique and Synthesis. *Sociology Compass*, [S.l.], v. 10, n. 10, p. 972-986, 2016.
- SALDAÑA, Jhonny. *The Coding Manual for Qualitative Researchers*. Londres: SAGE Publications, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos: A Construção e Reprodução do Direito em Pasárgada*. São Paulo: Cortez Editora, 1977.
- SEWELL, William. A Theory of Structure: Duality, Agency and Transformation. *American Journal of Sociology*, [S.l.], v. 98, n. 1, p. 1-29, 1992.
- SILBEY, Susan. After legal consciousness. *Annual Review of Law and Social Science*, [S.l.], v.1, p. 323-368, 2005.
- SILBEY, Susan. J. Locke, Op. Cit.: Invocations of Law on Snowy Streets. *Journal of Comparative Law*, 2012 [No Prelo]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1978790. Acesso em 20 nov. 2019.
- SYDOW, Jörg. How can systems trust systems: A structuration perspective on trust building in interorganizational relations. In: BACHMANN, Reinhard; ZAHEER, Akbar (ed.). *Handbook of trust research*. Northampton, MA: Edward Elger, 2006. p. 377-392.
- TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- VICUÑA, Antonio Sáinz de. An Institutional Theory of Money. In: GIOVANNOLI, Mario; DEVOS, Diego (org.). *International Monetary and Financial Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

- ZUCKER, Lynne. Production of trust: institutional sources of economic structure, 1840-1920. *Research in Organizational Behaviour*, v. 8, p. 53-111, 1986.
- WIKE, Richard; SIMMONS, Katie; STOKES, Bruce; FETTEROLF, Janell. Many unhappy with current political system. *Pew Research Center*, Washington, DC, 16 out. 2017. Disponível em <http://www.pewglobal.org/2017/10/16/many-unhappy-with-current-political-system/>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- YOUNG, Kathryne; BILLINGS, Katie. Legal Consciousness and Cultural Capital. *Law and Society Review*, v. 54, n.1, p. 33-55, 2020.

Recebido em 28 de maio de 2020.

Aprovado em 27 de julho de 2020.

RESUMO: O presente artigo investiga como a consciência jurídica de usuários e entusiastas de *Bitcoin* no Brasil penetra simbolicamente nesse campo social estruturando e conformando as decisões dos atores individuais de comprar, usar e investir na tecnologia. Ao todo, trinta e nove usuários e entusiastas de *Bitcoin* foram entrevistados. As trinta e nove transcrições foram codificadas e analisadas por meio do método de *grounded theory*. Ao final, chegou-se à obtenção de três esquemas interpretativos por meio dos quais a consciência jurídica dos entrevistados se expressa e afeta, como consequência, as suas decisões individuais. Os esquemas interpretativos foram nomeados de 1) o direito como uma ferramenta utilitária; 2) o direito como um provedor de segurança; e 3) o direito como uma ferramenta política. Da obtenção dos resultados, chegou-se à constatação de que mesmo em campos sociais onde o direito é ativamente contestado e rejeitado, ele ainda assim representa um componente estruturante das relações sociais com relevante poder de conformação de comportamentos.

Palavras-chave: consciência jurídica; Bitcoin; confiança, moeda.

ABSTRACT: This article investigated how Bitcoin users' and enthusiasts' legal consciousness symbolically penetrates this social field in Brazil by structuring and shaping individuals' decisions to buy, use and invest in the technology. Thirty-nine Bitcoin users and enthusiasts were interviewed. The thirty-nine transcripts were coded and analyzed using grounded theory. In the end, three distinct interpretative schemas were obtained through which the interviewees' legal consciousness is expressed and affects, as a result, their individual decisions. The interpretative schemas were named 1) law as a utility tool; 2) law as a security provider; and 3) law as a political tool. From the findings, one comes to the conclusion that even in social fields where the law is actively contested and rejected, it still represents a structuring component of social relations with relevant behavioral shaping power.

Keywords: legal consciousness; Bitcoin; trust, currency.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: CUNHA FILHO, Marcelo de Castro. Consciência jurídica, confiança e Bitcoin: pressupostos para a criação de uma nova moeda. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 63, jul/dez 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1514>.

Ce n'est pas technique, c'est politique: les disputes dans le domaine du droit d'auteur au Brésil¹

Não é técnico, é político: os conflitos no campo dos direitos autorais no Brasil

It is not technical, it is political: the conflicts in the field of copyright in Brazil

Nayara F. Macedo de Medeiros Albrecht*

Universidade Federal de São Carlos, São Carlos – SP, Brasil

1. Introduction

La propriété intellectuelle consiste en des droits exclusifs sur les biens immatériels. Cela comprend le droit d'auteur et les droits voisins, qui constituent des monopoles d'exploitation sur un éventail de biens culturels, tels que les

* Chercheuse à l'École de Géographie, Politique et Sociologie de l'Université de Newcastle, elle est également membre de l'Association Internationale de Science Politique (AISP). Diplômée d'un doctorat en Science Politique de l'Université de Brasília (UnB) en 2019, elle a rejoint le groupe de recherche Démocratie et Inégalités (Demode) ainsi que le Laboratoire des Études en Politiques Publiques et Internet (LAPIN). Elle a enseigné en tant que professeure temporaire à l'Université Fédérale de Rio de Janeiro (UFRJ) et en tant que professeure volontaire à l'UnB. Par ailleurs, elle a occupé divers postes au Ministère de la Culture de 2014 à 2020, dont celui de coordinatrice et de coordinatrice générale.

1 La première version de cet article a été présentée pendant le Congrès de l'Association Internationale de Science Politique (AISP) en 2018. Les résultats font partie de ma thèse de doctorat, présentée en 2019. La thèse a été une des finalistes du prix (« meilleure thèse ») de l'Association Nationale des Études Supérieures et de Recherche en Sciences Sociales (ANPOCS) en 2020. L'article en est une version plus brève, mise à jour et révisée. Je remercie les organisateurs du Congrès de l'AISP, le professeur Carlos Machado et la Revue pour leurs commentaires et suggestions, qui ont certainement contribué à perfectionner le texte. En plus, je remercie la Fondation d'Appui à la Recherche de l'État de Sao Paulo (FAPESP), dont le soutien a été fondamental pour la continuation de ce travail dans le cadre d'un stage postdoctoral à l'Université Fédérale de São Carlos. Évidemment, je suis la seule responsable de n'importe quelle erreur trouvée dans le texte.

livres, les œuvres audiovisuelles et les performances. Étant donné que les droits de propriété touchent les intérêts économiques de divers groupes, plusieurs parties prenantes participent aux discussions sur les politiques publiques dans ce domaine. En ce contexte, les études se concentrent plus souvent sur la dichotomie entre ceux qui défendent le durcissement de la protection de la propriété intellectuelle et ceux appuyant la flexibilisation du système ou l'accès libre aux œuvres.

En analysant le contexte des États-Unis, Bill D. Herman² a nommé ces deux coalitions « strong copyright » (« droit d'auteur fort ») et « strong fair use » (« utilisation équitable forte »). Néanmoins, les relations entre les parties prenantes sont plus complexes que cette dichotomie simplificatrice en raison de l'existence de vigoureuses inégalités entre les membres de chaque coalition. De cette façon, des utilisateurs, des artistes, des auteurs, des maisons de disques et des services numériques ont souvent des visions du monde dissonantes et profitent de différentes occasions d'influencer les actions du gouvernement.

Le but de cet article est d'analyser les disputes dans le domaine des politiques publiques sur le droit d'auteur et les droits voisins au Brésil. La recherche a visé à identifier les coalitions ou les groupes qui partagent des intérêts communs en vérifiant leur interaction avec les autorités publiques par de différents types de stratégie politique, notamment ce que l'on appelle « lobbying » dans le cadre des études en science politique. Je conçois le lobbying comme un type d'action politique marquée par l'interaction directe entre les membres de la société et les autorités publiques. Dans cet article, je présente une étude de cas sur le lobbying des parties prenantes dans le débat sur la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins au Brésil dans le cadre d'une commission spéciale à la Chambre des Députés. Créée en 2015, cette commission avait le but de discuter des projets de loi visant à modifier la loi brésilienne, c'est-à-dire la Loi no. 9.610, approuvée en 1998.

La commission s'est concentrée sur deux thèmes: les limitations ou exceptions aux droits exclusifs et la gestion collective. D'abord, j'ai analysé tous les discours réalisés par des parties prenantes pendant chacune des dix audiences publiques organisées par la commission. Ensuite, j'ai comparé les discours et le résultat final de la commission jusqu'à la suspension de ses travaux, c'est-à-dire le rapport de la députée Renata Abreu, qui était responsable d'exposer les projets de loi. La lecture du rapport présenté par

2 2009.

madame Abreu a permis d'évaluer les demandes auxquelles la députée a répondu. J'ai aussi interrogé deux participants importants dans le procès politique pour confirmer les informations des audiences. Ainsi, j'ai employé la recherche documentaire, l'analyse de discours et les entretiens comme des techniques principales dans l'étude de cas.

J'ai analysé les disputes politiques sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le cadre d'une réflexion théorique plus vaste sur le lobbying et la relation entre l'égalité économique et la démocratie. Depuis ses origines, le concept de démocratie est lié à l'idée d'égalité politique, qui implique que tous les citoyens ont les mêmes chances de participer aux décisions publiques³. Malgré l'existence de conceptions dissonantes sur la démocratie, la plupart des perspectives associent le terme à la participation populaire, même si cette participation est parfois minimisée. Compte tenu de ce contexte, j'introduis une discussion sur le concept de démocratie et les différents cadres théoriques sur lesquels repose la définition de « lobbying ».

En termes de théories politiques, deux visions dominantes se démarquent à cet égard: l'une qui considère que le lobbying est « un instrument naturel de la démocratie » et l'autre qui expose ses effets négatifs sur la démocratie. J'essaie de construire une synthèse de ces deux visions par le développement d'un cadre théorique qui considère autant les potentiels que les conséquences négatives du lobbying. Ainsi, l'étude de cas sert à offrir des aperçus aux recherches sur le lobbying, la mobilisation de la société dans le domaine du droit d'auteur et la démocratie brésilienne.

L'article est donc divisé en fonction de trois volets:

- i. Les fondements et les justificatifs du droit d'auteur et des droits voisins;
- ii. Les théories politiques sur la relation entre la démocratie et le lobbying;
- iii. Le lobbying des industries créatives concernant la loi sur le droit d'auteur au Brésil.

L'étude de cas a confirmé que les coalitions sont hétérogènes en raison de l'existence de fortes inégalités économiques et sociales entre leurs membres. Ainsi, la conclusion de cette recherche met l'accent sur le caractère politique des droits intellectuels. Je souligne que c'est un domaine comportant plusieurs désaccords politiques basés sur des intérêts économiques privés en contraposition à la vision de que la propriété intellectuelle est un sujet exclusivement technique.

3 HELD, 2006.

2. Les Fondements du droit d'auteur et des droits voisins

D'après la rédaction de la Convention de Berne⁴, l'objet de protection du droit d'auteur fait référence aux œuvres littéraires, scientifiques et artistiques. À titre de droits intellectuels, ils bénéficient donc les compositeurs, les auteurs et les paroliers, qui sont responsables de la création des contenus créatifs divers, tels que les livres, les paroles des chansons et les scénarios des films. De façon similaire, les droits voisins (ou droits connexes) bénéficient trois catégories de titulaires: les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion⁵, qui sont responsables de diffuser le contenu créatif.

À titre de droit de propriété intellectuelle, le droit d'auteur implique un monopole d'exploitation sur les objets de la protection⁶. Cela veut dire que tous les usages d'une œuvre littéraire, scientifique ou artistique dépendent de l'autorisation des créateurs, des ayants droits ou des cessionnaires. Autrement dit, le droit d'auteur et les droits voisins sont des « droits d'interdire ou d'autoriser certains actes »⁷. En général, l'autorisation est obtenue au moyen du paiement de la valeur établie par les titulaires ou accordée entre les parties.

Donc, le droit d'auteur et les droits voisins symbolisent la principale source de revenus de plusieurs auteurs, artistes, producteurs et organismes de radiodiffusion en fonction des usages de leurs créations, interprétations ou phonogrammes. Les titulaires et les cessionnaires sont les personnes ou les organisations qui disposent du droit d'autoriser l'utilisation des œuvres ou phonogrammes en recevant une rémunération pour cela. Le créateur ou la créatrice n'est pas nécessairement le propriétaire du droit, étant donné qu'il ou elle peut le transférer à d'autre personne ou encore à une entreprise ou organisation. Ce transfert est fréquent dans certaines industries, telles que la production audiovisuelle, qui exige la cession des droits des interprètes lors d'une relation d'emploi⁸.

4 Administré par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. Le texte est disponible sur: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283695 (Dernier accès: 17 juillet 2017).

5 Selon la Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion. Le texte est disponible sur: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=289797 (Dernier accès : 17 juillet 2017).

6 BRUGUIÈRE, 2011.

7 BRUGUIÈRE, 2011, p. 99.

8 Fisher (2004) explique le fonctionnement de l'industrie audiovisuelle aux États-Unis.

Les droits d'exploitation économique intègrent la dimension patrimoniale des droits, vu qu'ils sont liés à la rétribution pécuniaire de l'autorisation. L'objectif est de permettre la valorisation économique. Ces droits sont donc cessibles, prescriptibles et temporaires⁹. Par contre, les liens entre les créateurs et leurs créations justifient la protection à des droits moraux perpétuels. Ainsi, la dimension morale du droit d'auteur et des droits voisins est composée par les droits à l'intégrité (de ne pas avoir l'œuvre modifiée) et à la « paternité » (la mention du nom de l'auteur/e)¹⁰.

Tel que d'autres types de propriété intellectuelle, le droit d'auteur et les droits voisins sont territoriaux, une fois que l'on applique les règles de chaque pays dans son propre territoire¹¹. Par conséquent, la durée de la protection des droits patrimoniaux diverge selon les pays. En ce contexte, des traités internationaux servent à minimiser les différences entre les régions et à encourager un traitement égalitaire. Selon le principe du « traitement national », les auteurs étrangers doivent recevoir le même traitement juridique des auteurs nationaux du pays dans lequel la protection est demandée.

En outre, la Convention de Berne établit certains critères associés à la protection. Par exemple, les droits patrimoniaux doivent être protégés par au moins 50 ans après le décès de l'auteur (dans ce cas, les droits sont transférés aux héritiers). Selon la Convention de Rome, on doit protéger les droits voisins pendant 20 ans comptés à partir de la fixation pour les phonogrammes et les exécutions fixées, de la réalisation de l'exécution pour les exécutions non-fixées et de l'émission pour la radiodiffusion (Convention de Rome, article 14)¹².

Après cette période, on dit que l'œuvre, l'interprétation ou l'émission « tombe dans le domaine public », ce qui veut dire que le public peut utiliser librement l'œuvre sans demander l'autorisation des propriétaires des droits. Au Brésil, la durée de la protection du droit d'auteur et des droits voisins consiste en 70 ans (après la mort de l'auteur ou, dans le cas des droits voisins,

9 BRUGUIÈRE, 2011.

10 Tandis que je reconnais le sexisme implicite dans le terme « paternité », je l'utilise ici en raison de la propagation de cette expression dans ce domaine (en plusieurs langues).

11 Évidemment, les nouvelles technologies de communication posent plusieurs défis au principe de territorialité.

12 L'accord ADPIC, administré par l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), établit une durée plus large pour la protection des droits voisins (50 ans). Le texte est disponible sur: https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/1_tripsagreement_f.pdf (Dernier accès: 18 mai 2018).

comptés à partir de la fixation des phonogrammes, de la transmission par les organismes de radiodiffusion ou de l'exécution ou représentation par les artistes-interprètes ou musiciens).

La durée de la protection s'applique exclusivement aux droits patrimoniaux, qui sont limités. En revanche, les droits moraux sont éternels. En symbolisant la relation entre le créateur et son œuvre, ceux comprennent les droits de contrôler le dévoilement des œuvres, de retirer les œuvres de la circulation publique et de recevoir le crédit pour les créations, ainsi que de les protéger contre la mutilation ou la destruction¹³. La loi brésilienne établit sept types de droits moraux¹⁴.

Étant donné que la gestion individuelle des droits patrimoniaux est pratiquement impossible dans plusieurs cas, les titulaires s'organisent souvent par des organisations de gestion collective. Ces institutions sont responsables de collecter et de distribuer les paiements relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins. Au Brésil, le Bureau Central de Collecte et Distribution (ECAD, en portugais) est responsable de collecter et de distribuer les royalties qui proviennent spécifiquement de l'exécution publique, soit l'exécution musicale dans des espaces accessibles au public.

Puisque la propriété intellectuelle est liée à une privatisation de l'espace commun compris par les idées¹⁵, on en trouve plusieurs débats sur les impacts du droit d'auteur et des droits voisins sur l'accès à la culture et aux contenus intellectuels de façon générale. À cet égard, le juriste José de Oliveira Ascensão¹⁶ propose une discussion intéressante sur la définition de « droits patrimoniaux ». En théorie, ceux sont des droits liés à l'exploitation commerciale des œuvres (« l'utilisation économique de l'œuvre », tel que le professeur nous explique). Ainsi, l'obligation de récompenser tous ceux qui détiennent les droits était originellement liée aux usages commerciaux¹⁷.

13 FISHER, 2001.

14 Revendiquer la paternité de ses œuvres ; avoir son nom ou trace indiqué dans l'utilisation de son œuvre; conserver l'œuvre inédite; maintenir l'intégrité de l'œuvre en s'opposant à toutes les modifications ou aux actes qui peuvent nuire la réputation de l'auteur ; modifier l'œuvre, après ou avant son utilisation; retirer l'œuvre de circulation; avoir accès à un exemplaire unique et rare appartenant à d'autre personne pour préserver la mémoire de l'œuvre (dans ce cas, le propriétaire précédent sera indemnisé) (Art. 24, LDA). Les règles sont applicables, quand possible, aux droits voisins.

15 BOYLE, 2008.

16 1980.

17 En ce qui concerne la loi brésilienne, Ascensão (1980) explique que l'orientation de la

Pourtant, les législations ne font pas de discrimination entre les usages commerciaux et les usages gratuits. Au Brésil, plusieurs usages gratuits constituent des actes criminels selon la rédaction vague de notre code pénal¹⁸.

En tout cas, le droit d'auteur et les droits voisins ne sont pas absolus, vu que la législation pose des limites à la protection. Le terme « limitations ou exceptions » comporte les cas dans lesquels on peut utiliser les œuvres sans demander l'autorisation des titulaires ou payer des valeurs relatives aux droits patrimoniaux. En général, ceux sont des cas liés à l'exercice des droits fondamentaux, comme l'accès à la culture, à l'information et à l'éducation. Par exemple, le Traité de Marrakech¹⁹ a établi des limitations ou exceptions obligatoires en faveur des « aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés »²⁰. Selon le traité, l'autorisation du titulaire n'est pas nécessaire pour que les institutions et les bénéficiaires produisent des œuvres en format accessible²¹. C'est donc un accord lié aux droits humains, car ses dispositifs touchent la situation des personnes handicapées.

Depuis ses origines, le système de protection repose (en théorie) sur l'idée d'équilibre. La première loi spécifique sur le droit d'auteur est apparue en Angleterre en 1710. Le Statut d'Anne évoquait le terme « l'encouragement de l'apprentissage » en faisant comprendre que le but d'accorder des droits de copie (« copy rights ») était d'encourager la production intellectuelle et l'accès aux œuvres. De façon similaire, la Constitution des États-Unis fait allusion à la promotion du progrès de la science et des arts utiles dans les objectifs de la protection aux droits intellectuels. Également, le bien-être du public a été mentionné dans le rapport sur la loi sur le droit d'auteur (Copyright Act) en 1909²². En partageant la tradition juridique nommée « common-law », l'Angleterre et les États-Unis adoptent un système de protection « copyright » au lieu du « droit d'auteur » typique des pays conservant la tradition du droit civil.

législation était fondée sur la séparation entre l'utilisation publique et l'utilisation privée. Mais l'auteur a publié ce livre en 1980 avant l'approbation de la loi actuelle (1998).

18 Les peines sont plus sévères pour les usages ayant des buts lucratifs. Articles 184, 185, 186 du Code Pénal.

19 « Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées ». Disponible sur: <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/marrakesh/> (Dernier accès: 24 juillet 2017).

20 <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/marrakesh/> (Dernier accès: 24 juillet 2017).

21 Le traité établit certains critères pour cela.

22 MENELL, 2000.

Les principales différences entre ces deux systèmes concernent les arguments utilisés pour justifier l'existence des droits exclusifs et la portée des droits moraux. Puisque le système *copyright* est fondé sur une justificative utilitariste de la propriété intellectuelle, la protection est considérée comme une motivation économique pour que les agents produisent les œuvres. En tant que des agents rationnels, les auteurs sont encouragés à créer en raison de l'existence des récompenses économiques provenant des droits de propriété intellectuelle²³. Selon cette perspective, la protection sert donc à garantir que les bénéfices parvenus de la création des œuvres artistiques, littéraires ou scientifiques dépassent les dépenses²⁴. En ce contexte, l'objectif final est le bien-être de la population par l'augmentation de la production des biens intellectuels. L'objet de la protection se concentre sur les œuvres, étant la dimension patrimoniale la plus importante.

En revanche, le système surnommé « droit d'auteur » repose sur l'idée de droit naturel, qui évoque les droits provenant de la nature. Selon cette perspective, la protection n'est pas un moyen d'achever un but spécifique, mais le résultat de certaines caractéristiques humaines, notamment la créativité. En ce qui concerne le rôle des créateurs, on trouve deux interprétations dans cette perspective. La première considère les œuvres comme des extensions de la personnalité de leurs créateurs. En ce contexte, la protection au droit d'auteur sert à garantir le droit naturel à la personnalité. La deuxième interprétation se concentre sur le montant de travail nécessaire pour produire les œuvres. Dans ce cas, la protection symbolise une question de justice²⁵ et les droits intellectuels sont une forme de récompense naturelle.

Malgré les différences philosophiques, les deux interprétations se concentrent sur l'auteur d'une façon individualiste²⁶. A la contre-courant des prémisses utilitaristes, l'objet de la protection n'est pas l'œuvre, mais l'auteur en tant qu'une personne dotée de ses droits « naturels ». C'est la raison pour laquelle la dimension morale est encore plus forte dans les pays qui adoptent cette tradition que dans les régions intégrant le système « *copyright* ». Le Brésil et la France en sont des exemples, car les deux partagent la tradition civile du droit et, par conséquent, suivent le régime soi-disant « droit d'auteur ».

23 FISHER, 2001.

24 POSNER & LANDES, 1989, 2003.

25 FISHER, 2001.

26 FISHER, 2001.

En plus de ces justificatifs, on trouve des perspectives critiques à la propriété intellectuelle. Certains auteurs critiquent les barrières imposées à l'accès à l'information et à la culture et d'autres défendent le droit du partage gratuit sans buts lucratifs²⁷. Söderberg²⁸ souligne encore que les législations sur le droit d'auteur ont contribué aux politiques de censure de certains gouvernements. Similairement, les études sur le contexte brésilien indiquent souvent l'importance de l'équilibre et la fonction sociale des droits de propriété intellectuelle face à une loi nationale très restrictive²⁹.

De toute façon, le droit d'auteur et les droits voisins sont limités. L'existence de « limitations ou exceptions » souligne l'intersection entre la propriété intellectuelle et d'autres droits. Par conséquent, les droits intellectuels doivent être balancés avec d'autres principes fondamentaux. Cependant, les perspectives sur ce qui consiste l'équilibre idéal varient selon les différents groupes qui participent aux discussions sur les droits intellectuels. La chaîne économique de la culture est comprise par plusieurs parties prenantes ayant de différentes fonctions dans la production et la distribution des biens intellectuels.

Dans le domaine juridique, on considère souvent trois catégories d'agent : des titulaires, des cessionnaires et des utilisateurs. Le titulaire originaire est le créateur ou la créatrice, la personne qui a créé l'œuvre. Le cessionnaire est la personne ou l'organisation qui est devenue propriétaire du droit d'auteur ou des droits voisins par le transfert. Quand un titulaire originaire cède complètement ses droits, il/elle ne peut plus exploiter son propre œuvre, car le cessionnaire devient le propriétaire. Il y a encore les organisations de gestion collective, qui administrent les droits. Puisque la collecte des montants pour chaque utilisation est une activité difficile de faire individuellement, les titulaires sont habitués à se réunir dans des organisations. Ces institutions sont responsables de collecter les redevances et de les répartir entre les titulaires. En revanche, les utilisateurs sont tous ceux qui utilisent les œuvres. C'est un groupe très divers car il comprend les entreprises, les établissements commerciaux et les utilisateurs finaux.

Les droits sont associés aux modes d'utilisation des œuvres. La transmission publique (communication au public) constitue l'acte de rendre les œuvres perceptibles à un public général. Cela inclut la représentation et l'exécution

27 LESSIG, 2004; SOUZA, 2006; AGRAIN, 2012.

28 2002.

29 SOUZA, 2006; LEWICKI, 2007; VALENTE, 2018.

des œuvres, y compris par la projection des œuvres audiovisuelles³⁰. En tant qu'un type de communication au public, ce que l'on appelle « exécution publique » au Brésil fait référence spécifiquement à l'utilisation des œuvres musicales dans des lieux accessibles au public. L'exigence de demander l'autorisation pour chaque mode d'utilisation rend le procès complexe, vu que les droits concernant chacun de ces types appartiennent parfois à de différents individus ou organisations³¹.

Ainsi, l'univers du droit d'auteur et des droits voisins est compris par des individus, des groupes et des organisations ayant des intérêts hétérogènes. Il y a les titulaires originaires (créateurs) et leurs héritiers; les cessionnaires, qui détiennent les droits par le transfert des droits de propriété (cession); les organisations de gestion collective, qui représentent les titulaires dans les activités liées à la collection et la répartition des valeurs; et enfin les utilisateurs, qui comprennent tous ceux qui utilisent les œuvres, de l'individu qui les utilise pour son divertissement jusqu'aux grandes entreprises à but lucratif.

3. Certaines perspectives sur le lobbying et la démocratie

En provenant de la langue anglaise, le mot « lobby » désignait l'entrée des hôtels où les représentants de divers intérêts cherchaient des élus pour faire avancer leurs dossiers³². Donc, les origines du mot expliquent sa principale caractéristique : le contact direct entre les groupes d'intérêts et les autorités politiques. Dans le domaine des sciences sociales, il n'y a pas une définition consensuelle de « lobbying ». Les études en science politique traitent le lobbying à travers de deux perspectives: l'une considère le lobbying comme un concept plus large lié à la défense d'intérêts (« *advocacy* »)³³, tandis que l'autre adopte une définition plus spécifique en faisant allusion notamment à de petits groupes qui instrumentalisent leurs ressources pour influencer les décisions publiques³⁴.

30 OMPI (1980).

31 Par exemple, pour les chansons dans les films, il faut payer les droits de synchronisation (par l'équipe du film) et d'exécution publique (par les cinémas). En outre, une chanson comporte de différents types de droit: il y a le droit d'auteur du parolier/ère et les droits voisins des artistes-interprètes (chanteurs, musiciens) et du producteur.

32 GOZETTO & MANCUSO, 2011.

33 TOLEDO, 1985; GOZETTO & MANCUSO, 2011, 2015; REIS, 2015.

34 SANTOS, 2007.

Il est évident que le lobbying concerne d'autres phénomènes politiques, surtout les groupes d'intérêts et ce que les politologues identifient comme la « politique de pression ». Les groupes d'intérêts sont des ensembles de personnes partageant des intérêts communs. Ils impliquent un certain niveau d'organisation par rapport aux intérêts non-organisés dans notre société. En revanche, les groupes de pression sont des groupes d'intérêts qui effectivement exercent pression sur le système politique. Dans ce sens, les « lobbies » sont décrits comme les groupes de pression qui instrumentalisent des ressources pour influencer des décisions publiques³⁵. Les groupes de pression et les « lobbies » constituent des sous-ensembles des groupes d'intérêts, vu que la principale différence entre les trois catégories remet à l'ampleur de leurs actions.

Néanmoins, cette division mélange les catégories « agent » et « activité », car les lobbies sont associés à un type de groupe. Par contre, je préfère encadrer le « lobbying » en tant qu'une activité dans un éventail d'actes politiques. Autrement dit, je ne considère pas le lobbying comme un agent, mais plutôt un éventail d'actions, un procès ou encore une stratégie politique. Donc, je préfère utiliser le mot « groupes de pression » pour désigner les groupes qui font des exigences auprès des autorités politiques³⁶ et le « lobbying » pour traiter des actions de persuasion directe. Aux États-Unis, les études conçoivent le lobbying comme le procès par lequel les groupes d'intérêts ou de pression essaient d'exercer leur pouvoir sur les politiques publiques³⁷. Ainsi, je sépare les agents (les groupes d'intérêts et de pression) de leurs actions (le lobbying, les campagnes publiques, les protestations, entre autres). Cette vision permet d'inclure, dans l'analyse, le lobbying employé par d'autres types d'organisation que les groupes de pression, tels que les mouvements sociaux et les organismes publics³⁸.

Dans le cadre théorique que je propose, le lobbying est donc un éventail d'actions fondées sur le contact direct entre divers acteurs et les autorités publiques. Cela peut comprendre plusieurs activités: participation aux au-

35 SANTOS, 2007.

36 TRUMAN, 1971 [1951].

37 TRUMAN, 1971 [1951]; TOLEDO, 1985.

38 Tandis que le lobbying n'est pas une pratique usuelle des mouvements sociaux, il n'y a pas d'obstacles formels contre l'utilisation du lobbying par n'importe quel type d'organisation. Néanmoins, on en trouve évidemment des obstacles structurels tels que le pouvoir économique et la capacité de persuasion.

dienças publiques, réalisation de réunions privées, communication par des courriels électroniques, entre autres³⁹. C'est un répertoire d'action⁴⁰ continuée que de divers types d'organisation peuvent utiliser, encore que ce soit une stratégie plus typique des groupes de pression. En plus, les différences entre les groupes de pression et d'autres organisations politiques (partis, mouvements sociaux, entre autres) se concentrent sur trois volets: l'objectif, la portée des demandes et les méthodes principaux⁴¹. Le lobbying fait partie des « tactiques de pression », qui comprennent des stratégies utilisées par de petits groupes visant à influencer des politiques ou mesures spécifiques⁴².

Plus spécifiquement, le lobbying est l'action de pousser les autorités par le contact direct afin d'approuver ou faire échec des politiques ou mesures dans un certain domaine. C'est une action communicative qui s'active dans les coulisses de la politique en évitant la mobilisation de la grande majorité, contrairement aux partis politiques et mouvements sociaux, qui essaient souvent de mobiliser le plus grand nombre de personnes⁴³.

En ce qui concerne la relation entre le lobbying et la démocratie, on peut diviser les études en deux perspectives fondamentales. D'un côté, on peut considérer le lobbying comme un important outil de la démocratie, vu que ce type d'action politique est un répertoire d'interaction⁴⁴ et de communication entre le gouvernement et la société. Selon cette perspective, les groupes font partie du procès politique en concourant avec d'autres organisations politiques⁴⁵. Ces groupes sont chargés d'assembler les demandes de la société et de les informer au gouvernement. Selon Dahl⁴⁶, une démocratie présume la capacité de formuler des préférences et de faire qu'elles soient écoutées par le gouvernement. Puisque les groupes d'intérêts renforcent la connexion entre la société et le gouvernement, ils sont un moyen d'exprimer les préférences des citoyens et de faire que les autorités politiques les écoutent.

Ainsi, cette perspective est attachée à une conception libéral-pluraliste

39 SANTOS, 2007; SANTOS & BAIRD, 2019.

40 ABERS, SERAFIM & TATAGIBA, 2014.

41 SANTOS & BAIRD, 2019; ALBRECHT, 2021.

42 SCHATTSCHEIDER, 1960; KITSCHOLT, 1993, SANTOS & BAIRD, 2019.

43 SANTOS & BAIRD, 2019; ALBRECHT, 2021.

44 ABERS, SERAFIM & TATAGIBA, 2014.

45 TRUMAN, 1971 [1952].

46 1997 [1971].

de la démocratie en raison de la mise en relief de la fragmentation du pouvoir entre des groupes sociaux. Dans le cadre des théories de la démocratie, ce que l'on appelle « libéral-pluralisme » fait référence à un ensemble de penseurs qui considèrent la démocratie comme un régime lié à l'existence d'une gamme variée d'institutions. Par conséquent, le critère principal est la présence de certaines institutions, y compris la liberté d'expression et la compétition électorale. D'après la perspective libéral-pluraliste, l'existence de ces règles pose des obstacles à la concentration du pouvoir en déclenchant des réponses positives des élus aux besoins de l'électorat⁴⁷. Cette perspective met l'accent sur les droits formels et la participation politique par le mécanisme électoral.

De l'autre côté, les détracteurs du lobbying soulignent l'exclusion des groupes dépourvus et la concentration des ressources économiques et cognitives par les groupes de pression. En plus, certains entre eux associent le lobbying à la défense des intérêts privés⁴⁸. Selon cette perspective critique, les groupes sont des représentants d'intérêts privés en détriment de l'intérêt public. Ainsi, l'activité de pression poserait des défis à la démocratie en raison de ses caractéristiques anti-démocratiques (exclusion, concentration de pouvoir, entre autres). La concentration des ressources économiques joue un rôle très important dans cette discussion. Si la démocratie est un système marqué par un certain niveau d'égalité politique⁴⁹ – c'est-à-dire, les citoyens ont les mêmes chances de participer au débat public – les interactions entre les dimensions politiques et économiques sont importantes pour mieux comprendre les obstacles aux régimes démocratiques.

Toutefois, il faut souligner que le mot « démocratie » n'est pas un terme consensuel en science politique. Il y a de différentes perceptions sur ce qu'est la démocratie en suscitant le développement de plusieurs « théories de la démocratie ». De façon générale, le mot fait allusion au principe d'égalité politique, mais l'opérationnalisation de ce principe prend des formats divers. Selon les tenants du libéralisme et du pluralisme⁵⁰, l'idée d'égalité politique s'agit de la règle déterminant que chacun a droit à seulement un vote (« un

47 DOWNS, 1999 [1957]; DAHL, 1961.

48 SCHATTSCHEIDER, 1960.

49 HELD, 2006; PATEMAN, 1992 [1970].

50 DOWNS, 1999 [1957]; SCHUMPETER, 1961 [1942]; DAHL, 1961.

homme = un vote »). En revanche, les détracteurs⁵¹ de la démocratie libérale argumentent que le vote n'est qu'un droit passif tandis qu'une véritable démocratie exigerait des droits plus actifs.

Ainsi, le jugement sur le caractère démocratique du lobbying dépend de la conception de démocratie adoptée. La concentration des ressources économiques est évidemment un aspect important selon plusieurs perspectives. La mobilisation au moyen des groupes d'intérêts implique certaines dépenses⁵², y compris les coûts liés aux ressources humaines et aux technologies d'information et de communication. En outre, le pouvoir économique est une des principales sources du pouvoir politique. Puisque l'État dépend de l'appropriation privée du capital⁵³, les autorités publiques sont plus susceptibles à répondre aux intérêts des classes capitalistes qu'aux intérêts d'autres classes ou fractions de classe.

Par surcroît, l'analyse du lobbying suscite des questions sur la légitimité des intérêts défendus. Tandis que le lobbying est souvent associé à la défense des intérêts privés, il n'y a pas d'obstacles formels pour que les organisations défendant des intérêts collectifs l'utilisent afin d'atteindre leurs objectifs. Toutefois, ces organisations font face à plusieurs barrières matérielles qui renforcent la concentration du pouvoir au profit de certaines partis privées. Néanmoins, la distinction entre le « public » et le « privé » n'est pas toujours évidente, une fois que les secteurs rationalisent fréquemment leurs demandes privées comme des enjeux publics⁵⁴.

En doutant de l'existence d'un « vrai intérêt public », la perspective pluraliste propage une définition de démocratie qui implique un équilibre entre les intérêts privés. Dans ce sens, le pluralisme libéral défend la fragmentation du pouvoir contre la tyrannie de la majorité. Selon cette perspective, l'État n'est qu'un médiateur. En revanche, d'autres théories sociales et économiques, telles que la perspective marxiste, posent des questions à la fausse prétention de neutralité de l'État libéral et l'insuffisance des règles formelles dans la promotion du partage de pouvoir entre les citoyens.

51 PATEMAN, 1992 [1970]; WOOD, 2007.

52 SANTOS & BAIRD, 2019.

53 OFFE, 1984 [1972].

54 SORAUF, 1957. Pour donner un exemple : les défenseurs de l'agriculture argumentent que leur activité est importante pour toute la société, vu que la production agricole est liée à la distribution d'aliments. Par contre, ils défendent des mesures telles que la libération des produits toxiques pour potentialiser la production en désaccord avec les demandes des écologistes.

En ce qui concerne les industries créatives, plusieurs individus et groupes avec de différentes ressources économiques et des intérêts divers s'engagent dans le débat sur le droit d'auteur et les droits voisins. Des maisons de disques, des artistes, des auteurs et des utilisateurs, tous ces parties prenantes sont directement touchées par la législation sur la propriété intellectuelle. L'objectif de l'étude de cas présentée ici est de discuter la capacité d'influence de ces groupes dans le débat qui concerne la réforme de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins au Brésil.

4. Le lobbying des industries créatives au Brésil : discussions sur la réforme de la loi (2015-2019)

Au Brésil, la principale législation sur le droit d'auteur et les droits voisins est la loi no. 9.610, conclue le 19 février 1998. Selon la loi brésilienne, la protection des droits patrimoniaux expire 70 ans après le décès de l'auteur⁵⁵. Cela veut dire que les œuvres sont protégées pendant la vie de l'auteur plus 70 ans lorsque la rémunération est destinée aux héritiers. Si l'auteur est décédé sans héritiers, l'œuvre entre automatiquement dans le domaine public. Cela veut dire que les gens peuvent y accéder librement. On peut donc disposer des œuvres dans le domaine public sans ni autorisation ni rémunération des titulaires, autant que l'on respecte les droits moraux (mentionner le nom de l'auteur, par exemple).

Le système au Brésil s'est inspiré de la loi française, mais il maintient de certaines particularités. En ce qui concerne le secteur musical, les droits d'exécution publique sont collectés par une organisation privée spécifique: l'ECAD. En tant qu'une institution sans but lucratif, l'ECAD est composé par sept organisations de gestion collective, ce qui caractérise la duplicité de ce régime. Les organisations font l'interlocution entre l'ECAD et les auteurs ou les artistes qu'elles représentent. Dans les assemblées générales des organisations, les membres fixent les prix des œuvres, dont les valeurs finaux sont unifiés lors des réunions du Bureau Central.

L'ECAD collecte alors les paiements auprès des utilisateurs et les repasse aux organisations, qui sont chargées de les distribuer à leurs membres. Puisque les utilisateurs accusent l'ECAD d'adopter des critères injustes, les

55 La durée exacte de la protection varie selon le type d'œuvre. Les droits voisins sur les émissions de radiodiffusion, par exemple, expirent 70 ans après la diffusion (Loi no. 9.610, article 96).

disputes judiciaires sur les droits intellectuels sont fréquentes. Également, certains titulaires originaires soulignent un manque de transparence dans le procès de répartition des montants collectés par l'ECAD. À leur tour, les organisations dénoncent les défauts de paiement par des utilisateurs, notamment ceux qui tirent des profits de l'usage des œuvres musicales.

Le débat sur le droit d'auteur et les droits voisins est donc compris par de différentes parties prenantes avec des intérêts économiques et sociaux divers. Les créateurs sont les titulaires originaires, tandis que les maisons de disques et les maisons d'édition sont des cessionnaires. En outre, les utilisateurs intègrent le groupe le plus divers, vu qu'il est composé par tous ceux qui utilisent les biens intellectuels, y compris de porteuses entreprises et des consommateurs. C'est donc un groupe très hétérogène dont les intérêts varient selon les objectifs de l'usage des biens intellectuels, soit le divertissement personnel, soit l'exploitation économique.

Au Brésil, ces parties prenantes s'organisent au moyen de différents groupes de pression qui participent activement aux débats concernant la législation sur la propriété intellectuelle. On note l'existence de plusieurs projets de loi sur ce thème à la Chambre des Députés. En 2015, le président de la chambre à cette période-là a institué une commission spéciale pour analyser des projets versant sur le droit d'auteur et les droits voisins. Lors de dix audiences publiques, les membres de la commission ont eu l'occasion d'écouter de différents groupes opérant dans plusieurs secteurs.

Les commissions spéciales sont des comités temporaires de la Chambre des Députés brésilienne. La consultation en commission fait partie d'une des étapes les plus importantes du processus législatif brésilien. Les deux organismes intégrant le parlement disposent de commissions thématiques permanentes et de commissions temporaires. En ce sens, chaque commission est responsable de présenter un rapport qui peut être contraire ou favorable au projet en consultation. Les membres de la commission vote pour ou contre le rapport. Certains projets sont encore discutés en session plénière par tous les membres de l'organisme législatif. Par exemple, si les rapports de commission approuvés manifestent des opinions divergentes, les députés doivent les discuter en session plénière.

Quand le procès de discussion d'un projet inclut une consultation dans plus de trois commissions thématiques, on peut installer une commission spéciale pour les remplacer (par une demande du président de la chambre ou d'un président d'une des commissions responsables d'analyser le projet,

selon le Régiment Internet, article 34). Donc, la constitution d'une commission spéciale est déjà une stratégie pour accélérer la procédure, car le projet est discuté dans une seule commission. Les projets considérés dans cet article seraient analysés par la commission spéciale et après par le plénière de la Chambre des Députés avant d'être transférés au Sénat brésilien. La sanction du président de la république est la dernière étape de ce processus.

Jusqu'en 2018, la commission spéciale sur le droit d'auteur et les droits voisins analysait 49 projets de loi⁵⁶ dont le thème principal était l'exemption du paiement des droits dans des contextes divers. La principale proposition s'agissait du projet no. 3.968, de 1997, dont l'objet constitue l'exemption du paiement des droits d'exécution publique dans le cadre des événements caritatifs. Certains projets traitaient d'autres sujets, tels que la structure du ECAD et l'établissement des prix liés aux usages des œuvres intellectuelles.

Le Projet de Loi no. 1.766, de 2011, du député Otavio Leite, a été souvent mentionné par les participants, surtout ceux qui défendaient le durcissement de la protection aux droits de propriété intellectuelle. Ce projet proposait la prohibition de la concession de la radiodiffusion pour les stations de radio ayant violé le droit d'auteur et les droits voisins. Tandis que les titulaires célébraient ce projet comme une forme de sanction efficace contre les violations commises par les stations, certains participants ont discuté les risques pour la liberté d'expression et d'autres droits fondamentaux.

La commission a organisé dix audiences publiques, pendant lesquelles les députés ont discuté les thèmes des projets sous examen avec les parties prenantes. Les organisations et les groupes qui ont participé aux audiences sont les parties suivantes:

- i. Ministère de la Culture (MinC): principal organisme public responsable des politiques concernant le droit d'auteur et les droits voisins au Brésil. Lors de la première audience publique, le Ministère a été représenté par le directeur du département chargé des droits intellectuels. En outre, un ancien fonctionnaire du ministère (entretien) a affirmé que l'organisme a été contacté plusieurs fois pendant le processus législatif pour donner son avis sur les propositions analysées;
- ii. Société Brésilienne d'Administration et Protection des Droits Intellectuelles (SOCINPRO): organisation de gestion collective intégrant le système de l'ECAD;

56 Le nombre de projets a augmenté les dernières années. Bien que la commission ait suspendu ses travaux, le débat des projets est encore en cours.

- iii. Association Brésilienne de Droit d'Auteur (ABDA): organisation civile qui développe des études sur les droits intellectuels;
- iv. Association Brésilienne des Industries des Hôtels (ABIH): organisation représentant les établissements d'hébergement;
- v. Forum d'Opérateurs Hôteliers (FOHB): organisation représentant les établissements d'hébergement;
- vi. Fédération du Commerce du Rio Grande do Sul (FECOMÉRCIO-RS)⁵⁷: fédération qui rassemble des organisations représentant les établissements commerciaux à l'État de Rio Grande do Sul, y compris les hôtels;
- vii. Group d'Action Parlementaire (GAP) et le « *Procure Saber* »: ces deux groupes représentent certains artistes et paroliers qui ont critiqué le fonctionnement de l'ECAD. Bien qu'ils soient favorables à l'existence de l'ECAD, ils soulignent souvent le manque de transparence dans la distribution des montants liés à leurs droits (d'auteur et voisins). Ils ont été très actifs dans les discussions sur la Loi no. 12.853, en 2013, qui a institué un système de supervision des activités des sociétés de gestion par le Ministère de la Culture;
- viii. Association Brésilienne de Radiodiffusion Communautaire (ABRACÇO): organisation représentant les stations de radiodiffusion Communautaire;
- ix. Association des Radios Publiques du Brésil (ARPUB)⁵⁸ et Entreprise Brésilienne de Communication (EBC): l'ARPUB représente les stations de radios publiques, tandis que l'EBC est l'entreprise de communication du gouvernement brésilien;
- x. Association Brésilienne des Stations de Radio et de Télévision (ABERT): organisation représentant les stations de radio et de télévision.
- xi. Institut Brésilien du Tourisme (EMBRATUR): organisme public qui travaille sur des politiques pour le secteur du tourisme.
- xii. Conseil Administratif de Défense Économique (CADE): organisme public responsable de la surveillance sur les règles de concurrence et le droit économique;

57 L'organisation n'avait pas été officiellement invitée à participer à l'audience publique, mais son représentant a donné son opinion, compte tenu d'un appel informel des députés pendant la réunion.

58 Les différentes organisations représentées par la même personne lors des audiences sont mises ensembles ici. Par exemple : ARPUB et EBC, ABPI et SICAV, GAP et Procure Saber. Les groupes GAP et Procure Saber ont été représentés par deux personnes.

- xiii. Association Brésilienne de Bars et Restaurants (ABRASEL): organisation représentant les bars et les restaurants;
- xiv. Bureau Central de Collecte et Distribution (ECAD): le bureau responsable de la collecte et la répartition des droits d'exécution publique;
- xv. Association Brésilienne de la Propriété Intellectuelle (ABPI) et le Syndicat de l'Industrie Audiovisuel (SICAV): l'ABPI est une institution sans but lucratif dont l'objectif est de développer des études sur la propriété intellectuelle. Cette organisation participe souvent aux débats pour défendre la protection des droits intellectuels. Le SICAV rassemble les studios, les producteurs de télévision, cinéma et vidéo, ainsi que les entreprises de doublage et les producteurs de jeux vidéo;
- xvi. Chambre Brésilienne du Livre (CBL): la principale organisation représentant les maisons d'édition et le marché du livre au Brésil;
- xvii. Union Brésilienne de Vidéo et Jeux (UBV&G): organisation qui représente le secteur audiovisuel en se concentrant sur les jeux vidéo;
- xviii. *Motion Pictures Association* de l'Amérique Latine (MPA-AL): institution internationale représentant de grands studios provenant des États-Unis;
- xix. Union Brésilienne des Maisons d'Éditions Musicales (UBEM): association représentant les maisons d'édition dans le secteur de la musique;
- xx. « Cesnik, Quintino e Salinas Advogado » (CQS): cabinet d'avocats qui traitent des demandes concernant les droits intellectuels;

Le *tableau 1* montre ces institutions et les catégories que chaque groupe représente dans l'univers politique du droit d'auteur et des droits voisins. Dans le *tableau 1*, le nom fait référence à l'organisation, la date concerne la réalisation de l'audience publique et la catégorie est liée aux relations juridiques relatives aux droits de propriété. L'information entre parenthèses met l'accent sur les relations économiques concernant la production et la consommation des biens intellectuels. Les numéros marqués avec le code « # » correspond à l'ordre des audiences publiques (#1, #2, jusqu'à la 10ème) et donc aux numéros des transcriptions. Le positionnement s'agit des opinions exprimées pendant les audiences par rapport aux projets de loi et aux thèmes présentés. Ces positionnements ont été identifiés par les transcriptions des enregistrements sonores des réunions⁵⁹.

59 À l'occasion, j'ai codifié les positionnements selon les perspectives sur la philosophie de la propriété intellectuelle (arguments utilitaristes ou basés sur l'idée de droit naturel) et les catégories juridiques et les positions sur les thèmes (limitations/exceptions et gestion collective).

Tableau 1 – les participants des audiences publiques

NOM	DATE	CATÉGORIE	POSITIONNEMENT
ABDA	#2 – 22/10/2015	Titulaires et cessionnaires	Contraire à l'augmentation des limitations ou exceptions. Favorable au projet qui propose une punition aux stations de radio défaillantes.
Abert ⁶⁰	#5 – 19/11/2015	Utilisateur (Commercial)	Favorable à l'établissement « raisonnable » des limitations ou exceptions. Contraire au projet qui propose une punition aux stations de radio défaillantes.
ABIH	#3 – 5/11/2015	Utilisateur (Commercial)	Favorable à l'exemption du paiement pour l'exécution musicale réalisée dans les unités privées des visiteurs des hôtels.
ABPI/SICAV	#7 – 10/12/2015	Titulaires et cessionnaires	Favorable à la protection aux droits intellectuels pour encourager la production et l'investissement dans les industries créatives.
Abraço	#5 – 19/11/2015	Utilisateur (Non-commercial)	Favorable à la protection, mais contraire aux critères de facturation utilisés par l'ECAD.
Abrasel	#6 – 26/11/2015	Utilisateur (Commercial)	Contraire à l'attitude de l'ECAD, notamment sur la facturation et le monopole de l'institution dans l'environnement numérique.
ARPUB/EBC	#5 – 19/11/2015	Utilisateur (Non-commercial) / Pouvoir Public	Contraire à l'attitude de l'ECAD. L'organisation ne défend pas l'exemption du paiement, mais l'adoption de critères différents de facturation.
Cade	#6 – 26/11/2015	Pouvoir Public	L'institution s'est limitée à poser des réflexions sur le monopole de l'ECAD.
CBL	#7 – 10/12/2015	Cessionnaires	L'institution n'a fait que renforcer l'importance du droit d'auteur et des droits voisins.
CQS	#9 – 09/06/2016	Titulaires et cessionnaires/ Professionnels du Droit	Contraire à l'augmentation des limitations ou exceptions.

60 Il faut souligner que les organismes de radiodiffusion sont aussi titulaires originaires de droits voisins. Pour le tableau 1, j'ai considéré la position prédominante dans les activités de chaque agent.

ECAD ⁶¹	#6 – 26/11/2015 e 10 – 24/11/2016	Titulaires et cessionnaires (Gestion collective)	Contraire à l'augmentation des limitations ou exceptions.
Embratur	#6 – 26/11/2015	Pouvoir Public	Sans opinion spécifique sur le sujet.
Fecomércio	#3 – 05/11/2015	Utilisateur (Commercial)	Favorable à l'exemption du paiement pour l'exécution musicale réalisée dans les unités privées des visiteurs des hôtels.
FOHB	#3 – 05/11/2015	Utilisateur (Commercial)	Favorable à l'exemption du paiement pour l'exécution musicale réalisée dans les unités privées des visiteurs des hôtels.
GAP/ Procure Saber	#4 – 12/11/2015	Titulaires originaires	Contraire aux propositions versant sur des limitations ou exceptions (en général). Favorable au projet qui propose une punition aux stations de radio défaillantes. Les deux participants ont souligné le progrès de la Loi 12.853.
MinC	#1 – 14/10/2015	Pouvoir Public	Favorable à certaines limitations ou exceptions (pour des activités liturgiques, des institutions éducatives, des radios communautaires et des personnes handicapées), contraire à d'autres (hôtels et d'autres institutions, principalement établissements commerciaux).
MPA-AL	#7 – 10/12/2015	Titulaires et cessionnaires	Contraire à l'augmentation des limitations ou exceptions.
SOCINPRO	#2 – 22/10/2015	Titulaires et cessionnaires (Gestion collective)	Contraire à l'augmentation des limitations ou exceptions. Favorable au projet qui propose une punition aux stations de radio défaillantes.
Ubem	#7 – 10/12/2015	Cessionnaires	Contraire à l'augmentation des limitations ou exceptions.
UBV&G	#7 – 10/12/2015	Titulaires et cessionnaires	Contraire à des modifications dans la loi brésilienne (considérée « presque parfaite »)

Source: Élaboration de l'auteure basée sur les informations des audiences publiques (transcriptions) et des documents des organisations et des groupes (pages officielles, statuts, entre autres).

61 L'ECAD a été représenté par trois personnes lors de deux audiences.

En plus de ces institutions et groupes, la commission a écouté certains individus qui intègrent l'univers professionnel du droit d'auteur : un professeur qui travaille dans une université publique (nommé ci-après « A.R. »), une avocate très connue dans ce domaine (nommée ci-après « V.S. »), un avocat et parolier (« J.C.N. ») et un ancien juge du tribunal régional de justice (« C.M. »). Sauf le professeur A.R., ces professionnels ont concentré leur présentation sur l'importance de la protection des droits intellectuels. De façon générale, les participants ont discuté des questions vastes au lieu d'exposer chaque projet. Le représentant du Ministère de la Culture a été le seul interlocuteur à commenter les projets un par un.

D'un côté, les titulaires originaires du droit d'auteur et des droits voisins – paroliers, compositeurs et artistes-interprètes – présentent habituellement des justificatifs liés à une conception de droit naturel. Ce type d'argument met en relief le caractère constitutionnel de ces droits. De l'autre côté, les cessionnaires défendent souvent une perspective utilitariste. De façon générale, les titulaires, leurs représentants et les cessionnaires défendent l'augmentation de la protection contre l'expansion des limitations ou exceptions. Bien que des représentants de cette coalition ont admis que certaines limitations ou exceptions sont nécessaires, ils ne se sont pas déclarés favorables à aucun projet de limitation visé par la commission. Par contre, ils soulignèrent toujours les inconvénients de l'augmentation des limitations ou exceptions pour les titulaires et la société.

Le risque principal signalé par les tenants du droit naturel était la violation des principes constitutionnels et des accords internationaux. Ils considèrent l'expansion des limitations ou exceptions comme une violation à un droit naturel de l'individu, c'est-à-dire le droit à la protection de sa création intellectuelle. La protection est justifiée par la mise en valeur de l'œuvre en tant que le résultat des efforts ou de l'expression de la personnalité des créateurs. Dans ce cadre, la protection des droits de propriété intellectuelle est donc une question de justice. En revanche, des utilitaristes soutiennent que l'augmentation des limitations ou exceptions nuit les motivations pour la création en raison de la diminution de la rémunération pécuniaire destinée aux créateurs et artistes.

Les organisations de gestion collective ont essayé de défendre leur travail, principalement l'ECAD, qui a été exposé à de violentes critiques. Les représentants de l'ECAD ont argumenté que cette institution était déjà en conformité avec les nouvelles règles imposées par la Loi n. 12.853. Approu-

vée en 2013, cette loi a traité de la gestion collective au Brésil en donnant de nouveaux pouvoirs de surveillance à l'ancien Ministère de la Culture. Quoique les représentants de l'ECAD aient mentionné la législation dans le cadre de la défense de leur institution⁶², l'organisation s'y était souvent déclarée contraire dans le procès de négociation et d'approbation⁶³.

Les organisations de gestion collective et les utilisateurs disputent souvent les valeurs et le paiement des montants relatifs au droit d'auteur et aux droits voisins. Même la relation entre les organisations et leurs membres est parfois compliquée en fonction des controverses concernant la distribution des montants par le ECAD et ses associations. Le groupe de titulaires originaires est divisé en des artistes qui posent des critiques à l'ECAD et ceux qui défendent le système. La Loi 12.853 a été le résultat de la mobilisation de certains artistes, notamment les groupes de pression « GAP » et « *Procurer Saber* ».

Les utilisateurs forment une catégorie très hétérogène, car le groupe rassemble tous ceux qui utilisent les biens intellectuels. C'est un groupe composé par de porteuses entreprises, des organisations non-lucratives et des consommateurs. En général, ils défendent l'augmentation des limitations ou exceptions, étant donné que la flexibilisation du système signifie « payer moins » pour les usages des biens intellectuels. Néanmoins, des agents peuvent occuper de différentes positions, ce qui rend leurs discours et perspectives plus complexes. À l'instar des organismes de radiodiffusion, on trouve plusieurs parties prenantes qui sont conjointement « titulaires » et « utilisateurs ».

Il n'est pas surprenant de constater que les représentants des stations de radio ont adopté une position moins incisive par rapport aux limitations ou exceptions. En reconnaissant l'importance du droit d'auteur et des droits voisins, ils n'ont pas défendu de limitation spécifique. L'ABERT (stations de radio privées), par exemple, a même affirmé que les limitations ou exceptions doivent être analysées « avec prudence ». En revanche, les représentants du secteur ont critiqué la performance de l'ECAD, l'organisation responsable de collecter les redevances auprès des stations.

62 Pendant les audiences publiques, ils ont dit que la nouvelle loi avait déjà résolu les problèmes dont les représentants des utilisateurs parlaient. Ils ont argumenté que les règlements de l'ECAD étaient en conformité avec la loi.

63 L'ECAD et d'autres organisations avaient instauré un procès contre cette loi auprès de la Cour Suprême. L'ECAD accusait la loi d'être inconstitutionnelle. La décision finale a été favorable à la loi.

Pendant les audiences publiques, chaque représentant s'est concentré exclusivement sur son propre secteur. Cela veut dire que chaque organisation ou groupe a parlé seulement de ses propres intérêts. Le représentant du Ministère et le professeur A.R. ont été les seuls représentants à défendre les limitations ou exceptions de caractère général pour bénéficier le public. La plupart des représentants des utilisateurs disent qu'ils sont à faveur de la « justesse » du paiement des droits mais contraires aux critères de facturation utilisés par l'ECAD.

Sauf le professeur A.R., les représentants des utilisateurs ont défendu l'adoption de critères qui bénéficient leurs organisations. Tel que le *tableau 1* a exposé, la plupart des utilisateurs écoutés par la commission consistaient à des établissements commerciaux utilisant les biens intellectuels afin de satisfaire leurs clientèles (exploitation commerciale des œuvres). Par contre, le public et les organisations non-lucratives ont été sous-représentés. Cet élément montre l'importance des enjeux économiques et des « intérêts privés » dans le débat public. Les groupes représentant les établissements commerciaux ont démontré une capacité plus forte de mobilisation par comparaison à d'autres utilisateurs, dont les intérêts étaient plus diffus. En plus de participer aux audiences, certains groupes ont réussi à parler directement avec la députée rapporteuse. Pendant des audiences, elle a mentionné des réunions privées avec les représentants des hôtels et des studios de Hollywood.

Le Ministère de la Culture (MinC), chargé des politiques publiques sur le thème, a adopté un positionnement que j'appelle « conciliateur ». Tandis que le MinC a défendu certaines limitations – principalement concernant des institutions non-lucratives telles que les institutions éducatives – cet organisme public a aussi exposé les risques de l'adoption de limitations ou exceptions trop larges. Toutefois, le MinC a défendu l'adoption d'une « clause ouverte », c'est-à-dire l'établissement des paramètres pour que les tribunaux soient capables de définir si l'on peut considérer chaque usage comme juste ou non d'une façon individuelle. Cette approche est moins restrictive que la défense d'une liste exhaustive dans la loi. Encore que le Ministère soit considéré un organisme « technique », parce que l'État a une posture théoriquement neutre, la bureaucratie n'est pas isolée des disputes politiques.

Puisque le Ministère est un agent important dans ce débat, cette institution est ciblée par plusieurs parties prenantes. D'une part, certains groupes et individus ont démontré avoir une interlocution majeure avec le

Ministère, tels que l'avocate V.S et les groupes représentant des artistes (GAP/ Procure Saber). Tant l'avocate que les groupes ont affirmé avoir participé aux réunions organisées par le Ministère de la Culture. D'autres utilisateurs se sont déclarés exclus de ces espaces⁶⁴. Cela explique la proximité entre le Ministère et des enjeux spécifiques concernant les auteurs et les artistes (les titulaires originaires).

D'autre part, le représentant du Ministère a manifesté une forte préoccupation avec « l'intérêt public », souvent montrée dans ses discours lorsqu'il admit à plusieurs reprises la nécessité de limitations ou exceptions pour des institutions sans but lucratif⁶⁵. En général, on pourrait dire que le Ministère était plus convergent aux intérêts des titulaires originaires et des utilisateurs non-commerciaux en détriment des cessionnaires et des établissements commerciaux pendant cette période-là. Néanmoins, ce projet d'augmenter les limitations ou exceptions et de perfectionner la gestion collective intégrait les propositions d'une gestion spécifique dans le Ministère, composée par un groupe de fonctionnaires engagés dans ce débat⁶⁶.

L'analyse du rapport présenté par la députée Abreu confirme la capacité d'influence du Ministère de la Culture. Ayant présenté un projet pour remplacer les propositions initiales, la députée a adopté une rédaction pareille à un ancien projet du Ministère⁶⁷. Cet ancien projet avait fait l'objet d'une consultation publique⁶⁸, mais il n'a jamais été discuté dans le parlement brésilien. Cette information a été confirmée pendant l'entretien avec un ancien fonctionnaire du Ministère. Il a mentionné des réunions avec la députée rapporteuse, qui lui avait demandé des informations. Faute à des connaissances des élus sur le thème, le Ministère a réussi à influencer des décisions prises dans le contexte de l'élaboration du rapport de la commission. Puisque peu d'élus comprennent les règles et les fondements des

64 Informations présentées pendant les discours (audiences publiques).

65 Les frontières entre le public et le privé sont très compliquées et ce n'est pas différent dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. La protection et les limitations sont souvent liés à l'intérêt public, mais affectent aussi les intérêts économiques particuliers des organisations et des parties spécifiques.

66 ALBRECHT, 2021. Il faut souligner les changements déclenchés par la destitution de Dilma Rousseff en 2016. La structure du Ministère de la Culture a changé et les dirigeants du secteur chargé des droits intellectuels ont été remplacés.

67 J'ai comparé les textes de ces deux projets.

68 En 2018, la consultation était encore disponible sur: <http://www2.cultura.gov.br/consulta-direitoautor/consulta/> (Dernier accès: 09/05/2018).

droits intellectuels, ils ont souvent recouru à l'assistance du Ministère, tel que l'ancien fonctionnaire interrogé a confirmé.

Toutefois, on note deux différences importantes entre l'ancien projet du Ministère et le projet proposé par le rapport de la députée: le rapport inclut une limitation pour les hôtels et un dispositif sur le blocage de sites. Ce dernier dispositif a été suggéré par le représentant de la MPA, l'organisation des studios de Hollywood (lobbying international). Il faut encore souligner que ces deux groupes – les représentants des hôtels et la MPA – ont été reçus par la députée responsable du rapport lors des audiences privées tel qu'elle a mentionné plusieurs fois. Ceux-ci sont les seuls groupes dont les suggestions ont été clairement acceptées dans le rapport.

Ainsi, on dirait que le rapport a répondu aux demandes spécifiques des hôtels et de la MPA, dont les représentants ont participé aux audiences privées avec la députée rapporteuse. C'est une évidence de la force du lobbying, entendu comme un répertoire d'interaction basé sur le contact direct entre les groupes d'intérêts et les autorités publiques. C'est aussi une preuve de l'effectivité des réunions privées en termes de stratégie. Bien que les élus aient écouté des participants pendant les audiences publiques, ils ont attendu les demandes spécifiques des agents qui les ont directement poussés, surtout la députée qui était chargée du rapport des projets en analyse. D'ailleurs, ceux sont des groupes portant un grand pouvoir économique: l'institution des établissements d'hébergement comprend de grands hôtels et la MPA représente les studios majeurs de Hollywood.

Évidemment, ils ne sont pas les seuls groupes qui ont eu accès au processus de décision. Puisque je n'ai pas d'informations suffisantes sur de possibles actions supplémentaires des autres participantes, je ne peux pas confirmer s'ils ont participé à des réunions privées⁶⁹. Cependant, je constate que l'action des représentants des hôtels et de la MPA a été plus remarquable étant donné les mentions des députés pendant les réunions et les informations des deux entretiens que j'ai conduites. Le Ministère de la Culture a été aussi actif lors des réunions, y compris par la communication directe avec la députée. L'opinion « technique » du Ministère a été considérée par la députée dans le rapport final de la commission.

69 Je n'ai pas réussi à contacter d'autres groupes. Mais ce serait important d'interroger d'autres participants. La coopération des participants est un défi auquel on fait face dans les études sur le lobbying.

Toutefois, cette opinion dite technique est aussi une construction collective qui repose sur la participation de différentes parties prenantes ayant accès à cette institution. Les inégalités d'accès aux décisions sont aperçues par les discours dans lesquels les participants des audiences publiques parlent sur leur participation aux espaces de discussion offerts par le Ministère. Donc, le pouvoir est fragmenté, tel que prévoient les théoriciens de la démocratie libérale – mais entre une quantité trop limitée et réduite de parties prenantes, dont la plupart concentrent des ressources économiques importantes ou d'autres ressources, comme des relations personnelles avec la bureaucratie. Dans ce cadre, les caractéristiques obscures du lobbying – la pression de petits comités en évitant la mobilisation d'une majorité, le manque de transparence, entre autres⁷⁰ – remettent en cause les potentiels démocratiques de ce type d'action politique.

Finalement, l'étude a confirmé que les coalitions dans ce domaine sont loin d'être homogènes. Les catégories juridiques – titulaires, cessionnaires et utilisateurs⁷¹ – ne sont pas suffisantes pour identifier les positionnements politiques. Les arguments reposent aussi sur des intérêts économiques et le marché du travail. Ainsi, j'ai noté l'existence de cinq « sous-coalitions » selon la chaîne économique de production et de distribution des biens intellectuels:

- i. Création: cela comprend les créateurs des biens intellectuels, c'est-à-dire les titulaires originaires du droit d'auteur. Basés sur une perspective concentrée sur le droit naturel, ces titulaires défendent l'augmentation de la protection. Certains sont plus flexibles par rapport aux limitations ou exceptions et à la diffusion de leurs œuvres. Les intérêts des créateurs ne sont pas toujours convergents à ceux de l'industrie et des organisations de gestion collective visant à les représenter⁷². J'ajoute ici certains titulaires originaires de droits voisins, tels que les interprètes et les musiciens en raison de leurs contributions créatives et de leur position dans la chaîne économique de la culture.
- ii. Industrie: l'industrie comprend les cessionnaires, c'est-à-dire les organisations qui ont acquis les droits de propriété intellectuelle par la cession. Ce groupe inclut aussi le groupe de titulaires de droits voisins

70 SCHATTSCHEIDER, 1960.

71 Les imprécisions sont plus évidentes dans la langue portugaise, une fois que nous utilisons le mot « titulaires » plus fréquemment de façon générale pour faire référence tant aux titulaires originaires qu'aux ayants droits et cessionnaires.

72 HUMAN RIGHTS COUNCIL, 2014.

compris par des corporations (producteurs et organismes de radiodiffusion). Les intérêts de l'industrie sont parfois divergents de ceux des créateurs, tel que souligne le rapport du conseil des droits humains élaboré par Farida Shaheed en 2014.

iii. Gestion des droits : la gestion des droits fait référence aux organisations qui représentent les titulaires et les cessionnaires. Malgré la relation de représentation, ces organisations ont développé leurs propres intérêts. Les titulaires originaires critiquent souvent les montant distribués et les utilisateurs soulignent le manque de transparence et les critères injustes.

iv. Exploitation économique : ce volet est lié aux établissements qui utilisent les œuvres intellectuelles dans leurs activités commerciales. Les hôtels, les restaurants et les gymnases en sont des exemples.

v. Accès ouvert (ou « libre accès ») : correspond aux utilisateurs non-commerciaux qui utilisent les œuvres pour le divertissement ou d'autres buts non-lucratifs. L'accès ouvert consiste en la défense de l'utilisation libre pour certains objectifs non-commerciaux, tels que ceux liés aux activités des bibliothèques ou des universités publiques.

Comme la théorie pluraliste prévoit, certains membres peuvent faire partie de plus d'une de ces coalitions car ils assument plusieurs fonctions dans la chaîne économique. Les coalitions sont fluides, car le positionnement spécifique varie selon le thème discuté. De toute façon, les groupes ayant plus de ressources économiques sont plus actifs dans les débats, une fois qu'ils possèdent plusieurs opportunités de participation. Donc, le pouvoir est encore concentré, étant le lobbying un instrument plus convenable aux groupes qui détiennent des ressources cognitives, informatifs et économiques

5. Conclusions

De façon générale, la littérature sur les relations entre l'État et la société civile au Brésil indique la prédominance du patronat en détriment des travailleurs. Historiquement, les patrons ont profité de plus d'opportunités d'accès aux institutions publiques que les travailleurs⁷³. Cette perception s'insère dans les débats sur les effets politiques de la concentration des ressources économiques. Ce n'est pas différent dans le contexte des industries créatives, étant donné que les intérêts dominants sont liés à l'économie du secteur.

73 DINIZ, 1992; BRESSER-PEREIRA, 2007.

Dans les audiences publiques de la commission spéciale, par exemple, la plupart des invités s'agissaient des employés d'établissements commerciaux ou des représentants des organisations de gestion collective et des cessionnaires. Ce n'a pas été par hasard que les élus ont concentré leurs efforts sur la question des hôtels contre ce que le Ministère de la Culture avait recommandé. Le débat sur le droit d'auteur est compris par de gros intérêts économiques, surtout ceux de grands agents des industries créatives – studios hollywoodiens, maisons de disque et d'édition, par exemple – et des utilisateurs de grande envergure tels que les entreprises de technologie et de nombreux établissements lucratifs.

C'est la raison pour laquelle le débat n'est pas que technique, compte tenu de l'existence de disputes politiques basées sur des questions idéologiques et des intérêts économiques. Évidemment, la propriété intellectuelle est un domaine qui exige certaines connaissances, surtout sur le droit, les sciences sociales et l'économie. Toutefois, même ces connaissances découlent des constructions collectives susceptibles à l'intervention politique et aux asymétries du pouvoir.

On note d'autres éléments qui peuvent affecter le débat au-delà des ressources économiques, tels que la trajectoire professionnelle des agents, les relations personnelles et le rôle de la bureaucratie. Cependant, les intérêts économiques et la force du lobbying ont des effets considérables sur le processus de décision. Les acteurs les plus forts de la chaîne de production et de distribution des biens intellectuels sont généralement plus organisés et, par conséquent, ont plusieurs opportunités de participer aux débats. Puisque les élus ont peu de connaissances sur les droits intellectuels, ils utilisent aussi les groupes pour obtenir des informations.

Dans la plupart des discussions, les groupes utilisent des arguments philosophiques pour défendre leurs intérêts privés, c'est-à-dire les règles menant aux bénéfices économiques. Du côté des utilisateurs, cela veut dire flexibiliser la protection pour qu'ils dépensent moins dans le paiement des droits intellectuels. Du côté des titulaires et leurs représentants, cela veut dire renforcer la protection. Toutes les coalitions défendent l'équilibre « en thèse », mais elles se sont déclarées favorables aux propositions qui les bénéficiaient le plus. Néanmoins, les coalitions ne sont pas homogènes. Les intérêts des titulaires et leurs représentants ne sont pas toujours les mêmes. Les contradictions sont encore une fois marquées par les intérêts économiques dans la mesure où les profits de certaines organisations dépendent de la diminution des recettes d'autres groupes ou individus.

Le domaine du droit d'auteur et des droits voisins est donc compris par plusieurs groupes portant de divers intérêts. Les institutions politiques sont évidemment ciblées par ces différents groupes. Jusqu'au présent, le résultat a été favorable aux intérêts commerciaux avec de petites concessions au large public et aux artistes et créateurs. Les disputes sur les droits intellectuels sont encore concentrées sur le conflit entre les industries créatives et les utilisateurs commerciaux, c'est-à-dire des agents avec des intérêts économiques porteurs. Ce résultat reflète aussi le scénario international, dans lequel la plupart des accords bénéficient les titulaires et l'industrie de façon générale⁷⁴.

En étant un répertoire d'interaction entre la société et l'État, le lobbying pouvait être utilisé comme un instrument de la démocratie. Néanmoins, l'accès à cette forme d'activité politique est encore réduit, car le lobbying demande trop de ressources. Donc, le lobbying est aussi susceptible à l'inégalité économique, ce qui menace la performance d'une démocratie plus substantielle.

Références

- ABERS, Rebecca; SERAFIM, Lizandra; TATAGIBA, Luciana. "Repertórios de interação estado-sociedade em um estado heterogêneo: a experiência na era Lula". *DADOS*, v. 57, N. 2, 2014, pp. 325-357.
- AIGRAIN, Philippe. *Sharing: Culture and the Economy in the Internet Age*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2012.
- ALBRECHT, Nayara F. Macedo de Medeiros. *A política dos Direitos Autorais no Brasil: coalizões, lobby e defesa de interesses*. São Paulo: Dialética, 2021.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BOYLE, James. *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven London: Yale University Press, 2008.

74 Dans le scénario international, la plupart des traités misent en relief la protection au lieu des limitations pour le public. Il n'y a qu'un accord international qui traite de limitations ou exceptions obligatoires (le Traité de Marrakech). L'agenda de l'OMPI est dominé par des sujets liés aux grandes corporations, tel que la négociation d'un traité pour bénéficier les organismes de radiodiffusion, qui sont déjà titulaires de droits voisins. Dans ce cas-ci, le rapport a fait des concessions pour le public, principalement grâce à l'intervention du Ministère de la Culture, mais a adopté des propositions spécifiques suggérées par de forts agents économiques.

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. « Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil ». *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, 28, pp. 9-30, 2007. DOI : <https://doi.org/10.1590/S0104-44782007000100003>
- BRÉSIL. Code Pénal. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm (Dernier accès : 02 mai 2021).
- BRÉSIL. Loi 9.610, de 19 février 1998. Disponible sur: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm (Dernier accès : 02 mai 2021).
- BRÉSIL. Loi 12.853, de 14 août 2013. Disponible sur: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12853.htm (Dernier accès : 02 mai 2021).
- BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit des propriétés intellectuelles*. 2e édition. Paris: Ellipses Édition, 2011.
- CHAMBRE DES DEPUTÉS DU BRÉSIL. Règlement Interne. Disponible sur : <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamara-dosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-norma-actualizada-pl.pdf> (Dernier accès : 02 mai 18).
- DAHL, Robert A. *Who Governs? Democracy and Power in an American City*. New Haven: Yale University Press, 1961.
- DAHL, Robert A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Translator: Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997 [1971].
- DINIZ, Eli. « Neoliberalismo e Corporativismo: As duas faces do capitalismo industrial no Brasil ». *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 7, n. 20, 1992.
- DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Traduction de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- FISHER, William T. "Theories of Intellectual Property". *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* 193, 2001.
- FISHER, William T. *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira; MANCUSO, Wagner Pralon. "Lobby: instrumento democrático de representação de interesses?" *ORGANICOM*, année 8, numéro 14, 2011. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2238-2593.organicom.2011.139088>

- GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira; MANCUSO, Wagner Pralon. *Lobby e Políticas Públicas [Lobby et Politiques Publiques]*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.
- HELD, David. *Models of democracy [Modèles de démocratie]*. 3^a Edição. Stanford: Stanford University Press, 2006.
- HERMAN, Bill D. *The battle over digital rights management: A multi-method study of the politics of copyright management technologies*. Thèse de Doctorat. Université de Pennsylvania, 2009.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL. “Copyright policy and the right to science and culture”. Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed, 28^e session, 2014.
- KITSCHELT, Herbert. “Social Movements, Political Parties, and Democratic Theory”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 528, 1993, pp. 13-29.
- LANDES, William M., and POSNER, Richard A. “An Economic Analysis of Copyright Law”, 18 *Journal of Legal Studies*, 1989, p. 325-363. DOI: <https://doi.org/10.1002/9780470752135.ch9>
- LANDES, William M., and POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004.
- LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. 299 f. Thèse de doctorat, Droit, Université de l’État du Rio de Janeiro. Rio de Janeiro - RJ, 2007.
- MENELL, Peter S. “Intellectual Property: General Theories”. *Encyclopedia of Law & Economics*, 2000.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1972].
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI). *Convention de Berne pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques*. Complétée à PARIS le 4 mai 1896 (plusieurs modifications). Disponible sur : http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283695 (dernier accès : mai 2018).
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI). *Convention Internationale sur la Protection des Artistes Interprètes ou Exécutants, des Producteurs de Phonogrammes et des Orga-*

- nismes de Radiodiffusion. Faite à Rome le 26 octobre 1961. Disponible sur : http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/fr/rome/trt_rome_001fr.pdf (dernier accès : mai 2018).
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI). OMPI Glossaire du droit d'auteur et des droits voisins. OMPI : Genève, 1980. Disponible sur : https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_816.pdf
- PATEMAN, Carole. Participação e teoria democrática. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992 [1970].
- SÖDERBERG, Johan. "Copyleft vs. Copyright: A Marxist critique". *First Monday*, Vol. 7 N. 3, 2002. DOI: <https://doi.org/10.5210/fm.v7i3.938>
- SANTOS, Luiz Alberto dos. Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil. Thèse de doctorat présentée au Programme de Doctorat en Études Comparatives sur Les Amériques, Brasília, décembre de 2007.
- SANTOS, Manoel Leonardo dos; BAIRD, Marcello Fragan. "O Parlamento sob influência: transformações no Legislativo e na representação de interesses organizados". In: SANTOS, Manoel Leonardo; PERLIN, Giovana (orgs). *Presidencialismo de Coalizão em Movimento*, Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2019.
- SCHATTSCHEIDER, Eric E. *Regimen de Partidos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1964 [1942].
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961 [1942].
- SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Campos, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.
- SORAUJ, Frank J. "The Public Interest Reconsidered". *The Journal of Politics*, Vol. 19, No. 4, pp. 616-639 (Nov., 1957).
- TOLEDO, Gastão Alves de. *Grupos de Pressão no Brasil*. Programa Nacional de Desburocratização –PrND, Instituto dos Advogados de São Paulo, Brasília, 1985.
- TRUMAN, David B. *The Governmental Process*. New York: Alfred A. Knopf. 1971 [1951].
- VALENTE, Mariana Giorgetti. *Reconstrução do Debate Legislativo sobre Direito Autoral no Brasil: os anos 1989-1998* /Thèse de doctorat, Droit, Université de São Paulo, São Paulo-SP, 2018.

WOOD, Ellen M. “Capitalismo e democracia”. In: BORON, Atilio A.; AMADEO, Jabier; GONZALEZ, Sabrina. A teoria marxista hoje: Problemas e perspectivas. Buenos Aires: CLACSO, 2007.

Reçu en 31 mai 2020.

Apruvé en 28 avril 2021.

RÉSUMÉ: Les politiques publiques sur le droit d'auteur et les droits voisins touchent plusieurs parties prenantes ayant de différentes perspectives sur la propriété intellectuelle. Les études soulignent souvent l'existence de deux coalitions : l'une qui défend la flexibilisation du système et l'autre appuyant le durcissement de la protection. Néanmoins, la réalité est bien plus complexe que cela, car chaque coalition est composée par des membres ayant des intérêts divers et fréquemment divergents. Des utilisateurs, des auteurs, des maisons de disques et des services numériques ont souvent des visions du monde dissonantes, ainsi que de différents niveaux de ressources pour influencer les actions du gouvernement. Cet article vise à présenter des réflexions sur la mobilisation politique des membres des industries créatives et leur influence sur la législation concernant le droit d'auteur et les droits voisins au Brésil. Le but est d'identifier les coalitions dans ce domaine, leurs visions politiques et l'accès aux décisions publiques. En plus d'aborder la philosophie de la propriété intellectuelle, je discute des théories politiques concernant le lobbying et les groupes d'intérêt, principalement leurs effets sur la démocratie contemporaine. La méthodologie consiste en une étude de cas dans laquelle j'ai employé la recherche documentaire et l'analyse de discours. À partir d'une analyse de discours réalisés dans la Chambre des Députés brésilienne, j'ai identifié les principaux groupes représentés et les arguments qu'ils ont présentés. J'ai comparé les positionnements défendus lors des audiences publiques et les résultats législatifs. L'objectif était donc d'analyser quelles visions ou perspectives ont été convenues par les élus dans le débat sur la réforme de la loi. La réalisation d'entretiens avec des participants de ce procès politique a complété l'analyse. Je discute la relation entre les parties prenantes et l'État pour évaluer quels groupes ont réussi à influencer les décisions gouvernementales. Je souligne que les droits intellectuels font partie d'un domaine dans lequel on trouve plusieurs disputes politiques, quoique certains avocats déclarent que la propriété intellectuelle est un « sujet technique ».

Mots-clés: lobbying, droits d'auteur, inégalité, représentation.

RESUMO: As políticas públicas de direitos autorais afetam diversos agentes, os quais apresentam visões diferentes acerca da propriedade intelectual. A literatura especializada considera geralmente a existência de duas grandes coalizões: uma que defende a flexibilização do sistema e outra que defende um aumento do nível de proteção. No entanto, a realidade é mais complexa, uma vez que ambas as coalizões são formadas por agentes com interesses diversos. Usuários, autores, editoras e serviços digitais possuem frequentemente visões de mundo dissonantes e diferentes níveis de recursos para influenciar as decisões do governo. Este artigo visa expor reflexões sobre a mobilização política de membros das indústrias criativas, assim como sua influência na legislação relativa aos direitos de autor e conexos no Brasil. O objetivo é identificar as coalizões presentes nesse domínio, suas visões e o acesso às decisões públicas. Além da filosofia da propriedade intelectual, discuto teorias políticas relativas ao lobby e aos grupos de interesse, principalmente no que tange aos impactos na democracia contemporânea. A metodologia consiste em um estudo de caso no qual empreguei a pesquisa documental e a análise de discurso. Por meio de uma análise de discursos realizados na Câmara dos Deputados, identifiquei os principais grupos representados e as posições que eles

defendem. Comparei então os argumentos defendidos nas audiências públicas com os resultados legislativos. O objetivo é analisar quais foram as visões ou perspectivas contempladas pelos parlamentares no debate sobre a reforma da lei. A realização de entrevistas com participantes do processo complementou a análise. Discuto a relação entre as partes e o Estado para avaliar quais grupos tiveram mais sucesso em influenciar as decisões governamentais. Argumento que os direitos autorais fazem parte de um domínio no qual há muitas disputas políticas, ainda que certos advogados insistam em afirmar que a propriedade intelectual é um “assunto técnico”.

Palavras-chave: lobby, direitos autorais, desigualdade, representação.

ABSTRACT: Public policies regarding copyright and related rights affect a varied range of stakeholders with different views about intellectual property. The research literature mentions frequently two coalitions: one defending broader access to works and another focusing on the enforcement of intellectual property. Nonetheless, the reality is more complex than this division as both coalitions are heterogeneous. Users, authors, record labels, and digital services have often dissonant views and different opportunities in influencing government decision-making. This paper aims at bringing reflections upon the political mobilization of members from creative industries, as well as the power they hold in the debates about copyright law in Brazil. The goal is to identify the coalitions in this field, their political stances, and their opportunities to influence public decisions. Besides discussing the philosophy of intellectual property, I approach political theories related to lobbying and interest groups, with a focus on its impacts on democracy. The methodology refers to a case study in which I employed research techniques such as document research and discourse analysis. Through an analysis of speeches at the chamber of deputies, I identified the main groups and coalitions and the stances they defended. Then, I compared the claims they presented during public hearings to political outcomes. The goal is to analyze the stances or perspectives adopted by the members of parliament. Interviews with key stakeholders complemented this analysis. I discuss the relations between these agents and the State to evaluate which groups had more success in persuading government decisions. I argue that copyright and related rights are part of a field in which there are several political disputes, although some lawyers may insist that intellectual property is a “technical subject”.

Keywords: lobbying, copyright, inequality, representation.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: ALBRECHT, Nayara F. Macedo de Medeiros. Ce n'est pas technique, c'est politique: les disputes dans le domaine du droit d'auteur au Brésil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 63 jul/dez 2023. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1521>.

Challenging use of force, armed conflicts and the cyberspace: drones and artificial intelligence systems

Desafiando-se os quadros de uso da força, dos conflitos armados e do ciberespaço: drones e sistemas de inteligência artificial

Rita Preto*

*Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal
Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro – RJ, Brasil*

Beatriz Alves Serrão*

Universidade Católica Portuguesa, Porto, Portugal

1. Introduction

With the adoption of the Charter of the United Nations (the Charter), the most intrinsic pillar of contemporary international law¹ was improved, optimized,

* PhD Candidate in International Law. Joint PhD at Universidade Católica Portuguesa, Católica Porto Law School (UCP-CRP), Católica Research Centre for the Future of Law (Fundação para a Ciência e Tecnologia Scholarship, DOI 10.54499/UI/BD/152693/2022), and at Getúlio Vargas Foundation (FGV) – Rio de Janeiro Law School. LLM in European and International Law at Universidade Católica Portuguesa, Católica Porto Law School (UCP-CRP). E-mail: s-rpreto@ucp.pt.

* Legal Counsel at Claw Models. Fashion Law course at Milano Fashion Institute, Milan, Italy. LLM in European and International Law at Universidade Católica Portuguesa, Católica Porto Law School (UCP-CRP).

1 Over time, the norm of the prohibition of the use of force was subjected to transformational events, finally solidifying into an *opinio juris* in favor of excluding war as an attribute of the sovereignty of States. This legal obligation placed upon that States took shape in 1928, with the signing of the Kellogg-Briand Pact (Paris Peace Pact). The Pact did not accomplish everything it had set out to do, however. The concept of ‘war’ created a regulatory gap, with States continuing to resort to force, arguing that their warlike conduct did not meet the requirements needed to fulfill the legal threshold of war (Buchan; Tsagourias, 2021, p. 13). This issue was only improved when the UN Charter was written, which addresses the ‘use of force’, a much broader term than ‘war’. Moreover, it institutionalized exceptions to the use of force, something that had not happened in the previous Pact. Thus, a very broad principle of prohibition was adopted in comparison with much narrower exceptions.

and institutionalized—the enshrinement in the Charter of the *jus cogens* norm that prohibits the use of force in international relations² established the “most direct measure for assuring the peace”³. The Security Council (SC) managed to centralize and institutionalize the collective security system—one of the exceptions to the principle of the prohibition of the use of force, along with the inherent right of individual or collective self-defense⁴, which replaces the use of force as an instrument of States’ foreign policy.

By voluntarily restricting the possibility of resorting to force, and with the aim of transferring this competence of reacting to internationally wrongful acts to a specific United Nations (UN) organ, the States agreed to a system that establishes not only normative, but also political and military prerequisites in order to prevent threats, acts of aggression and other acts of breach of peace, thus guaranteeing international peace and security⁵.

For a considerable amount of time, the international community tried to stick to an extensive interpretation of the prohibition on the use of force along with a more or less restrictive reading of the right of self-defense, in order to avoid the distortion of the implemented international legal system⁶. However, this delicate equilibrium was fundamentally disturbed by the 9/11 attacks. Since then, the United States (US) changed their position on international relations, claiming that force can be used against the acts of non-state actors. Also, regarding the fight against terrorism, the US believes that “American state sovereignty can be combined with intervention in other states, proxy wars [...] and the current drone campaign”⁷.

2 “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.” Article 2(4), UN Charter.

3 The prevention of war and, therefore, the goal of maintaining international peace and security was the real reason the UN was established (O’connell, 2019, p. 59).

4 “Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defense shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.” Article 51, UN Charter.

5 “The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.” Article 39, UN Charter.

6 RUYS, 2010, p. 2.

7 CHINKIN & KALDOR, 2017, p. 82.

Even though international law has attempted to keep up with those changes—albeit without losing its essence—and find the best international solutions to new challenges, such as the global war on terrorism, humanitarian crises, and cybersecurity, the upsurge of diffuse and complex threats (materialized in different forms of use of force and derived from different actors) has made it difficult for the SC to actually take up the States' role regarding the violation of Article 2(4) of the Charter. In fact, the challenges posed, particularly by terrorist organizations and cyber-attacks, have led to an increased unilateral use of force⁸, which has undoubtedly been accentuated by the development of technology for military purposes.

Currently, the boots on the ground method have been relegated in the war on terrorism, in favor of using new technologies, namely drones or unmanned aerial vehicles (UAV), and fully autonomous weapons systems, which are robotic weapons imbued with artificial intelligence (AI). These can be interpreted as the third revolution in the military context, regarding their ability to select and attack targets without further human intervention after the robot is programmed for that purpose⁹. Additionally, we cannot discount cyber weapons (such as computer programs) designed with destructive capacity in mind¹⁰.

Given their sophistication, high-precision capability (which, in turn, means less collateral damage), and the possibility of surreptitious attacks, these weapons have been the focus of great powers¹¹ (such as the US, Israel, Russia, France, and the UK). Their increasingly prominent presence in the international framework has raised obstacles not only in the application of *jus ad bellum*, but also of *jus in bello*, as well as in the regulation of the technology itself at an international level.

Consequently, some incidents will be analyzed throughout the article with a focus on specific issues, namely:

- (a) Some of the difficulties caused to the general prohibition on the inter-state use of force—especially in the context of the right of self-defense—by targeted killings with armed drones. Used with increasing

8 AZEREDO LOPES, 2020, p. 87.

9 SEIXAS-NUNES, 2018, p. 480.

10 O'CONNELL, 2015, p. 516.

11 Note that States also possess weapons of mass destruction (WMDs), which can be chemical, biological, or nuclear. However, these types of weapons are beyond this article's scope.

frequency to eliminate targets in third States, these attacks have generated some tension in the application of *jus ad bellum* and *jus in bello*. Thus, we will present a brief analysis of the targeted killing of Qassem Soleimani, followed by considerations about the recent targeted killing of al-Qaeda leader al-Zawahiri.

(b) From the technology perspective, some challenges posed by targeted killings fulfilled by AI-powered weapons. The concept of ‘war’ is changing, and autonomous weapons systems (AWS) might be a reality soon. The targeted killing of Mohsen Fakhrizadeh, carried out not by a drone, but by a weapon many call a killer robot, is an example of this emergence.

(c) Lastly, we will explore the immersion of AI systems in cyberspace and the resulting impact on one of the core principles of international humanitarian law (IHL)—the principle of distinction—since a traditional war stage no longer exists without its counterpart—cyberwar.

2. Unmanned Aircraft Vehicles and *Jus ad Bellum*: the assassination of Soleimani and al-Zawahiri

On January 2, 2020, former President Trump, “in a decisive defensive action to protect U.S. personnel abroad . . . aimed at deterring future Iranian attack plans”¹², green-lit the assassination of Qassem Soleimani, commander of the Iranian elite force IRGC, which the US had placed on the exclusion list of terrorist or terrorist-supporting organizations¹³. This attack was carried out in Iraq by the MQ-9 Reaper, which is not a fully autonomous weapon¹⁴, as it depends on operatives for takeoff and landing, targeting infrared sensors, and, of course, for the ultimate decision to launch the missiles that fulfilled the attack.

But technological developments will not cease anytime soon. And so, by the end of that same year, tests were being developed to equip the MQ-9 Reaper with new AI technology, in order to enable it with autonomous flight, autonomous direction of its infrared sensors, and the capability to recognize objects on the ground. And they were successful¹⁵. Note that during this attack nine other members of the military were executed, among

12 Cf. Statement by the Department of Defense, January 2, 2020.

13 AZEREDO LOPES, 2020, p. 137.

14 Cf. p. 12.

15 HAMBLING, 2020.

them al-Muhandis, one of the main responsible parties for the coalition of pro-Iranian paramilitary groups in Iraq.

At the end of July 2022, Ayman al-Zawahiri, the second-in-command of al-Qaeda at the time of the 9/11 terrorist attacks and the new leader of al-Qaeda after Bin Laden's death, was killed by a drone strike twenty-one years later on the balcony of his home in Kabul.

In contrast to the weapon used in the first case, this attack was carried out by a drone with self-guidance capability and very specific characteristics. Instead of having an explosive warhead, this drone—in order not to cause any collateral damage, which was confirmed—included metal blades that deployed seconds before impact¹⁶. So, in a covert mission, without denouncing their presence and goal, the American forces eliminated the target only, due to the lack of fragmentation damage typical of conventional high-explosive missiles¹⁷.

Faced with these examples, the role that technology plays in targeted killing missions is undeniable. On the one hand, it allows progressively more remote attacks with an increasingly powerful lethal capacity, as well as a reduction in collateral damage, and apologists of these weapons argue that only the required force is used for the mission to succeed. On the other hand, this widespread use of drones has triggered more low-intensity conflicts, making it difficult to establish a strict distinction between a peace plan and a war plan¹⁸, and thus affecting the application of the requirements inherent to *jus ad bellum* and *jus in bello*. Hence, it is relevant to tackle some of the difficulties arising from the States' use of this type of technology: what is its legal justification?

With the advent of this technology, States initially used drones for surveillance and reconnaissance purposes. However, nowadays we encounter drones that can carry hellfire missiles much more frequently, making them better known for firing explosive weapons in targeted killings of suspected terrorists, especially in cross-border operations¹⁹.

16 "This mission was carefully planned and rigorously minimized the risk of harm to other civilians. And one week ago, after being advised that the conditions were optimal, I gave the final approval to go get him, and the mission was a success. None of his family members were hurt, and there were no civilian casualties." Remarks by President Biden on a Successful Counterterrorism Operation in Afghanistan - The White House, August 1, 2022.

17 SCHMITT, & BIGGERSTAFF, 2022. For more information, cf. <https://www.reuters.com/world/little-known-modified-hellfire-likely-killed-al-qaedas-zawahiri-2022-08-02/>.

18 AZEREDO LOPES, 2020, p. 147/149.

19 CASEY-MASLEN, 2015, p. 599.

Targeted killing can be defined²⁰ as “the officially authorized and premeditated killing by military or intelligence official of named and identified individuals without the benefit of any judicial process,”²¹ which means that this typology implies a type of actor State, a type of target, and a type of region where these actions are carried out²².

Although the former American presidents aligned their positions regarding the existence of a transnational conflict against al-Qaeda and associated forces²³ since the attacks on New York and Washington, which justifies the application of IHL rules²⁴, the incidents presented lead us to a path of inapplicability of this international regime, given their circumstances. Naturally, this does not contend with the potential applicability of IHL in actual situations of armed conflict.

The US was not in an armed conflict with Iran, nor with Afghanistan following the withdrawal of the US troops²⁵ and, outside the framework of hostilities, we enter the context of *ius ad bellum* and international human rights law (IHRL). According to these, targeted killings under a drone strike are only lawful if the threat posed by the target is imminent and, and if they are the sole viable means²⁶, fulfilling the principle necessity.

20 It should be noted that there is no unambiguous definition of targeted killings under international law. For instance, the UN Special Rapporteur on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston (2010), defines targeted killing as “the intentional, premeditated and deliberate use of lethal force, by States or their agents acting under colour of law, or by an organized armed group in armed conflict, against a specific individual who is not in the physical custody of the perpetrator”.

21 MEISELS, & WALDRON, 2020, p. 1.

22 AZEREDO LOPES, 2020, p. 153.

23 Former President Bush started a campaign against terrorism, advocating the right of preventive self-defense via lethal force against individual targets, namely members of al-Qaeda, because the US was engaged in a transnational conflict against this organization. In the same vein, the Obama administration considered drone strikes to be legitimate because the US was engaged in an armed conflict against terrorism. Moreover, it reinforced the right to eliminate specific targets in self-defense—under conditions of imminence and necessity, and outside the framework of hostilities—if a State proved unwilling or unable to repel the threat originating in its territory (Sterio, 2012, p. 202).

24 DICKINSON, 2022.

25 “Last night in Kabul, the United States ended a 20 years of war in Afghanistan”, Remarks by President Biden on the End of the War in Afghanistan - The White House, August 31, 2021.

26 According to the Article 6(1) of International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), “Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.”

The imperative norm of the prohibition of the use of force in international relations admits some exceptions under the UN Charter, namely that the use of force is possible when the requirements of self-defense are met, or when authorized by the SC in order to reestablish international peace and security. There is also no violation of the prohibition of the use of force if a State intervenes in the territory of another State with the former's express and valid consent²⁷. Now, the right of self-defense and the issue of consent have been subject to expansionist interpretations since the shift from a bilateral paradigm—State versus State—to a multilateral one—State versus non-State actors harbored in a third State—with the war on terrorism influencing the application of the existing regimes.

The examples briefly examined here present two major differences: the elimination of Soleimani marked a substantial change in US defense policy with the migration of the targeted killings technique—invoked as a means of self-defense against non-State actors—to the realm of State actors. In fact, Soleimani was part of Iran's top governing apparatus²⁸, regardless of whether he was unilaterally classified as a terrorist by the US.

In contrast, al-Zawahiri had been hunted since the terrorist attacks. His assassination was part of the American campaign against al-Qaeda, and therefore part of the war on terrorism, even though President Biden never used the term 'self-defense' when referring to this case. Despite the differences, these assassinations are similar on one point—in the absence of an armed conflict, it is very difficult to exclude the illegality of these uses of force by way of consent, since neither Iraq²⁹, nor Afghanistan³⁰ gave any consent, with their governments (the Taliban regime is a *de facto* government³¹) condemning their attacks.

27 This interpretation has been acknowledged in the International Law Association Use of Force Committee's Final Report on Aggression and the Use Force: "If consent to the deployment of military personnel is validly given, there is no use of force against the host State, and – in reference to Article 2(4) – the action is not against the "territorial integrity or political independence" of the consenting State, nor does it go against the purposes of the UN." (ILA, 2018, p. 18).

28 AZEREDO LOPES, 2020, p. 137.

29 "The incident amounts to an aggression against the State, Government and people of Iraq; [...] and a grave threat to the societal security of the country." Identical letters dated 6 January 2020, from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council.

30 Taliban official Abdul Salam Hanafi stated that "All that we know is that an aerial attack has taken place here and our Islamic Emirate strongly condemns it" (Gul, 2022).

31 MARTIN, 2022, p. 5.

Regarding the killing of Soleimani, they tried to justify it under the right of self-defense, without much success. There was no armed attack from Iran and, even if the smaller scale attacks alleged by the US are added up³², it is not lawful to invoke the right of self-defense when there is no longer an attack to repel. To this extent, the inherent requirements of armed attack followed by self-defense fail—there is, in fact, no necessity.

Nonetheless, the US has been building and defending a concept of ‘naked self-defense’ that “can be defined as resorting to force in self-defense, but in ways in which the means and levels of force used are not part of an armed conflict, as a matter of the technical law of war³³”. The aim is to validate targeted killings by using an armed drone, considering that the use-of-force regime is not undermined because the requirements of necessity and proportionality are met.

But this occurs at the expense of the requirement of armed attack, which is a *conditio sine qua non* of the inherent right of self-defense. In essence, this results in an argument that, outside the framework of hostilities, the regime of *jus ad bellum* has sufficient authority to regulate and justify operations against terrorists. In other words, the evaluation, not only of the legality of the use of force, but also of its operational execution integrates the scope of this regime.

Note that the *jus ad bellum* was not intended to be mobilized from a tactical-operational point of view, which means that this theory of self-defense provides a substitution of the necessity and proportionality requirements inherent to the institute of self-defense, by variants of these principles of IHL³⁴.

As we can see, we are witnessing an approximation between the concepts of targeted killings and the right of self-defense—as if it were a new type of self-defense—in a mitigation of the principle of sovereignty and an

32 “United States has undertaken certain actions in the exercise of its inherent right of self-defense. These actions were in response to an escalating series of armed attacks in recent months by the Islamic Republic of Iran and Iran-supported militias on United States forces... Over the past several months, the United States has been the target of a series of escalating threats and armed attacks by the Islamic Republic of Iran. These have included a threat to the amphibious ship USS Boxer on 18 July 2019... as well as an armed attack on 19 June 2019 by an Iranian surface-to-air missile on an unmanned United States Navy MQ-4 surveillance aircraft on a routine surveillance mission...” Letter dated 8 January 2020 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council.

33 ANDERSON, 2011, p. 8

34 CORN, 2011, p. 66.

intertwining of international legal frameworks, due to the increasing difficulty in distinguishing a peace plan from a war plan. Could a new variant of the right of self-defense be emerging?

We believe that this was an illegal invocation of the right of self-defense. There was aggression against Iran, fulfilled in the assassination of a senior Iranian official, and against Iraq³⁵, which had its sovereignty violated, a fact not given due importance by the US. Silence, therefore, subliminally normalized this mitigation of the principle of sovereignty, in favor of an action of ‘self-defense’ not against a State per se, but against targets on the territory of a State that did not consent to such intervention.

If, on the one hand, the Trump administration did not explain the attack on General Soleimani in Iraq, the same happened with the assassination of al-Zawahiri in Afghanistan, where the unwilling/unable (U/U) theory was never mentioned. Now, a missile strike from a drone that kills people within the territory of a state constitutes a use of force against that state. Therefore, a legal justification is required³⁶. In the absence of a justification in the form of self-defense, as well as consent by Afghanistan, the legality of this attack could be justified in the light of the U/U theory³⁷, widely supported by the US.

By rectifying the absence of both substantial involvement and consent, the U/U theory emerges as a valid way to overcome the ‘sovereignty barrier’ to extraterritorial defensive force. Indeed, a State cannot have its sovereignty protected and, therefore, cannot invoke the prohibition on the use of force when is violating international obligations by violating the rights of other states³⁸. So, States from which the non-State actors operate must

35 As put forth in Article 3(b) of the Definition of Aggression General Assembly Resolution 3314 (XXIX) of December 14, 1974, “Any of the following acts ... qualify as an act of aggression: ... (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State”.

36 MARTIN, 2022, p. 5.

37 Under the “Unwilling and Unable” doctrine, a victim state of attacks by a non-state actor can use force in self-defense against non-state actors located in a different State (the territorial State) without that state’s consent, so long as the territorial state is unwilling or unable to effectively address the threat posed by the non-state actors. For more information on the topic, cf. PETERS, & MARXSEN (eds.), *Self-Defense Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War* [Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), 2017]; DEEKS, ‘Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-defense’ (2012), *Virginia Journal of International Law*.

38 AZEREDO LOPES, 2020, p. 122.

accept external intervention. This happens because it is deemed unwilling or unable to cooperate in eliminating the terrorist threat emanating from its territory—but deemed by whom? By the unilateral decision of the State that claims to have suffered a terrorist attack? These two questions highlight the reason why the underlined theory does not meet the consensus of the doctrine, and thus it would be very premature to claim that it has been consolidated as customary international law and that it could be seen as a valid justification.

Consequently, a clear tension arises between the principle of prohibition of the use of force (invoked by State A) and the principle of sovereignty and territorial integrity (inherent to State C, even if terrorist groups (B) operate from its territory). So, can a sovereign state impose its will on another sovereign state in the name of *jus ad bellum* and, in this sense, is the use of force through targeted killings admitted in self-defense against non-state actors on the territory of a state that has not given any prior consent? In the case at hand, it was not even questioned whether the Taliban government was unwilling or unable to face the threat posed by the leader of al-Qaeda.

The withdrawal of the American troops from Afghanistan is also coupled with the absence of a self-defense justification. This may be related to the temporal issue of this right and the fact that there was no armed attack or the imminence of one, and preemptive self-defense is not accepted in the international framework. Equally not irrelevant is the silence regarding the U/U theory, due to the international community's reluctance to accept it. Therefore, a justification for this death remains to be seen, and the reasoning that al-Zawahiri was a terrorist is not enough³⁹. So, we await an explanation, and meanwhile a gap has opened at this end of the war with Afghanistan, since it was clear from Biden's speech⁴⁰ that:

the United States will rely on “over-the-horizon” capabilities to continue the war against terrorist groups in Afghanistan. Indeed, it seems the Biden administration decidedly has not declared the end of the forever war legal paradigm.⁴¹

39 MARTIN, 2022, p. 1/7.

40 “I made a promise to the American people that we’d continue to conduct effective counterterrorism operations in Afghanistan and beyond. We’ve done just that.” Remarks by President Biden on a Successful Counterterrorism Operation in Afghanistan - The White House, August 1, 2022.

41 DICKINSON, 2022.

Additionally, if the US continues to claim that it is engaged in an international nonarmed conflict against terrorist groups, then it will always try to justify the use of drones to hit specific targets under IHL. Since we do not believe in the existence of an armed conflict in relation to the examples in scope, the targeted killing of al-Zawahiri was yet another precedent that may sharpen arguments in favor of using drones to carry out targeted killings under the broader applications of the right of selfdefense, such as the U/U theory. Moreover, these arguments may call into question the core exception to the use of force of the right of self-defense, extending it when the goal has always been to restrict it to cases involving armed attacks.

3. The age of data-driven technologies: the assassination of Mohsen Fakhrizadeh

As mentioned above, the use of drones for political-military objectives is nothing new, but their technological components are ever more advanced. UAVs can be used with great precision to eliminate individual targets, doing so with no physical risk, and avoiding collateral damage. However, their capacity to deploy lethal force is dependent on a human decision. But what about weapons with integrated AI systems? Nowadays, AI is foreshadowing a revolution in human reality.

Advances in AI technology are allowing for the future emergence of robots with computer programs enabled with decision-making capabilities, meaning they will be able to attack without additional human intervention⁴². Now, due to increasingly advanced programming capabilities, weapons with machine learning systems are being developed, which through cross-referencing data and learning from it can acquire enough knowledge to troubleshoot issues. This eliminates the need for human participation, saving resources and time.

Indeed, these systems are acquiring the ability of analyzing and interacting with their environment, identifying, and selecting targets without human intervention. Thus, we move from a paradigm of assisting in attack decisions to one where the machine makes the decision⁴³.

This means that the negligible time lapse underlying the learning method of machine learning systems—coupled with the increasing appeal of tech-

42 O'CONNELL, 2015, p. 526.

43 SEIXAS-NUNES, 2018, p. 484/486.

nological warfare to the detriment of conventional warfare, which demands a high human cost—will accelerate the dehumanization of armed conflict and the consequent distancing from the human conscience. An example of this dehumanization is the targeted killing of Fakhrizadeh, whose security corps were unable to react to an invisible enemy.

The assassination of Mohsen Fakhrizadeh by Israeli agents on November 27, 2020, appears to be “straight from the pages of a sci-fi novel”⁴⁴. Comparisons with the famous Terminator movie, along with other well-known science fiction works⁴⁵, were countless.

Responsible for the progressive development of Iran’s nuclear program and unquestionable member of the Islamic Revolutionary Guard Corps—given that he occupied a prominent position in the Ministry of Defense⁴⁶—the renowned Iranian scientist was ambushed and killed.

This was a near perfect replica of Qassem Soleimani’s assassination, if not for the *modus operandi* employed—the drone that killed Soleimani was a method overlooked months later for Fakhrizadeh’s assassination. Instead, Fakhrizadeh was killed by an AI-assisted and remotely controlled machine gun propped up on a vehicle hidden on the roadside without any personnel at the scene. The gun shot Fakhrizadeh during a car drive with his family.

This machine gun was controlled remotely via satellite by Israel’s secret services. The first mandatory verification step was met in order to make it a successful attack—the absence of operatives at the site during the act⁴⁷ fulfilled the prerequisites for remote warfare (i.e., combat away from threats, without direct military confrontation). On the one hand, this bypasses financial, political, and human endeavors generally associated with war. On the other hand, it drives the increase of surreptitious and covert acts⁴⁸. This military distancing naturally required the aforementioned AI component, which was employed to compensate for the connection’s latency—it is estimated that there was a 1.6 second delay between the images broadcasting and their reception by the Israeli operative. This and the car’s speed had to be considered for the weapon to be deployed successfully. In total, 15

44 MILANOVIC, 2021.

45 SHEA, 2021, p. 117.

46 Here we can also see an arbitrary deprivation of right to life under IHRL through the methodology of targeted killings.

47 BERGMAN, 2021.

48 TRENTA, 2021, p. 469.

precise shots were fired, and no collateral damage noted. His wife's life was spared⁴⁹, something that was only possible due to the facial recognition software also embedded into the weapon's AI coding.

Only a few details were published of this complex operation, based on a completely new style and method due to the chosen weapon's sophistication, which allowed the attack to be carried out in less than a minute.

In fact, it is interesting to note that, on the one hand, and unlike the drones, the weapon used reflects more traditional methods of warfare. It is possible, for example, to make an analogy with snipers: camouflaged, ideal for reconnaissance, and waiting for the right moment to carry out the mission. This human factor was replaced by a machine that, in essence, fulfilled the same purposes.

On the other hand, and in comparison to the previously mentioned drones, this slightly traditional dimension has a deeply technological counterpart. The AI system enabled a complete deterritorialization both from the ground and the air⁵⁰, allowing for completely hidden actions and plausible deniability. Now, in the age of remote-controlled warfare, time, and distance place few restrictions on killing, creating a scenario that facilitates the use of lethal force, due to the inherent dehumanization of the conflict, and that hardly meets the exceptions to the prohibition of the use of force.

a. Stop killer robots

Although this AI-enabled weapon was not a fully autonomous weapon⁵¹, this example made us briefly reflect on lethal autonomous weapon systems (LAWS) and the future of warfare.

As is well-known, there is still no internationally recognized, unambiguous definition of LAWS. But, in the most simplistic terms, LAWS can be understood as weapons that, through the use of state-of-the-art technology, can identify and select targets independently of human supervision or intervention (i.e., without the need for meaningful human control)⁵².

49 BERGMAN, 2021.

50 Quoting the New York Times (2021), "The souped-up, remote-controlled machine gun now joins the combat drone in the arsenal of high-tech weapons for remote targeted killing. But unlike a drone, the robotic machine gun draws no attention in the sky, where a drone could be shot down, and can be situated anywhere, qualities likely to reshape the worlds of security and espionage."

51 MILANOVIC, 2021.

52 For more information, cf. ALLEN, 2022.

Even though there is no consensus on the definition of LAWS, it should be noted that the Group of Governmental Experts of the UN Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) reiterate the need to consider the aspect of meaningful human control (MHC), which is understandable since, as it was previously mentioned, killer robots are a key source for creating asymmetries within armed conflict.

That is why the Human Rights Watch (HRW) launched the Stop Killer Robots Campaign, which calls for the total abolition of these weapons within international relations⁵³. This is thus a proposed pre-emptive ban on LAWS, which is not supported by the most powerful states (i.e., USA, Israel, Russia, China). Still, it has played a crucial role in scrutinizing the obstacles that such weapons could cause in our daily lives, obviously impacting the debates held at the CCW, especially with regard to keeping MHC intact as a mandatory requirement⁵⁴.

In this sense, it is constantly reiterated that conforming to this paradigm shift automatically means conforming to the dehumanization of conflict. Weapons that can—through data processing and the pattern-crossing—draw profiles, tagging human beings according to certain stereotypes, labels, and reducing them to objects, are stripping them of their innate condition of being a person.

Naturally, this type of technology is exposed to algorithmic bias, which can make the machine create a profile that triggers and justifies the use of force⁵⁵. And so, we reach the maximum exponent of digital dehumanization, combined with a normalization of the use of force—which has always been a measure of ultima ratio, characterized by a very broad prohibition against

53 Stop Killer Robots Campaign.

54 Quoting Peter Asaro (2012), “an international ban on autonomous weapon systems can be firmly established on the principle that the authority to decide to initiate the use of lethal force cannot be legitimately delegated to an automated process, but must remain the responsibility of a human with the duty to make a considered and informed decision before taking human lives”.

55 Very recently, such a catastrophe (i.e., blindly reducing human beings to data) occurred in Kabul. On August 29th, 2021, an American drone struck terrorists who were plotting a second deadly attack that was to be carried out at Kabul International Airport. However, the victims of this attack were not, in fact, terrorists. Due to faulty information gathering that lasted eight hours, each new piece of information that was entered into the system underwent biased processing, culminating in an erroneous factual judgment. Due to the algorithmic bias affected by pre-existing prejudices, an aid worker carrying cans of water was labeled as a terrorist carrying bombs instead of water. This resulted in the deaths of ten civilians, seven children among them (Milanovic, 2021).

much narrower exceptions. Ensuring MHC is crucial in understanding how to use technology correctly and appropriately, and that the consequences of its use have implications regarding liabilities reflected in the legal context of operators⁵⁶.

To this effect, the international community has been engaged in developing and outlining a universally accepted definition of MHC. However, this has yet to be achieved⁵⁷. What is the threshold that concretely assigns complete autonomy to an AI-powered weapon against the human operator? The exponential capacity and consequent reliance on technology has substantially changed the role of the human operator, who is unlikely to have significant control over all phases of the decision-making process in a military context.

While most States do regard the use of force as unacceptable and highly reprehensible under the terms herein, there is no consensus as to at what point in the relationship between humans and machines MHC ceases to be classified as such. Yet, several factors have been proposed as guidelines for MHC over technology. These are predictability, reliability, and transparency, as well as the guarantee that users always have accurate information and the possibility for timely intervention, so that, consequently, it is possible to establish the bond of responsibility⁵⁸.

In our point of view, regardless of the type of technology used, the self-determination capability of the operator must always be guaranteed, in that all decisions taken should derive from human consciousness, rather than from complex combinations of data that reduce the human operator to a puppet that only presses buttons because the machine says 'yes'.

It is an undeniable truth that, when it is possible to exercise MHC over weapons powered by AI systems, human operators tend to blindly trust the results achieved by technology. Nevertheless, the consciousness to deactivate a system that can achieve an unpredictable outcome should exist.⁵⁹ AI systems tend to lack the qualities that make us irreplaceable in comparison to increasingly evolved robots—the emotions that ethical and moral judgments evoke in us.

56 Stop Killer Robots Campaign.

57 HUA, 2019, p. 131.

58 BODE & HUELSS, 2021, p. 223.

59 SEIXAS-NUNES, 2018, p. 486.

Nonetheless, this requirement must always exist, proving that ultimately, even if the system allows the selection of a target without human intervention, there is a conscious, human decision at the entering data level. Therefore, the ‘self-determination decision’ cannot be neglected in attempts to regulate LAWS.

In sum, driven by new algorithms and computing power, these modern AI systems will invariably impact defense institutions and leaders at their core. It is imperative that these institutions and leaders adapt and conform, given the fierce competition for digital supremacy that has already been influencing international relations and global politics. Since the greater dependency a technological system has on the use of AI, the greater its autonomy will be⁶⁰, this emerging form of AI has even been compared to the origin of the nuclear bomb⁶¹.

Considering that several armed forces have adopted strategies and tactics designed by machines based on pattern recognition that transcend human capabilities, not only will their internal structure be affected, but also the power balance may shift. Besides, this will entail, in our view, a nearly mandatory restructuring of the concept of armed forces, in that we will be facing the replacement of human soldiers by autonomous agents⁶².

Indeed, if these machines are granted capabilities and the authorization for autonomous targeting, not only will the traditional concepts of defense and deterrence be shaken⁶³, but the warfare paradigm will change dramatically. It should be noted, moreover, that the deep integration of robotics in various types of technology is an increasing concern in the daily lives of specialists, even if it is a conjuncture currently more present in the civilian sector than in the military domain. This is due to the possibility of self-improvement (i.e., when the program has the capability to improve itself), since it may reach a critical threshold of super-intelligence⁶⁴—and,

60 SHEA, 2021, p. 119.

61 HUA, 2019, p. 118.

62 FOY, 2013, p. 7.

63 KISSINGER, *et. al*, 2020, p. 27.

64 See the case of Bob and Alice, for example, the AI-driven robots that Facebook engineers had to destroy because they had developed an entirely new language—one that was far from English, unintelligible to programmers and even more so to the average person. Although they did not directly contribute to this, the programmers believe that this resulted from the improvisation that the bots were supposed to perform. However, the direction taken turned out to be unexpected. A new language that facilitated communication between Bob and Alice revealed the risks that artificial intelligence could have for the future of humanity (CAETANO, 2017).

therefore, of unpredictability—meaning that AI is no longer at the service of society, but rather an existential risk for humanity⁶⁵.

4. The invasion of cyberspace by artificial intelligence

Regarding the future of warfare, AI has not only gained prominence in the field of LAWS, but also in the cyber domain, where cyberattacks usually occur in milliseconds, making it difficult for human operators to anticipate them. Representing a powerful mechanism in increasing the effectiveness of cyberattacks—either as a weapon or as a useful cyber-defense mechanism—deep learning⁶⁶ has greatly contributed to the propagation of actions of this magnitude by relearning and readapting itself to the underlying war framework. Nowadays, it is undeniable that cyberspace can be used for nefarious purposes that can undermine international peace and security as well as the international legal order⁶⁷.

As an example, the ongoing armed conflict in Ukraine has been a stage for cyberattacks based on AI systems. Plenty of disinformation has been spread, in the form of fake videos and audios, through bots on social media. The aim is to contradict reality and try to create a new one through this type of videos and profiles of people who do not exist. Moreover, there are phishing campaigns aimed at installing software for the purpose of stealing passwords and/or data from military personnel and diplomats⁶⁸. And these are some of the practical results of AI systems in action.

Ergo, the use of AI in this armed conflict has so far focused on disinformation propaganda. It is through this path that one can understand the pivotal role played by AI systems in building cyberoperations, accomplished through cyberattacks that will allow the interpretation, management, and response to huge amounts of data and information. As for the mobilization of such systems within this conflict in order to interfere with the belligerents' use of LAWS, we have to refrain from comment, seeing as it is still emphasized that there is no such thing as a fully autonomous weapon yet.

65 GARCIA, 2019, p. 2

66 Subfield of machine learning that “involves the use of artificial neural networks that are inspired by the way in which neurons in the human brain are thought to interact with each other” (Seixas-Nunes, 2021, p. 434).

67 BUCHAN & TSAGOURIAS, 2021, p. 115.

68 SAMBUCCI, 2022.

Indeed, a war in today's context is and will be increasingly cybernetic. For instance, Distributed Denial-of-Service (DDoS) and Telephony Denial of Service (TDoS) are, respectively, cyberattacks intended to underload a server until it becomes unavailable to internet users (the most common), and that use the same line of attack to disrupt telephone communications in a particular area⁶⁹. These types of attacks are relevant in warfare, in that they optimize the cyberoperations of hackers after confidential information. It was no coincidence that the Ukrainian government, at the outbreak of the conflict with the Russian Federation, started recruiting national and foreign hackers⁷⁰.

a. The principle of distinction in warfare

If the creation of a normative legal framework or the adaptation of those already provided for LAWS has proven to be a constant challenge, the regulation of AI systems in the cyber domain is at an even earlier stage, and the required consensus for the development of a legal framework exclusively aimed at cyberwarfare has not been found at present date⁷¹. This does not mean, however, that this type of technology does not entail disadvantages and dangers, particularly in the IHL field, where the principle of distinction is affected by the vulnerability of erroneous recommendations or sub-optimal actions inherent to AI systems.

IHL, whose main principle is the humanization of conflict, intends to protect civilians and their property in order to minimize the former's suffering during armed conflicts. To this end, the *jus in bello* is based on some basic principles, including the principle of distinction. When applied to the context of cyberwar, this principle is faced with some difficulties, and is even more challenged due to the use of AI.

Now, this principle defines what are considered military objectives during an armed conflict; that is, which targets can be engaged, and which cannot

69 PRZETACZNIK, & TARPOVA, 2022, p. 3.

70 SUDERMAN & BAJAK, 2022.

71 Nonetheless, and as mentioned by Russell Buchan and Nicholas Tsagourias, "the UN General Assembly established a Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (GGE) with a view to considering whether international law in general and which international norms in particular apply to cyberspace and how they apply." (Buchan; Tsagourias, 2021, p. 115).

(civilian objectives). This distinction is crucial, since civilian objectives are entitled to immunity from direct attacks. On the other hand, they cannot ‘take up arms’ during a conflict, otherwise they may be prosecuted for international crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC). This is supported by the basic rule in Article 48 of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions (AP I)⁷², and also by Article 52 of the same Protocol⁷³, which entitles the civilians’ objects to protection (even if it is rebuttable); i.e., in gray areas where these goods are being handled for military use, there is an assumption that they remain civilian objects.

Although relatively straightforward to understand, the application of the principle of distinction to cyberwarfare is ambiguous. At the *jus ad bellum* level, the non-lethal nature of cyber weapons can make it difficult to assess the (i)legality of this use of force, since “there is an effects-based approach to the meaning of force in that the use of any instrument which produces death, injury or material damage and destruction can be classed as ‘force’ for the purposes of article 2(4)”⁷⁴. Regarding *jus in bello*, and specifically the principle of distinction, differentiating civilian from military sites and equipment proves extremely complex in cyberspace⁷⁵.

The crux of the problem lies in the link between the military objective and the object that the attacker actually seeks to attack. This is where the nature of cyberspace—the multiple links between communication paths and the dependence on civilian systems, hardware, and software—takes on complexity. And it becomes even more complicated when making an analysis of the nature of the data: regardless of their nature, location, purpose, or use, can the data *per se* be classified as a military or civilian object?

If, during armed conflict, an attack is carried out against a computer network system of military forces, then the answer is quite clear. Conversely,

72 “In order to ensure respect for and protection of the civilian population and civilian objects, the Parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives.”

73 “2. Attacks shall be limited strictly to military objectives. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose, or use make an effective contribution to military action ... 3. In case of doubt whether an object which is normally dedicated to civilian purposes ... is being used to make an effective contribution to military action, it shall be presumed not to be so used.”

74 BUCHAN & TSAGOURIAS, 2021, p. 118.

75 PASCUCCI, 2017, p. 431.

the application of this principle is called into question when an attack is directed at highly interconnected military and civilian networks. The advantages offered by cyberweapons, particularly their potential non-lethal nature, exacerbate the difficulty in applying the principle of distinction in modern warfare⁷⁶.

Moving from this more general picture to the specific conjuncture of using AI systems in cyberspace, it is evident that the obstacles deepen. Now, imagine that a State decides to delegate its national defense strategies to an AI system capable of controlling LAWS and all the means and/or machines that AI could reach through cyberspace.

At the outset, this might seem a feasible, effective, and fast solution to launch and predict cyberattacks and even traditional attacks. However, the self-learning capability and adaptability of AI systems to new software and hardware (i.e., this intrinsic ability to change and improve) invariably entails a degree of uncertainty. Why? Because the machine learning system may learn the wrong concept of attack allowed under IHL⁷⁷.

The absence of MHC, reflected in the lack of human discernment and the impossibility of repentance can culminate in:

- 1 – A wrong distinction between what is and what is not a legitimate military objective in cyberspace for IHL, since the principle of distinction provides, in itself, a minimum degree of human control and supervision, taking into account human judgment adapted to the particular case, something which an AI system would not be able to assess (e.g., if there were a paradigm shift and a civilian object that, until now, had a dual use ceased to apply. In essence, such technology could mistakenly learn that a civilian objective type is military, causing the destruction of such targets);
- 2 – A path of no return, in the sense that once an AI system is installed with the capacity to learn and act alone in an intelligent and autonomous way (i.e., without the need for human intervention), it will be practically impossible to stop certain attacks that may even be aimed at military objectives but prove to be disproportionate, or completely illegal. However, the possibility of repentance, inherent in an ethical-moral conscience, transcends such a program⁷⁸.

76 MAVROPOULOU, 2015, p. 45-51.

77 International Committee of the Red Cross, 2020, p. 467.

78 KIRK, 2019, p. 230-232.

Today, softbots⁷⁹ stand out as archetypes of AI systems deployed in the cyber environment, which operate solely and exclusively in cyberspace, possessing autonomous learning capabilities, without, however, producing violent effects. If there is no violent damage, can only military targets be affected? This is one of the many legal gaps in this cyber context, which may encourage states to purposely order attacks against civilian targets⁸⁰—secure in the knowledge that they are doing so, but protected by the uncertainty around this legal issue that allows them not to be accused of violating IHL.

In short, after raising some relevant issues, the revolution AI has caused and will still cause becomes clear, presenting itself similarly to a black hole, in that cyberspace learning systems may never find their off button, and there are no limits to contain their scope.

5. Conclusion

Nowadays, we are undoubtedly witnessing a growing connection between science and warfare, something that naturally fosters instability and deepens legal insecurity due to a regulatory framework that was designed to deal with inter-state clashes involving battles between regular armed forces, the so-called “old wars”⁸¹.

It can be said that we have entered the ‘second drone era’, increasingly technological and capable of quickly decimating targets (like al-Zawahiri’s execution). Drones have played a key role in carrying out targeted killings. These have been justified under expansionist interpretations of the concept of self-defense that do not meet international consensus. On the other hand, the technology itself raises regulatory issues in the context of existing legal frameworks, especially with the focus on AI-powered weapons.

Fully autonomous weapons and unprecedented advances in AI—in its increased application as an indispensable component of those weapons in new contexts of war, as well as its growing role in remote warfare strategies and in deeply changing the traditional methodology of targeted killings—are not a pipe dream, but an almost tangible reality.

79 A softbot is a software agent that can analyze information in the online environment to make decisions based on a goal. The softbot is a rational agent with no hardware parts because it operates exclusively online (Kirk, 2019, p. 220).

80 KIRK, 2019, p. 230-232.

81 CHINKIN & KALDOR, 2017, p. 3.

Additionally, this technological development has had an impact on cyberspace. AI-powered weaponry mobilized in cyberspace erodes the foundations of IHL that aim to humanize conflict by protecting human values and imposing limits on warfare. This is especially true when we are faced with the possibility of carrying out attacks that, by not having devastating and destructive effects, may fall into the realm of impunity. Thus, recognizing that this is only possible due to a legal framework that has been failing to completely adapt to this type of technology is the first step to correct its many gaps.

References

- ALLEN, Gregory. DOD Is Updating Its Decade-Old Autonomous Weapons Policy, but Confusion Remains Widespread. *Center for Strategic & International Studies*, 2022. Obtained in: <https://www.csis.org/analysis/dod-updating-its-decade-old-autonomous-weapons-policy-confusion-remains-widespread>.
- ANDERSON, Kenneth. Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There Is a 'Legal Geography of War'. *Future Challenges in National Security and Law*, 2011. Obtained in: <http://www.futurechallengesessays.com>.
- ASARO, Peter. On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making. *International Review of the Red Cross*, 2012. Obtained in: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-886-asaro.pdf>.
- AZEREDO LOPES, José. Uso da Força e Direito Internacional. In: AZEREDO LOPES, José (Org.), *Regimes Jurídicos Internacionais*, Vol. I. Porto: Universidade Católica Editora, 2020, 1st ed., pp. 7-212.
- BERGMAN, Ronen. The Lawfare Podcast: Ronen Bergman on the A.I.-Assisted, Remote-Control Killing Machine. Lawfare Blog, 2021. Obtained in: <https://www.lawfareblog.com/lawfare-podcast-ronen-bergman-ai-assisted-remote-control-killing-machine>.
- BODE, Ingvil & HUELSS, Hendrik. *The Future of Remote Warfare? Artificial Intelligence Weapons Systems and Human Control*. In: MCKAY, Alasdair, WATSON, Abigail., KARLSHØJ-PEDERSEN, Megan. (Org.).

- Remote Warfare: Interdisciplinary Perspectives*. Bristol: E-International Relations, 2021, pp. 218-233.
- BUCHAN, Russell & TSAGOURIAS, Nicholas. *Regulating the Use of Force in International Law: Stability and Change*, 1st ed. Principles of International Law (coleção). Edward Elgar Publishing, 2021.
- CAETANO, Edgar. Facebook desliga dois robôs de Inteligência Artificial que “inventaram a própria língua”. *Observador*, 2017. Obtained in: <https://observador.pt/2017/08/01/facebook-desliga-dois-robos-de-inteligencia-artificial-que-inventaram-a-propria-lingua/>.
- CASEY-MASLEN, Stuart. Pandora’s Box? Drone strikes under jus ad bellum, jus in bello, and international human rights law. *International Review of the Red Cross*. Vo. 94, Issue 886, 2012. 10.1017/S1816383113000118.
- CHINKIN, Christine & KALDOR, Mary. *International Law and New Wars*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- CORN, Geoffrey. Self-defense Targeting: Blurring the Line between the Jus ad Bellum and the Jus in Bello. 2011. Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1947838>.
- DICKINSON, Laura. Still at War: The Forever War Legal Paradigm in Afghanistan. *Just Security*, 2022. Obtained in: <https://www.justsecurity.org/81110/still-at-war-the-forever-war-legal-paradigm-in-afghanistan/>.
- FOY, James. Autonomous Weapons Systems: Taking the Human Out of International Humanitarian Law. *Dalhousie Journal of Legal Studies*. Vo. 23, Issue 3, 2014.
- GARCIA, Eugenio. Artificial Intelligence, Peace and Security: Challenges for International Humanitarian Law. *Cadernos de Política Exterior* n°8, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais (IPRI), Brasília, 2019. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3595340>.
- GUL, Ayaz. Mum on Al-Zawahiri’s Killing, Taliban Claim Renewed Resolve to Fight Terror. *Voa News*, 2022. Obtained in: <https://www.voanews.com/a/taliban-reluctant-to-confirm-zawahiri-s-killing-renew-resolve-to-fight-terror-/6685733.html>.
- HAMBLING, David. U.S. To Equip MQ-9 Reaper Drones with Artificial Intelligence. *Forbes*, 2020. Obtained in: <https://www.forbes.com/sites/davidhambling/2020/12/11/new-project-will-give-us-mq-9-reaper-drones-artificial-intelligence/?sh=4e00813d7a8e>.

- HUA, Shin-Shin. Machine Learning Weapons and International Humanitarian Law: Rethinking Meaningful Human Control. *Georgetown Journal of International Law*. Vo. 51, Issue 1, 2019.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Artificial intelligence and machine learning in armed conflict: A human-centred approach. *International Review of the Red Cross*. Vo. 102, Issue 913, 2020. 10.1017/S1816383120000454.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Final Report on Aggression and the Use of Force. International Law Association, Sydney Conference, 2018.
- KIRK, Aaron. Artificial Intelligence and the Fifth Domain. *Air Force Law Review*. Vo 80, 2019.
- KISSINGER, Henry, SCHMIDT, Eric & HUTTENLOCHER, Daniel. *A Era da Inteligência Artificial: e o nosso futuro humano*. 3rd ed. Publicações Dom Quixote, 2021.
- MARTIN, Craig. What was the International Legal Basis for the Strike on al-Zawahiri? *Just Security*, 2022. Obtained in: <https://www.justsecurity.org/82605/what-was-the-international-legal-basis-for-the-strike-on-al-zawahiri/>.
- MAVROPOULOU, Elizabeth. Targeting in the Cyber Domain Legal Challenges Arising from the Application of the Principle of Distinction to Cyber Attacks. *Journal of Law & Cyber Warfare*. Vo. 4, Issue 2, 2015.
- MEISELS, Tamar & WALDRON, Jeremy. *Debating Targeted Killing: Counter-terrorism or Extrajudicial Execution?* 1st ed. Debating Ethics (collection). Oxford: Oxford University Press, 2020.
- MILANOVIC, Marko. The Law and Tech of Two Targeted Killings. *EJIL:Talk!, Blog of the European Journal of International Law*. 2021. Obtained in: <https://www.ejiltalk.org/the-law-and-tech-of-two-targeted-killings/>.
- O'CONNELL, Mary Ellen. *The Art of Law in the International Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- O'CONNELL, Mary Ellen. 21st Century Arms Control Challenges: Drones, Cyber Weapons, Killer Robots, and WMDs. *Washington University Global Studies Law Review*. Vo. 13, Issue 3, 2015. Obtained in: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1144.
- PASCUCCI, Peter. Distinction and Proportionality in Cyber War: Virtual Problems with a Real Solution. *Minnesota Journal of International Law*. Vo. 26, Issue 2, 2017.

- PRZETACZNIK, Jakub & TARPOVA, Simona. Russia's war on Ukraine: Timeline of cyber-attacks. *European Parliamentary Research Service (EPRS)*, 2022. Obtained in: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733549/EPRS_BRI\(2022\)733549_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733549/EPRS_BRI(2022)733549_EN.pdf).
- RUYS, Tom. "Armed Attack" and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SAMBUCCI, Luca. L'uso dell'intelligenza artificiale nella guerra fra Russia e Ucraina. *Notizie.AI*, 2022. Obtained in: <https://www.notizie.ai/uso-dell-intelligenza-artificiale-nella-guerra-fra-russia-e-ucraina/>.
- SCHIMTT, Michael & BIGGERSTAFF, William. The Al-Zawahiri Strike and The Law of Armed Conflict. *Articles of War, Lieber Institute West Point*, 2022. Obtained in: <https://lieber.westpoint.edu/al-zawahiri-strike-law-of-armed-conflict/>.
- SEIXAS-NUNES, Afonso. Sistemas Autónomos de Guerra: Compatíveis com o Direito Internacional Humanitário? In: DUARTE, Maria Luísa & LANCEIRO, Rui (Org.). *O Direito Internacional e o uso da força no Século XXI*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018, pp. 479-500.
- SHEA, Annemarie. The Legal and Ethical Challenges Posed by Lethal Autonomous Weapons. *Trinity College Law Review*. Vo. 24, 2021.
- STERIO, Milena. The United States' Use of Drones in the War on Terror: The (Il)legality of Targeted Killing under International Law. *Case Western Journal of International Law*. Vo. 45, Issue 5, 2012.
- STONE, Mike & ALI, Idrees. Little-known modified Hellfire missiles likely killed al Qaeda's Zawahiri. *Reuters*, 2022. Obtained in: <https://www.reuters.com/world/little-known-modified-hellfire-likely-killed-al-qaeda-zawahiri-2022-08-02/>.
- Stop Killer Robots Campaign. Obtained on September, 9, 2022, in <https://www.stopkillerrobots.org/stop-killer-robots/facts-about-autonomous-weapons/>.
- SUDERMAN, Alan & BAJAK, Frank. Ukrainian hackers call for volunteers before cyberwar heats up. *Associated Press*, 2022. Obtained in: <https://www.csmonitor.com/World/Europe/2022/0301/Ukrainian-hackers-call-for-volunteers-before-cyberwar-heats-up>
- THE NEW YORK TIMES. The Scientist and the A.I.-Assisted, Remote-Control Killing Machine, 2021. Obtained in: <https://www.nytimes.com>.

com/2021/09/18/world/middleeast/iran-nuclear-fakhrizadeh-assassination-israel.html.

TRENTA, Luca. Remote Killing? Remoteness, Covertness, and the US Government's Involvement in Assassination. *Defence Studies*. Vo. 21, Issue 4, 2021. 10.1080/14702436.2021.1994393.

THE WHITE HOUSE. *Remarks by President Biden on a Successful Counterterrorism Operation in Afghanistan*. August 1, 2022. Obtained in: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/08/01/remarks-by-president-biden-on-a-successful-counterterrorism-operation-in-afghanistan/>.

THE WHITE HOUSE. *Remarks by President Biden on the End of the War in Afghanistan*. August 31, 2021. Obtained in: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/08/31/remarks-by-president-biden-on-the-end-of-the-war-in-afghanistan/>.

Recebido em 05 de outubro de 2022.

Aprovado em 06 de março de 2024.

RESUMO: Este artigo versa sobre a utilização cada vez mais recorrente de tecnologias na prossecução de ações militares. A primeira parte foca-se na metodologia dos assassinatos seletivos, de um ponto de vista dual: num primeiro momento, com a análise das mortes de Qassem Soleimani e Ayman al-Zawahiri, destacam-se os desafios que o uso de drones para eliminar alvos em Estados terceiros colocam no quadro do jus ad bellum; num segundo momento, o foco passa a ser a tecnologia em si mesma, descrevendo-se o assassinato de Mohsen Fakhrizadeh, que foi perpetrado por uma arma imbuída por um sistema de AI que nos leva a refletir sobre o futuro da guerra moderna, e a possibilidade próxima de armas totalmente autónomas. Por fim, a segunda e última parte é direcionada para o uso da tecnologia no ciberespaço, salientando-se os obstáculos que levantam no âmbito do princípio da distinção, inerente ao regime do jus in bello. De um modo geral, a análise em causa irá assentar numa metodologia doutrinal, a qual permite refletir sobre a ordem jurídica internacional. Em concreto, partir-se-á de questões doutrinárias descritivas, as quais procuram descrever e aplicar o atual estado da arte do quadro jurídico-legal internacional a casos específicos. Conclui-se, assim, que o atual quadro jurídico-legal tem de continuar a tentar adaptar-se a um novo paradigma de guerra sem, contudo, se descaracterizar.

Palavras-chave: Assassinatos Seletivos; *Jus ad Bellum*; Inteligência Artificial; Sistemas de Armas Letais Autónomos; Ciberguerra; *Jus in Bello*.

ABSTRACT: This article addresses the increasingly recurrent use of technology in the pursuit of military actions. The first part focuses on the methodology of targeted killings from a dual point of view. Firstly, with the analysis of the deaths of Qassem Soleimani and Ayman al-Zawahiri, where we highlight the challenges posed by drone strikes in third States in the framework of jus ad bellum. Secondly, regarding the technology itself. We describe the assassination of Mohsen Fakhrizadeh, carried out by an AI-powered weapon, leading us to reflect on the future of warfare and fully autonomous weapons systems. Finally, the second and last part examines the use of technology in cyberspace, emphasizing the obstacles it presents under the principle of distinction, inherent in the jus in bello regime. Overall, this analysis will depend on doctrinal methods, which allow ways of thinking about the international legal system. This specifically approach will be based on descriptive research questions that seek to describe the state of the art of the current legal framework in relation to specific situations. Hence, we conclude that the current legal framework needs to find a way to adapt when faced with a new warfare paradigm, without losing its essence.

Keywords: Targeted Killings; *Jus ad Bellum*; Artificial Intelligence; Lethal Autonomous Weapons Systems; Cyberwarfare; *Jus in bello*.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: PRETO, Rita; SERRÃO, Beatriz Alves. Challenging use of force, armed conflicts and the cyberspace: drones and artificial intelligence systems. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2024. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1855>.

Advancing the access of refugees and asylum seekers in Latin America to the labour market: building from the inter-american case-law

Promovendo o acesso de refugiados e solicitantes de refúgio da América Latina ao mercado de trabalho: construindo a partir da jurisprudência interamericana

Mariana Ferolla Vallandro do Valle*
Graduate Institute of International and Development Studies,
Genebra, Suíça

1. Introduction

Being able to work and guarantee the subsistence of oneself and one's family is a constant concern for refugees and asylum seekers¹ around the world. Despite the common reputation of Latin America² as a region where countries have a more accepting attitude towards non-nationals, refugees and asylum seekers still find significant challenges in securing work in the region.³ A

* Doutoranda em Direito Internacional pelo Graduate Institute of International and Development Studies.

1 Although there is no binding legal definition of the term “asylum seekers”, especially given the declaratory nature of refugee status, asylum seekers are understood throughout academic literature as individuals who seek refugee status but have not yet obtained formal recognition as such by the host State. In turn, the term “refugees” is usually reserved for those who have obtained such formal recognition. It is in this sense that these terms shall be used in this article.

2 For the purposes of this work and notwithstanding the discussions about how to define the Latin American region, Latin America is understood as comprising the countries in the American continent that have been previously colonized by Spain, Portugal, and France, namely: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Mexico, the Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay, and Venezuela.

3 NORIEGA RAMÍREZ, 2021; FLACSO, 2011, pp. 36-41.

survey carried out by the International Organization for Migration and the Migration Policy Institute in 2019 regarding the situation of Venezuelan migrants and refugees in the region observed that, in the majority of the surveyed countries, over 50% of these individuals either worked in informal sectors of the economy or were unemployed.⁴ Similar situations are reported in relation to other groups of refugees and asylum seekers.⁵

The difficulties these individuals face in accessing the labour market result from a plethora of factors. On a more formal note, some Latin American countries' domestic normative framework is not clear in ensuring the right to work to refugees and, even more frequently, to asylum seekers, leading State authorities not to issue the necessary documentation for them to access job opportunities. In other countries, even though these groups' right to work is formally recognised, material obstacles related to racism, xenophobia, and lack of personal connections, knowledge of the local language, or information all operate to the detriment of refugees' and asylum seekers' inclusion in the labour market.⁶

While there are many calls for States to improve this situation, often pointing to the economic benefits of having refugees and asylum seekers engaged in productive work, the matter is often treated as one over which States have significant discretion. Indeed, neither existing international human rights treaties nor the 1951 Convention relating to the Status of Refugees⁷ (Refugee Convention) establish an absolute right of refugees and asylum seekers to access work opportunities on the same footing as the host State's nationals. Rather, it is generally acknowledged that States are not legally required to grant foreigners the same conditions as nationals in accessing the labour market⁸ and restrictions to this access continue to be the common practice among States.⁹ The crux of the matter is then the extent to which such restrictions are lawful.

To date, discussions concerning the scope of States' obligations in

4 CHAVES-GONZÁLES & ECHEVERRÍA-ESTRADA, 2020, pp. 13-16.

5 LIMIA, 2017; GUGLIEMELLI WHITE, 2012, pp. 13, 17, 24.

6 GRUPO ARTICULADOR REGIONAL DEL PLAN DE ACCIÓN BRASIL 2017, 2018, p. 24; COSTA, 2006, p. 56-57.

7 BRAZIL, 1961.

8 CRAVEN, 1995, p. 174.

9 SAUL, KINLEY & MOWBRAY, 2014, p. 17.

realising the refugees' and asylum seekers' right to work have focused on examining the frameworks of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights¹⁰ (ICESCR) and of the Refugee Convention,¹¹ treaties to which all Latin American States, except for Cuba, are parties. However, little attention has been paid to another international treaty applicable to Latin American States:¹² the American Convention on Human Rights¹³ (ACHR). The potential of the ACHR for grounding calls for greater access of refugees and asylum seekers to the labour market and transforming restrictive migratory policies has thus been mostly overlooked.

This article will seek to address this problem by showing that the ways in which the ACHR has been interpreted and applied by the Inter-American Commission on Human Rights (IACCommHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) offer clearer and more protective standards for the promotion of refugees' and asylum seekers' right to work than those advanced under the ICESCR and the Refugee Convention to date. This can be seen especially in the Inter-American bodies' pronouncements concerning the right to work, the principle of non-discrimination, and the right to equal protection of the law. In this endeavour, this piece aims to call attention to the possibility of further relying on the pronouncements of the Inter-American human rights bodies in advocating for refugees' and asylum seekers' access to work not only as a desirable policy, but as an international legal obligation. The article will not, however, seek to analyse specific obstacles to the right to work in Latin America, which depend on particularities in the context of different countries, and will refer to common general problems identified in other analyses.

The article will be divided into three parts. The first section will examine the extent to which the right to work is protected under the Refugee Convention, drawing from its provisions, *travaux préparatoires*, and guidance from the United Nations High Commissioner for Refugees. The

10 BRAZIL, Decreto N° 591, 1992.

11 See notably: MATHEW, 2012; BHATTACHARJEE, 2013; HATHAWAY, 2021. This trend is also noticeable in Latin American scholarship, notably: COUTO & PEREIRA, 2023; ARAÚJO & VEIGA, 2021.

12 With Cuba again as the exception. Venezuela denounced the ACHR in 2012, but the Guaidó representation, recognized by the Organization of American States as the legitimate government of Venezuela, deposited a new ratification instrument on 31 July 2019. The validity of this latter act is still controversial and, as of the date of writing, the IACtHR has not pronounced on the issue.

13 BRAZIL, Decreto N° 678, 1992.

second section will undertake a similar analysis under the ICESCR, considering the way in which its relevant provisions have been interpreted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). As both sections will show, the abstract standards laid down in these treaties regarding access to the labour market, coupled with the lack clear guidance from monitoring bodies, limits the protective potential of these instruments. In the third section, the case-law of the IACommHR and the IACtHR will be explored, discussing the standards these bodies have established for assessing States' compliance with the principle of non-discrimination, the right to equal protection of the law, and the right to work. It will be argued that these standards are especially valuable in limiting States' discretion to restrict the access of refugees and asylum seekers to the labour market and in delineating States' positive obligations to ensure equality of opportunities regarding marginalised groups' access to work. The article concludes that the pronouncements of the Inter-American human rights bodies offer important tools to require Latin American States to improve refugees' and asylum seekers' inclusion in the labour market as a legal obligation and thus should be further used to this end.

2. The right to work under the Refugee Convention: incomplete protection

When the Refugee Convention was drafted, the international human rights framework was still in its early stages of development. Accordingly, the Convention's provisions on refugees' entitlements in the State of asylum were conceived not as a comprehensive list of the rights these persons hold under international law, but rather as a guide for the minimum standards of treatment States should adopt in ensuring refugees' access to different kinds of benefits and services.

Drawing largely from concepts found in norms regulating the treatment of aliens abroad,¹⁴ the Refugee Convention structured the rights of refugees in the host State in the following way: first, by defining to what kind of refugee each right applies by reference to the refugee's degree of attachment with the host State;¹⁵ second, by equating the minimum standard of treatment

14 CHETAIL, 2019, pp. 182-183.

15 This degree of attachment relates essentially to how long the refugee has been present in

required of the State to the standard treatment that State already provides to other categories of aliens or, in some instances, to its own nationals. Each of these two elements will now be discussed.

2.1. The degree of attachment required under the Refugee Convention to access work

The protection of the right to work under the Refugee Convention varies depending on the kind of work involved. First, refugees lawfully staying in the host State have a right to engage in wage-earning employment under at least the most favourable conditions accorded to other aliens in the same circumstances (Article 17). Second, self-employment is ensured to refugees lawfully in the State's territory under the same conditions accorded to aliens generally (Article 18). Third, refugees lawfully staying in the host State may also exercise of liberal professions according to the same standards of treatment accorded to aliens generally (Article 19). The table below summarises this structure:

TABLE 1 - The right to work under the Refugee Convention

	Type of work	Degree of attachment	Minimum standard of treatment
Article 17	Wage-earning employment	Lawful stay	Most favourable treatment accorded to aliens
Article 18	Self-employment	Lawful presence	Same conditions as aliens generally
Article 19	Liberal professions	Lawful stay	Same conditions as aliens generally

Source: Made by author.

Additionally, Article 17 establishes three scenarios in which refugees cannot be restricted from engaging in wage-earning employment: if the refu-

the host State and on what basis—for instance, different standards apply to refugees lawfully residing in a host State compared to refugees who are simply physically present therein. This does not necessarily imply, however, that a deeper level of attachment necessarily corresponds to higher standards of treatment, as noted by CHETAIL, 2019, pp. 181-182. The opposite view is held by HATHAWAY, 2021, pp. 176-178.

gee has completed three years' residence in the host country (art. 17(2)(a)); if they have a spouse possessing the nationality of the host country—except in case they have abandoned the spouse (art. 17(2)(b)); and if they have children who are nationals of the host country (art. 17(2)(c)).

The first important limitation that can be seen in this framework refers to the categories of refugees covered by each provision. Articles 17 and 19 only apply to refugees “lawfully staying” in the State of asylum. While this expression is not defined in the Refugee Convention, the equally authoritative¹⁶ French text speaks of “résidant régulièrement” (regularly residing), thereby indicating that a refugee lawfully staying in the host country is one that lawfully resides there. Residence requires a certain degree of continuity, excluding refugees who are merely passing by or visiting for a specified period.¹⁷

The condition of lawful stay poses a problem for asylum seekers. Given that asylum seekers are usually authorised to remain in the host State only until their protection claim is decided, their permanence therein is precarious, uncertain, and of potentially limited duration. It is therefore debatable whether their presence in the host country is continuous enough to characterise residence. As Goodwin-Gill and McAdam¹⁸ have argued, establishing one's lawful stay in a country would require some proof of “permanent, indefinite, unrestricted, or other residence status.” Only asylum seekers who are lawfully residing in the State for reasons not connected to the asylum claim would hence fall under the scope of Articles 17 and 19.¹⁹ This view has been endorsed by different scholars, with a caveat: according to these scholars, if the refugee status determination procedure is unduly prolonged, an asylum seeker may be considered as lawfully staying in the host State.²⁰

The notion of undue delay does not, however, eliminate the uncertainties in the application of Articles 17 and 19 of the Refugee Convention to asylum seekers, since there is no clear parameter under refugee law of what such a delay might be. An attempt at clarifying this issue could be made

16 As per the rule codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties (BRAZIL, 2009, art. 33).

17 As highlighted in CONFERENCE OF PLENIPOTENTIARIES ON THE STATUS OF REFUGEES AND STATELESS PERSONS, 1951, p. 14. Nevertheless, residence need not be permanent, as noted by UNHCR, 2014, para. 137.

18 2021, p. 597. Similarly, see HATHAWAY, 2021, p. 925.

19 HATHAWAY, 2021, pp. 957-958.

20 MATHEW et al., 2010, p. 298. This position has also been endorsed by the UN High Commissioner for Refugees on one occasion (see UNHCR & COUNCIL OF EUROPE, 2014 apud COUNCIL OF EUROPE, 2014, para. 15) but does not seem supported by State practice.

by drawing inspiration from human rights law and human rights bodies' interpretation of what constitutes a reasonable length of proceedings. In general, these bodies have determined whether a given delay was reasonable by referring to the complexity of the subject matter of the proceedings, the interested party's procedural behaviour, and the authorities' behaviour.²¹ Nevertheless, it should be noted that these interpretations stem from the right to a fair trial; while the IACtHR endorses the applicability of fair trial guarantees to asylum procedures, the Human Rights Committee (HRC) and the European Court of Human Rights (ECtHR) do not,²² hence limiting the potential of adherence to this interpretational guidance.

In addition to these bodies, the CESCR has recommended on occasion that States allow asylum seekers to access the labour market within one year after their arrival.²³ Nevertheless, the Committee made no link between this statement and the interpretation of the Refugee Convention, nor did it indicate that observing such a delay could be deemed an obligation on the part of States. It is thus unclear to what extent the CESCR's recommendations could influence the interpretation of Articles 17 and 19 of the Refugee Convention. Furthermore, subsuming the issue of asylum seekers' lawful stay in the host State to the question of whether the asylum procedures have been unduly delayed seems not to satisfactorily take into consideration the asylum seeker's own intention of staying in that country and the steps taken in this regard, which may be an indicator of the continuous character of the residence. Despite these uncertainties, we may consider that, at the very least, an asylum seeker living in the host country for a period of three years or more should be allowed to engage in wage-earning employment, since Article 17(2)(a) of the Refugee Convention prohibits restrictions upon wage-earning employment after such a delay.²⁴

21 Analyzed more in depth by CLOONEY & WEBB, 2021, pp. 400-402.

22 For a more detailed comparison among human rights bodies, see CANTOR, 2014, pp. 87, 90, 94-96, 99-102.

23 CESCR, 'Concluding Observations on the Combined Third to Fifth Periodic Reports of Romania', 2014, para. 12; CESCR, 'Concluding Observations on the Combined Fourth and Fifth Reports of Bulgaria', 2012, para. 9; CESCR, 'Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Slovakia', 2012, para. 13.

24 As noted by Hathaway, 2021, pp. 958-959, the notion of residence in this provision does not relate to a specific residence status but to cases where refugees have been continuously living in the country of asylum.

Among Latin American States, Mexico has made a reservation on the entirety of Article 17(2) and Chile has changed the minimum period of residence from 3 to 10 years.

In contrast, Article 18 of the Refugee Convention, concerning self-employment, enounces a lesser level of attachment. This provision ensures that refugees “lawfully in [the host State’s] territory” shall benefit from a treatment not less favourable than that accorded to aliens in general in connection with the right to engage on their own account in “agriculture, industry, handicrafts and commerce and to establish commercial and industrial companies.” The French text (“se trouvant régulièrement”) gives the idea of lawful presence in the host State rather than residence. Refugees and asylum seekers who find themselves in a host State for shorter periods of time or without continuity could thus benefit from this provision.

In a similar manner to Articles 17 and 19, the term “lawful” in Article 18 has not usually been interpreted as indicating complete deference to States’ domestic law.²⁵ Otherwise, States could simply leave refugees in a legal limbo, refraining from analysing asylum claims or granting refugees other kinds of status as a means to avoid their obligations under Article 18. Deferring the meaning of lawful presence entirely to domestic legislation would also risk conflating this level of attachment with that of lawful stay, disregarding the choice of the Refugee Convention’s drafters to adopt different levels of attachment.²⁶ Instead, this provision has been understood as covering both presence that is explicitly authorised by the State and that which is known and not prohibited.²⁷ Accordingly, asylum seekers should be able to engage in self-employment as soon as they initiate the asylum procedure and for the duration of the proceedings. After refugee status is formally recognised, the lawfulness of one’s presence is even more evident and there should be no barriers to the applicability of Article 18.

It should be highlighted that Article 18 does not cover self-employment in activities understood as liberal professions,²⁸ such as law or medicine. These are covered by Article 19 and limited to refugees and asylum seekers lawfully residing in the host State.

25 Divergences still exist, however, as seen in GOODWIN-GILL & MCADAM, 2021, p. 596.

26 HATHAWAY, 2021, p. 205.

27 UNCHR, 2014, para. 135; MATHEW et al., 2010, p. 298. Similar views are expressed by: HATHAWAY, 2021, pp. 208-209; EDWARDS, ‘Gainful Employment, Article 18’, 2011, pp. 976-978. This position also reflected a decision reached by the HRC, 1994, para. 9.2. Nonetheless, the application of this interpretation has not been uniform, as discussed in MATHEW, 2012, p. 83.

28 While there is no exhaustive definition of what liberal professions are, they are commonly understood as those that require a certain level of qualification and are not exercised by salaried employees or State agents, such as lawyers, physicians, architects, and accountants. See: COSTA, 2006, p. 57.

As can be seen, although the Refugee Convention can be effectively invoked to enable recognised refugees to access the labour market, the position of asylum seekers is more precarious, as the Convention does not prohibit host States from denying asylum seekers access to wage-earning employment or liberal professions until their residence has acquired a more continuous character. The standards of treatment enounced in the Convention also allow States to further limit refugees' and asylum seekers' access to work, as will be seen ahead.

2.2. Standards of treatment applicable to the right to work under the Refugee Convention.

The level of protection States must offer to refugees regarding access to work also depends on the kind of work at stake. Article 17 enounces the highest standard of treatment in this regard, providing that States must accord at least the most favourable treatment accorded to foreigners in the same circumstances in relation to access to wage-earning employment. The proposition of requiring States to provide treatment comparable to that of nationals was rejected during the drafting of the Refugee Convention,²⁹ so that Article 17(3) contains merely a recommendation in this sense.

The notion of most favourable treatment can refer to the treatment granted to a specific group of favoured third-country nationals³⁰ or to a given category of migrants, such as permanent residents.³¹ Still, the Refugee Convention does not indicate minimum parameters below which States should not fall. If the most favourable standards a State adopts are still quite restrictive, such as requiring specific documents or a level of command of the local language that refugees do not usually possess, there is no conventional obligation for the host State to adapt its standards or assist the refugee in meeting them. Although Article 6 of the Convention establishes that States should not impose requirements that “by their nature a refugee

29 See, for instance: UN AD HOC COMMITTEE ON REFUGEES AND STATELESS PERSONS, 1951, pp. 40-42 (Austria, France, United Kingdom); UN AD HOC COMMITTEE ON REFUGEES AND STATELESS PERSONS, 1950, paras. 14, 19, 54 (France, Belgium, United Kingdom, Denmark, Turkey).

30 Notably among Latin American States, Brazil grants Portuguese nationals a more beneficial treatment in many areas concerning access to rights and services but has formulated a reservation to the Refugee Convention stating that such treatment shall not be accorded to refugees.

31 MATHEW, 2012, p. 89.

is incapable of fulfilling”, incapacity is a high threshold and seems to render this formulation quite malleable in favour of the host State. It could be argued that it is not impossible for a refugee to master the local language or produce certain documents if they took the necessary time and effort to do so, for example. Another kind of practice that significantly constrains refugees’ access to wage-earning employment refers to the establishment of quotas limiting the number of non-nationals that employers may hire, as it happens for instance in Chile and Panama.³² While these restrictions may potentially be justified under international law in certain cases, the fact remains that the Refugee Convention does not provide legal grounds to effectively dispute, on a case-by-case basis, whether such requirements are unreasonable or have a disproportionate impact on refugees’ and asylum seekers’ ability to make a living.

The above-mentioned concerns are even more relevant to the right to engage in self-employment and liberal professions, since Articles 18 and 19 enounce a lower standard of treatment. These provisions require States to accord to refugees a treatment as favourable as possible and that is at least as favourable as the one accorded to aliens generally in the same circumstances. This lower standard allows States a significant margin of manoeuvre in restricting the access of non-nationals to work, as long as those restrictions do not single out refugees.³³

While many States in Latin America do not formally impose restrictions on refugees’ and asylum seekers’ access to work,³⁴ these groups still face considerable difficulties in this regard. This stems from the very nature of their predicament—lack of connections in the host State, knowledge of the local language, xenophobia, and other forms of discrimination on the part of local population, among others. These challenges place refugees and asylum seekers in a scenario of material inequality in relation to the host State’s nationals, or even in relation to other categories of non-nationals. The Refugee Convention does not require States to take positive action to

32 In Chile, 85% of the employees hired must possess Chilean nationality, whereas in Panama this quota is of 90%. See: CHILE, 2002, arts.19-20; PANAMA, 1971, art. 17.

33 EDWARDS, ‘Gainful Employment, Article 18’, 2011, p. 979.

34 As seen generally in GRUPO ARTICULADOR REGIONAL DEL PLAN DE ACCIÓN BRASIL 2017, 2018.

revert these kinds of situations.³⁵

Accordingly, even though the Refugee Convention does require States to guarantee refugees' access work, this protection has important limitations. Firstly, the Refugee Convention does not provide for immediate access to wage-earning employment or liberal professions to individuals whose asylum claims have not yet been decided, leaving them with little choice but to look for more informal and precarious kinds of work. Secondly, although the Refugee Convention establishes precise standards of treatment regarding refugees' access to work, allowing a degree of foreseeability as to the expected level of protection, the content of these standards is still quite malleable. In equating the treatment of refugees and asylum seekers to that granted to other categories of non-nationals, the Refugee Convention does not establish concrete minimum parameters for States to observe, nor does it provide legal grounds for requiring States to improve their standards of treatment. Thirdly, the Refugee Convention does not require States to act to remedy material conditions that adversely affect refugees' and asylum seekers' ability to secure work.

3. The right to work under the ICESCR: potential in need of concreteness

The right to work within the framework of international human rights law is an important complement to the Refugee Convention. The most explicit protection of this right is found in Article 6 of the ICESCR, which encompasses "the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts." Article 7 further establishes the right to just and favourable conditions of work, among which is the requirement that work should ensure a decent living for the individual and their family.

While the full enjoyment of the rights enshrined in the ICESCR is subject to progressive realisation according to States' available resources (Article 2(1)), the question of refugees' and asylum seekers' access to the labour market is more appropriately understood by reference to two obligations of immediate effect: non-discrimination and ensuring the minimum

35 HATHAWAY, 2021, p. 950. Indeed, the only obligation of non-discrimination enounced in the Refugee Convention refers to that between different groups of refugees (Article 3).

core of the Covenant's rights.³⁶ After all, States are not required to ensure refugees' and asylum seekers' right to work to a greater extent than to their own nationals and claims of lack of resources cannot, in principle, justify failure to meet the minimum core of economic, social, and cultural rights. According to the CESCR's reiterated interpretation, the inobservance of these immediate obligations can only be justified when a State has used all of its resources—including not only financial resources, but also those derived from technical and informational capacities, available staff, and international cooperation, among others³⁷—to satisfy such duties as a matter of priority.³⁸

The CESCR has defined the core obligations arising from the right to work as comprising States' duties to: ensure access to employment in a way that allows individuals to live a life of dignity; avoid discrimination; and develop and implement a national employment strategy and plan of action.³⁹ Compliance with these obligations should focus on addressing the situation of disadvantaged and marginalised groups,⁴⁰ which include refugees and asylum seekers.⁴¹ On a broader note, the CESCR has affirmed that denying access to work to particular individuals or groups constitutes a violation of Article 6 of the Covenant.⁴²

Following this reasoning, States have the obligation under the ICESCR to allow refugees and asylum seekers to immediately access work opportunities that enable them to earn a living in non-discriminatory conditions.⁴³ Moreover, the duty of non-discrimination includes the elimination of substantive discrimination, which often requires positive measures on the part of States to promote substantive equality between different groups.⁴⁴ States would then be required not only to formally allow refugees and asylum seekers to access the labour market but also to ensure that these groups are not disadvantaged in their search for work opportunities in comparison to

36 CESCR, 1991, para. 1; CESCR, 'General Comment No 20', 2009, para. 7.

37 CESCR, 1991, para. 13.

38 CESCR, 1991, para. 10; CESCR, 'General Comment No 20', 2009, para. 13.

39 CESCR, 2006, para. 31.

40 CESCR, 2006, para. 31.

41 CESCR, 'Duties of States towards refugees and migrants under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', para. 7.

42 CESCR, 2006, para. 32.

43 MATHEW, 2012, pp. 106-109.

44 CESCR, 'General Comment No 20', 2009, para. 9.

nationals. Hence, contrary to the Refugee Convention, the ICESCR establishes minimum standards of protection concerning the right to work that apply to all States, regardless of their domestic law. The challenge to this potentially broad legal protection lies precisely in defining what amounts to discrimination in this context.

It is well established under human rights law that not every kind of differential treatment between individuals or groups is discriminatory. Rather, distinctions are lawful when they are necessary to pursue a legitimate goal and are reasonably proportionate to this goal.⁴⁵ When differential treatment is based on a ground deemed impermissible under international law—among which the CESCR identifies both nationality and migratory status⁴⁶—there may be a higher level of scrutiny as to the lawfulness of the distinction, requiring a higher degree of justification from the State.⁴⁷ Still, the same conditions of legitimacy of the goal, reasonableness, and proportionality apply all the same.

Regarding the reasons that could be thought to justify differential treatment of refugees' and asylum seekers' access to the labour market, a few can be advanced. States may claim they have special duties towards their own nationals⁴⁸ and thus seek to favour them in certain areas of employment—for instance, by prohibiting non-nationals from engaging in certain kinds of work,⁴⁹ establishing quotas that limit the number of foreigners employers may hire,⁵⁰ or bureaucratic proceedings that require extensive documentation and compelling justifications to justify hiring a non-national.⁵¹ States may also consider that certain jobs, in particular public functions—such as positions related to public and national security, the administration of public resources, or the judicial system—are best reserved to nationals, due to the

45 CESCR, 'General Comment No 20', 2009, para. 13.

46 CESCR, 'General Comment No 20', 2009, para. 30.

47 As GERARDS, 2007, pp. 35, 38-39, explains, this is because distinctions based on those grounds "immediately raise a suspicion of unreasonableness and prejudice."

48 Such an argument was invoked by Austria in attempt to justify differential treatment between nationals and non-nationals regarding access to a social security fund in ECTHR, 1996, para. 45.

49 For instance, in Panama, non-nationals cannot work, among others, as engineers (PANAMA, 1965, art. 1(a)) or psychologists (PANAMA, 1975, art. 2(a)).

50 CHILE, 2002; PANAMA, 1971; PERU, 1991, art. 4; GUATEMALA, 1961, art. 13.

51 Notably: ARGENTINA, [n.d.].

presumably stronger ties they have with the State.⁵² In the specific case of asylum seekers,⁵³ broader restrictions to their access to the labour market could be advanced for reasons of migration control:⁵⁴ if an asylum seeker is allowed to work, they might create deeper ties with the host country, which could potentially make removal more difficult if their asylum claim is ultimately rejected.⁵⁵ Restrictive practices in this regard could also be seen as an effort to discourage so-called “economic migrants”⁵⁶ from trying to claim asylum in that State.

Specifically, regarding differential treatment stemming from the lack of measures adopted by the State to eliminate substantive discrimination, States may seek to justify this omission by pointing to the need of directing scarce resources to other areas in order to fulfil other rights. While a general allegation of lack of resources is not enough to excuse inaction,⁵⁷ the State may potentially be able to prove that its available resources were used to fulfil other priority obligations, such as the minimum core content of socioeconomic rights, or to prioritise other marginalised groups.

In principle, the above-mentioned goals could be considered as responding to social interests and needs and, hence, as legitimate ones. At the same time, not all kinds of restrictions adopted in pursuit of these aims are reasonable or proportionate. A complete bar to refugees’ and asylum seekers’ access to work, in both formal and informal markets, would hardly fulfil these requirements, as it would go against the very core content of the right to work and potentially leave these individuals destitute, thereby also endangering the right to an adequate standard of living (art. 11 of the ICESCR). Likewise, prolonged inaction on the part of the State in seeking to redress substantive discrimination against refugees and asylum seekers

52 For instance, Costa Rica reserves many public functions, such as that of Supreme Court justices and representatives of the Legislative Assembly, to nationals: COSTA RICA, 1949, arts. 108, 159.

53 Such an aim could not be considered legitimate in relation to recognized refugees, since the latter have already established that they cannot return to their country of origin due to a well-founded fear of persecution.

54 Both the ECtHR and the IACtHR have conceded that, in general, migration control is a legitimate goal for States to seek in restricting the rights of non-nationals. See, notably: ECTHR, 2008, para. 176; IACTHR, 2010, para. 169.

55 MATHEW, 2012, p. 117.

56 The limits and misleading connotations of this term have been highlighted in particular by FOSTER, 2007, pp. 5-21.

57 CESCR, 1991, para. 10; CESCR, ‘General Comment No 20’, 2009, para. 13.

searching for work can hardly be considered proportionate, since the State cannot ignore the needs of certain groups under its jurisdiction when planning how to distribute its limited resources. Moreover, not all kinds of positive measures necessarily require significant resource expenditure. Notably, the State may use part of its resources to support campaigns and programs managed by civil society actors, thereby taking advantage of their resources as well.

In Latin American countries—like in many others—the main challenges faced by recognised refugees the right to work come from material obstacles and substantive discrimination rather than formal impediments.⁵⁸ Factors such as racism, language barriers, lack of inclusion in labour placement programs, and lack of information regarding refugees' rights, both on the part of refugees themselves and of the local communities, lead significant numbers of refugees to resort to informal forms of work.⁵⁹ The situation of asylum seekers tends to be even more difficult: in addition to facing the same material challenges as refugees, in seven Latin American countries⁶⁰ asylum seekers do not receive documentation allowing them to access the formal labour market. This puts them even more at risk of being subjected to abusive and exploitative practices when engaging in informal work.⁶¹

The question then is whether the above-mentioned situations entail violations of the right to work by the State or whether, however unfortunate they may be, Latin American States can avoid international responsibility by qualifying them as lawful distinctions, according to the aforementioned criteria. This discussion depends on to how to interpret abstract notions such as proportionality and reasonability. This is where the pronouncements of human rights bodies are of primary importance to clarify the law and where, unfortunately, the CESCR has been quite vague.

When referring to the right to work without discrimination, the CESCR rarely ever specifies concrete measures that States should adopt or refrain from adopting to that end. Though the Committee has identified a

58 Only four out of the 21 Latin American countries considered have not enacted legislation ensuring refugees' access to the formal labour market (Cuba, Haiti, Honduras, and Trinidad and Tobago).

59 GRUPO ARTICULADOR REGIONAL DEL PLAN DE ACCIÓN BRASIL 2017, 2018, pp. 2-3, 24, 27-29, 31, 35, 37-38, 43, 49-50, 56-57, 64; LEUTERT et al., 2019, p. 28.

60 Colombia, Dominican Republic, El Salvador, Mexico, Nicaragua, Panama, and Venezuela.

61 GRUPO ARTICULADOR REGIONAL DEL PLAN DE ACCIÓN BRASIL 2017, 2018.

few groups who tend to be disadvantaged in their enjoyment of the right to work, it mentioned some measures that States should take in relation to only four of these groups: women, highlighting that pregnancies must not constitute an obstacle to employment or a justification for dismissals;⁶² young persons, indicating that States should adopt policies to promote adequate education and employment opportunities;⁶³ older persons, calling for the implementation of different kinds of retirement preparation programmes;⁶⁴ and persons with disabilities, requiring States to eliminate physical barriers for these persons and to promote flexible work arrangements to accommodate their needs.⁶⁵ Even though these measures are far from exhaustive and there is room for further development, attention is drawn to the fact that similar measures have not been mentioned in relation to refugees, asylum seekers, or even migrants in general. In General Comment No. 18, the CESCR referred solely to migrant workers—without specifying whom it considered to be included in this category⁶⁶—and affirmed the need for national plans of action to promote the principle of non-discrimination.⁶⁷ No further guidance on what non-discrimination entails regarding refugees and asylum seekers, or on what kind of conduct States should adopt, was provided. Furthermore, the fact that the measures the CESCR mentioned concerning other marginalised groups were closely tied to the specific situation of those groups, and not framed in a more general manner, raises questions as to whether the Committee intended to convey that States were required to adopt equivalent measures for refugees and asylum seekers—for instance, promoting education and employment opportunities to the latter groups as well. It is worth noting that, when giving examples of particularly disadvantaged groups who may benefit from targeted employment programmes and other measures to facilitate access to the labour market, the CESCR makes

62 CESCR, 2006, para. 13.

63 CESCR, 2006, para. 14.

64 CESCR, 1996, para. 24.

65 CESCR, 1995, paras. 22-23.

66 On that occasion, the CESCR also made reference to the principle of non-discrimination enounced in Article 7 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (ICRMW). However, as a general rule, the ICRMW does not apply to refugees, as per its art. 3(d). It is thus unclear what definition of migrant workers the CESCR considered in its General Comment No. 18.

67 CESCR, 2006, para. 18.

no mention to refugees and asylum seekers.⁶⁸ Although the Committee has not expressed the reasons for this approach, one can reasonably suppose it seeks to avoid debates on the tensions between migration control and migrants' rights unless strictly necessary.

This can be seen in the CESCR's statement on the duties of States towards refugees and migrants, in which the Committee maintained its vague references to the principle of non-discrimination and called on States to consider the higher vulnerability of asylum seekers and undocumented migrants without detailing States' obligations.⁶⁹ Moreover, while the CESCR recalled that Article 2(3) of the ICESCR⁷⁰ does not allow developing States to completely deny the enjoyment of economic rights to non-nationals,⁷¹ it did not clarify the limits to developing States' discretion when relying on this provision.⁷² Only when referring to labour rights, when work relations are already factually established, did the CESCR indicate that non-nationals should be treated as favorably as nationals.⁷³ This contributes to the uncertainty as to the extent to which Latin American States, generally understood as developing countries,⁷⁴ have the duty to ensure access to different kinds of work opportunities to refugees and asylum seekers and remedy substantive discrimination on this matter.

The CESCR has addressed the right to work of refugees and asylum seekers, as well as of other marginalized groups, in somewhat more detail in

68 CESCR, 'Guidelines on Treaty-Specific Documents to be Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', 2009, paras. 15-18.

69 CESCR, 'Duties of States towards refugees and migrants under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', 2017, paras. 6-7, 11.

70 According to which "[d]eveloping countries [...] may determine to what extent they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to non-nationals."

71 CESCR, 'Duties of States towards refugees and migrants under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', 2017, para. 8.

72 Though some scholars have noted that, since Article 2(3) was adopted with the aim of reverting the economic domination of certain groups of non-nationals after decolonization, this prerogative should be interpreted narrowly and comply with the same conditions for the principle of non-discrimination in general. See notably: MATHEW, 2012, pp. 111-112; EDWARDS, 'Gainful Employment, Article 17', 2011, p. 960.

73 CESCR, 'Duties of States towards refugees and migrants under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', 2017, para. 13.

74 Although this term is not clearly defined in the ICESCR, it has been understood to refer to countries that are economically less powerful, especially those that had been colonized. DANKWA, 1987, p. 238.

its Concluding Observations on States' periodic reports regarding compliance with the ICESCR. On those occasions, the CESCR has expressed concern about the lack of access to employment opportunities for asylum seekers and refugees and their prevalence in the informal economy,⁷⁵ including in Latin American States.⁷⁶ The CESCR has sometimes referred to specific measures that could address these problems, such as the implementation of technical and vocational training programmes, awareness-raising campaigns, and the issuance of personal identity documents.⁷⁷ Sometimes the Committee has also called upon States to ensure access to employment to refugees and asylum seekers⁷⁸ or to provide support to individuals in these groups seeking employment.⁷⁹

The limitations of such statements lie in the fact that, in Concluding Observations, the CESCR usually avoids classifying particular situations as discriminatory⁸⁰ or as violating the ICESCR in any way, and refrains from dictating courses of action to States as obligations. Instead, the Committee tends to frame its conclusions as recommendations. This approach makes it difficult to discern whether the CESCR's suggestions correspond to legal duties of the State and to what extent. States are still left with quite a margin to argue that, while improving the access of refugees and asylum seeker to the labour market could be desirable, it is not legally required, since other concerns like immigration control, privileging national workers, or the need to direct resources to more pressing areas could potentially justify restricting the right to work or not eliminating certain material inequalities.

Therefore, even though the framework of human rights law has the potential to provide a greater level of protection regarding refugees' and

75 CESCR, 'Concluding observations on the second periodic report of Latvia', 2021, para. 19; CESCR, 2020, paras. 22-23.

76 CESCR, 2018, paras. 19, 24; CESCR, 'Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Costa Rica', 2016, para. 25; CESCR, 2010, para. 25.

77 CESCR, 2018, paras. 19, 24; CESCR, 'Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Costa Rica', 2016, paras. 19, 25; CESCR, 2001, para. 11. The CESCR has also mentioned awareness-raising campaigns as a strategy for combatting discrimination against refugees and asylum seekers more broadly in CESCR, 2022, paras. 13(a)-(b).

78 Notably: CESCR, 2019, para. 21; CESCR, 'Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Morocco', 2015, para. 14; CESCR, 'Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Sri Lanka', 2017, para. 20.

79 CESCR, 'Concluding observations on the third periodic report of the Plurinational State of Bolivia', 2021, paras. 26-27.

80 SAUL, KINLEY & MOWBRAY, 2014, p. 291.

asylum seekers' access to work, due to the flexibility of its contents, this very flexibility harms said potential without clearer guidance from the CESC. This is where the case-law of the Inter-American human rights system can be particularly valuable in advancing these groups' access to the labour market in the Latin American region.

4. The Inter-American case-law: implementing equality of opportunities in access to work as a human right

To date, the Inter-American human rights bodies have not issued a decision on a case concerning access to the labour market by refugees and asylum seekers, or even by migrants in general. The often-celebrated Advisory Opinion OC-18/03 on the rights of undocumented migrants⁸¹ focused on their rights *at work* rather than the right *to work*. Still, the IACommHR and the IACtHR have analysed this issue in relation to other similarly marginalised groups—groups subjected to substantive discrimination from the local community and lacking opportunities to find different kinds of work. Unlike the CESC, Inter-American bodies, and especially the IACtHR, have tended to frame their reasoning concerning the right to work, the principle of non-discrimination, and the right to equality before the law in a broad manner, which allows for a greater margin in transposing this rationale to similarly marginalised groups, including refugees and asylum seekers. This section will provide an overview of the way the Inter-American bodies have addressed these issues and then develop on how their pronouncements in specific cases may be used towards the advancement of refugees' and asylum seekers' access to work.

4.1. Work and equality: general considerations from the Inter-American framework

The right to work is established under two different instruments in the Inter-American human rights framework. First, in Article 6 of the Protocol of San Salvador,⁸² which links work to “the opportunity to secure the means for living a dignified and decent existence.” Nevertheless, since only claims

81 IACTHR, 2003.

82 BRAZIL, 1999.

related to Articles 8 (trade union rights) and 13 (right to education) of the Protocol can be brought before Inter-American bodies,⁸³ Article 6 has had little influence in the development of the protection of the right to work within the regional human rights framework.

The second provision concerning this issue is Article 26 of the ACHR, which requires States to adopt measures to progressively achieve “the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States [...]” Despite earlier debates as to whether this provision enabled the IACommHR and the IACtHR to exercise jurisdiction over socioeconomic rights,⁸⁴ since 2017 the IACtHR has taken a firmer stance in reaffirming the justiciability of such rights under Article 26,⁸⁵ including the right to work.⁸⁶

In defining the content of the rights implicit under Article 26, the IACtHR has drawn much from the CESCR’s General Comments.⁸⁷ In particular, the IACtHR has shared the CESCR’s interpretation that the duties of non-discrimination and taking effective steps to realize socioeconomic rights are obligations of immediate effect.⁸⁸ Moreover, it has clarified that the right to work under the ACHR includes the guarantee of conditions that “ensure safety, health and hygiene in the workplace.”⁸⁹

The ACHR has two different provisions relating to the notions of equality and non-discrimination. The first is Article 1(1), which establishes the general principle that States must ensure the rights enshrined in the ACHR without discrimination on the basis of a non-exhaustive list of categories,

83 Article 19(6) of the Protocol of San Salvador.

84 See, notably: CAVALLARO & SCHAFFER, 2004; MELISH, 2006.

85 IACTHR, *Case of Lagos del Campo v. Peru*, 2017, paras. 141-149, 153.

86 IACTHR, *Caso Spoltore vs. Argentina*, 2020, para. 96.

87 IACTHR, *Cuscul Piraval et al. v. Guatemala*, 2018, paras. 106-107; IACTHR, *Case of Poblete Vilches et al. v. Chile*, 2018, paras. 120-121.

88 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 172. The IACtHR has yet to clarify its understanding in relation to the existence of a minimum core content of socioeconomic rights that should be ensured regardless of available resources. Nevertheless, situations concerning potential failures to satisfy this minimum core may be assessed by the Inter-American bodies under provisions such as the right to life and the prohibition of inhuman and degrading treatment, which in any event are not subject to progressive realisation.

89 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 155.

including race, language, national or social origin, economic status, or “any other social condition.” In establishing whether a category not expressly mentioned in Article 1(1) may constitute a prohibited ground of discrimination, the IACtHR assesses whether said category relates to permanent personal traits, groups that are traditionally marginalised, excluded, or subordinated, or criteria that are irrelevant for the equitable distribution of property, rights, or social benefits.⁹⁰

The IACtHR adopts essentially the same criteria as the CESCRR for assessing whether differential treatment is lawful—namely whether the differential treatment pursues a legitimate goal, has a reasonable and objective justification, and the means employed are proportionate to the end sought.⁹¹ When distinctions are based on one of the grounds prohibited under Article 1(1), the Inter-American bodies consider that a higher level of scrutiny applies in verifying whether the conditions for a lawful distinction were met.⁹² On two occasions, the IACtHR has framed this stricter standard as requiring the State to show: that the goal sought with the distinction is not only legitimate, but also imperative; that the method chosen to implement this distinction is not replaceable by a less grave method; and that the benefits of adopting the differential treatment are clearly superior to the restrictions that the distinction imposes.⁹³ This particularly high standard of scrutiny has not yet found a match in the pronouncements of the CESCRR or even the IACCommHR.

Article 24 of the ACHR also relates to the notion of non-discrimination in establishing two autonomous rights: equality before the law and equal protection of the law.⁹⁴ While Article 24 is usually restricted to the application or interpretation of a specific domestic law,⁹⁵ the IACCommHR⁹⁶ and the IACtHR have considered that this provision is breached when the

90 IACTHR, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples State Obligations concerning Change of Name, Gender Identity, and Rights Derived from a Relationship between Same-Sex Couples*, 2017, para. 66.

91 IACTHR, *Case of I.V. v. Bolivia*, 2016, para. 241; IACTHR, 2014, para. 316.

92 IACOMMHR, 2002, para. 338; IACOMMHR, 2010, para. 40; IACTHR, 2015, para. 257.

93 IACTHR, *Case of I.V. v. Bolivia*, 2016, para. 241; IACTHR, *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, 2022, para. 69.

94 ANTKOWIAK & GONZA, 2017, p. 32.

95 ANTKOWIAK & GONZA, 2017, p. 37.

96 See the IACCommHR's arguments in IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 143.

legislation in place does not afford marginalised groups opportunities to achieve material equality.⁹⁷ Some scholars have even noted that the IACtHR often does not clearly differentiate between the application of Articles 1(1) and 24, treating them together as a broad right to equality.⁹⁸

Regarding States' positive obligations connected to non-discrimination and equal protection of the law, the IACommHR⁹⁹ and the IACtHR¹⁰⁰ both have affirmed that States have the duty to adopt the necessary measures to combat de facto discriminatory and exclusionary practices, even if they stem from a situation of structural discrimination.¹⁰¹ The specific measures that States must adopt depend on the particular needs of the individuals in question and the kind of marginalisation they are exposed to.¹⁰² According to the IACtHR, the standard States must achieve is that of creating conditions of real equality for groups that have been historically excluded.¹⁰³

4.2. Transposing the Inter-American case-law to the situations of refugees and asylum seekers

The discrimination that refugees and asylum seekers often face in accessing the labour market stems from different grounds, either in themselves or in combination,¹⁰⁴ such as, more frequently, race, economic status, nationality, and migratory status. Though only the first two grounds are explicitly mentioned in Article 1(1) of the ACHR, the IACtHR and the IACommHR both

97 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 199; IACTHR, 2021, paras. 108-109; IACTHR, *Caso Guevara Días vs. Costa Rica*, 2022, para. 58. This interpretation of the right to equal protection of the law stands out in comparison to that of other human rights bodies, which usually focus on the formal application of domestic law. See, for instance, HRC, 1992, para. 7.5.

98 FERRER MAC-GREGOR & PELAYO MÖLLER, 2014, p. 56; ANTKOWIAK & GONZA, 2017, p. 38.

99 IACOMMHR, 2016, para. 73.

100 IACTHR, 2010, para. 248; IACTHR, 2014, para. 263; IACTHR, 2012, para. 80.

101 IACTHR, *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil*, 2016, para. 338.

102 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 186.

103 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 199; IACTHR, *Cuscul Piraval et al. v. Guatemala*, 2018, para. 130.

104 The IACTHR has paid special attention to the effects of intersectional discrimination, notably in: IACTHR, 2015, para. 290; IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 191.

have considered that nationality¹⁰⁵ and refugee status¹⁰⁶ are also prohibited grounds of discrimination. Although discrimination against asylum seekers has not been expressly addressed in the case-law of Inter-American bodies, the IACtHR has broadly acknowledged that States must ensure human rights without discrimination based on regular or irregular migratory status,¹⁰⁷ thereby covering asylum seekers even when the host country does not accord to them a specific legal status. While acknowledging States' prerogatives concerning migration control, the IACtHR has repeatedly emphasised that a person's migratory status can never be a justification for depriving them of their human rights.¹⁰⁸ Hence, the lawfulness of differential treatment experienced by refugees and asylum seekers due to their migratory status or other prohibited grounds must be assessed under a high level of scrutiny.

The IACommHR applied this high level of scrutiny in a case concerning a Cuban woman residing regularly in Chile who had obtained a degree in law in the latter country and wished to register as a lawyer there.¹⁰⁹ However, Chilean domestic law prohibited non-nationals from practicing law.¹¹⁰ According to the State, this restriction had the aims of suppressing the illegal practice of law and protecting Chilean attorneys from competition against foreign attorneys.¹¹¹ The IACommHR considered that protecting the market for national lawyers did not respond to a pressing social need and, hence, that this goal could not justify a distinction based on nationality under the ACHR.¹¹² As for suppressing the illegal practice of law, the IACommHR accepted that this could constitute a legitimate goal, but held that barring foreigners from becoming lawyers was not the least restrictive means to achieve this aim.¹¹³ The IACommHR thus concluded that Chile had violated Articles 24 and 1(1) of the ACHR in relation to the petitioner.¹¹⁴

105 IACOMMHR, 2010, para. 40; IACTHR, 2015, para. 257.

106 IACOMMHR, 2019, para. 117; IACTHR, Case of I.V. v. Bolivia, 2016, para. 240.

107 IACTHR, 2013, para. 129.

108 IACTHR, 2003, para. 134; IACTHR, 2014, para. 402.

109 IACOMMHR, 2010, para. 2.

110 IACOMMHR, 2010, para. 10.

111 IACOMMHR, 2010, para. 41.

112 IACOMMHR, 2010, paras. 42-43.

113 IACOMMHR, 2010, para. 42.

114 IACOMMHR, 2010, para. 44.

The IACommHR's decision reveals a clearer and narrower understanding of States' margin of discretion in limiting access to the labour market to non-nationals than the one so far enounced by the CDESCR. In scenarios involving refugees and asylum seekers, the Commission's reasoning is even more relevant, since these persons cannot return to their country of origin, where their nationality presumably would not prevent them from working on specific professions. Though one might envisage certain positions that a State may have an interest in reserving to nationals or people who have resided in the country for a considerable period, such as those relating to national security, the IACommHR's position makes it clear that protecting national workers from competition is not sufficient per se to justify differential treatment in access to the labour market under the ACHR. Practices such as those found in Panama, which prohibits non-nationals from working in a series of professions including law, engineering, and agronomy,¹¹⁵ and in Brazil, which bars non-nationals from working in public positions in general, regardless of whether they relate to special State interests,¹¹⁶ are hardly compatible with such standards.

In addition to enouncing a narrower view of States' possibilities of barring access of non-nationals to the labour market, the Inter-American bodies' case-law also provides guidance as to the positive obligations States have in eliminating substantive discrimination in this area. Two judgments of the IACTHR are particularly enlightening in this regard.

The first judgment, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families*, concerned an explosion in a fireworks factory in a town in the north-eastern region of Brazil, during which 60 people died, including 40 women and six children. The factory's employees worked in highly informal conditions, and insufficient measures had been adopted to ensure their safety in the workplace.¹¹⁷ In examining the case's

115 For the full list, see: PROFESIONES que no Pueden Ser Ejercidas por Extranjeros en Panamá, [n.d.].

116 Article 37, I, of the Brazilian Constitution of 1988 provides that foreigners shall be able to work in public positions in accordance with domestic law. However, to date, no such law has been enacted, which has led State authorities to bar access of foreigners to such positions. This restrictive stance has been endorsed by the Brazilian Superior Labour Court (Tribunal Superior do Trabalho), which, in 2017, held that a Haitian refugee who had applied to work as a garbageman was prevented from taking up the job due to this normative gap. BRAZIL, 2017.

117 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 61.

factual context, the IACtHR noted that the majority of the town's inhabitants faced serious structural disadvantages related to poverty, lack of or low formal education, and lack of infrastructure concerning basic sanitation.¹¹⁸ Those poor socioeconomic conditions, compounded with racial and gender traits, led to the formation of prejudices and stereotypes that made it difficult for the persons affected to find work.¹¹⁹ The fireworks factory was those individuals' only viable employment alternative.¹²⁰

In other words, the local population was formally capable of accessing the labour market, but the existence of de facto structural discrimination effectively limited their options to informal and precarious kinds of work—like it often happens to refugees and asylum seekers. The IACtHR found that the perpetuation of this scenario and the lack of action by Brazil to reverse ran contrary to the State's obligation to provide individuals with the real possibility of achieving material equality and to combat situations of exclusion and marginalisation.¹²¹ Brazil was thus held responsible for violations of Articles 1(1), 24, and 26 of the ACHR. As reparation, the IACtHR ordered Brazil to design and execute a socioeconomic development programme for the local population, focusing on the lack of employment options.¹²² This programme should include, among others, professional and vocational training courses, measures to address school drop-out, and awareness-raising campaigns on human rights.

The second judgment, *Case of the Miskitos Divers*, related to the precarious working conditions faced by members of the Miskitos indigenous people in Honduras. Similarly to the Brazilian case, the Miskitos lived in poor socioeconomic conditions, with little access to schooling and health care.¹²³ As a result of these conditions, combined with the discrimination faced as an indigenous people, the Miskitos did not have access to varied labour

118 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 64.

119 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, paras. 71, 189.

120 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, paras. 189-190.

121 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, paras. 199-204.

122 IACTHR, *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, 2020, para. 289.

123 IACTHR, 2021, paras. 29-30.

opportunities and were often limited to working in lobster fishing by diving without equipment, an activity characterised by high degrees of informality and dangerousness.¹²⁴ The IACtHR found that the lack of State action to ensure better employment opportunities for the Miskitos and provide them with real opportunities of achieving material equality breached Article 24 of the ACHR.¹²⁵ However, since the parties had reached a friendly settlement, the IACtHR did not order additional measures of reparation regarding the improvement of the Miskitos' access to the labour market.

These two decisions show a broad understanding of the IACtHR as to the length States are required to go to comply with their obligations regarding the right to work without discrimination under the ACHR. It is not sufficient for individuals to have the formal possibility of working if they do not have adequate opportunities to do so in practice or are only able to work in informal and dangerous sectors due to discriminatory practices by the local community. When persons or groups are subjected to marginalisation and exclusion, the State is required to take targeted measures to promote their access to a greater array of work opportunities, adapted to their specific needs. Failure to act to remedy these situations reflects a normalisation of the structural discrimination that such groups face and, hence, cannot be tolerated.¹²⁶ The application of this reasoning to different kinds of marginalised groups—afro-descendants living in poverty in Brazil and the Miskitos in Honduras—without caveats also indicates that States have such obligations in relation to any groups that find themselves in similar detrimental circumstances.

It should be noted that the IACtHR has expressed concern with individuals' possibility of enjoying material equality of opportunities not only in relation to the right to work, but to other socioeconomic rights as well. In cases involving the right to health, for instance, the IACtHR has emphasised that States must ensure that marginalised groups have access to health care facilities from both a geographical and an economic standpoint.¹²⁷ Though the IACommHR has not published decisions that explore the issue of equality of opportunities as a human right in as much detail, the

124 IACtHR, 2021, paras. 31-38.

125 IACtHR, 2021, paras. 104-110.

126 IACtHR, *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil*, 2016, para. 418.

127 IACtHR, *Cuscul Piraval et al. v. Guatemala*, 2018, para. 124.

Commission follows the general direction given by the IACtHR in affirming that States must guarantee the effective equality of all persons and combat discriminatory practices.¹²⁸

These considerations apply to the situation of many refugees and asylum seekers in Latin America, who, as previously mentioned, usually lack opportunities in accessing different kinds of work and face poor socio-economic conditions. In order to conform to the standards laid down by the Inter-American bodies—especially the IACtHR—States must adopt measures to refugees and asylum seekers with conditions to achieve material equality in terms of the right to work. Whereas this does not mean enabling these individuals to work in whatever position they wish regardless of applicable qualifications, nor that the State should directly find them employment, it does require the State to ensure equality of opportunities in accessing the labour market. The State could thus be required to establish vocational and professional training courses to refugees and asylum seekers, or to include them in programmes that already exist for the population at large, and to improve educational opportunities for refugees and asylum seekers in general.

Other measures specifically tailored to the needs of refugees and asylum seekers may also be required. Given the role that cultural barriers might play in hindering access to work opportunities, one can think of an obligation of the State to establish language courses and training on local social customs and rules to facilitate the development of these groups' networks within the local community. Moreover, States should promote to the general public, and to potential employers in particular, awareness-raising and informational campaigns about the rights of refugees and asylum seekers and the procedures for employing them.

As can be seen, the way in which the IACommHR and the IACtHR have interpreted States' obligations under the principle of non-discrimination, as well as the IACtHR's more detailed approach to the interplay between this principle and the right to work of marginalised groups, go beyond what the CESCRR has expressly considered as States' obligations and beyond the minimum standards enshrined in the Refugee Convention. The standards set out in the Inter-American case-law ensure that States have a duty to provide the tools for refugees and asylum seekers to have not only formal access to the labour market but to substantive equality of opportunities in relation to the host State's society in finding employment as well.

128 IACOMMHR, 2016, para. 73.

4. Conclusion

The inclusion of refugees and asylum seekers in the labour market remains one of the greatest challenges to the predicament of these groups in Latin America, especially given that States are commonly unwilling to address the issue and have foreigners competing against national workers. The open-endedness of the obligations enounced under the Refugee Convention and international human rights law regarding the right to work of these groups gives States a relevant margin to interpret these obligations according to their interests, either by restricting refugees' and asylum seekers' access to certain labour sectors or, more commonly, by not taking active measures to remedy situations of substantive discrimination.

Human rights treaties provide for flexible standards that could be viewed as requiring States to take a more active role in ensuring equality of opportunities for these groups in their access to work. To achieve that, the pronouncements of the human rights bodies responsible for interpreting those instruments are paramount. Under the ICESCR, the most widely ratified treaty providing for the right to work of all persons, the CESCR has been overly cautious in addressing the content of States obligations concerning refugees' and asylum seekers' right to work. Aside from indicating that all persons should have access to the labour market without discrimination, the CESCR has yet to advance clearer standards as to what kinds of differential treatment are justified, what the limits of States' discretion in this regard are, and what positive measures are required from States in eliminating substantive discrimination.

Nevertheless, the case-law developed by the IACommHR and the IACtHR establishes stricter standards and clearer measures as to what States need to do to comply with their obligations under the ACHR. These bodies adopt a high level of scrutiny in assessing the lawfulness of differential treatment based on race, nationality, and refugee status, requiring that any distinctions respond to an imperative social need and are not replaceable for a less restrictive measure. Moreover, the IACtHR has consolidated its understanding that States must provide marginalised groups with the means for achieving material equality of opportunities vis-à-vis society at large in their access to the labour market, including through the establishment of training programmes and awareness-raising campaigns. The application of these standards to the context of refugees and asylum seekers requires

Latin American States not only to formally allow these groups to access different kinds of employment, in both the formal and informal markets, but to adopt targeted measures to ensure that affected individuals have more varied work options and are not limited to informal and dangerous forms of labour. Drawing attention to these legal obligations could thus offer a significant contribution to pushing for greater access to work by refugees and asylum seekers in Latin American States and to promoting their social inclusion more broadly.

References

- ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra. *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2017. 10.1093/law/9780199989683.001.0001.
- ARAUJO, Andrey Araujo de; VEIGA, Fabiano De Aragão. Refugiados e o direito ao trabalho no brasil: análise sob a ótica da legislação internacional e das obras de Hannah Arendt. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, v. 7, n. 1, pp. 1-20, 2021. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2021.v7i2.8144>
- ARGENTINA. *Obtener una residencia temporaria como trabajador migrante – No Mercosur*. Available at: <https://www.argentina.gob.ar/servicio/obtener-una-residencia-temporaria-como-trabajador-migrante-no-mercosur>. Accessed on: 14 June 2022.
- BHATTACHARJEE, Saurabh. Situating the Right to Work in International Human Rights Law: An Agenda for the Protection of Refugees and Asylum-Seekers. *National University of Juridical Sciences Law Review*, v. 6, pp. 41-62, Jan./Mar. 2013. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2501230>.
- BRAZIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/. Accessed on: 4 July 2023.
- BRAZIL. *Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. *Diário Oficial da União*, Section 1, Brasília, DF, year 137, n. 215, p. 12, 31 Dec. 1999.

- BRAZIL. *Decreto nº 50.215, de 28 de Janeiro de 1961*. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Diário Oficial da União: Section 1, Brasília, DF, year 100, n. 25, p. 838, 30 Jan. 1961.
- BRAZIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da União, Section 1, Brasília, DF, year 130, n. 128, p. 8713, 07 July 1992.
- BRAZIL. *Decreto nº 678, 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, Section 1, Brasília, DF, year 130, n. 214, p. 15562, 09 Nov. 1992.
- BRAZIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União, Section 1, Brasília, DF, year 146, n. 239, p. 59, 15 Dec. 2009.
- BRAZIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). *Recurso de Revista 1406-71.2015.5.12.0034*. Appellant: Companhia Melhoramentos da Capital – COMCAP. Appellee: Falcão Josaphat. Reporter: Min. Antonio José de Barros Levenhagen, 20 June 2017.
- CANTOR, David James. Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence. *Refugee Survey Quarterly*, v. 34, n. 1, pp. 79-106, Mar. 2015. <https://doi.org/10.1093/rsq/hdu017>.
- CAVALLARO, James L.; SCHAFFER, Emily J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, v. 56, pp. 217-282, 2004.
- CESCR. 'General Comment No. 5. UN Doc E/1995/22. 01 January 1995.
- CESCR. Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Slovakia. UN Doc E/C.12/SVK/CO/2. 08 June 2012.
- CESCR. Concluding Observations on Dominican Republic's Third Report on Implementation of the ICESCR. UN Doc E/C.12/DOM/CO/3. 26 November 2010.
- CESCR. Concluding Observations on the Combined Fifth and Sixth Periodic Reports of Mexico. UN Doc E/C.12/MEX/CO/5-6. 17 April 2018.
- CESCR. Concluding Observations on the Combined Fourth and Fifth Reports of Bulgaria. UN Doc E/C.12/BGR/CO/4-5. 11 December 2012.

- CESCR. Concluding Observations on the Combined Third to Fifth Periodic Reports of Romania. UN Doc E/C.12/ROU/CO/3-5. 08 December 2014.
- CESCR. Concluding observations on the fifth periodic report of Belgium. UN Doc E/C.12/BEL/CO/5. 26 March 2020.
- CESCR. Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Costa Rica. UN Doc E/C.12/CRI/CO/5. 21 October 2016.
- CESCR. Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Sri Lanka. UN Doc E/C.12/LKA/CO/5. 04 August 2017.
- CESCR. Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of Morocco. UN Doc E/C.12/MAR/CO/4. 21 October 2015.
- CESCR. Concluding observations on the second periodic report of Latvia. UN Doc E/C.12/LVA/CO/2. 30 March 2021.
- CESCR. Concluding observations on the third periodic report of Czechia. UN Doc E/C.12/CZE/CO/3. 28 March 2022.
- CESCR. Concluding observations on the third periodic report of Slovakia. UN Doc E/C.12/SVK/CO/3. 14 November 2019.
- CESCR. Concluding observations on the third periodic report of the Plurinational State of Bolivia. UN Doc E/C.12/BOL/CO/3. 05 November 2021.
- CESCR. Concluding Observations on Venezuela's Second Periodic Report on Implementation of the ICESCR. UN Doc E/C.12/1/Add.56. 21 May 2001.
- CESCR. Duties of States towards refugees and migrants under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. UN Doc E/C.12/2017/1. 13 March 2017.
- CESCR. General Comment No 18. UN Doc E/C.12/GC/18. 06 February 2006.
- CESCR. General Comment No. 20. UN Doc E/C.12/GC/20. 02 July 2009.
- CESCR. General Comment No. 3. UN Doc E/1991/23. 01 January 1991.
- CESCR. General Comment No. 6. UN Doc E/1996/22. 07 October 1996.
- CESCR. Guidelines on Treaty-Specific Documents to be Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. UN Doc E/C.12/2008/2. 24 March 2009.
- CHAVES-GONZÁLEZ, Diego; ECHEVERRÍA-ESTRADA, Carlos. *Un perfil regional de los migrantes y refugiados venezolanos en América Latina y el Caribe*. IOM & MPI, 2020.
- CHETAIL, Vincent. *International Migration Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

- CHILE. *Código del Trabajo*. DFL n. 1, 31 July 2002. Available at: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516_recurso_1.pdf. Accessed on 06 July 2023.
- CLOONEY, Amal; WEBB, Philippa. *The Right to a Fair Trial in International Law*. Oxford: *Oxford University Press*, 2021. 10.1093/law/9780198808398.001.0001.
- CONFERENCE OF PLENIPOTENTIARIES ON THE STATUS OF REFUGEES AND STATELESS PERSONS. *Summary Record of the 9th meeting held at the Palais des Nations, Geneva, on Friday, 6 July 1951, at 10.30 a.m.* UN Doc A/CONF.2/SR.9. 21 November 1951.
- COSTA RICA. *Constitución Política de Costa Rica*. 7 November 1949. Available at: <https://faolex.fao.org/docs/pdf/cos127451.pdf>. Accessed on: 06 July 2023.
- COSTA, Rosa. *Rights of Refugees in the Context of Integration: Legal Standards and Recommendations*. UNHCR, June 2006.
- COUTO, Marília Cláudia Martins Vieira; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito. Acesso de imigrantes e refugiados ao trabalho digno: análise de obstáculos legais e sociais. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, v. 9, n. 1, pp. 1-14, 2023. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2023.v9i1.9620>
- COUNCIL OF EUROPE. *Refugees and the right to work*. Doc. 13462. 24 March 2014.
- CRAVEN, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- DANKWA, E.V.O. Working Paper on Article 2(3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 9, n. 2, pp. 230-249, 1987. <https://doi.org/10.2307/762296>.
- ECTHR. *Gaygusuz v. Austria*. App No. 17371/90. Strasbourg, 16 September 1996.
- ECTHR. *Nyanzi v. the United Kingdom*. App No. 21878/06. Strasbourg, 8 April 2008.
- EDWARDS, Alice. Gainful Employment, Article 17. In: ZIMMERMANN, Andreas (org.). *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 950-972. 10.1093/actrade/9780199542512.001.0001.

- EDWARDS, Alice. Gainful Employment, Article 18. In: ZIMMERMANN, Andreas (org.). *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 973-981. 10.1093/actrade/9780199542512.001.0001.
- FLACSO. *Refugiados Urbanos En Ecuador: Estudio Sobre Los Procesos de Inserción Urbana de La Población Colombiana Refugiada, El Caso de Quito y Guayaquil*. Quito: FLACSO, 2011.
- FOSTER, Michelle. *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refuge from Deprivation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493980>.
- GERARDS, Janneke. Discrimination Grounds. In: SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa; BELL Mark (org.). *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007. p. 33-184.
- GOODWIN-GILL, Guy S; MCADAM, Jane. *The Refugee in International Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2021. 10.1093/law/9780198808565.001.0001.
- GRUPO ARTICULADOR REGIONAL DEL PLAN DE ACCIÓN BRASIL 2017. *El Derecho al Trabajo de las Personas Solicitantes de Asilo y Refugiadas en América Latina y el Caribe*. 2018. Available at: <https://asylumaccess.org/wp-content/uploads/2019/07/Derechos-Laborales-Refugiadas-en-America-Latina-y-el-Caribe-final-ESP.pdf>. Accessed on: 06 June 2023.
- GUATEMALA. *Código de Trabajo. Decreto No. 1441*. 05 May 1961. Available at: http://www.sice.oas.org/investment/NatLeg/GTM/Trabajo_s.pdf. Accessed on: 06 July 2023.
- HATHAWAY, James C. *The Rights of Refugees under International Law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. <https://doi.org/10.1017/9781108863537>.
- HRC. *Oulajin & Kaiss v. The Netherlands*. UN Doc CCPR/C/46/D/406/1990 and 426/1990. 5 November 1992.
- IACOMMHR. *Familia Julien-Grisonas v. Argentina (Admisibilidad y Fondo)*. Report No. 56/19, Case 13.392. 4 May 2019.
- IACOMMHR. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116. 2002.
- IACOMMHR. *Margarita Cecilia Barbería Miranda vs. Chile (Merits)*. Report No 56/10, Case 12.469. Washington D.C., 18 March 2010.

- IACOMMHR. *Trabajadores indocumentados vs. Estados Unidos de América (Fondo)*. Report No 50/16, Case 12.834. 30 November 2016.
- IACTHR. *Atala Riffo and daughters v. Chile (Merits, Reparations and Costs)*. Ser C No. 239. San José, 24 February 2012.
- IACTHR. *Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic (Preliminary objections, merits, reparations and costs)*. Ser C No. 282. San José, 28 August 2014.
- IACTHR. *Case of Gonzales Lluy et al. v. Ecuador (Preliminary objections, merits, reparations and costs)*. Ser C No. 298. San José, 1 September 2015.
- IACTHR. *Case of I.V. v. Bolivia (Preliminary objections, merits, reparations and costs)*. Ser C No. 329. San José, 30 November 2016.
- IACTHR. *Case of Lagos del Campo v. Peru (Preliminary objections, merits, reparations and costs)*. Ser C No. 340. San José, 31 August 2017.
- IACTHR. *Case of Poblete Vilches et al. v. Chile (Merits, reparations and costs)*. Ser C No. 349. San José, 8 March 2018.
- IACTHR. *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil (Preliminary objections, merits, reparations and costs)*. Ser C No. 318. San José, 20 October 2016.
- IACTHR. *Case of the Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil (Preliminary objections, merits, reparations and costs)*. Ser C No. 407. San José, 15 July 2020.
- IACTHR. *Case of Vélez Llor v. Panama (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*. Ser C No. 218. San José, 23 November 2010.
- IACTHR. *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*. Ser C No. 432. San José, 21 August 2021.
- IACTHR. *Caso Pavez Pavez vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Ser C No. 449. San José, 4 February 2022.
- IACTHR. *Caso Spoltore vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Ser C No. 404. San José, 9 July 2020.
- IACTHR. *Cuscul Piraval et al. v. Guatemala (Preliminary objections, merits, reparations and costs)*. Ser C No. 359. San José, 23 August 2018.
- IACTHR. *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples State Obligations concerning Change of Name, Gender Identity, and Rights Derived from a Relationship between Same-Sex Couples (Interpretation and Scope of Articles 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18 and 24, in Relation to Article 1, of the American Convention on Human Rights)*. Advisory Opinion 24-17. San José, 24 November 2017.

- IAC THR. Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03. San José, 17 September 2003.
- IAC THR. Pacheco Tineo Family v. Plurinational State of Bolivia (Preliminary objections, merits, reparations and costs). Ser C No. 272. San José, 25 November 2013.
- LEUTERT, Stephanie *et al.* Mexico: Las Barreras para el Estatus Legal, Derechos e Integración. Escuela de Asuntos Públicos Lyndon B. Johnson, June 2019.
- LIMIA, Emiliano. El desafío que viven los refugiados sirios que llegan a Latinoamérica. *Agencia Anadolu*, 24 Dec. 2017. Available at: <https://www.aa.com.tr/es/mundo/el-desaf%C3%ADo-que-viven-los-refugiados-sirios-que-llegan-a-latinoam%C3%A9rica/1014037>. Accessed on: 06 June 2023.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (org.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.
- MATHEW, Penelope *et al.* The Michigan Guidelines on the Right to Work. *Michigan Journal of International Law*, v. 31, n. 2, pp. 293-306, 2010.
- MATHEW, Penelope. *Reworking the Relationship between Asylum and Employment*. London: Routledge, 2012. <https://doi.org/10.4324/9780203116449>.
- MELISH, Tara J. Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social, and Cultural Rights in the Americas. *NYU Journal of International Law and Politics*, v. 39, pp. 171-343, 2006.
- PANAMA. *Código del Trabajo. Decreto N° 252/1971*, Series Legislativa 1971-Pan. 1, 30 December 1971. Available at: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/pa_0051_0.pdf. Accessed on 06 July 2023.
- PANAMA. *Decreto Número 257 por el cual se reglamenta la Ley No. 15 de 1959*. Gaceta Oficial n. 15499, 3 September 1965. Available at: Accessed on: <https://docs.panama.justia.com/federales/decretos/257-de-1965-nov-19-1965.pdf>. 06 July 2023.
- PANAMA. *Ley 56 por medio de la cual se regula el ejercicio de la Psicología en el territorio nacional*. Gaceta Oficial n. 17948, 16 September 1975. Available at: <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/56-de-1975-oct-15-1975.pdf>. Accessed on 06 July 2023.
- PERU. *Ley para la contractación de trabajadores extranjeros. Decreto Legislativo N° 689*. 4 November 1991. Available at: <https://www2.congreso.gob.pe/sicr/>

cendocbib/con4_uibd.nsf/FDAA0F74CC525DF505257E28005A5797/\$-FILE/1_DECRETO_LEGISLATIVO_689_05_11_1991.pdf. Accessed on 06 July 2023.

PROFESIONES que no Pueden Ser Ejercidas por Extranjeros en Panamá. *Chen Lee & Asociados*. Available at: <https://www.chenleeyasociados.com/profesiones-no-permitidas-para-los-extranjeros.html>. Accessed on: 4 June 2022.

SAUL, Ben; KINLEY, David; MOWBRAY, Jacqueline. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2014. 10.1093/law/9780199640300.001.0001.

UN AD HOC COMMITTEE ON REFUGEES AND STATELESS PERSONS. Deuxième session : Réfugiés et apatrides. Relevé des observations présentées par les Gouvernements et les institutions spécialisées au sujet du rapport du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes. UN Doc E/AC.32/L.40. 10 August 1950.

UN AD HOC COMMITTEE ON REFUGEES AND STATELESS PERSONS. Summary Record of the Thirteenth Meeting held at Lake Success, New York, on Thursday, 26 January 1950, at 11 a.m. UN Doc E/AC.32/SR.13. 6 February 1950.

UNHCR. Handbook on Protection of Stateless Persons under the 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons. 2014.

WHITE, Ana Guglielmelli. Un pilar de la protección: Reasentamiento solidario para los refugiados en América Latina. *Trabajo de Investigación* No. 29. Comité para Refugiados e Inmigrantes de los Estados Unidos, 2012.

Recebido em 06 de junho de 2023.

Aprovado em 07 de março de 2024.

RESUMO: Refugiados e solicitantes de refúgio enfrentam vários obstáculos no gozo do seu direito ao trabalho, incluindo barreiras sob a legislação interna dos Estados receptores e discriminação substantiva. Apesar da existência de normas que protegem o direito ao trabalho sob o direito internacional dos refugiados e dos direitos humanos, elas geralmente são abstratas e deixam margem considerável aos Estados sobre até que ponto refugiados e solicitantes de refúgio podem acessar o mercado de trabalho. No entanto, a jurisprudência recente da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu padrões mais protetores quanto ao direito ao trabalho e ao princípio da não-discriminação relativamente a grupos marginalizados. Este artigo busca demonstrar que esses padrões podem efetivamente ser aplicados a refugiados e solicitantes de refúgio, reduzindo assim a discricionariedade dos Estados na limitação do acesso desses grupos ao mercado de trabalho e oferecendo proteção mais concreta ao direito ao trabalho. Ao fazê-lo, o artigo analisará a extensão da proteção do direito ao trabalho desses grupos sob a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos a partir de declarações e decisões pertinentes de órgãos de direitos humanos sobre como esses instrumentos têm sido interpretados. O artigo então explorará mais a fundo a jurisprudência interamericana, mostrando o potencial dos padrões desenvolvidos nela à proteção do direito ao trabalho de refugiados e solicitantes de refúgio. Conclui-se que esses padrões podem e devem ser levados em consideração mais seriamente quando analisando a margem de discricionariedade dos Estados em limitar o acesso de refugiados e solicitantes de refúgio ao mercado de trabalho e pode ser usada como base para exigir medidas positivas e proativas dos Estados na promoção desse acesso.

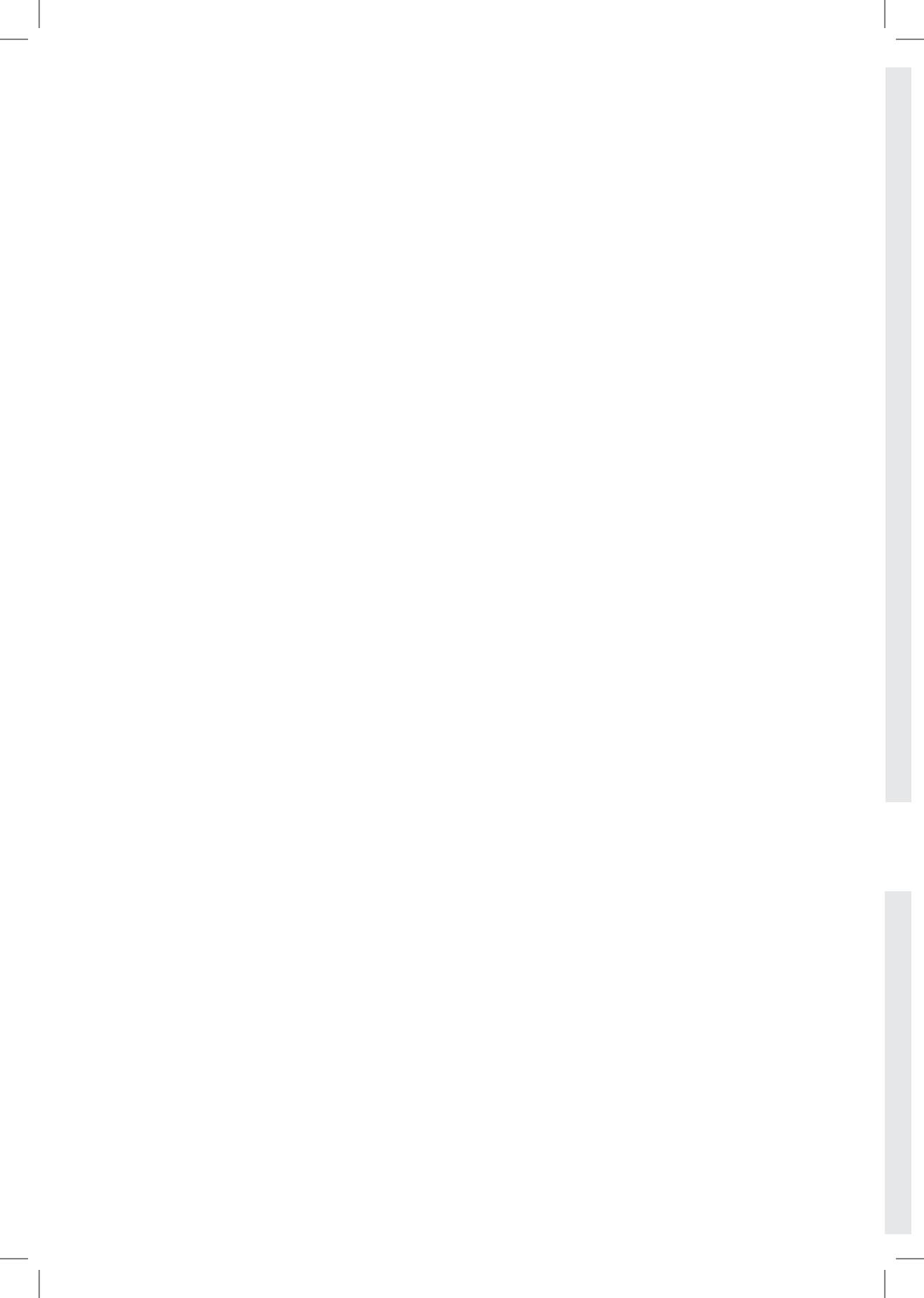
Palavras-chave: Direito ao trabalho; refugiados; solicitantes de refúgio; não-discriminação; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: Refugees and asylum seekers face several obstacles in enjoying their right to work, including bars under host States' domestic law and situations of substantive discrimination. Despite the existence of norms protecting the right to work under international refugee and human rights law, they are usually abstract and leave considerable discretion to States regarding the extent to which refugees and asylum seekers may access the labour market. Nevertheless, recent case-law of the Inter-American Commission and Court of Human Rights has set out more protective standards concerning the right to work and the principle that non-discrimination towards marginalised groups. This article aims to demonstrate that these standards can effectively be applied to refugees and asylum seekers, thus curtailing States' discretion in limiting their access to the labour market and offering more concrete protection of the right to work. In so doing, the article will analyse the extent to which these groups' right to work is protected under the Convention relating to the Status of Refugees, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the American Convention on Human Rights, drawing from relevant statements and decisions of human rights bodies on how these instruments have been interpreted. Then it will delve deeper into the Inter-American

case-law, showing the potential of the standards developed therein to the protection of refugees' and asylum seekers' right to work. It concludes that these standards can and ought to be taken into account more seriously when assessing States' discretion to limit refugees' and asylum seekers' access to the labour market and can be used as a basis to require positive and proactive measures from States in furthering this access.

Keywords: Right to work; refugees; asylum seekers; non-discrimination; Inter-American Commission of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: DO VALLE, Mariana Ferolla Vallandro. Advancing the access of refugees and asylum seekers to the labour market: building from the Inter-American Law. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2024. DOI: xxxx.



Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de julho a dezembro de 2023 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Aluno: Felipe Andres Rodriguez Stuardo (Mestrado)

Título do Trabalho: Adoção com dupla paternidade desde uma perspectiva queer.

Data da defesa: 01/08/2023

Banca: Adriana Vidal de Oliveira (orientadora); Marcia Nina Bernardes; Thula Rafaela de Oliveira Pires.

Resumo: A adoção com dupla paternidade faz parte dos debates em torno das minorias sexuais e sua relação com os direitos que são reconhecidos às pessoas e cidadãos pertencentes a um Estado. A partir desse ponto de partida, a pesquisa visa observar as dinâmicas que surgem em casais de homens que optam por ter filhos por meio do instituto jurídico da adoção, a fim de ilustrar como sua identidade homossexual é negociada em relação aos requisitos legais que são exigidos para adotar. Nesse contexto, o foco do trabalho é direcionado aos postulados não essencialistas oferecidos pelos estudos queer, com o objetivo de ter uma visão crítica do processo adotivo com dupla paternidade, segundo os fundamentos teóricos de Michel Foucault, Judith Butler e Paul B. Preciado. A pesquisa opta pela adoção, justamente para observar desde uma perspectiva queer, se ela se afasta ou não das posições que naturalizam a família heterossexual, como a única capaz de gerar prole e apta para adotar. Isso, porque adotar é um ato jurídico que se aperfeiçoa com a vontade de quem o pratica, sem exigir, em princípio, uma verdade biológica ou identidade sexual de quem deseja adotar. O trabalho analítico da pesquisa se nutre das informações fornecidas pelos casais entrevistados, pretendendo oferecer uma contribuição na área dos estudos sobre homossexualidade, desde uma visão queer que vai além do estabelecido.

Aluna: Viviana Mendes Ribeiro Ferreira (Doutorado)

Título do Trabalho: Democracia e direitos: rumos do feminismo marxista.

Data da Defesa: 05/09/2023

Banca: Francisco de Guimarães (orientador); Adriana Vidal de Oliveira; Alexandre Pinto Mendes; José Maria Gómez; Maurício de Albuquerque Rocha.

Resumo: Esta tese busca contribuir com os estudos sobre os caminhos possíveis engendrados pelo pensamento feminista marxista no que diz respeito à conquista de direitos e à extensão da democracia. Considerando a condição social das mulheres como local privilegiado da análise esta tese investiga como o advento da modernidade e do capitalismo definiu as funções e os locais subordinados que deveriam ser desempenhados e ocupados pelas mulheres, o que refletiu na desigualdade de direitos e, portanto, na implementação de um modelo limitado de democracia. Não obstante, com a formação do pensamento socialista, no final do século XIX, verifica-se o surgimento de um projeto emancipatório que pretende pôr fim às opressões de gênero e classe. Ou seja, desde o advento do pensamento de Marx encontram-se esforços que levam em conta a necessidade de transformação da condição social das mulheres como elemento indispensável do combate ao capitalismo rumo à revolução. Deste modo, analisa-se a trajetória do pensamento marxista revigorado no início do século XXI para o qual a “questão das mulheres” se apresenta como elemento incontornável para formação da luta de classes, extensão da democracia e combate ao capitalismo.

Aluna: Raquel Santos de Almeida (Doutorado)

Título do Trabalho: Deslocados climáticos e ambientais no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: um olhar a partir do processo de humanização do Direito Internacional.

Data da Defesa: 13/07/2023

Banca: Danielle de Andrade Moreira (orientadora); Andrea Bandeira de Mello Schettini; Carolina de Melo Campos; Fernanda de Salles Cavendon Capdeville.

Resumo: A presente pesquisa tem por escopo analisar os crescentes fluxos migratórios na América Latina e no Caribe relacionados às mudanças climáticas. Pretende-se identificar as novas tendências de deslocamentos forçados transfronteiriços no continente americano e examinar o quadro normativo protetivo disponível na região para a tutela dos novos deslocados no cenário de crise climática, especialmente ante a ausência de uma norma internacional própria de proteção. Para isso, é necessário confrontar o atual Direito Internacional dos Refugiados, além de outras normativas como os Princípios Reitores Relativos aos Deslocados Internos de 1998 e documentos afetos à proteção na seara migratória, no que dizem respeito às atuais demandas e hipóteses de mobilizações forçadas e migrações provocadas por catástrofes e fenômenos climáticos extremos. Tem-se por objetivo, por fim, verificar as capacidades e potencialidades do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) para a proteção adequada das pessoas deslocadas forçadas por razões climáticas e ambientais. Considera-se, sobretudo, a possibilidade de aplicação efetiva das normas de direitos humanos e dos padrões protetivos desenvolvidos no âmbito regional, tanto em questões ambientais quanto em questões de mobilidade humana, como resposta diante da anomia. Especial atenção é dada ao trabalho de interpretação empreendido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e suas contribuições que se coadunam e impulsionam a humanização do Direito Internacional, como sustentado por Antônio Augusto Cançado Trindade.

Aluna: Leandro Serra Silva Pereira (Doutorado)

Título do trabalho: Geodireito territorial: Abordagem epistemológica para uma justiça espacial fundamentada na propriedade coletiva da terra.

Data da Defesa: 02/08/2023

Banca: Danielle de Andrade Moreira (Orientadora); Adriano Pilatti; Mariana Trotta Dallalana Quintans; Rosangela Lunardelli Cavallazi.

Resumo: A tese de doutorado “Geodireito Territorial: Abordagem Epistemológica para a Justiça Espacial” propõe uma análise sobre a interseção entre direito e geografia, visando contribuir para o campo emergente do Geodireito. A pesquisa surge diante da necessidade crescente de abordar questões habitacionais sob aspectos jurídicos e territoriais que legitimem o uso do solo exercido por grupos que disputam a centralidade urbana, como as ocupações urbanas. A tese persegue a hipótese da possibilidade de um alinhamento teórico-metodológico que formule o Geodireito Territorial, uma base epistemológica que agrega aspectos territoriais com a coercitividade do direito. Os objetivos incluem o desenvolvimento deste arranjo epistemológico, e a apresentação de casos referência que ilustram os efeitos da incidência jurídica nas localidades do Centro do Rio de Janeiro-RJ. A metodologia adotada combina elementos de pesquisa bibliográfica, análise documental e pesquisa participante, utilizando observações feitas em trabalhos de campo. O Mapa do Geodireito Territorial surge como um produto (em formato de mapa mental) que funciona como ferramenta prática para a formulação de agendas políticas de grupos em situação de disputa territorial. A tese contribui para a academia e movimentos sociais que buscam a justiça espacial, ao explorar o conhecimento interdisciplinar para a elaboração de uma base epistemológica que integra conceitos jurídicos e geográficos caros à análise de problemáticas territoriais.

Aluna: Heloisa de Faria Pacheco (Mestrado)

Título do trabalho: “Igualitarismo negro” e lutas por democratização do ensino superior brasileiro: uma análise da judicialização da Lei nº 12.711/2012 no Tribunal Federal da 2ª Região (TRF2).

Data da Defesa: 26/09/2023

Banca: Gisele Guimarães Cittadino (Orientadora); Andreia Clapp Salvador; Thula Rafaela de Oliveira Pires.

Resumo: A dissertação pretende compreender a permanência da judicialização das políticas de ações afirmativas nas universidades públicas federais, que visam a democratização do acesso ao ensino superior público brasileiro e colocam em debate sua própria funcionalidade para manutenção ou superação das desigualdades no país. Em um momento em que se completa a primeira década de implementação da Lei nº 12.711/2012 nestas instituições, busca analisar o que se encontra em disputa na efetivação desses programas. Para tanto, recorre à categoria “Igualitarismo Negro”, desenvolvida por Antonio Sergio Alfredo Guimarães, para entender os desafios que as lutas e formas de resistência do movimento negro trazem para os processos de invenção democrática, notadamente para o reconhecimento das desigualdades raciais, a aprovação de políticas de igualdade (promocionais e antidiscriminatórias) e o enfrentamento ao racismo no campo educacional. Ademais, dimensiona como os procedimentos de fiscalização e verificação das condições de beneficiários está no cerne das controvérsias e dos debates legislativos, jurisprudenciais, acadêmicos e midiáticos, ensejando distintas formas de formulação e concretização da política pública. A partir desses dois subsídios, são analisadas quarenta e uma decisões (41) proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), que possui jurisdição no Rio de Janeiro e no Espírito Santo, concernentes à execução da Lei de Cotas pelas universidades localizadas nesses estados (UFES, UFF, UFRJ, UFRRJ, UNIRIO). Inicialmente, como objetivos específicos, buscou-se identificar a natureza da demanda, a classe da ação, as Turmas Recursais que proferiram as decisões, o ano da decisão, as universidades envolvidas, a sub-cota judicializada, o autor do recurso, o tipo de assistência jurídica dos candidatos, o curso de graduação judicializado, as manifestações do Ministério Público

Federal e das gestões universitárias e o resultado das decisões em segunda instância. Em sequência, com o objetivo de compreender os dissensos e o posicionamento do TRF2, analisa-se os argumentos apresentados pelos autores dos recursos e a fundamentação da decisão do órgão colegiado. Objetiva-se, assim, compreender as disputas que permanecem após uma década de implementação da legislação federal, em especial quanto à adoção de instrumentos de controle do efetivo acesso dos seus sujeitos de direito à educação superior.

Aluna: Maria Izabel Guimarães Beraldo da Costa Varella (Doutorado)

Título do trabalho: “Memória da ofensa”: justiça de transição, direitos humanos e transmissão da memória.

Data da Defesa: 14/09/2023

Banca: Maurício de Albuquerque Rocha (Orientador); José Maria Gómez; Rafael Barros Vieira; Renato de Andrade Lessa.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo abordar criticamente o encontro entre a forma como a memória é compreendida no campo da justiça de transição, por um lado, e, por outro, como é concebida a partir da obra de Walter Benjamin, e transmitida pela literatura Primo Levi. Trata-se, mais precisamente, da tentativa de partir da teoria benjaminiana e da literatura de Primo Levi para pensar criticamente a forma da memória e seus limites, quando inserida no campo da justiça transicional. Isso porque, argumentamos, há certos pressupostos implícitos a esse campo que dão azo a questionamentos sobre sua natureza “transitória”, e que delimitam a potência da memória como meio de pôr em crítica o presente e, assim, para impulsionar a criação do novo. Para tratar do tema, abordamos, na primeira parte da tese, contornos conceituais e genealógicos da justiça de transição; as formas de expressão da memória, a partir do entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); e alguns dos pressupostos do campo. Na segunda parte do trabalho, apresentamos alguns dos aspectos que marcam a concepção da memória em Benjamin, a fim de alcançar uma outra perspectiva sobre a

potência da relação entre a transmissão da experiência pretérita e o presente. Em seguida, aproximamos a memória benjaminiana e a forma literária criada por Primo Levi para transmitir a “memória da ofensa”.

Aluna: Maria Cecilia Lessa da Rocha (Doutorado)

Título do trabalho: Não se pode reinar inocentemente: Saint-Just e o julgamento de Luís XVI.

Data da Defesa: 30/08/2023

Banca: Maurício de Albuquerque Rocha (Orientador); Francisco de Guimarães; José Maria Gómez; Mariana Cecilia de Gainza; Thais Florencio de Aguiar.

Resumo: Mais de duzentos anos se passaram desde o início da Revolução francesa, será que já se falou demais sobre ela? Creio que não. Por ser um dos eventos fundantes das sociedades modernas, sua história é continuamente disputada. A sua complexidade vai além da simples categoria de “revolução burguesa” e autoriza ver neste evento um verdadeiro laboratório de experiências, não modelos, já que não se prestam a serem imitados, mas podem inspirar o presente para imaginar – e construir – o futuro. Assim, o presente trabalho se debruça sobre um período específico da Revolução francesa: o julgamento de Luís XVI; nesta cena, um personagem é principal, não Luís, mas o jovem revolucionário Saint-Just. Sendo o mais jovem membro da Convenção nacional, sobe à tribuna da assembleia e afirma de maneira contundente: Para mim, não vejo meio-termo, este homem deve reinar ou morrer. Segundo Saint-Just, um rei é um inimigo, deve ser combatido e não julgado. Para explorar esse corte em meio aos debates de quem e como julgar Luís XVI, apresento o seguinte trajeto: na primeira parte, investigo a biografia desse jovem revolucionário, os caminhos de sua formação e obras anteriores a seu debut na carreira parlamentar. Na segunda parte, traço um breve histórico dos acontecimentos que precipitaram o fim da monarquia constitucional na França, para em seguida mergulhar na cena principal, o julgamento de Luís XVI. Apresento as teses jurídicas em questão, pró e

contra a acusação e condenação no ex-monarca, as questões constitucionais, e busco mostrar a radical ruptura introduzida pela fala de Saint-Just, tendo em conta suas obras teóricas que nos foram legadas como fragmentos o Da natureza, do estado civil e da cidadania ou Regras da independência de Governo e o Instituições Republicanas.

Aluna: Yasmin Teixeira de Carvalho (Mestrado)

Título do trabalho: O fenômeno democrático na dimensão da opinião e sua desfiguração.

Data da Defesa: 31/07/2023

Banca: Renato de Andrade Lessa (Orientador); Andrea Bandeira de Mello Schettini; Mayra Goulart da Silva.

Resumo: A Dissertação de Mestrado “O fenômeno democrático na dimensão da opinião e sua desfiguração” analisa o fenômeno democrático tomando como princípio seu caráter representativo e dando especial enfoque aos seus processos de desfiguração, partindo da premissa de que a democracia contém, em si própria, os elementos capazes de figurá-la e, também, de desfigurá-la. Essa análise teve como base os fundamentos teóricos acerca do tema, iniciando pela perspectiva de Joseph Schumpeter, a qual é, há décadas, hegemônica na ciência política, passando pelas críticas feitas à referida teoria por Peter Bachrach e mergulhando mais profundamente na tese de Nadia Urbinati, a qual é considerada como sendo uma perspectiva alternativa e mais precisa para encarar os processos de desfiguração democrática em curso em diversos países. Com Urbinati, a protagonista da presente dissertação, tensiona-se as dimensões da esfera da opinião e da vontade na estruturação da forma de vida democrática, evidenciando em que nível e de que forma certas deformidades, que podem surgir durante o próprio fluxo metabólico da vida democrática, são capazes de desfigurá-la.

Aluna: Luiz Felipe Waitz (Doutorado)

Título do trabalho: O Reino e a Glória: um estudo sobre política e moralidade conservadora evangélica na república brasileira.

Data da Defesa: 09/08/2023

Banca: Adriano Pilatti (Orientador); Francisco de Guimarães; Renato de Andrade Lessa; Ronaldo Romulo Machado de Almeida; Livia Reis Santos.

Resumo: O trabalho tem por tema uma análise histórica da formação de uma identidade moral conservadora nas grandes denominações evangélicas brasileiras. Tendo por itinerário histórico o desenvolvimento do pentecostalismo brasileiro, e por marco político o regime militar e a redemocratização pós-1998, o presente estudo trabalha com as divisões conceituais de pentecostais e neopentecostais para propor uma interpretação da constituição da identidade evangélica através dos meios de comunicação em massa, e a posterior participação evangélica na política alinhada ao conservadorismo reacionário. A principal preocupação é tentar explorar o modo como se iniciou a maior participação evangélica na política parlamentar nacional a partir da redemocratização e os motivos que fizeram com que os políticos evangélicos militassem ideologicamente mais à direita conservadora do que em outros campos. Procura-se dar maior atenção a diferentes tradições evangélicas, seus valores e sua história, para demonstrar que, apesar de se falar muito em pauta política evangélica, ou bancada evangélica, não existe uma forma específica de condução evangélica da política.

Aluna: Grazielle da Silveira Pereira (Doutorado)

Título do trabalho: Povos indígenas do Brasil e da Guiana Francesa: estatutos legais distintos e desproteção nos dois lados da fronteira (1946-1987).

Data da Defesa: 13/12/2023

Banca: José Mariz Gómez (Orientador); Bethania de Albuquerque Assy; Eric Millard; Lilian Marcia Balmant Emerique; Roberto Vilchez Yamato.

Resumo: Esta tese de doutorado visa comparar a relação entre Estado brasileiro e francês, na Guiana, e seus povos indígenas nos anos de 1946 a 1987. O estudo compreende a análise do direito elaborado e previsto nas Constituições e leis, como a falta de direito especializado, a violação de direitos, as violências cometidas com a colaboração do Estado e as resistências produzidas pelos povos indígenas. Trata-se de demonstrar que os sistemas jurídicos brasileiros e francês não protegem os povos indígenas porque repousam sobre premissas coloniais de integração e aniquilamento desses povos.

Aluno: André Alexandre Neves da Silva (Mestrado)

Título do trabalho: Representação política e orçamento público: Implicações das emendas orçamentárias sobre a democracia representativa.

Data da Defesa: 20/07/2023

Banca: Renato de Andrade Lessa (Orientador); Adriano Pilatti; Mayra Goulart da Silva.

Resumo: A pesquisa consubstanciada nesta dissertação pretendeu analisar a compatibilidade das recentes normas regentes do processo orçamentário com a natureza da representação política. Inicialmente, procurou-se estabelecer possíveis marcos distintivos característicos de uma democracia representativa

a partir de referencial teórico de autores estudiosos do fenômeno democrático e da representação política. Demarcados os conceitos, resgataram-se os princípios mais relevantes e o grau de participação dos poderes na elaboração do orçamento público. Em seguida, foram investigados os efeitos decorrentes da participação unipessoal de deputados e senadores na alocação de despesas orçamentárias, em especial se a prática seria compatível com as normas constitucionais originárias e com os princípios da democracia representativa. O estudo indica a presença de disfunções resultantes do atual quadro de utilização de emendas parlamentares, sobretudo a ocorrência de intervenção indevida do Poder Legislativo sobre a esfera de competências do Poder Executivo; desarticulação do planejamento e execução de políticas públicas; sujeição de recursos públicos a desvios e enfraquecimento dos nexos de responsabilização política.

Aluna: Nathalia Assmann Gonçalves (Doutorado)

Título do trabalho: Representatividade e Direitos políticos das mulheres: Entre presença e ideias.

Data da Defesa: 02/08/2023

Banca: Marcia Nina Bernardes (Orientadora); Adriana Vidal de Oliveira; Ana Paula de Oliveira Sciammarella; Fabiana Cristina Severi; José Maria Gómez.

Resumo: Esta pesquisa analisa a representatividade da “bancada feminina” na Câmara Federal, por meio do método dedutivo, considerando duas dimensões principais: presença e ideias. O objetivo geral dessa investigação é examinar as potenciais interações entre essas duas perspectivas no âmbito do legislativo federal brasileiro. Partindo de uma abordagem feminista, a pesquisa delinea o conceito de representatividade, destacando o debate internacional em relação a construção de medidas institucionais de inclusão no cenário político que se fortaleceu a partir da década de 90. Além disso, destaca as lutas políticas articuladas pelas mulheres na conquista e expansão de seus direitos políticos no Brasil, desde a luta pelo sufrágio até a implementação

das cotas eleitorais de gênero e a consolidação da “bancada feminina”. A pesquisa ressalta a importância de fortalecer e ampliar os direitos políticos das mulheres, enfatizando que a busca pela equidade de gênero nos espaços políticos está intrinsecamente ligada a esforços para transformar as estruturas de poder que perpetuam a injustiça e a desigualdade.

Aluna: Twig Santos Lopes (Doutorado)

Título do trabalho: Violência política contra as mulheres: sentidos e articulações entre ativistas e representantes políticas nas tramas do Estado.

Data da Defesa: 08/08/2023

Banca: Marcia Nina Bernardes (Orientadora); José Maria Gómez; Marília Montenegro Pessoa de Mello; Thula Rafaela de Oliveira Pires.

Resumo: A representatividade feminina em espaços de poder é uma necessidade e um direito em sociedades cujos valores democráticos são inegociáveis para se alcançar a cidadania política das mulheres. No entanto, a consagração dos direitos políticos das mulheres é atravessada por uma série de desafios e tensões que limitam a autonomia, o reconhecimento e o exercício de tais direitos, compelindo-as à mobilização e luta. Esta inquietação ensejou a pergunta que direcionou o presente trabalho de pesquisa: de que modo a violência política contra grupos vulnerabilizados, especialmente mulheres, emerge enquanto categoria mobilizada por diferentes atores sociais? A fim de respondê-la, a tese inicialmente reconstrói as dinâmicas de organização e de participação política deste grupo em torno da construção do(s) movimento(s) feminista(s) brasileiros, buscando compreender como a questão da violência se tornou um vetor de articulação das agendas feministas desde a ditadura civil – militar e durante a redemocratização. Ainda, passa pela busca de nomeação do problema do assédio e da violência política a partir da experiência do ativismo latino-americano, em especial, do caso Boliviano, até a produção legislativa da primeira norma específica sobre o tema no Brasil, no âmbito da Lei nº. 14.192/2021, destacando como a técnica legislativa focada no aspecto punitivo e a obliteração do “gênero”

irrompem como dimensão moral vinculada à agenda contrária aos direitos das mulheres; e se aproxima das narrativas de mulheres que fazem política no Brasil, especialmente representantes de cargos eletivos, que informam, a partir de suas experiências relatadas publicamente, os contornos e especificidades com que essas violências e assédios se apresentam. Ainda, apresento o primeiro processo judicial no âmbito da Lei nº. 14.192/2021, com o objetivo de demonstrar os caminhos procedimentais adotados e a recepção da justiça especializada para processar e julgar a matéria. Considero que a violência política contra as mulheres, no contexto em que abordo, é decorrente da combinação entre fatores históricos - culturais e os arranjos do sistema político-eleitoral e que se manifesta por meio de omissões, atos e/ou práticas de grupos ou indivíduos com o intuito de inviabilizar o ingresso e a permanência das mulheres nos cargos representativos. Ela emerge no Brasil como categoria mobilizada pela sociedade civil desde os relatos narrados pelas ofendidas e inspirada pelas experiências de advocacy e legislações de outros países, ao passo que a versão normativa da categoria emerge a partir do aumento dos episódios de violência em meio à conjuntura política permeada pelo extremismo bolsonarista e discursos de ódio, de modo a se constituírem mutuamente.

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&rsid=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) autore(s) 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:

¹ FRASER, 1996, pp. 128-129.

² 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 italicizado. 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 Messias; 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*. Seqüência: estudos jurídicos e políticos. Vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. *The Cogni-*

tive 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 formação 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 adequação 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 posteriores.

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: <https://revistades.jur.puc-rio.br/>

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.