



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2016
ISSN 1516-6104

49

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, artigos de revisão, resenhas, entrevistas, palestras, relatórios de pesquisas ou relatos específicos sobre seminários científicos. Alguns números do periódico dedicam-se a temáticas específicas, conforme deliberação do Conselho Editorial. 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 Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma – La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Pedro Chrismann (Editor-Assistente); Rebeca Freitas (Editor-Assistente); Úrsula Vasconcellos (Editor-Assistente).

Apoio gráfico-editorial

Editora 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, doação e venda.

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 <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/> ou para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página.

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 49 Julho-Dezembro 2016

ISSN 1516-6104

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

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

5 | Carta do editor/*Editorial*

Artigos/Papers

- 10 | A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade
The Haitian Revolution and the Black Atlantic: Constitutionalism in face of the Dark Side of Modernity
Evandro Charles Piza Duarte e Marcos Vinícius Lustosa Queiroz
- 43 | A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais
The Tension between Constitutionalism and Exception: when the State Order Prevails over Fundamental Rights
Henrique Smidt Simon
- 86 | Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011
Political Considerations on the Legal Prohibition of the Provisional Freedom Benefit: Tensions and Consensus in the Trial of Habeas Corpus 104.339 and the Context of the Law 12.403/2011
Otávio Dias de Souza Ferreira
- 114 | Democracia e Internet: Pensando a Limitação do Poder na Sociedade da Informação
Democracy and Internet: Thinking the Limitation of Power in the Informational Society
Priscila Zilli Serraglio e Neuro José Zambam
- 142 | Raciocínio Moral (*Moral Reasoning*) e Raciocínio Jurídico (*Legal Reasoning*) no Exercício da Jurisdição Constitucional
Moral Reasoning and Legal Reasoning in the Exercise of Constitutional Jurisdiction
Rafael de Oliveira Costa, Bruno Starke Buzetti e Lanaira da Silva

- 168** | *El Caso en México de “Las Patronas” y el Premio Nacional de Derechos Humanos 2013*
O Caso das “Patronas” no México e o Prêmio Nacional de Direitos Humanos 2013
Rafael Modesto De Gasperin Gasperin, Enriqueta Guadalupe Del Rio Martínez Guadalupe e María De Gasperin Del Río
- 188** | *A Contraditória Relação entre Livre-Mercado e Desenvolvimento Humano: Possíveis Soluções a partir do Conceito de Capacidades em Amartya Sen*
The Contradictory Relationship between Free Market and Human Development: Possible Solutions from the Concept of Capabilities in Amartya Sen
Gina Vidal Marcílio Pompeu e Rafael Veras Castro Melo
- 208** | *A Relativização do Conceito de Soberania como Condição para Proteção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente*
The Relativization of the Concept of Sovereignty as a Condition for the Preservation of the Fundamental Right to Environmental Protection
Silvana Raquel Brendler Colombo e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger
- 234** | *Achieving a more Sustainable and Fair Society: How Individual and Collective Action Shape the Energy Efficiency of Buildings*
Conseguindo uma Sociedade mais Sustentável e Justa: Como a Ação Individual e Coletiva Molda a Eficiência Energética dos Edifícios
Teresa Parejo-Navajas
- 249** | **Notícias e informações/News and informations**
Resumos das dissertações e teses defendidas no segundo semestre de 2016 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional
- 267** | **Resumos/Abstracts**

Carta do editor

É com imensa satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro apresenta o número 49 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2016. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de grande variedade, 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 (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

A nova edição se inicia com o artigo de Evandro Charles Piza Duarte e Marcos Vinícius Lustosa Queiroz, que traz importantes contribuições no campo do direito na América Latina. A partir da análise da categoria “Atlântico Negro” e da trajetória da Revolução Haitiana, destacado como um evento de grande relevância para a reconstituição da cadeia de processos relativos à diáspora africana no Atlântico, os autores buscaram compreender os fenômenos da modernidade, do colonialismo e do constitucionalismo. Além disso, outra missão bem sucedida do artigo foi a de reinserir as problemáticas envolvendo a diáspora africana nas Américas dentro dos debates promovidos pelo novo constitucionalismo latino-americano.

A seguir, Henrique Smidt Simon trabalha o conflito entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Ele demonstra como, recentemente, a preocupação com a ordem vem se sobrepondo à preocupação em promover as garantias constitucionais dos indivíduos. Para tanto, trabalha com três exemplos práticos: os “rolezinhos”, as manifestações de 2013 e o caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. O autor destaca, então, a necessidade de se retomar a preocupação com a manutenção da legalidade com o objetivo de combater uma naturalização do estado de exceção.

Otávio Dias de Souza Ferreira, por sua vez, enfrenta a questão da liberdade provisória através da análise do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do habeas corpus n. 104.339, que versou sobre a constitucionalidade do dispositivo sobre a liberdade provisória previsto na “Lei de Drogas” – um dispositivo com histórico de resistência na aplicação pelo Judiciário. O objetivo foi o de avaliar as tensões entre o próprio Judiciário e entre este e outros atores políticos importantes durante o processo decisório. O autor destaca que a referida decisão envolveu um amplo debate no colegiado da Corte, tendo contribuído para o aprofundamento do diálogo entre as instituições, enriquecendo a discussão na esfera pública.

Priscila Zilli Serraglio e Neuro José Zambam, em seu artigo, problematizam os efeitos das novas tecnologias de informação – principalmente a internet – para o controle tanto do povo em relação ao estado, quanto do estado em relação ao povo. Trabalhando com o exemplo do movimento conhecido como “Primavera Árabe”, em que a tecnologia foi utilizada como principal meio de divulgação, os autores concluem que as tecnologias da informação, ao expandirem a comunicação de uma maneira geral, funcionam como um mecanismo para os cidadãos mais críticos controlarem e pressionarem o poder público, contribuindo para uma governança mais democrática.

O estudo de Rafael de Oliveira Costa, Bruno Starke Buzzetti e Lanaira da Silva se debruça sobre a relação existente entre o raciocínio moral e o raciocínio jurídico no contexto das decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais. Os autores questionam até que ponto o raciocínio moral pode balizar a tomada de decisão destes e defendem o desenvolvimento de um raciocínio jurídico balizado por parâmetros claros e que permitam uma justificação racional da decisão tomada. Por fim, concluem que a construção de uma teoria analítico-hermenêutico-argumentativa tornaria o Direito menos sujeito à subjetividade e às preferências morais dos julgadores.

O artigo de Rafael Modesto De Gasperin Gasperin, Enriqueta Guadalupe Del Rio Martínez Guadalupe e María De Gasperin Del Río partem do trabalho desenvolvido por um grupo de mulheres do sudeste do México conhecido como “Las Patronas”. O referido grupo se reúne com o objetivo de prestar auxílio a migrantes do México e da América Central. Dessa forma, os autores chamam a atenção para a problemática envolvendo a vulnerabilidade jurídica enfrentada por esses migrantes, destacando o papel de grande relevância que a solidariedade e os direitos humanos vêm desempenhando nos processos imigratórios que vêm ocorrendo, durante o século XXI, no México e na América Central.

O artigo de Rafael Veras Castro Melo e Gina Vidal Marcílio Pompeu trata da relação entre livre-mercado e desenvolvimento humano, tendo por base o pensamento de Amartya Sen. Enfrenta-se, assim, o conceito de livre-mercado e as críticas direcionadas a ele. Concluem que, apesar de o livre-mercado possuir um papel crucial no processo de desenvolvimento, ele não possui a capacidade de resolver todas as adversidades sociais. Assim, só é possível um verdadeiro processo de desenvolvimento quando há, conjuntamente, tanto o respeito às diretrizes do livre-mercado quanto uma atuação firme do Estado para dirimir eventuais dificuldades sociais.

Silvana Colombo e Raquel Sparemberger problematizam em seu artigo a visão tradicional acerca do conceito de soberania. A partir da demonstração das obscuridades e das controvérsias envolvendo tal conceito na primeira parte da pesquisa, as autoras explicitam a necessidade de se revisar o entendimento sobre a soberania enquanto poder absoluto e supremo frente ao imperativo de defender o meio ambiente. Concluem, então, que, por conta do caráter transnacional dos riscos ecológicos, a cooperação interestatal deve ser cada vez mais fortalecida com a finalidade de assegurar a todos os cidadãos de todos os Estados um ambiente ecologicamente equilibrado.

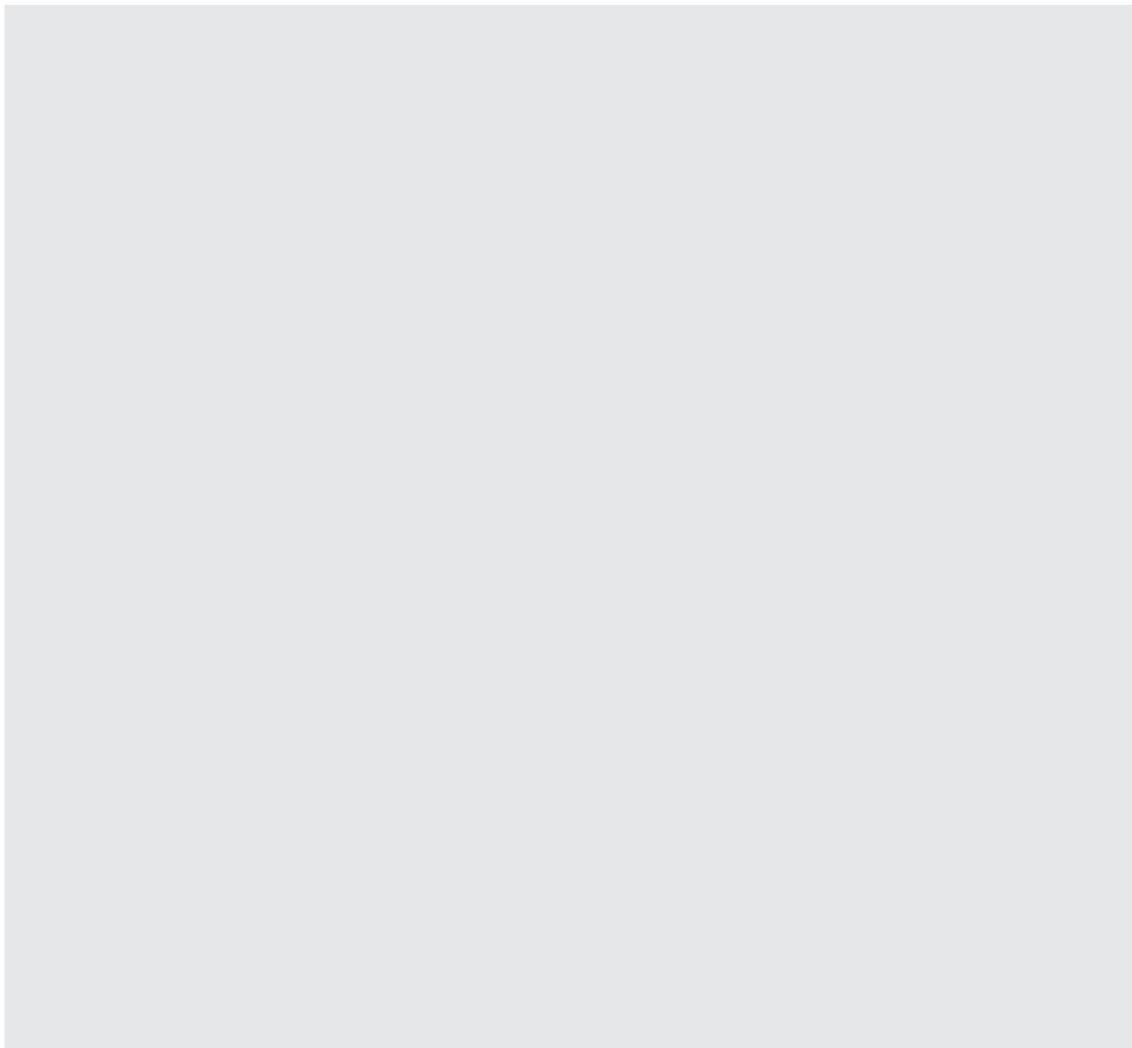
O artigo de Teresa Parejo-Navajas tem como ponto de partida uma conferência realizada pela ONU em 2012, no Rio de Janeiro, sobre a temática do desenvolvimento sustentável, na qual se afirmou que os Estados têm a responsabilidade de respeitar, proteger e promover os direitos humanos. A autora afirma que, para que se possa cumprir tal objetivo na atualidade, é necessário tornar as cidades mais seguras e sustentáveis. Com o objetivo de auxiliar nesta tarefa, Teresa discute a questão do consumo energético em edifícios, que representam sistemas sociais de grande complexidade.

Trabalhando com o conceito de comportamento, assim como o da sua mudança, a autora oferece sugestões para aprimorar a sustentabilidade desses complexos sistemas sociais.

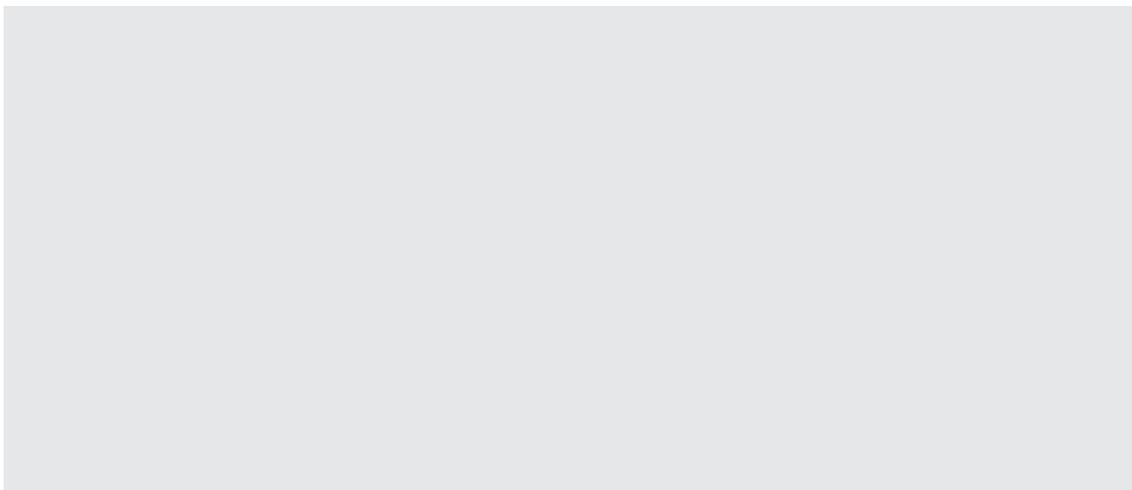
Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses defendidas no segundo semestre de 2016 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor-Chefe



Artigos



A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade

*The Haitian Revolution and the Black Atlantic:
Constitutionalism in face of the Dark Side of Modernity*

Evandro Charles Piza Duarte*
Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

Marcos Vinícius Lustosa Queiroz**
Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

No contexto das Revoluções Haitiana (1791-1804) e Francesa (1789-1799), um grande debate foi instaurado em Paris sobre os direitos políticos da população negra nas colônias. Visando articular pessoas, realizar o lobby parlamentar e pensar em estratégias para ajudar, sobretudo, na conquista da cidadania pelos *homens livres de cor*¹, foi criada, no ano de

* Professor da Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Coordenador do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação (CEDD-UnB) e do Maré: Núcleo de Estudos em Cultura Jurídica e Atlântico Negro. Autor de *Criminologia e Racismo* (Juruá). E-mail: evandropiza@gmail.com.

** Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Integrante do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação (CEDD-UnB) e do Maré: Núcleo de Estudos em Cultura Jurídica e Atlântico Negro. E-mail: marcosvlq@gmail.com.

1 No momento em que antecede a Revolução Haitiana, a sociedade de São Domingos era dividida essencialmente em três grandes grupos sociais: os brancos, os negros escravos (crioulos, nascidos na colônia, e africanos, chamados pejorativamente de *bossales*) e livres de cor (mulatos livres e negros livres). No entanto, cabe ressaltar que a realidade e mediação dessas lugares sociais era muito mais complexa do que a primeira vista pode parecer, questão que, infelizmente, não é possível desenvolver neste artigo (DUBOIS, 2004, e FICK, 1990). De fato, o colonialismo produziu no seu processo de formação e, portanto, de aprendizagem para a produção da subalternidade uma gestão dos direitos tanto a partir da origem “nacional” (lembrando que o estado-nação se constituiu nesse processo), quanto das características físicas. Ele constituiu hierarquias e as distribuiu numa lógica de produção da hegemonia branca. Em muitos casos, a hegemonia era conquistada

1788, por Jacques-Pierre Brissot, a *Société des Amis des Noirs*², que acabou se tornando um dos principais pontos de mediação institucional na França das lutas negras no Caribe³.

Após a criação dessa sociedade, políticos ligados à manutenção da escravidão, prontamente, nomearam a si mesmos como *L'Ami des Hommes*.⁴ Objetivava-se, assim, mostrar que Os Amigos dos Negros não necessariamente eram Amigos dos Homens, trabalhando a oposição lexical entre Homem contra Nativo (ou Homem contra Negro), comum a toda a literatura europeia que atravessou o colonialismo desde 1492⁵.

Este fato é um grão da história, fascinante e persistente⁶ por transcender à sua própria especificidade, pois pertence a uma cadeia hermenêutica constituidora da modernidade, em que noções como as de humanidade, raça, nacionalidade, cidadania, liberdade e igualdade estavam sendo gestadas em um período de incertezas e instabilidades políticas. É também ilustrativo de como as negociações e disputas em torno de determinadas identidades e conceitos políticos, no final do século XVIII, eram feitas em uma rede de fluxos atlânticos proporcionados pelo colonialismo. Um grão da história que, apesar de todo seu simbolismo e universalidade, se perdeu ou foi ignorado pela historiografia e filosofia política justamente por estar atrelado a um silenciamento ainda mais profundo, que é aquele exercido sobre o que foi e o que simbolizou a Revolução Haitiana⁷.

mediante a produção de grupos intermediários capazes de consolidar o domínio sobre populações locais ou escravizadas.

2 Sociedade dos Amigos dos Negros.

3 GEGGUS, 2002.

4 Os Amigos dos Homens.

5 TROUILLOT, 2015.

6 A dualidade persiste temporalmente e atravessa localidades, ainda que adquirindo novos tons. A retomada de uma pretensa universalidade “humana” em contraposição a reivindicação dos grupos negros é uma constante na história da luta por igualdade e liberdade. Um exemplo recente ilustra a questão. Diante da escalada da violência policial, das práticas discriminatórias do sistema de justiça e da política de encarceramento da juventude negra nos Estados Unidos, militantes negros articularam o movimento “Black Lives Matter”, ou seja, as vidas negras importam. Prontamente se organizou uma reação às reivindicações da comunidade negra estadunidense em torno do mote “All Lives Matter”, todas as vidas importam, no sentido de relativizar as demandas dos negros e, em certo sentido, blindar qualquer tipo de crítica à ordem estabelecida (GARZA e SOLOMON).

7 A questão aqui levantada, sobre a oposição entre os direitos dos homens e os direitos dos negros, esteve presente na própria estrutura hermenêutica da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como argumentou Duarte ao comparar o texto com os argumentos de Diderot sobre a descrição da forma humana (DUARTE, 2011, pp. 179 e 180). O resgate desse “grão da história” demonstra que esse debate não era

Essa história serve para ilustrar as breves intenções desse artigo, o qual objetiva ser mais um começo do que um fim, a espacialização de um possível campo hermenêutico e metodológico, entre outros possíveis, para se compreender os fenômenos da modernidade⁸, do colonialismo⁹ e do constitucionalismo¹⁰. Neste sentido, procurar-se-á, primeiramente, definir

apenas uma atitude irrefletida dos franceses iluministas e revolucionários, mas uma posição que resistia ao reconhecimento dos negros como humanos, malgrado a existência de argumentos políticos e morais a favor desse reconhecimento. De fato, em 13 de maio de 1791, Robespierre encaminha à Assembleia Constituinte Francesa a proposta de reconhecimento dos direitos políticos dos homens de cor livres, proferindo a famosa frase "(...) se devêsseis perder vossas colônias ou perder vossa felicidade, vossa glória, vossa liberdade, eu repetiria: que pereçam vossas colônias" (ROBESPIERRE, 2008, p. 69). Somente este outro "grão da história" seria suficiente para repensar o lugar de todo o debate travado a propósito do reconhecimento da humanidade aos negros. Isso porque o radicalismo, tanto da sociedade quanto do maior representante dos jacobinos, foi circunscrito a dar direitos políticos aos livres, ou seja, a imensa maioria dos homens e mulheres negros escravizados sequer tinha sido, até então, considerado como potencialmente humana. Como se mostra adiante, foi somente em razão da luta dos jacobinos negros que a radicalidade da ideia de que há uma universalidade humana para além das distinções (de cor) pôde ser concretizada (JAMES, 2007).

8 Pela importância do conceito para o presente artigo, em linhas gerais, as narrativas hegemônicas entendem a modernidade como o tempo histórico oriundo da "descoberta do Novo Mundo", do Renascimento e da Reforma Protestante, no qual o mundo da vida passa a ser extremamente "racionalizado" (a razão como supremo tribunal de tudo aquilo que reivindica validade) e as tradições perdem sua espontaneidade natural. A partir da universalização das normas, da generalização de valores e da socialização que força a individualização, estrutura-se uma nova forma de discurso filosófico e consciência política, no qual o presente, na sua vinculação ao passado e abertura para o futuro, deve apresentar os seus próprios critérios de orientação, extrair de si mesmo sua normatividade e afirmar-se a si mesmo. Essas transformações, de pretensões universais, implicaram em mudanças profundas no que se concebe como tradição, passado, futuro, subjetividade, indivíduo, temporalidade, etc (HABERMAS, 2000). Conforme ficará expresso ao longo do texto, essa narrativa deve ser vista com extrema desconfiança ou, ao menos, deslocada em seus pressupostos, especialmente como demonstraram Dussel (DUSSEL, 2016) e Todorov (TODOROV, 2010).

9 Como conceito abrangente, o colonialismo pode ser entendido como o processo histórico iniciado no final do século XV com a expansão da "Europa" sobre os demais continentes e povos, processo este que deitou raízes presentes até os dias de hoje. Tal experiência, de confronto e dominação de alteridades radicais, articulou-se por meio da "invenção", "descobrimento", "conquista" e "colonização" do "outro", em um fenômeno que operou estratégias de poder não só no âmbito militar, mas também na construção discursiva e filosófica sobre aquilo que era tido como diferente (DUSSEL, 1993).

10 Segundo as narrativas comuns, o constitucionalismo é a experiência histórica derivada dos movimentos revolucionários dos fins do século XVIII. Articulando uma semântica específica, por meio das ideias de soberania popular, legalidade e direitos fundamentais, o constitucionalismo emerge como resposta a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito no âmbito da emergente sociedade multicêntrica da modernidade. Neste sentido, a constituição opera como instância política de processos de construção e reconstrução do Estado, em que o povo (a democracia) surge como elemento chave de um sistema de direito que deve se autofundamentar nas estruturas constitucionais (NEVES, 2009). É de se observar, porém, que a historiografia "da forma constitucional" nos leva a pensar o problema constitucional, especialmente na tradição inglesa, no período anterior ao nascimento da modernidade (PAIXÃO, 2011). Isso não significa, porém, que essa historiografia tenha considerado as tensões sociais produzidas pela modernidade como constitutiva do constitucionalismo também neste período. Ao contrário, Linebaugh e Rediker demonstram que essas tensões já estavam colocadas muito antes, a exemplo da discussão da lei de terras, da escravidão e da questão colonial (LINEBAUGH e REDIKER, 2008).

a categoria “Atlântico Negro” como articulação conceitual interessante para compreender o fenômeno moderno colonial, bem como explorar suas ramificações e tensionamentos perante construções hegemônicas da filosofia e da história. Posteriormente, dentro do campo já estabelecido da diáspora negra no Atlântico, serão desenvolvidas pequenas considerações sobre um evento particular dessa realidade geopolítica e geocultural, a Revolução Haitiana, no sentido de tomá-la, em seus apagamentos, ocultações e silenciamentos, como possível prisma para se pensar uma filosofia da história que, nas suas pretensões de universalidade, dê conta da modernidade e do colonialismo como eventos integrados.

2. Um Atlântico Negro Revolucionário a ser Explorado no Amanhecer da Modernidade

Na historiografia do constitucionalismo, as revoluções burguesas foram decisivas para a criação de estados nacionais. De igual modo as guerras de independência nacional são o ponto de partida do constitucionalismo na América Latina. A mediação entre o constitucionalismo europeu, estadunidense e latino-americano teria sido feita por elites locais com a leitura dos iluministas. Tudo se passa como se as mentes pensantes agissem sobre uma realidade “bruta”, moldando, com sua capacidade e inteligência, um novo mundo que nasce com fronteiras jurídicas bem constituídas. Entretanto, o colonialismo e a luta anticolonial foram formados por inúmeros espaços e fluxos hoje esquecidos que transbordam a imagem do mapa e das alegorias presentes na ideia de “recepção teórica” e de “protagonismo das elites”.

Teorizar a partir da diáspora africana é, antes de tudo, um ato de deslocamento sobre um pressuposto: as narrativas que hoje explicam o mundo ocidental e seus respectivos estados-nação foram produzidas, em diversos sentidos, como discursos legitimadores e justificadores do colonialismo historicamente¹¹. Também é um esforço no sentido de dar resposta à pergunta: qual deve ser o papel do historiador e de uma historiografia que levem em conta as profundidades dessa diáspora? É, por fim, uma batalha por (re)escrever e considerar as múltiplas narrativas históricas como um espaço de reconhecimento, formando compreensões do presente liberta-

11 DUARTE, SCOTTI e CARVALHO NETTO, 2015; MOURA, 1990, e MOURA, 1988.

doras e descolonizadas¹².

Neste sentido, utiliza-se aqui, como marco teórico fundamental, a obra do filósofo britânico Paul Gilroy, em que a categoria de “Atlântico Negro” é trazida como unidade de análise única e complexa do mundo moderno, produzindo uma perspectiva transnacional e intercultural. A categoria supera a imagem consolidada, nas visões sobre a história da escravidão nas Américas, segundo a qual os negros escravizados eram percebidos como objetos, e, portanto, também objetos passivos da história, incapazes de articular resistências, revoltas, projetos políticos, etc. contra o sistema que os objetificava¹³.

Segundo o autor, os fluxos de pessoas e ideias, proporcionados pelo Atlântico Negro, essa realidade geográfica e espaçamento discursivo que foi constantemente ziguezagueado pelos movimentos dos povos negros (não só como sujeitos escravizados, mas também nas suas lutas por emancipação, autonomia e cidadania), propiciam um meio valioso para se “re-examinar os problemas de nacionalidade, posicionamento, identidade e memória histórica”¹⁴.

Seguindo as trilhas de Gilroy, o Atlântico Negro, percebido, relatado e experienciado pelos fluxos, sons, expressividades culturais, discursos e lutas políticas de negros e negras desde o início da era colonial¹⁵, permite compreender certa especificidade da formação política e cultural moderna, em que o desejo de transcender as estruturas do estado-nação, da etnia e da particularidade nacional se faz presente¹⁶.

12 MOURA, 1990.

13 É bom ter em mente que a construção de categorias como “Atlântico Negro” faz parte de um esforço teórico maior que vem sendo desenvolvido nos últimos anos por pesquisadores e pesquisadoras das mais diversas áreas. Esse esforço pode ser visto como uma tentativa de retirar o colonialismo e a escravidão da penumbra da história. No entanto, esse movimento muitas vezes foi realizado de maneira dispersa e presa às amarras do academicismo, criando novas dificuldades e apagamentos advindos da curricularização da escravidão como uma subdisciplina ou então como parte das histórias nacionais. Com o objetivo de contornar estes problemas, o Atlântico emergiu, em diversas pesquisas e aportes teóricos, como campo de pensamento capaz de perceber um pano de fundo político e cultural que vá para além dos confinamentos da fragmentação disciplinar e das categorias de língua, história e literatura nacionais. Procura-se, assim, a construção de uma estrutura que permita uma visão ampla e integrada dos fenômenos históricos (FISCHER, 2004).

14 GILROY, 2012, p. 59.

15 O mesmo pode ser dito das recentíssimas trocas de MP3 entre jovens afrodescendentes dos mais diversos rincões do ocidente no contexto da globalização.

16 GILROY, 2012.

Essa característica transnacional e viajante é percebida, por exemplo, em diversas personalidades negras que circularam pelo mundo atlântico, absorvendo experiências de diversas realidades políticas e as fundindo em formas híbridas de intervenção social. Particularmente no que se refere ao Haiti, podemos citar a figura de Vicent Ogé, homem livre de cor nascido na ilha de São Domingos, que teve papel fundamental nos antecedentes da Revolução. No ano de 1789, Ogé compôs delegação de homens livres de cor que foram demandar à Assembleia Nacional Francesa o fim das leis racistas e o direito dos homens livres de cor de votar nas assembleias local de São Domingos, bem como o direito de ter os seus próprios representantes. Em contato com os abolicionistas franceses, Ogé e outros personalidades negras batalharam, no vórtice da França revolucionária, pelo significado e pela universalização dos sentidos da cidadania¹⁷.

Em reação a essas lutas, que buscavam expandir os princípios de liberdade e igualdade, foi publicado, em 08 de março de 1790, decreto que dava autonomia às colônias, infligindo grande derrota aos homens livres de cor no solo francês. Frustrado e sem esperanças de vitórias na França, em outubro de 1790, Ogé retorna a São Domingos, não sem antes passar pela Inglaterra e Estados Unidos, onde teve contato com novos discursos abolicionistas e adquiriu armas. Já na ilha, inicia uma revolta demandando a todos cidadãos, sem qualquer tipo de distinção, acesso aos direitos políticos. Ogé comparava as lutas dos homens livres de cor às lutas do Terceiro Estado na França. Capturado e executado, Ogé transforma-se em um mártir tanto em São Domingos como em Paris, ajudando a intensificar as trocas atlânticas entre aqueles que procuravam expandir os limites dos princípios revolucionários¹⁸.

Neste contexto, o Atlântico Negro vai contra a ideia de formas culturais, estatais e étnicas puramente fechadas, pois evidencia, de maneira detalhada e abrangente, o seu complexo entrelaçamento. Por meio da análise de um processo que é interior e exterior, ao mesmo tempo reivindicante e confrontador da modernidade, revela-se que “as realizações intelectuais e culturais do Atlântico Negro existem em parte dentro e nem sempre contra a narrativa grandiosa do Iluminismo e seus princípios operacionais”¹⁹.

17 DUBOIS, 2004.

18 DUBOIS, 2004.

19 GILROY, 2012, p. 113.

2.1. Reperiodizações da Modernidade: o Colonialismo como Face Oculta

Neste ato de permanecer dentro e fora da cultura ocidental, as formações políticas negras levam a necessidade de se perceber como as ideias de raça e cultura são centrais às investigações sobre a modernidade²⁰. Além disso, em decorrência da sua estrutura inerentemente desterritorializada, dinâmica e descentralizada, a tematização da diáspora africana permite uma compreensão da história que fuja das narrativas totalizantes focadas nas formações dos estados-nação modernos.

Essas duas características podem ser percebidas nas tentativas de intelectuais que procuram pensar a partir da chave do “pós-colonial”. Segundo Stuart Hall, esse esforço objetiva possibilitar uma história sobre o passado ou, então, uma narrativa alternativa que desloca aquelas incrustadas no discurso clássico da modernidade. Neste intento, a colonização deixa de ser vista como um subnredo local de uma narrativa maior, tornando-se a face mais evidente, o exterior constitutivo, da modernidade capitalista europeia ocidental no pós-1492²¹.

O “pós-colonial” opera uma interrupção crítica na grande narrativa historiográfica, pois ela havia reservado ao colonialismo uma mera presença subordinada em uma história que poderia ser contada a partir do interior dos parâmetros europeus. Desse modo, revelando a outra face por trás do “mito do mundo moderno”, não se pode separar a modernidade europeia do colonialismo²².

20 GILROY, 2012.

21 HALL, 2013.

22 Segundo Dussel, o “mito da modernidade”, encobridor não só da diferença e do outro, mas também atuando como legitimador das violências do colonialismo, pode ser resumido da seguinte maneira:

“a) a civilização moderna se autocompreende como mais desenvolvida, superior (o que significará sustentar sem a consciência uma posição ideologicamente eurocêntrica); b) A superioridade obriga, como exigência moral, a desenvolver os mais primitivos, rudes, bárbaros; c) O caminho do referido processo educativo de desenvolvimento será o seguido pela Europa (é, de fato, um desenvolvimento unilinear e à européia, o que determina, novamente sem consciência alguma, a falácia desenvolvimentista); d) Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se for necessário, para destruir os obstáculos de tal modernização (a guerra justa colonial); e) Esta dominação produz vítimas (de muitas variadas maneiras), violência que é interpretada como um ato inevitável, e com o sentido quase ritual de sacrifício; o herói civilizador investe suas próprias vítimas do caráter de ser holocaustos de um sacrifício salvador (do colonizado, escravo africano, da mulher, da destruição ecológica da terra, etc.); f) Para o moderno, o bárbaro tem uma culpa (o fato de se opor ao processo civilizador) que permite que a modernidade se apresente não só como inocente mas também como emancipadora dessa culpa de suas próprias vítimas. g) Por último, e pelo caráter civilizatório da modernidade, são interpretados como inevitáveis

O giro pretendido, por Paul Gilroy, enxerga, no entanto, o fenômeno colonial como um evento de significação universal, de caráter deslocado e diferenciado, que não pode ser compreendido apenas através das relações verticais entre colonizadores e colonizados, tendo em vista que essas relações foram recortadas e transversalizadas por outras mais, rompendo as fronteiras dos estados-nações e os interrelacionamentos global-local. Em um aspecto mais profundo, o “pós-colonial” objetiva reconstituir e criticar os campos epistêmicos do poder-saber²³ que constituem a colonialidade²⁴.

O realizar dessa outra periodização da história, com enfoque no Atlântico Negro, ilumina a importância que a realidade marítima teve ao criar um campo de trocas culturais e políticas que transbordam as fronteiras nacionais e étnicas. Ainda distante da existência do barco a vapor, as correntes planetárias facilitaram a transmissão circular da experiência humana e o desenvolvimento das práticas coloniais. A geografia do mundo moderno foi entrecruzada pela relação terra e mar, porém, a construção das narrativas históricas através dos marcos do estado-nação ocultaram, para os pensadores atuais, a importância da redefinição dos fluxos de pessoas, bens e ideias a partir das correntes marítimas²⁵. Contra as forças centralizadoras, ordenadoras e uniformizadoras dos estados-nação, o Atlântico se formou como entremeio de uma multidão multiétnica essencial ao surgimento do capitalismo globalizado, a qual, em sua época, foi reprimida pela expansão do colonialismo e que, hoje, é invisibilizada por um fazer da história refém ao modelo das grandes narrativas clássicas modernas²⁶.

Em sua circularidade discursiva, o Atlântico também atuou como canal de aprendizado das elites coloniais, as quais, a partir das diversas experiências de conhecimento-exploração, seja na África ou nas Américas, fo-

os sofrimentos ou sacrifícios (os custos) da modernização dos outros povos atrasados (imatuross), das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser fraco, etc” (DUSSEL, 1993, pp. 185-186).

23 HALL, 2013.

24 Em relação ao conceito de colonialidade, Joaze Bernardino-Costa, a partir da obra de Aníbal Quijano, define a categoria como uma matriz de poder que sobrevive às instituições propriamente coloniais e continua atual nos estados independentes. Tal distribuição do poder parte da negação do outro, que é considerado como sem escrita, sem história e sem pensamento. Assim, a colonialidade do poder refere-se à condição de independência política sem descolonização, permitindo a sobrevivência, em plena modernidade, de hierarquias coloniais (BERNARDINO-COSTA, 2015).

25 Sobre a importância do mar como categoria central do ocidente, veja-se: SCHMITT, 2005. Veja também a leitura crítica feita em: COSTA, 2015. Sobre a dimensão do mar na constituição da geografia colonial, veja-se: ALENCASTRO, 2000.

26 LINEBAUGH, e REDIKER, 2008.

ram desenvolvendo maneiras de lidar com as possíveis resistências e lutas dos grupos subalternizados. Por meio do gerenciamento de identidades e diferenças, do aperfeiçoamento dos modelos de violência, da criação de legitimadores discursivos, do controle populacional, do entendimento topográfico e climático e outras práticas, uma rede de saber-poder atlântica, pertencente às elites coloniais, foi sendo construída e remodelada no decorrer dos séculos.

Além disso outro fato foi ocultado pelas narrativas dos estados-nação (a partir dos eventos revolucionários em fins do século XVIII), dos teóricos do capitalismo (realçando a importância fundante da revolução industrial no surgimento do operariado urbano europeu) e até mesmo dos críticos da modernidade (que destacaram a emergência do domínio da técnica e da produção em massa no século XIX). De fato, os efeitos da modernidade foram possíveis graças à constituição da “economia-mundo” pela exploração das distinções entre os diversos mercados de troca localizados e, sobretudo, pela expropriação que ela permitiu dos saberes tradicionais constituídos ao longo de séculos sobre a reprodução da vida material e cultural dos povos que foram arrastados para o processo de mundialização. Na centralidade da modernidade, há um dispositivo de saber-poder constitutivo da riqueza material hoje identificada como europeia. O crescimento econômico europeu não é apenas o efeito da entrada de metais preciosos ou de mercadorias exóticas, mas resulta também desse dispositivo de saber-poder²⁷, que, a um só tempo, recalca a diferença como primitiva e dela extrai potencialidades econômicas, políticas, culturais e sociais. Neste contexto, as dinâmicas do Atlântico Negro são também dinâmicas de resistência das subjetividades individuais e coletivas sobre as quais esse dispositivo de saber-poder se exerce.

A dinâmica do Atlântico Negro serve também para descavar o impacto, a escala e a extensão da violência proveniente do “encontro colonial”²⁸, criadora de novas realidades até então inexistentes. O colonialismo, com seus efeitos globalizados, instaurou uma nova ordem à força, deformando antigos e conformando novos padrões sociais nas ditas sociedades perifé-

27 O argumento proposto encontra referência na leitura de Braudel sobre o conceito de capitalismo e as relações de mercado (BRAUDEL, 1986), em Foucault sobre o conceito de dispositivo (FOUCAULT, 2003, e FOUCAULT, 2009) e de Serge Latouche sobre a ocidentalização do mundo (LATOUCHE, 1994).

28 CONNELL, 2012, p. 12.

ricas. De um dia para o outro, as metafísicas das populações colonizadas, com seus costumes, instâncias simbólicas e expressividades culturais, foram abaladas porque estavam em contradição com uma sociedade que não conheciam e que lhes foi imposta. O ser desses povos passa a ser constituído violentamente como um ser diante do mundo ocidental, branco e europeu, que lhes obriga a se situar perante dois sistemas de referência²⁹.

O que é trazido ao primeiro plano é a dimensão ontologicamente criadora da violência, seja por parte das práticas colonizadoras, seja por parte da resistência do colonizado diante das impossibilidades que lhe foram legadas. O colonialismo e a escravidão instauraram um sistema de comunicação extremamente assíncrono, radicalmente dividido pelos interesses econômicos e políticos opostos³⁰. Totalmente diferente de qualquer descrição de uma esfera pública pautada por instâncias discursivas de alteridade e reconhecimento³¹, a “arena política”, na qual negros e negras se encontravam, era formada por um espaço comunicativo extremamente restrito, sendo necessárias formas alternativas de mediação com o real.

Articulando o reconhecimento de uma violência original do colono como “aparecimento”, as diversas formas de lutas das populações do Atlântico Negro enfocaram a ideia de que “o homem colonizado se liberta na e pela violência”, pois é por meio dela que o subalternizado age enquanto positividade formadora. Como elemento de mediação, a violência direciona meios e fins para uma causa e história coletivas, gerando reconhecimento e antevisão de um futuro comum³².

Assim, o Atlântico Negro permite compreender as duas facetas da violência como dimensões constituintes da modernidade globalizada³³.

29 FANON, 2008.

30 GILROY, 2012.

31 KELLNER, 2000.

32 FANON, 2005.

33 Walter Benjamin, Carl Schmitt e Jacques Derrida são exemplos de pensadores que trabalharam a dimensão da violência por trás da institucionalização de arcabouços normativos (como o direito), os quais, muitas vezes sob legitimadores míticos das suas próprias estruturas (como discursos sobre justiça), encerram possibilidades alternativas sobre o real. A exposição da violência inerente a toda metafísica argumentativa não é algo novo (BENJAMIN, 2003, DERRIDA, 2010 e SCHMITT, 2008).

De modo complementar, a categoria Atlântico Negro demonstra o silêncio sobre as violências e estruturas decorrentes do colonialismo. Aponta a inexistência da modernidade (e de todos os seus respectivos sistemas de pensar) sem o colonialismo, ou melhor, demonstra que a modernidade se constitui enquanto colonialidade-modernidade. Nas narrativas mais críticas sobre a violência do mundo moderno, há uma violência racializada e colonial justamente por que não se reconhece, se nega ou se oculta a violência sofrida

A primeira face é a violência colonial, força que regionaliza, diferencia e desterritorializa diferentes tradições, expressa também no genocídio populacional e no aniquilamento cultural. E, no segundo sentido, a violência anticolonial, ação unificadora e totalizadora, capaz de reestabelecer o fluxo linguístico interrompido pela violência original do colonialismo³⁴. Isso não significa que todas as formas de resistência à violência colonial sejam necessariamente e a todo momento formas de violência física, ou que guardem, ainda, a necessidade de expressar-se em um ato único de violência redentora, mas que, na dinâmica colonial, a articulação simbólica do colonizado ao dizer “não” ao colonizador é percebida e efetivamente ecoa como um ato de violência, vez que atravessa e redefine as fronteiras constitutivas da relação de poder instaurada³⁵. No colonialismo, a dimensão simbólica do colonizado é uma ameaça à vida do poder colonial.

Abordando outro aspecto dessa temática, seria tentador pensar o Atlântico Negro como a esfera pública da modernidade. De fato, Habermas, ao descrever a constituição da esfera pública burguesa, toma como exemplo a Inglaterra e, especificamente, práticas sociais, econômicas e culturais que emergem no ambiente londrino entre grupos sociais vinculados ao empre-

pelos negros e negras na diáspora. Justamente neste ponto, por exemplo, é que pode ser traçada divergências entre o pensamento de Fanon e Benjamin, em que o primeiro acredita que certos conceitos como o de “luta de classes” não são suficientes para explicar os processos sofridos pelas pessoas de cor no colonialismo, evidenciando como o objeto de preocupação do alemão, ainda que dotado de ares de universalidade, era precipuamente europeu (GUIMARÃES, 2015).

Por outro lado, Pedro Henrique Argolo Costa, aponta que no conceito de *nomos* da terra schmittiano é possível encontrar, mais do que em outras noções filosóficas metropolitanas, um instrumento metodológico, enraizado na própria tradição europeia, capaz de realizar um duplo deslocamento: a possibilidade de uma filosofia da história reorientada pelo evento da “Conquista” (do colonialismo) e uma estratégia de leitura com força crítica suficiente para lançar ao texto europeu uma certa “desconfiança” sobre sua pretensa universalidade (COSTA, 2015).

34 As palavras de Fanon explicitam as duas dimensões constituidoras da violência em sociedades afetadas pelo colonialismo: “A existência da luta armada indica que o povo decide só confiar nos meios violentos. Aquele a quem sempre se disse que ele só compreendia a linguagem da força decide expressar-se pela força. Efetivamente desde sempre, o colono lhe mostrou o caminho que deveria ser o seu, se quisesse libertar-se. O argumento que o colonizado escolhe lhe foi indicado pelo colono e, por uma irônica inversão das coisas, é o colonizado que, agora, afirma que o colonialista só compreende a força” (FANON, 2005).

35 Aqui e em outros momentos do texto, como afirmado em nota anterior, aproxima-se do conceito de dispositivo de Foucault, também trabalhado por Agamben. O dispositivo pode ser definido como um conjunto de estratégias de relações de força (poder) que condicionam certos tipos de saber e por eles são condicionados. Como é colocado por Agamben, à rede articulada pelo dispositivo é possível um ato de inevitabilidade, de restituição ao uso comum daquilo que foi capturado e separado por ele. Esta “liberdade”, que transborda as amarras do dispositivo e, por isso mesmo, as redimensiona e as redefine, é chamada de “profanação” (AGAMBEN, 2009).

endimento capitalista ultramarino. Ou seja, a presença de uma população alfabetizada (necessária ao trabalho contábil das empresas), o aumento dos fluxos de informação relativos às trocas comerciais e a mudança nos padrões de interação social entre os novos capitalistas sugerem o nascimento de uma sociedade civil preocupada em controlar as ações do poder político e capaz de demandar a construção de sua transparência, quer por meio da publicidade dos seus atos com o fim do segredo das seções parlamentares, quer com a constituição de jornais capazes de impulsionar novos interesses e de levar as massas urbanas à sublevação contras as decisões dos poderosos³⁶.

Neste sentido, o Atlântico Negro demonstra como as redes de comunicação não alteraram somente a vida das cidades europeias e dos setores burgueses. Ao invés disso, novas redes foram constituídas entre diferentes sociedades humanas e sujeitos submetidos ao colonialismo. E ainda, como demonstra Linebaugh e Rediker, houve a constituição de uma rede de comunicação muitas vezes subterrânea entre a Europa e o resto do mundo que passava pela prisão de líderes revoltosos europeus e a sua submissão a trabalhos forçados nos mares e nas Américas, bem como pela reconstituição de laços políticos e agenciamentos mútuos entre líderes de rebeliões negras e subalternos de diversas partes do espaço colonial³⁷. Em síntese, como se percebe, as diversas esferas públicas da modernidade nascem em intrincadas relações de poder, onde a violência foi e, ao que parece, continua sendo um elemento constitutivo e que não pode ser superado pela mera sublimação ou esquecimento. As redes de entendimento não foram produzidas “apesar da violência”, na medida em que ela constitui os sujeitos que estão dispostos na relação colonial.

2.2. Novas Dimensões e Expressividades do Atlântico Negro: Estética, Emancipação e Medo

Tirando das margens da história o terror do colonialismo e a experiência da escravidão, desnudando as estruturas de discurso interrompidas das populações originárias da diáspora africana e recontando um passado de

36 HABERMAS, 1984.

37 LINEBAUGH e REDIKER, 2008.

impossibilidades e negações, o Atlântico Negro proporciona também uma luz sobre a importância das expressividades artísticas da diáspora africana como contracultura distintiva da modernidade. Segundo Gilroy, a música negra se estrutura a partir da articulação do seu caráter normativo com a aspiração utópica. Em seu conteúdo normativo, aparece a política de realização de uma sociedade do futuro que irá cumprir o que hoje se promete; neste sentido, exige que a sociedade civil (burguesa, ocidental, moderna) cumpra suas promessas. A música, assim, “cria um meio no qual possam ser expressas as demandas por metas como a justiça não racializada e a organização racional dos processos produtivos. Ela é imanente à modernidade e um elemento do seu contradiscurso (...)”³⁸.

Já como utopia e fuga do linguístico, a música transborda as estruturas e sentidos do discurso, ajudando na formação de uma comunidade de necessidades e de solidariedade. Conformadora de uma política de transfiguração, faz surgir desejos e novas relações raciais que transcendem a modernidade – é uma contracultura que reconstrói toda sua genealogia crítica, em uma esfera pública parcialmente oculta e inteiramente sua, revelando fissuras silenciadas na ideia do moderno³⁹.

Ao estar nem dentro nem fora da modernidade, apropriando e negando os discursos modernos ocidentais, a música da diáspora negra é um discurso filosófico que rejeita a separação moderna e ocidental entre “ética e estética, cultura e política”. Segundo Gilroy:

Esta subcultura muitas vezes se mostra como expressão intuitiva de alguma essência racial, mas é, na verdade, uma aquisição histórica elementar produzida das vísceras de um corpo alternativo de expressão cultural e política que considera o mundo criticamente do ponto de vista de sua transformação emancipadora⁴⁰.

Em contraposição às narrativas emancipadoras modernas, que focam na crise sistêmica e no trabalho enquanto elementos articuladores da liber-

38 GILROY, 2012, pp. 95-96.

39 GILROY, 2012.

40 GILROY, 2012, p. 96.

dade⁴¹, a memória da escravidão, articulada nas expressividades artísticas diaspóricas, tem como centro a crise vivida, em que a autocriação por meio do trabalho não é peça central das esperanças de emancipação, tendo em vista que o labor somente significou apenas servidão e subordinação para negros e negras no mundo colonial. Assim, a importância libertadora da arte não é mero substituto simbólico para o reconhecimento de um presente rancoroso, tendo em vista que ela surge como um amparo para a automodelagem individual e para a libertação comunal, servindo-se da autobiografia, da manipulação da língua falada e da música como instrumentos de transborde ao arcabouço fornecido pelo estado-nação moderno⁴².

Outro elemento tematizado pela categoria Atlântico Negro é o de dar dimensão histórica e sentido a experiências, sentimentos, processos e fluxos costumeiramente não pensados ou articulados nas narrativas hegemônicas. Neste sentido, ganha relevo a importância do “medo” como fundamento essencial às relações da modernidade e do colonialismo⁴³. O léxico atlântico retira dos escombros da história essa categoria tão difícil de ser desenvolvida conceitualmente e metodologicamente, como expõe Célia Maria Marinho de Azevedo:

Recuperar o medo como dimensão da história não é tarefa fácil. Não é fácil, em primeiro lugar, porque esta dimensão dificilmente se encaixa nos modelos metodológicos. Tal como nos filmes de Hitchcock, as ações deslanchadas pelo medo geram outras ações tão inesperadas quanto as primeiras e assim, a despeito das tentativas de planejar, de racionalizar os atos do presente em função

41 É bem conhecida a libertação pelo trabalho sendo extraída da metáfora da dialética do senhor e do escravo hegeliana. Sendo instâncias mediadoras, senhor e escravo permitem a consciência de si do senhor ao afirmar-se na independência reconhecida do seu ser-para-si. Ao escravo, cabe a função de trabalhar; ao senhor, a fruição da coisa. Mas enquanto mediadora, a consciência servil passa a ser a verdade da consciência independente e o trabalho, sob a forma de serviço, vai formando/forma a mesma consciência servil. Na medida em que o labor retém o desejo e humaniza a relação com o mundo, o temor inicial (advindo da luta de vida ou morte com o senhor e da violência a que o escravo é submetido) confere/transforma-se em sabedoria. O trabalho e o serviço formam, assim, o processo de passagem da consciência servil para o reconhecimento, realizado através da mediação do mundo humanizado pelo labor. Ou seja, a relação com o senhor leva à consciência servil a sua intuição do seu próprio ser como independente. Dessa maneira, é estabelecido o caminho da negação para a consciência servil: temor diante da morte; disciplina do serviço em face do senhor; e atividade laboriosa exercida sobre o mundo. Portanto, pelo agir transformador do mundo, transforma-se o simples ser do escravo no ser-para-si independente (HEGEL, 2014, SANTOS, 1993, e VAZ, 1982).

42 GILROY, 2012.

43 DUARTE, 2011.

do futuro, nunca se consegue alcançar exatamente o que se pretendia. Em segundo lugar, porque trata-se de uma dimensão oculta, raramente reconhecida por aqueles que vivenciaram o momento histórico pesquisado. Na tentativa de racionalizar os atos é muito mais comum apelar-se para argumentos lógicos, sofisticados, do que simplesmente reconhecer que se tem medo. Assim, o medo apenas aparece de relance nos documentos históricos, mas é muito raro que seja reconhecido como o móvel profundo e amargo daquele que fala. Em terceiro lugar, porque, enquanto dimensão oculta das relações sociais, o medo raramente é incorporado nas análises daqueles que escrevem a história, prevalecendo as explicações estruturais, muito bem elaboradas e tão lógicas que acabam por provar que a história realmente só poderia ter ocorrido de uma dada maneira. Ou seja, os resultados estão contidos nas premissas teóricas e nenhum outro poderia delas resultar⁴⁴.

Apesar das dificuldades, pensar a diáspora africana e o Atlântico Negro exigem, sobretudo perante às dinâmicas em torno da Revolução Haitiana, a reconsideração dessa categoria, tendo em vista que o imaginário do medo de uma revolução escrava (ou um “outro São Domingos”) foi constituinte das práticas, discursos e estratégias políticas das elites coloniais e da formação dos estados-nação modernos⁴⁵.

Assim, o medo da “onda negra”, ou o temor da repetição dos eventos do Haiti, poderia ser percebido em múltiplos sentidos: como apontou Hegel, ao tratar da dialética do senhor e do escravo, o medo era incito a essa relação de dominação, pois a luta de vida ou morte sempre poderia ser o ponto final do domínio do senhor. Neste sentido, o medo sempre foi integrante dos espaços coloniais, demonstrando como a divisão entre público e privado, tendo em vista que a escravidão estava por toda parte, não era uma limitação capaz de manter o temor como algo externo a uma esfera de proteção. O pavor, o pânico e o terror estavam nas fazendas, que eram a unidade produtiva, e eram vivenciados nas inúmeras pequenas revoltas e insurreições, que inclusive foram tratadas nas legislações penais⁴⁶. O medo foi também o componente das cidades “negras”, onde, no espaço da

44 AZEVEDO, 2008, p. 17.

45 A historiografia contemporânea dá numerosos exemplos das repercussões da Revolução Haitiana tanto no imaginário das elites coloniais, como de negros e negras. Ver: GOMES e SOARES, 2002, e NASCIMENTO.

46 CHALHOUB, 1988.

escravidão urbana e distante do isolamento da fazenda, os escravos conviviam diretamente com o poder político colonial⁴⁷. Desse modo, o medo da “onda negra” foi também um modo de fazer emergir à consciência dos senhores a necessidade de adotar estratégias contra a possibilidade de que o sistema escravista ruísse de baixo de seus pés. E, de outro modo, por parte dos escravos, foi, às vezes, a certeza, às vezes, a esperança de que as lutas cotidianas poderiam criar e expandir os espaços de liberdade.

De qualquer modo, como integrante da modernidade, sobretudo após os eventos revolucionários que fizeram nascer o primeiro país pós-colonial livre da escravidão, “o imaginário do medo” abre um leque de importantes reflexões, entre elas: como esse medo criou realidades, hábitos e práticas de dominação e subordinação? Como o medo teria tido impacto sobre as crenças positivas e as reivindicações políticas? Os subordinados teriam percebido e reconstruído suas estratégias de ação política considerando o medo das elites? O medo da “onda negra” não teria significado mais um imaginário de liberdade do que uma ameaça? Não haveria formas populares e híbridas de produção cultural que escaparam das tentativas de negar e diminuir a resistência negra no Atlântico? Como acessar e narrativizar a circulação de conhecimentos produzidos pelas lutas diaspóricas no mundo Atlântico através de rumores, temores, músicas e outras expressões⁴⁸?

Sidney Chaloub expressa bem essa dimensão do medo como constitutivo das práticas sociais tanto das elites coloniais como das massas escravas. Ao tratar do Rio de Janeiro no século XIX, o historiador discorre sobre o medo branco da cidade negra, que era alimentado “de vez em quando por notícias de haitianos passeando pelas ruas da Corte, por revoltas urbanas em outros lugares, ou pelos rumores de uma conspiração internacional para subverter as sociedades escravistas”⁴⁹. Assim, o temor branco da rede horizontal e densa constituída por negros e negras na cidade do Rio, a qual conferia sentido às vidas de escravos e libertos e instituía locais sociais onde a cidade branca não podia penetrar, inspirava uma articulação de dispositivos penais e retóricos que estabeleciam as figuras negras como suspeitas. E é esse mesmo medo que, já na República, fundamentará a truculência e a intolerância em relação à cidade negra, expressas nas políticas

47 BATISTA, 2009.

48 FISCHER, 2004.

49 CHALHOUB, 1988, p. 104.

higienistas, na perseguição dos capoeiras, na demolição dos cortiços e na repressão da vadiagem⁵⁰.

Por fim, depois de todo o exposto, há um elemento decisivo do impacto do medo: a produção do silêncio sobre passado. De fato, como demonstrou Trouillot, a Revolução do Haiti foi o elemento político central para as elites coloniais do período e, ao mesmo tempo, foi aquilo sobre o qual menos se queria falar abertamente⁵¹. Ao invés disso, houve um investimento em transformar a ação política dos escravos negros em um ato puro de violência irracional, ocultando as inúmeras dinâmicas de mediação política que marcaram as diversas fases da Revolução Haitiana. O paradoxo do medo do Haiti, como símbolo da luta de negros e negras por liberdade e igualdade, é que ele estava sempre presente, mas somente poderia ser evocado na sua forma mais irracional, para que se pudesse apagar a própria historicidade da Revolução. Ao final, em casa de enforcado não se fala em corda.

Por todo o exposto, evidenciam-se como características do marco analítico do Atlântico Negro os seguintes aspectos: a transcendência às estruturas elaboradas pelos estados-nação modernos; a percepção de articulações, ponte políticas e trajetórias que se encontram, ao mesmo tempo, dentro e fora da modernidade; a tentativa de uma outra periodização histórica a partir de um referencial pós-colonial; a compreensão do mundo atlântico como canal de aprendizado tanto das elites coloniais como das classes subalternizadas; a análise da violência como elemento constituinte e constitutivo das relações modernas coloniais; o entendimento da importância do discurso filosófico artístico dos povos da diáspora africana como elemento de mediação normativa e utópica; e a tematização de sentimentos ocultos à historiografia contemporânea, como o medo.

Os eventos em São Domingos, como se verá adiante, sugerem um novo prisma hermenêutico capaz de evidenciar as características do Atlântico Negro em sua tensão com os discursos modernos, especialmente os discursos de igualdade e liberdade dos iluministas. Neste contexto, como sugeriu Susan Buck-Morss, a Revolução do Haiti constitui um momento necessário para refletir sobre uma filosofia da história que seja capaz de compreender os elementos constitutivos das lutas sociais contra as violências do colo-

50 CHALHOUB, 1988.

51 TROUILLOT, 2015.

nialismo⁵². E ainda, conforme demonstrou Duarte, ela desponta como um elemento central para se pensar a construção do constitucionalismo na modernidade⁵³.

3. Revolução Haitiana e Constitucionalismo: Apagamentos e Silêncios na Filosofia Política e na História Constitucional

3.1. A Revolução do Haiti em Movimento

A Revolução Haitiana começou a ser resgatada pela historiografia contemporânea através da obra “Os jacobinos negros”, escrita em 1938 pelo historiador C.L.R. James, nascido em Trinidad e Tobago. Publicada no auge do nazismo e das teorias de supremacia da raça branca, o livro é considerado uma das obras fundamentais dos escritos da diáspora africana não só por reposicionar negros e negras como sujeitos da história, mas também por redimensionar os eventos na ilha de São Domingos como fenômenos fundamentais para se entender o colonialismo e o capitalismo modernos⁵⁴. É a partir dessa obra que, durante o século XX, será desenvolvida toda uma historiografia a respeito da Revolução Haitiana e dos seus impactos no mundo colonial, apontando sua importância social, política, cultural e filosófica.

O impacto e extensão do movimento dos jacobinos negros pode ser pensado, primeiramente, a partir da própria importância econômica da França no mundo colonial dos fins do século XVIII. Além dela, não havia outra potência que “tivesse combinado seu poderio militar com um poderio naval equivalente”, tendo a maior população e sendo o país mais rico⁵⁵. Já a colônia de São Domingos era o maior mercado individual de escravos, produzia aproximadamente metade do açúcar e do café consumido no mundo e expressava o ápice das inovações do capitalismo colonial⁵⁶.

52 BUCK-MORSS, 2009.

53 DUARTE, 2011.

54 JAMES, 2007.

55 JOUVENEL, 1978, p. 59.

56 Como expressa Laurent Dubois, às portas do processo revolucionário, “(...) São Domingos era ‘líder mundial em produção de açúcar e café’. Exportava ‘açúcar tanto quanto Jamaica, Cuba e Brasil combinados’ e metade da produção mundial de café, fazendo com que fosse ‘o epicentro do sistema Atlântico de escravos’” (DUBOIS, 2004, p. 21).

Por isso mesmo era o maior “orgulho da França”⁵⁷ e chamada de “pérola das Antilhas”⁵⁸.

No entanto, esse estado de coisas começa a mudar radicalmente a partir do ano 1791, quando a aplicação da pena capital ao liberto Vicent Ogé mobiliza os escravos que aderem em massa à rebelião⁵⁹. A partir da reorganização em torno das culturas africanas e inspirados em uma suposta “abolição” da escravidão por parte do monarca francês, no dia 22 de agosto de 1791, perto de uma das mais tradicionais fazendas de plantation de São Domingos, é realizada a cerimônia de Bois-Caïman, conduzida por “Zamba” Boukman, líder político e sacerdote vodu com grande influência sobre a população negra. Nessa cerimônia, é feito um chamado às armas e a ratificação do compromisso com a luta pelo fim do cativo, sintetizada na frase que é tida como marco inaugural da Revolução Haitiana: “escutem a voz da liberdade que fala no coração de todos nós”⁶⁰.

É o ex-escravo Toussaint Louverture que, em 1793, assume a liderança do levante, negando-se a fazer acordos com a elite branca e proclamando-se líder em nome da liberdade, da igualdade e da vingança da sua raça. No entanto, a despeito da inteligência política única, Toussaint toma atitudes que colocam em cheque a Revolução: tentou se aproximar de Napoleão, não compreendendo que a Revolução Francesa havia guinado para a direita, e tentou manter a produção de açúcar com a imposição de trabalho compulsório, fato que criou inúmeros desacordos com as massas de ex-escravos já envolvidos pelo ideal de liberdade alcançado⁶¹.

57 Laurent Dubois expõe o íntimo relacionamento entre a pujança francesa e a exploração colonial em São Domingos: “O sustento de cerca de um milhão dos 25 milhões de habitantes franceses dependia diretamente do comércio colonial. Os escravos nas colônias do Caribe eram uma peça para a mudança econômica e social na França metropolitana. O historiador Jean Jaurès aponta a ‘triste ironia’ que as fortunas criadas em Nantes e Bordeaux durante o século XVIII foram parte crucial da luta pela ‘emancipação humana’ que irromperam na Revolução Francesa. Muitos dentre os burgueses que eram frustrados com os limites colocados pelo sistema do Antigo Regime eram ricos graças ao açúcar e ao café produzidos pelos escravos no Caribe. Em 1789, 15 por cento dos 1.000 membros da Assembleia Nacional possuíam propriedades coloniais, e muitos outros estavam provavelmente ligados ao comércio colonial. Os escravos de São Domingos, que haviam ajudado a estabelecer as bases para a Revolução Francesa, iriam, em última instância, tomá-la à sua própria maneira, e mesmo superá-la na sua própria luta por liberdade (DUBOIS, 2004, p. 21).

58 JAMES, 2007.

59 DUBOIS, 2004.

60 FICK, 1990, p. 93.

61 DUARTE, 2011.

Toussaint também enfrentaria a oposição dos mulatos que fizeram tentativas de alcançar o domínio da ilha, bem como teria sua imagem debilitada em decorrência da tolerância com os proprietários brancos que ainda permaneciam em São Domingos. Já enfraquecido e tendo enfrentado revolta organizada pelo seu sobrinho Moïse, Toussaint é capturado pelas tropas napoleônicas em 1803, vindo a morrer na prisão de Fort de Joux, nos Alpes franceses⁶².

Com a queda de Toussaint e após um impasse entre as lideranças remanescentes, os revolucionários passam a ser liderados pelo ex-escravo Dessalines. Em 29 de novembro de 1803, divulgam uma declaração preliminar de Independência e, no dia 31 de dezembro do mesmo ano, batizam o novo estado com a denominação indígena de Haiti. As lutas revolucionárias se encerram no ano de 1804, após os haitianos terem derrotado, sucessivamente, 60 mil soldados ingleses e 43 mil soldados do exército de Napoleão. No final daquele ano, Dessalines tornar-se-ia o primeiro chefe do Estado haitiano, sendo coroado imperador⁶³.

Assim, sinteticamente, a Revolução Haitiana, após diversos avanços e recuos, desembocará na declaração do primeiro Estado independente construído por ex-escravos e negros libertos em janeiro de 1805. Durante esse período, inúmeras discussões e disputas foram realizadas nos dois lados do Atlântico a respeito das ideias de igualdade, liberdade, raça, colonialismo, nacionalidade e cidadania, as quais tensionaram as fronteiras das pretensões universalistas dos princípios revolucionários do ocidente.

Dentro desse contexto, a insurgência de São Domingos foi gestada em um imenso caldeirão cultural, em que a religião, as diferenças linguísticas, as organizações comunitárias alternativas e o hábito das plantations desempenharam papel crucial nos rumos das movimentações de negros e negras. O vodú, a língua crioula, a prática de *marronage* e a violência da escravidão evidenciam um plexo plural de identidades traduzido em um “movimento exclusivamente transcultural”, formado por negros e negras de diferentes regiões da África e de contextos políticos, sociais e religiosos amplamente diversos⁶⁴.

62 DUBOIS, 2004.

63 DUARTE, 2011, e DUBOIS, 2004.

64 Segundo o historiador Laurent Dubois, São Domingos não era majoritariamente composta por escravos, mas sim por africanos, o que recoloca a Revolução Haitiana como precursora das lutas por descolonização africanas. Ou seja: “agora estamos começando a entender que ela foi em si mesma, de diferentes maneiras,

Em relação às práticas religiosas, a historiografia contemporânea atribui um papel bastante importante ao vodu como instância mediadora dos diversos grupos de africanos escravizados em São Domingos e como locus formador de uma “zona de liberdade” no cotidiano das plantations. O vodu era uma das únicas atividades autônomas dos escravos, sendo uma religião e um momento de liberação psicológica. Habilitava-os, assim, a expressar e reafirmar sua própria existência que já tinha sido reconhecida através das experiências do trabalho coletivo, do medo e da violência diária. Ou seja, a prática religiosa proporcionava um quadro no qual os escravos conseguiam organizar e direcionar consciências e percepções adquiridas no trabalho e na violência decorrentes da escravidão, agindo como um espaço de reconhecimento mútuo e de diálogo comum de experiências irmãs. Possibilitava, neste sentido, a quebra psicológica das correntes reais e subjetivas da escravidão, tornando os escravos seres independentes, dando-lhes um senso de dignidade e os armando para a sobrevivência e a resistência⁶⁵. Ademais, o vodu representou a construção de uma forma diaspórica de manifestação cultural, pois, assim como em outros casos semelhantes, situava-se para além de tradições culturais localizadas nas diferentes partes do continente africano.

Segundo a historiadora Carolyn Fick, no que se refere ao crioulo, o encontro e a mistura de culturas, perante a imersão forçada de africanos em um mundo totalmente novo, fizeram surgir uma língua única e unificadora. Africana na estrutura e no ritmo, mas europeia na dinâmica lexical, teve sua gênese e consolidação no século XVIII, promovendo um quadro linguístico comum de comunicação para diversos grupos de escravos que chegavam a São Domingos. Foi uma essencial ferramenta unificadora que possibilitou a negros e negras compartilharem experiências, visões de mundo, opiniões e ideias, bem como conspirar contra o sistema⁶⁶. Ao mesmo tempo, demonstra o caráter de reconstrução das identidades nos quadros do colonialismo e do Atlântico Negro.

Por fim, a *marronage*, uma espécie de quilombismo, era uma prática de resistência comum a todo o novo mundo e influenciava os escravos de São

uma Revolução Africana” (DUBOIS, 2004, p. 5). Tornam-se evidentes os deslocamentos e reperiodizações que a Revolução e os desafios do Haiti pós-independência trazem para compreensões historiográficas e filosóficas.

65 DUBOIS, 2004; e FICK, 1990. Para uma relativização: GEGGUS, 2002.

66 FICK, 1990.

Domingos de diferentes maneiras. Mesmo sem criar garantias mais profundas, os *marrons* demonstravam que o sistema não era inquebrantável e apresentavam-se como saídas reais à submissão. Além disso, estabeleciam relações contingenciais com os escravos que ainda estavam nas plantations, bem como com os livres de cor. O quadro de possibilidades das práticas de *marronage* era aprofundado pelas relações estabelecidas com o vodú. Sendo uma forma cultural e uma força político-ideológica potente, advinda de uma grande síntese de religiões, crenças, práticas e tradições africanas que formavam a população negra da colônia, o vodú muitas vezes era praticado pelos líderes dos quilombos, os quais também eram sacerdotes. Essas trocas propiciavam a reconstrução de modos de vida africanos na América, por meio da língua, da dança, das cerimônias, da visão de mundo e das curas medicinais. Assim, todo um arcabouço hermenêutico comum era possibilitado, abrindo margem a formação de uma consciência coletiva e de uma identidade independente dos senhores brancos⁶⁷.

Influenciada pela Revolução Francesa, que desestabilizou as relações institucionais e hierárquicas na colônia⁶⁸, em poucos anos os eventos em São Domingos fizeram o poder legislativo francês garantir os direitos políticos dos homens livres de cor (1792)⁶⁹ e, posteriormente, abolir a escravidão em todas as suas colônias (1794)⁷⁰. Os jacobinos negros impuseram derrotas aos potentes exércitos espanhol (1795)⁷¹ e inglês (1798)⁷², assim como, em seus derradeiros momentos, a Revolução Haitiana expulsaria as tropas napoleônicas da ilha quando começavam a retornar os boatos de restauração da escravidão (1803)⁷³. Em 1805, a independência seria declarada sob o nome de Haiti, em uma forma de lembrar os primeiros habitantes de São Domingos⁷⁴ e de afirmar ao mundo sua oposição à herança colonial-escravocrata do ocidente⁷⁵.

67 DUBOIS, 2004, e FICK, 1990.

68 GEGGUS, 2002.

69 GEGGUS, 2002.

70 DUBOIS, 2004.

71 JAMES, 2007.

72 JAMES, 2007.

73 DUBOIS, 2004.

74 O nome “Haiti” era a maneira como os antigos habitantes da ilha, os indígenas tainos, a chamavam (DUBOIS, 2004).

75 Para Laurent Dubois, a escolha do nome “Haiti” demonstra uma espécie de política de descolonização

3.2. A Revolução Haitiana, o Constitucionalismo e a Possibilidade de uma História Universal

No período pós-revolução, o Haiti, por meio de suas constituições, expressaria uma modernidade heterogênea diante de um mundo no qual o colonialismo, a escravidão e a “desigualdade entre as raças” eram a norma. Nestes documentos, era possível ver os dilemas, conflitos, interesses e tendências políticas da época, nos quais distinções, tão comuns aos discursos modernos, emergiam no calor dos eventos: universalismo em defesa da igualdade racial contra particularismo de direitos decorrentes de certas especificidades oriundas do colonialismo; liberdade individual *versus* poder do Estado sobre os indivíduos em decorrência das necessidades econômicas; e ética internacionalista de combate a escravidão em oposição às restrições nacionalistas para se proteger do imperialismo.

Neste sentido, logo no preâmbulo da Constituição pós-independência de 1805 fica expresso o tema da igualdade racial, mas em um complicado arranjo entre universalismo e particularismo. Afirma-se, por um lado, o princípio da igualdade universal e, no mesmo gesto, a diversidade e diferença da humanidade. Ou seja, determina-se a igualdade racial e se reconhece o exclusivismo daqueles que foram escravizados. O ápice desse paradoxo é a determinação de que todos os habitantes haitianos devem ser tratados como “negros”, em uma verdadeira reapropriação da linguagem do colonizador pelo colonizado. Como afirma a filósofa Sibylle Fischer, a adoção dessa linguagem sugere que os revolucionários haitianos começaram pelo significado herdado de um vocabulário pleno de conotações raciais e continuaram por modificá-lo de maneira progressiva, com uma significação de valorização própria das pessoas tidas como negras. O negro, ali, adquiria o caráter de universalidade contido na categoria cidadão⁷⁶.

Ademais, para as constituições haitianas, a escravidão nunca foi uma divagação abstrata ou uma metáfora, como costumeiramente ocorria nas discussões constitucionais europeias, muito menos fonte de legitimidade filosófica do Estado. A escravidão era um dado concreto, necessariamente

avançada dos primeiros líderes haitianos, no sentido de uma “rejeição à falsa filosofia” dos colonizadores brancos e de qualquer tipo de discussão sobre o retorno à escravidão (DUBOIS, 2004, pp. 299-300). Para uma discussão do nome Haiti enquanto uma mediação de interesses entre as diferentes forças políticas existentes no momento pós-revolucionário, ver: GEGGUS, 2002.

76 FISCHER, 2003.

vinculado à experiência moderna e ao colonialismo. É a partir deste ponto que é possível compreender os dispositivos extremamente dirigistas no que toca a organização do trabalho e da família presentes em algumas das primeiras constituições. Por outro lado, é possível perceber que o mesmo tema da escravidão é trazido para a razão de Estado, em que o Haiti é fundado para garantir a liberdade e acabar com a subordinação racial. Assim, o fim da escravidão não é nem metáfora nem uma lista abstrata de direitos políticos, mas está no programa fundacional da estrutura estatal⁷⁷.

Neste sentido, o Haiti adotava uma postura de antiescravismo radical, propondo um movimento transnacional e transimperial. Ele assim pensava e se colocava dentro da conjuntura internacional. No entanto, do mesmo modo que o universalismo da igualdade racial aparece contraposto a uma identidade particular historicamente modelada, o transnacionalismo antiescravista deveria, eventualmente, confrontar as restrições que os poderes coloniais do momento impunham. Deste modo, as constituições procuraram duas formas de lidar com a questão. A primeira postura foi não regular, de maneira concreta e evidente, as formas de aquisição, definição e naturalização da cidadania haitiana (diferentemente das maneiras clássicas de aquisição sanguínea ou territorial, o Haiti oferecia cidadania para todos os indígenas, africanos e respectivos descendentes que viessem a residir em seu território – ou seja, todos aqueles que potencialmente pudessem ter sido vítimas da escravidão e do genocídio). A segunda são os artigos que expressam diretamente a política absenteísta do Haiti de não interferir nos assuntos de outros territórios (como o artigo segundo da Constituição de 1806)⁷⁸.

Como pode ser percebido, os textos constitucionais funcionaram mais como declarações de independência do que como constituições e expressaram aspirações e desejos que não podiam confinar-se a uma realidade política e social determinada. Ao transcender a própria realidade do Haiti pós-independência, colocaram em relevo conflitos que eram comumente deslocados, negados ou minimizados no pensamento europeu do pós-iluminismo. Adotava-se a linguagem típica do mundo moderno colonial para ressignificá-la em um sentido radical⁷⁹.

77 FISCHER, 2003.

78 FISCHER, 2003.

79 FISCHER, 2004.

Assim, as constituições haitianas redesenham e rearticulam o legado da teoria política do iluminismo e da era revolucionária. A concepção de liberdade não se limitava somente à ideia de uma simples “porção de terra”, mas invocava uma nova e radical articulação do conceito de raça e da relação entre liberdade e igualdade⁸⁰. Enquanto as fronteiras dos estados-nação iam restringindo cada vez mais as pretensões universalistas da modernidade em signos nacionais, étnicos e locais, o Haiti reutilizava os escombros da história⁸¹ colonial para especializar a cidadania em novas bases.

São por todas essas questões que se aponta a importância da experiência política e ideológica do Haiti para a construção de relatos sobre modernidade. Como argumenta Fischer, o trabalho dos revolucionários haitianos é importante:

(...) não só porque nenhum relato da modernidade estaria completo sem ele, mas porque demonstra, além disso, que alguns dos conceitos chaves do discurso políticos e social moderno, sem excluir a própria modernidade, necessita ser exaustivamente revisitada se desejamos introduzir os temas da diferença e da igualdade raciais em nosso pensamento sobre a liberdade.⁸²

Nota-se um lado esquecido no coração da modernidade ocidental, em que a Revolução Haitiana reluz como evento fundamental para compreensão das teias e contradições presentes e persistentes do Atlântico Negro, no qual as características levantadas no primeiro ponto desse artigo vão sendo delineadas e articuladas.

Susan Buck-Morss argumenta que o processo revolucionário na ilha de São Domingos tensiona os próprios fundamentos do que costumeiramente se entende como modernidade, pois resgata o projeto de liberdade e igualdade universal das mãos brancas (da história dos vencedores) para reconstruí-lo sobre novas bases, a partir dos vencidos⁸³.

A Revolução Haitiana, assim, surge como um momento hermenêutico universalizante dos ideais de igualdade e liberdade para todos que de alguma maneira estiveram sob o signo do colonialismo moderno e ocidental. A supressão e desautorização histórica desse evento, dentro de um período

80 FISCHER, 2004.

81 BENJAMIN, 2013.

82 FISCHER, 2003, p. 35.

83 BUCK-MORSS, 2011.

no qual as concepções da modernidade se formaram ou foram submetidas a um novo escrutínio, diz respeito a quem pode reivindicar e qual concepção nós temos da própria modernidade. Especificamente, do ponto de vista jurídico, de quem pode exercer a forma constitucional como modo de construção de direitos.⁸⁴ O seu apagamento e a luta por torná-la visível novamente são uma batalha sobre o que pode ser tido como progresso e o que significa liberdade⁸⁵.

Em um contexto de profundas reformulações das concepções políticas, a Revolução Haitiana serviu de teste máximo às pretensões universalistas presentes na França e nos Estados Unidos. Ela atacou as noções do liberalismo sobre cidadania, apresentando novas pretensões de universalização que nossa historiografia constitucional faz questão de ocultar. Para o historiador haitiano Michel-Rolph Trouillot, essas pretensões falharam, pois não havia debate público algum no mundo branco-europeu sobre o direito dos negros de alcançarem sua autodeterminação e o direito de fazê-lo pela resistência armada (como outros haviam feito na mesma época)⁸⁶.

Não obstante, essas pretensões foram decisivas para os debates subsequentes em torno da continuidade da escravidão e sempre pairaram como um fantasma para os estados-nação que emergiram de sociedades escravistas com presença de escravos de origem africana. Assim, como um não-evento, ou evento impensável, o Haiti torna-se o centro para se pensar o colonialismo e suas contradições não só na própria ilha de São Domingos, na França, nos Estados Unidos e em outras localidades, mas em todo campo de incidência das práticas coloniais e da escravidão. O Haiti é aqui, estava lá, ainda que como acontecimento desautorizado e repudiado⁸⁷.

E enquanto evento impensável, serve como chave metodológica para se acessar o cinismo na negação-contradição, pois é justamente sua impensabilidade, persistente até os dias de hoje no silenciamento historiográfico e filosófico, que se encontra a parte constitutiva do problema. O não-pensar da Revolução Haitiana significa o não-pensar da humanidade de negros e negras⁸⁸.

84 DUARTE, 2011.

85 FISCHER, 2004.

86 TROUILLOT, 2015.

87 TROUILLOT, 2015.

88 TROUILLOT, 2015.

Voltar ao processo revolucionário dos jacobinos negros da ilha de São Domingos e às suas respectivas contradições torna-se, assim, parte necessária do intento de confrontar essas questões. Porém, voltando ao início, o Haiti, a despeito de suas diversas particularidades disruptivas fundamentais em relação à modernidade, surge aqui fundamentalmente como primeira hermenêutico ou metodológico mais do que como lócus basilar de uma determinada história essencializada dos colonizados.

Neste sentido, tomar o Haiti como ponto articulatório, entre outros possíveis, é trabalhar a tentativa de narrar precisamente as “histórias não-narradas”, incluindo as ações coletivas que não se encaixam nas narrativas coerentes do ocidente, como as do contínuo progresso cultural, da luta de classes ou das civilizações dominantes. O Haiti demonstra que “anomalias históricas” são centrais justamente por que elas são bases constitutivas reapropriadoras, negadoras e tensionadoras das tradições hegemônicas – eventos capazes de refundar essas mesmas tradições em padrões diferenciados⁸⁹.

Como evento particular da dinâmica rizomórfica e fractal do Atlântico Negro⁹⁰, a Revolução em São Domingos permite, assim, a tentativa de uma filosofia da história que tematize as lutas em torno da liberdade. Todavia, desloca o intento de universalidade de uma luta retilínea entre senhor e escravo⁹¹, entre agressores e vítimas, para ressignificá-la e percebê-la nos movimentos plurais, contínuos e contraditórios, de negociações, mediações, negações e disputas dos legados da colonialidade-modernidade. Isso não significa perder de vista a existência de relações de poder fundamentais e condicionantes do agir dos personagens daquele período⁹².

A potência dessas questões para pensar o campo de conhecimento em torno do constitucionalismo decorre do fato de que elas estão na base do pensamento político moderno. Como ponto de articulação de identidades específicas à modernidade (cidadania, nacionalidade, liberdade, igualdade, propriedade, indivíduo, etc), o fenômeno do direito constitucional pode e deve ser repensado a partir de uma filosofia da história que dê conta da

89 BUCK-MORSS, 2009.

90 GILROY, 2012.

91 HEGEL, 2014, e VAZ, 1982.

92 GORENDER, 1990. Ou seja, por mais que a escravidão e as lutas por liberdade tenham sido expressadas de diversos modos e expandido limites diferenciados em cada contexto específico, não se elimina o fato de que o mundo colonial era recortado essencialmente pela violência entre poderes estruturalmente desiguais.

diáspora africana no mundo atlântico. E mais, é preciso que o constitucionalismo permita-se perceber como elemento constituído e constituidor das marcações, identidades e práticas discursivas tanto da modernidade, como do colonialismo – entre elas a construção da raça e do racismo.

A Revolução do Haiti é, assim, uma chave, um prisma, para se enxergar o passado e a luta por direitos no intento de se estender as fronteiras da nossa imaginação moral – de se articular uma filosofia da história que seja mais condizente com a liberação do que com o confinamento em exclusões oriundas de identidades coletivas⁹³.

4. Conclusão

O presente artigo teve dois objetivos fundamentais. Primeiramente, expôs o conceito de “Atlântico Negro”, elaborado pelo pensador Paul Gilroy, na medida em que o ia articulando com demais desenvolvimentos teóricos da diáspora negra. Assim, elucidou-se temáticas relevantes para se pensar o fenômeno da colonialidade-modernidade em novas bases, as quais possibilitam compreensões alternativas dos eventos passados e das suas consequências no presente.

Em um segundo momento, o trabalho delineou brevemente a trajetória da Revolução Haitiana enquanto evento importante da cadeia de processos relativos à diáspora africana no atlântico. A partir disso, buscou tecer considerações sobre a importância da insurgência em São Domingos como chave metodológica e hermenêutica para se fazer uma filosofia da história que dê conta dos movimentos por liberdade de negros e negras e das suas respectivas negações, reapropriações e alargamentos do legado da modernidade.

A partir desses dois aspectos, mais dois pequenos apontamentos podem ser feitos para futuros desenvolvimentos no que concerne o campo do direito na América Latina. O primeiro deles é que a reinscrição da diáspora africana na história do constitucionalismo moderno permite fazer uma releitura da história do constitucionalismo nas Américas levando em conta as dinâmicas e fluxos do Atlântico Negro. Particularmente, no que tange a história do constitucionalismo latino-americano do século XIX e XX, a presença da Revolução do Haiti desloca o olhar historiográfico e filosófico de

93 BUCK-MORSS, 2009.

uma narrativa essencialmente centrada nos discursos e práticas das elites coloniais por eles mesmos⁹⁴, reinserindo-os em uma cadeia mais ampla das relações coloniais modernas do mundo atlântico, na qual a presença negra é também um dos agentes históricos⁹⁵.

Em um segundo sentido, o Atlântico Negro e o prisma da Revolução Haitiana, que, em última instância, significam a possibilidade dos direitos dos negros e negras na diáspora, permitem novos aportes à recente pergunta realizada pelo campo do direito constitucional: qual crise político-social as Constituições latino-americanas, propostas a partir dos anos 80, visavam combater⁹⁶? Aqui, desloca-se essa pergunta a partir de uma outra: como os problemas da diáspora africana nas Américas foram e vêm sendo tematizados pelo novo constitucionalismo latino-americano⁹⁷?

Acredita-se, portanto, que o conceito de Atlântico Negro e a chave da Revolução do Haiti podem ser importantes elementos não só para enfrentar os campos da história e da filosofia do direito constitucional, mas também para perquirir os silêncios, ocultamentos e invisibilizações em novas grandes narrativas que se pretendem, a despeito de seus avanços e contradições, comum a todos.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.
- AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites século XIX*. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2008.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- BENJAMIN, Walter. Crítica da violência: crítica do poder. In: *Revista Espaço Acadêmico*. Ano II – Nº 21 – Fevereiro/2003.

94 GARGARELLA, 2005.

95 DUARTE e QUEIROZ, 2016.

96 COURTIS e GARGARELLA, 2009.

97 Para uma discussão sobre o assunto, veja-se, por exemplo: SÁ, 2014.

- _____. *O anjo da história*. Organização e tradução de João Barrento. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.
- BERNARDINO-COSTA Joaze. *Saberes subalternos e decolonialidade: os sindicatos das trabalhadoras domésticas no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.
- BRAUDEL, Fernand. *A Dinâmica do Capitalismo*. 2ª ed. Lisboa: Teorema, 1986.
- BUCK-MORSS, Susan. Hegel e Haiti. Trad. Sebastião Nascimento. In: *Novos Estudos*, 90, 2011. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002011000200010>.
- _____. *Hegel, Haiti, and universal history*. USA: University of Pittsburgh Press, 2009.
- CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na cidade do Rio. In: *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v.8, nº 16, mar/ago, 1988.
- CONNEL, Raewyn. A iminente revolução na teoria social. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27. No 80, pp. 09-20, outubro de 2012. <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-69092012000300001>.
- COSTA, Pedro Henrique Argolo. *Entre hidra e leviatã: o nomos da terra de Carl Schmitt e o paradoxo da história universal*. Monografia em Direito pela Universidade de Brasília. Brasília, 2015.
- COURTIS, Christian, GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. In: *CEPAL – Serie Políticas sociales*, nº 153, 2009.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DUARTE, Evandro Charles Piza. *Do medo da diferença à igualdade como liberdade: as ações afirmativas para negros no ensino superior e os procedimentos de identificação de seus beneficiários*. Tese de doutorado no curso de pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2011.
- DUARTE, Evandro Charles Piza e QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Para inglês ver: a cidadania na Constituinte Brasileira de 1823 e as tensões sociais do Império Português no Atlântico Negro*. Brasília, 2016 (no prelo).
- DUARTE, Evandro Charles Piza, SCOTTI, Guilherme e CARVALHO NETTO, Menelick de. A queima dos arquivos da escravidão e a memória dos juristas: os usos da história brasileira na (des)construção dos direitos dos negros. In: *Universitas JUS*, v. 26, n. 2, pp. 23-39, 2015. 10.5102/unijus.v26i2.3553.

- DUBOIS, Laurent. *Avengers of the new world: the story of the haitian revolution*. USA: Harvard University Press, 2004.
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993.
- _____. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. In: *Revista Sociedade e Estado*. Volume 31, Número 01, Janeiro/Abril, 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-69922016000100004>.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Trad. Enilce Albergaria Rocha, Lucy Magalhães. Juiz de Fora: UFJF, 2005.
- _____. *Pele negra, máscaras brancas*. Trad. Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.
- FISCHER, Sibylle. Constituciones haitianas: ideología y cultura posrevolucionarias. *Casa de las Américas*. Octubre-diciembre, 2003, pp. 16-35.
- _____. *Modernity Disavowed: Haiti and the cultures of slavery in the age of revolution*. USA: Duke University Press, 2004.
- FICK, Carolyn. *The making of Haiti: the Saint Domingue Revolution from below*. USA: The University of Tennessee Press, 1990.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 37ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009
- GARGARELLA, Roberto. The constitution of inequality. *Constitutionalism in the Americas, 1776-1860*. In: *International Journal of Constitutional Law*, volume 3, number 01, 2005, pp. 01-23. <http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi001>
- GARZA, Alicia. *A Herstory of the #BlackLivesMatter Movement*. Disponível em: <<http://www.thefeministwire.com/2014/10/blacklivesmatter-2/>> (acessado em 19/07/2016).
- GEGGUS, David P. *Haitian Revolutionary Studies*. USA: Indiana University Press, 2002.
- GOMES, Flávio e SOARES, Carlos Eurgênio. Sedições, haitianismo e conexões no Brasil escravista: outras margens do Atlântico Negro. In: *Novos Estudos*, n° 63, 2002.
- GORENDER, Jacob. *A escravidão reabilitada*. São Paulo: Ática, 1990.

- GUIMARÃES, Johnatan Razen Ferreira. *Coordenadas do possível: o lugar da violência e a legitimidade da ocupação de terras na ADI 2.213-0*. 2015. Dissertação de mestrado em Direito pela Universidade de Brasília. Brasília, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad: Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HALL, Stuart. *Da diáspora: Identidades e mediações culturais*. Organização Liv Sovik; Tradução Adelaine La Guardia Resende ... [et all]. 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2013.
- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- JAMES. C. L. R. *Os jacobinos negros – Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*. Tradução Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- JOUVENEL, Bertrand de. *As origens do Estado Moderno. Uma história das ideias políticas no século XIX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- KELLNER, Douglas. Habermas, the public sphere, and democracy: a critical intervention. In: HAHN, Lewis Edwin. *Perspectives on Habermas*. USA: Open Court, 2000.
- LATOUCHE, Serge. *A ocidentalização do mundo: ensaio sobre a significação, o alcance e os limites da uniformização planetária*. Trad. Celso Mauro Paciornik. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994.
- LINEBAUGH, Peter e REDIKER, Marcus. *A hidra de muitas cabeças: marinheiros, escravos, plebeus e a história oculta do Atlântico revolucionário*. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- MOURA, Clóvis. *As injustiças de Clío: o negro na historiografia brasileira*. Belo Horizonte: Nossa Terra, 1990.
- _____. *Rebeliões da Senzala*. 4ª ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1988.
- _____. *Sociologia do negro brasileiro*. São Paulo: 1988.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NASCIMENTO, Washington Santos. “São Domingos, o grande São Domingos”: repercussões e representações da Revolução Haitiana no Brasil escravista (1791-1840). In: *Dimensões*, vol. 21, 2008.

- PAIXÃO, Cristiano. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2011.
- ROBESPIERRE, Maximilien. *Virtude e terror*. Apresentação por Slavoj Žižek; textos selecionados por Jean Ducange. Trad. José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zagar Ed., 2008.
- SÁ, Gabriela Barreto de. *A América Afro-latina enquanto um desafio ao novo constitucionalismo latino-americano: o caso dos afrobolivianos*. Trabalho apresentado no IV Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia. Foz do Iguaçu, 2014.
- SANTOS, José Henrique. *Trabalho e riqueza na fenomenologia do espírito de Hegel*. São Paulo: Loyola, 1993.
- SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”*. Trad. Dora Schilling Thon. Buenos Aires, Argentina: Editorial Struhart & Cia, 2005.
- _____. *O conceito do político/Teoria do Partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SOLOMON, Akiba. *Get on the bus: inside the Black Lives Matter ‘freedom ride’ to Ferguson*. Disponível em: <http://www.colorlines.com/articles/get-bus-inside-black-life-matters-freedom-ride-ferguson> (acessado em 19/07/2016).
- TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Trad. Beatriz Perrone Moisés. 4ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silencing the past: power and the production of history*. USA: Beacon Press, 2015.
- VAZ, Henrique C. De Lima. Senhor e escravo: uma parábola da filosofia ocidental. *Síntese Nova Fase*, nº 21, 07-29, 1982.

Recebido em 19 de julho de 2016

Aprovado em 9 de novembro de 2016

A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais

The Tension between Constitutionalism and Exception: when the State Order Prevails over Fundamental Rights

Henrique Smidt Simon*

Centro Universitário UniEURO, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

Nos últimos tempos o fortalecimento do poder de coerção do estado tem sido bastante evidente. Sob o argumento de garantir a ordem e a proteção contra ameaças internas e externas (manifestações e terrorismo), o aparelho coercitivo do estado aumenta a repressão e sua capacidade de agir sobre a população.

Tal crescimento do poder do uso da coerção institucionalizada tem como consequência imediata a diminuição do âmbito de proteção de indivíduos ou grupos contra o estado. Em outros termos, assiste-se a um movimento de restrição (às vezes suspensão) dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos¹.

Essencialmente dois mecanismos têm sido utilizados para essa primazia do uso do poder do estado: tipificação de condutas que antes não eram legalmente previstas ou seu tratamento não era considerado duro o sufi-

* Doutor em Direito, Estado e Constituição (FD/UnB). Professor do Programa de Mestrado em Ciência Política no UniEURO (DF). Professor do IDP (DF). Professor do UniCEUB (DF). Advogado. E-mail: henrique.simon@gmail.com.

1 A referência a “direitos fundamentais constitucionalmente garantidos” pretende abarcar tanto os direitos de defesa contra o estado quanto os de prestação, conteúdos legais ou materiais expressos na constituição (portanto, exigíveis). Sobre tais funções dos direitos fundamentais, ver ALEXY, 2009. Neste artigo defende-se que a prevalência do estado sobre a constituição leva à aceitação de que direitos constitucionais expressos, independente de tipo ou função, podem ser flexibilizados, suspensos ou ineficazes. E o estado cria mecanismos para impedir sua realização ou reivindicação de acordo com sua conveniência e oportunidade. A constituição, assim, torna-se incapaz de regular plenamente o estado.

ciente; estabelecimento de situações de urgência (similares ao estado de defesa brasileiro), alegando-se a necessidade de restabelecimento da ordem e da segurança públicas.

Como o estado é o detentor do poder soberano, em situações como as referidas ele se mobiliza para criar, alterar ou afastar o direito de acordo com suas próprias necessidades, alegando, por outro lado, incapacidade de cumprimento de suas obrigações legais e constitucionais. Assim, o estado não só não realiza o que deve (liberdades fundamentais; proteção contra os abusos do poder público; direitos sociais para melhor qualidade de vida), como usa a alegada incapacidade como motivo para aumentar seus próprios direitos de uso da violência. Nessa linha, a relação entre estado e indivíduos ou população não é de direitos e obrigações, mas é via de mão única, em que o direito é concessão do estado. Na medida dos seus interesses ou necessidades ele amplia ou restringe essas “benesses”.

Esse movimento de retomada da evidência da soberania do estado fica cada vez mais claro desde os atentados terroristas de setembro de 2001 nos Estados Unidos². E o terrorismo tem sido o grande mote para a limitação ou suspensão de direitos fundamentais³. Contudo, o uso do medo e da possibilidade de descontrole como fundamentos para essas suspensões da normalidade do estado de direito tem se expandido para o próprio campo das manifestações políticas e sociais em geral, principalmente quando em oposição ao poder do estado ou de quem se encontra no controle do governo⁴.

2 O ataque ao World Trade Center em setembro de 2001 tem sido usado como marco dessa virada para a prevalência da soberania do estado sob o argumento da proteção contra o inimigo (o terrorista). Tanto Zizek (2003) quanto Agamben (2004) seguem essa linha.

3 Os atentados de Nice, ocorridos em julho de 2016, mostram esse movimento. Declarado o estado de urgência na França (figura próxima ao nosso estado de defesa), uma semana depois o parlamento francês aprovou, por lei, seu prolongamento até janeiro de 2017 (http://www.lemonde.fr/politique/article/2016/07/20/la-prolongation-de-l-etat-d-urgence-debattue-au-senat_4972466_823448.html. Acesso: 14/10/2016).

4 As referências a seguir são apenas algumas amostras aleatórias do recurso disseminado ao estado de emergência. Os deputados da direita francesa chegaram a demandar a aplicação do estado de urgência às manifestações contra a lei de reforma trabalhista que, à época, ainda estava em discussão (<http://www.huffingtonpost.fr/2016/05/19/meme-avec-la-prolongation-de-letat-durgence-interdire-les-man/>. Acesso: 14/10/2016). Nos Estados Unidos, em razão do confronto de grupos ou comunidades negras contra a polícia por causa da violência policial, houve declaração de estado de emergência para controlar o público que reagiu contra o abuso do poder de coerção, como no caso de Charlotte (<http://www.aljazeera.com/news/2016/09/state-emergency-declared-charlotte-protests-160922051221516.html>, Acesso: 14/10/2016). Na Turquia, após sofrer tentativa de golpe fracassada (tentativa essa que tem gerado muitas dúvidas sobre suas circunstâncias), também foi declarado e prorrogado o estado de emergência (<http://>

Essa percepção de que a normalidade do direito e, portanto, das proteções contra a coerção institucionalizada só podem funcionar enquanto não colocar em risco ou questão o poder soberano transforma o estado em *legibus solutus*. A normalidade do direito só funciona na normalidade do estado, sendo que ele é quem decide quando a normalidade é quebrada. Aquilo que deveria ser relação de direitos e obrigações transforma-se em concessão de direitos, que podem ser suprimidos em situações que interessam ao poder. Neste estudo essa situação será denominada “visão processualizante do direito”, porque entende que só há direito quando há a possibilidade de reivindicá-lo ao próprio aparelho público de aplicação (o poder judiciário), possibilidade que só pode ser dada pelo próprio estado, deixando os sujeitos à mercê do poder e seus abusos, porque os direitos concedidos, mesmo que por via constitucional, podem ser suspensos, relativizados ou mesmo extintos quando conveniente.

O ponto de partida da presente análise é a retomada da relação entre direito, indivíduos submetidos ao poder e ao direito e o modelo teórico do que se compreendeu como estado de direito, na sua relação com o exercício do poder instituído. Pretende-se demonstrar como o liberalismo político permite pensar o direito como sistema que demanda completude, o que se alcança com a ideia de constituição (portanto, permite entender o papel estrutural da constituição). Isso é feito justamente para garantir proteção contra o poder.

Em seguida, faz-se a crítica da redução da estrutura jurídica liberal ao “processualismo”, a ser entendido como a redução do pensamento jurídico ao modelo de aplicação do direito processual. O objetivo, nesse ponto, é demonstrar como tal forma de compreender o direito inibiu as funções e potencialidades do positivismo e tem impedido pensar o direito de forma alternativa, de modo a impedir a ampliação do potencial de racionalidade, de mediação social e política da própria constituição. O objetivo é esclarecer que esse “processualismo” permite colocar o estado fora da constituição nos momentos em que pretende agir e os direitos tornam-se barreiras, o

www.lefigaro.fr/flash-actu/2016/10/11/97001-20161011FILWWW00312-turquie-l-etat-d-urgence-a-nouveau-prolonge.php. Acesso: 14/10/2016). No Peru, o recurso ao estado de emergência foi utilizado para o combate à violência do tráfico de drogas (<http://www.actulativo.com/2016/09/12/perou-l-etat-d-urgence-a-ete-decrete-pour-combattre-la-criminalite-dans-des-zones-du-vraem/>). Acesso: 14/10/2016). Um último exemplo, para abarcar todos os continentes, na Etiópia o governo também declarou estado de urgência para lidar com manifestações que o contestam (http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/09/ethiopie-le-gouvernement-declare-l-etat-d-urgence_5010680_3212.html).

que justifica a tese de Giorgio Agamben⁵ segundo a qual o estado de exceção é a regra no direito moderno.

Por fim, procura-se indicar como o atual modelo “processualizante” do direito tende a levar à possibilidade de suspensão constante da ordem constitucional, na medida em que permite o uso de conceitos que mascaram situações de anomia, transforma-as em normais e esperadas (portanto, pretensamente jurídicas) e legitima o autoritarismo, que desdenha toda e qualquer racionalidade constitucional.

Para ilustrar essa racionalidade, propõe-se rápida apresentação de como o Brasil não escapa ao modelo predominante apontado em caráter teórico, com alguns dos problemas nacionais podendo ser usados para mostrar a concretude do paradigma da exceção no uso do direito. São tratadas, em caráter exploratório, as situações das manifestações de junho de 2013, o tratamento coercitivo dado aos “rolezinhos” e a desconsideração da humanidade daqueles sujeitos ao controle da penitenciária de Pedrinhas. Os exemplos citados mostram as estratégias do estado para colocar os indivíduos em situação de exceção, impedindo não só o direito à resistência contra a opressão, previsto no artigo II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, mas também a própria reivindicação de direitos que deveriam ser reconhecidos. Servem para aproximar e tornar palpável para o leitor a discussão teórica a ser feita sobre o porquê da naturalização do poder soberano do estado e a atual facilidade de criar, senão o estado de exceção, situações de exceção em que os direitos de oposição à coerção ou ao poder instituído perdem a eficácia e o sentido⁶. Não é preciso que o direito seja suspenso aberta e declaradamente, basta tratar casos que escapam ao controle do poder do estado como situações de exceção.

Para além disso, como a mera suspensão da eficácia do direito explícita com mais facilidade a arbitrariedade, volta a ser comum a produção legislativa no interesse do próprio estado, para dar ares de legalidade e legitimidade à suspensão discricionária do direito. Assim o estado dá a impressão de ter limites e se dá a autorização formal para agir fora dos li-

5 2004.

6 As três situações empíricas são tratadas apenas como exemplos de como a lógica do estado de exceção trabalha disfarçada de normalidade. Não é objeto ou objetivo deste artigo fazer uma análise sociológica de tais fenômenos, mas apenas mostrar como o tratamento jurídico dado às três situações, que são bastante distintas entre si, permite a visualização da lógica do estado de exceção funcionando, a deixar claro que os direitos da população em geral, principalmente os constitucionais, estão sendo reduzidos com naturalidade.

mites e garantias constitucionais. No caso brasileiro, a busca da legalidade para ampliar a capacidade do uso da violência pode ter como exemplo a Portaria 3.461/2013 do Ministério da Defesa (definidora do uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem em atividades de segurança pública), do uso da Lei de Segurança Nacional no caso de manifestações e a aprovação da Lei n. 13.260/2016, que tipifica o crime de terrorismo. Essas três normas exemplificam a estratégia do estado de tornar a suspensão de direitos constitucionais como algo normal, admitida pelo próprio direito, impedindo, no modelo “processualizante” aqui criticado, reivindicações contra o estado ou a resistência contra a opressão.

A discussão ora proposta intenta trazer elementos para mostrar a necessidade de pensar as bases epistemológicas do direito com maior acuidade e apontar as distorções que se tem feito desse ramo do conhecimento, utilizando-se seus institutos fora de seus contextos e de suas gramáticas significativas. Defende-se que é preciso retornar à noção de direito como elemento limitador e condicionador do estado, determinado pela racionalidade do constitucionalismo clássico.

2. O Direito como Espelho da Sociedade ou a Sociedade como Espelho do Direito? A Compreensão da Importância do Positivismo Jurídico e do seu Esvaziamento como Ideal Político

Ao relatar a formação do direito moderno, com seu paradigma positivista-legalista, Boaventura de Sousa Santos⁷ procura mostrar quais eram as potencialidades da nova forma de ver o direito (estrutura formal fechada) como garantia da ordem e sua relação com a sociedade que surgia (cujo modelo era o da burguesia comercial-industrial). A análise de Boaventura intenta esclarecer como os anseios do direito moderno garantiam certa expectativa de liberdade e igualdade e como, em determinado momento, transforma-se em estrutura cristalizadora da sociedade. Para o teórico português, se o direito, em primeiro momento, tornou-se espelho da sociedade moderna que almejava liberdade e igualdade de tratamento, em seguida virou estátua, com a pretensão de ser o modelo a ser seguido, havendo inversão de papéis.

7 SANTOS, 2000.

Sousa Santos caracteriza a sociedade moderna como relação que busca o equilíbrio entre emancipação e regulação. Segundo ele, o primeiro momento do estado de Direito foi de emancipação, mas, com a mudança da sociedade industrial, transformou-se em estrutura prioritariamente de regulação, a impedir alternativas de sociabilidade que não seguissem o modelo da sociedade industrial. Essa transformação, suas consequências para o direito e a perda da função política inicial do positivismo jurídico do século XIX merecem breves considerações.

2.1 A Função Política do Positivismo do Século XIX

A ideia de que o direito deve ser espelho da sociedade deriva da concepção de que um modelo jurídico-político responde aos meios de reprodução social de certa época e contexto. E que a transformação das condições sociais deveria levar à mudança do modelo jurídico político. Assim é que Foucault vê nas modificações das instituições jurídicas um instrumento empírico para verificar as transformações sociais, políticas e no próprio modo do saber⁸.

Para iniciar a análise, é importante ter em mente que no direito medieval duas características eram muito importantes. A primeira delas referia-se à ausência de hierarquia de fontes do direito e, portanto, qualquer delas dava origem ao conteúdo jurídico esperado: costume, religião, razão natural, edito do rei, compromisso feudal, precedentes etc.⁹ A segunda referia-se ao fato de que o direito era pouco institucionalizado, sendo incapaz de conter as relações fáticas de poder e força que se desenvolviam na sociedade feudal. O direito era conquistado, muitas vezes, pela força e pela influência que se tinha sobre outros detentores de poder (rei e senhores feudais)¹⁰.

A ausência de fonte unificada (ou de hierarquia de fontes) do direito e a falta de autoridade central com poder de legislar não permitem a separação entre direito, costume, religião, moral e política. Isso, que seria uma confusão de conteúdos para o pensamento jurídico moderno, ocorre porque

8 FOUCAULT, 2002.

9 Veja-se Bobbio, 1995.

10 FOUCAULT, 2002. A análise de Foucault refere-se à Alta Idade Média. É interessante notar como determinados tipos de ações que surgem no *common law* do século XII têm exatamente a função de permitir ao rei que contenha esse abuso por parte dos senhores feudais (veja-se CAENAGEN, 1988).

não há a presença de núcleos institucionalizados de produção e, principalmente, criação do direito. As normas produzidas por práticas sociais, religiosas, ou de poder ganham caráter de exigibilidade e são igualmente reconhecidas como vinculadoras de condutas.

Na transição da Idade Média para a Modernidade isso significa instabilidade e incerteza sobre quem detém legitimidade para produzir normas, quais são as normas válidas e o que se pode exigir. Apesar dos regimes absolutistas terem concentrado o poder político nas mãos dos reis, eles são mais fatores políticos de equilíbrio entre os grupos sociais concorrentes do que propriamente legisladores¹¹.

Se o problema da unidade do poder se resolve com o absolutismo, o da unidade do ordenamento jurídico só é possível no século XIX, com o fenômeno da codificação¹². A partir da ideia iluminista de que a lei, como expressão da razão, pode regular todas as possibilidades de condutas, eliminam-se as incertezas sobre o direito, porque a partir de então a regra é prévia e do conhecimento de todos, fruto da razão de um órgão exclusivo: o poder legislativo, único legitimado para a criação da norma regente das condutas de todos os indivíduos de igual modo¹³.

A lógica que está por trás dessa mudança (e torna-se a lógica do positivismo liberal do século XIX) é a seguinte: a lei, sendo a única fonte do direito, confere segurança e igualdade, pois todos sabem o que podem fazer e estão sujeitos às mesmas regras. Essas regras devem ser seguidas porque provenientes do órgão legitimado pelos destinatários da norma, o parlamento, reproduzindo a vontade conjunta dos súditos. Nessa linha, o que vincula é a lei, em sentido estrito, ou seja, a que passa validamente pelo processo legislativo referendada por quem detém o poder de representar o povo.

11 Ver ELIAS, 1993. Isso porque, apesar de o rei ter reconhecido o poder soberano, no modelo de Bodin (ao afirmar que a soberania estava no poder de dizer o direito sem a anuência de mais ninguém – Bodin, 1999), ele não está acima das leis fundamentais do reino, reguladoras de sua legitimidade política – como doutrina assistemática e sem conteúdo formal identificado, as leis fundamentais do reino se apresentam com duas grandes tendências: a doutrina oficial da monarquia e as tradições feudais (MORABITO, 2008).

12 BOBBIO, 1995.

13 Na primeira metade do século XVIII os franceses já discutiam o problema do excesso de litigiosidade como algo derivado do excesso de leis e costumes contraditórios. Via-se como solução a simplificação do direito por meio da redução drástica de normas, o que deveria ser feito com base em leis gerais simples, coerentes, claras e que refletissem a razão natural (ver ROSANVALLON, 2007).

A mudança do foco do poder do rei para o Poder Legislativo é um critério claro de controle do poder político. Até o fim do Antigo Regime não havia separação institucionalizada e independência em termos de competência entre as funções executiva, legislativa e judiciária. O Executivo era a monarquia, que controlava o Judiciário, e o que veio a ser o Legislativo era a reunião de grupos que representavam os estamentos sociais. O rei tinha a última palavra, o poder de decisão, mas, naquilo que concernia ao interesse de todos, devia levar à consideração de todos, ainda dentro da lógica medieval. Essa a função do Parlamento inglês e dos Estados Gerais na França¹⁴.

Portanto, o surgimento do direito positivo moderno, que tem na lei sua fonte privilegiada, é resultado de dois fenômenos que estão interligados: a mudança do foco de legitimidade da coroa para os representantes do povo e a necessidade de controlar os focos sociais de poder, principalmente o próprio rei. Nesse sentido, a forma de pensamento que inaugura o direito moderno é a do liberalismo político. A lei controla as ações proibidas e, por oposição, permite tudo o que não é expressamente defeso. Se todos estão sujeitos às mesmas leis e podem fazer tudo o que não lhes é expressamente proibido, todos são livres e iguais. Qualquer desvio nessa forma de encarar o papel do direito leva ao arbítrio, à quebra da igualdade e, por consequência, da liberdade¹⁵.

Assim, o executivo, como poder que detém o monopólio da força e a obrigação de fazer valer o direito, só pode fazer o que é expressamente determinado pelo ordenamento, sob pena de violar a liberdade dos cidadãos. O judiciário deve apenas dizer se a lei foi ou não violada no caso concreto, sem interpretar e sem considerar outras fontes normativas¹⁶.

14 FIORAVANTI, 2001.

15 No período revolucionário francês, por exemplo, a primeira concepção que aparece a respeito do estado de direito (*rule of law* – a supremacia da lei) é exatamente a liberal, que vê na lei a garantia da liberdade e no governo pela lei a exata oposição ao governo despótico, baseado na vontade particular do soberano. A lei geral e abstrata deveria ser a expressão da razão, portanto, derivada do direito natural (ROSANVALLON, 2007).

16 MONTESQUIEU, 2002, na sua análise sobre a separação dos poderes, já havia declarado que o juiz não deveria ser mais que a boca da lei. BECCARIA, 1997, ao falar sobre os abusos no uso do que viria a ser o direito penal, seguiu a fórmula de Montesquieu e propôs que a decisão judicial não fosse mais que um silogismo, em que a lei seria a premissa maior, o fato a menor e a decisão mera conclusão. O modelo do silogismo ilustra bem como o positivismo jurídico vê o direito como limitação ao exercício do poder, pois o que caracteriza um silogismo é o fato de o juízo não acrescentar qualquer informação às premissas, o que quer dizer que a conclusão é apenas o tornar explícito o que nelas já estava presente.

E o legislativo, como representante do povo, só regula e proíbe o que é em benefício dele, sendo controlado em eleições periódicas¹⁷. A separação dos poderes é, portanto, garantia contra o abuso de poder, a impedir que quem exerça alguma função estatal possa estar acima do ordenamento para violar a igualdade e a liberdade¹⁸.

O fechamento do sistema se dá com a constituição, local em que está presente a declaração de direitos como liberdade e igualdade, bem como a contenção formal do poder legislativo, que deve estar submetido ao documento que realiza o fechamento do sistema jurídico¹⁹. A lei vincula porque é a expressão da vontade do povo confeccionada de acordo com a forma estabelecida pelo próprio povo (o poder constituinte originário).

2.2. De Espelho a Estátua – O Direito como Expressão da Vontade Estatal

Foi nessa estrutura de contenção do poder institucionalizado e na afirmação da liberdade e da igualdade individuais que Boaventura de Sousa Santos²⁰ viu o potencial emancipatório do direito moderno, ao refletir os anseios da nova sociedade que emergia. No entanto, o que teria causado sua transformação de espelho para estátua, a perda do seu potencial de liberação das subjetividades fora de suas amarras sociais e políticas para passar a exercer o controle social autoritário? Como o direito positivo passa a ser força de regulação em lugar de emancipação?

Um dos problemas, dentre aqueles que podem ser considerados centrais, é a transformação do estado moderno em nação. Tal transformação está presente já na Revolução Francesa, em que o conceito de povo, entendido como todos aqueles que não são nem nobres nem pertencem ao clero (portanto, conjunto de sujeitos concretos composto pela imensa maioria dos franceses), se confunde com a nação, conceito abstrato que remete a certa entidade abstrata cuja referência seria a totalidade idealizada dos

17 A relação entre o positivismo jurídico dos sécs. XVIII-XIX e a necessidade de controle do exercício do poder a partir do pensamento liberal poder ser encontrada em BOBBIO, 1997, e SIMON, 2006.

18 MONTESQUIEU, 2002.

19 Importante lembrar o artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que afirma que toda sociedade que não tem a garantia dos direitos naturais (liberdade, segurança, propriedade e a resistência à opressão, enunciados no artigo II) e não possui a separação dos poderes não tem sequer uma constituição. Fica evidente que a contenção do poder é pensada como a função primordial do direito constitucional. Controla-se o poder para garantir liberdade.

20 SANTOS, 2000.

franceses. Essa mudança de significação vê-se claramente naquele que é tido como inventor do conceito de “poder constituinte originário”. De fato, Sieyès²¹, ao justificar o poder constituinte originário da Assembleia Constituinte formada a partir dos representantes do estamento que compunha o terceiro estado francês, afirma que o povo não deve legislar diretamente, mas sim seus representantes, que exercem sua vontade, e o farão em nome da nação²².

Philip Bobbitt²³ vê exatamente no exemplo francês a transformação radical do estado moderno, que ele chama de nação-estado. Segundo esse autor, a nação-estado é diferente do estado-nação no sentido em que a primeira forma política diz respeito à capacidade de mobilização da nação (vista como unidade política) em favor do estado, que a incorpora, enquanto o segundo tem o estado como instrumento para beneficiar a nação que governa, o que só ocorre no momento político seguinte. Assim, a nação-estado tem no aparelho burocrático a realização do conceito abstrato de nação.

Nesse sentido, não é de forma alguma paradoxal que o estado (agora nação) que fez a revolução mais marcante da Modernidade (e a fez em nome da liberdade e da igualdade), só tenha conseguido a estabilidade político-social com Napoleão, um imperador. É Napoleão que consegue afastar o perigo externo, organizar a França e expandi-la para que o povo mantenha internamente os ideais de igualdade e liberdade²⁴.

É também com o imperador que se realiza a sistematização do direito, ao unificar o direito civil francês por meio do primeiro código (no sentido moderno) da história a virar referência mundial: o Código Civil, também conhecido como Código Napoleônico²⁵. A esperança iluminista de racionalidade do direito se realiza por meio de uma lei que tem a pretensão de completude na regulação do âmbito social a que se destina, aplicada igualmente

21 SIEYÈS, 2001.

22 Aliás, o próprio conceito de povo já havia se transformado em signo referente a uma entidade abstrata, o que foi feito pelo princípio da representação, cujo início ocorreu na Inglaterra medieval. Os representantes do povo (a Câmara dos Comuns) assumem o poder de falar em nome de todos e, em seguida, de legislar. No entanto, não se permitem ser controlados, pois eles já encarnam a expressão da vontade do povo inglês, de forma que os sujeitos concretos que compunham o povo não teriam como controlar diretamente o exercício do poder político (ver MORGAN, 2006).

23 BOBBITT, 2003.

24 BOBBITT, 2003.

25 BOBBIO, 1995.

em todo território nacional e a todos que se encontram sob o jugo do estado. Se antes a soberania era vinculada à pessoa do rei, agora ela é a forma de expressão da vontade do estado, um ente tão abstrato quanto a nação.

Ainda que não seja o caso de desenvolver essa questão aqui, é bom fazer alguns comentários ilustrativos da discussão sobre a formação da ideia de nação e sua relação com o estado após a Revolução Francesa. Como dito, a noção de povo estava vinculada ao ser parte do terceiro estamento, na estrutura social francesa. Eles não eram considerados “nação”.

Segundo Hobsbawm²⁶, o termo “nação” não designava, até o século XIX, um povo com identidade e estado próprios, mas sim uma ideia vaga de origem de grupo ou região. No contexto francês, a “nação” no *Ancien Régime* é conceito vago que não deixa clara a separação entre o corpo social e a pessoa e as atribuições do rei. Já no momento da Revolução, a “nação” se torna a fonte da legitimidade do poder. No processo constituinte e revolucionário de 1789, os representantes do povo (terceiro estado dos Estados Gerais – os outros dois são o clero, primeiro estado, e a nobreza, segundo estado) dizem falar em nome de 96% da nação, autodesignando-se, portanto, de “Assembleia Nacional”, legitimada a decidir sobre a vida política de todos os franceses²⁷.

“Nação”, assim, passa a incorporar a totalidade dos franceses. O estado, na versão de estado-nação, é a expressão da força da nação e de sua boa ordem – na linha do discutido por Bobbitt²⁸. Não pode trazer, contudo, pelo menos no caso francês, a noção de identidade e pertencimento uma origem imemorial, pois o que a Revolução pretende é justamente romper com o modelo social anterior, seus costumes, tradições e instituições²⁹.

Tal concepção de nação aparece com toda sua força na conferência dada por Ernest Renan³⁰ em 11 de março de 1882 na Sorbonne. Em um momento histórico em que as ciências sociais já estão influenciadas pelo cientificismo de caráter biológico, por condicionantes geofísicas ou históricas ou critérios culturais necessários para identificar as diferenças e as características próprias de cada povo, Renan recusa que descendência

26 HOBBSAWM, 1990.

27 ROTELLI, 1998.

28 BOBBITT, 2003.

29 ROTELLI, 1998.

30 RENAN, 2007.

histórica de certos povos, raça, geografia, língua ou religião sejam critérios de definição de uma nação. Se condicionantes externas aos indivíduos ou povos não são critérios de definição de uma nação, também não o é o acordo de interesses mútuos para obter benefícios imediatos.

O autor francês define a nação como liame espiritual voluntário, o compartilhamento de um passado de conquistas e sofrimentos conjunto e a vontade de permanecer parte da construção dessa história no futuro. Deve fazer parte da nação todo aquele que quer fazer parte desse empreendimento de conquistas conjunto, estando disposto a participar dos sacrifícios para o benefício do todo e manutenção da vida em comum. Daí a célebre frase de Renan: “a existência de uma nação é (perdoem-me esta metáfora) um plebiscito todos os dias, como a existência do indivíduo é uma afirmação perpétua de vida”³¹.

É esse compartilhamento de glórias, sofrimentos e desejo de permanecer nessa comunidade específica que forma um povo, segundo Renan³². Aqui, portanto, nação e povo se identificam. A população, segundo esse historiador francês, deve ser consultada para dizer a qual conjunto moral-espiritual quer pertencer. Ora, tal mobilização e ordenação da nação para feitos comuns só podem ser feitas pelo estado³³.

Com o povo transformado em nação e esta mobilizada para realizar a vontade do estado, a função da constituição, como documento jurídico, não é mais regular e controlar o poder, mas viabilizar o seu exercício³⁴. A constituição liberal do século XIX é documento que expressa a soberania do estado, a forma como ele se organiza, os ideais da nação, não mais documento que o subjuga, limita³⁵. O executivo busca a grandeza nacional,

31 RENAN, 2007, p. 34 – “L’existence d’une nation est (pardonnez-moi cette métaphore) un plebiscite de tous les jours, comme l’existence de l’individu est une affirmation perpétuelle de vie” – tradução livre.

32 RENAN, 2007.

33 BOBBITT, 2003.

34 A mudança de perspectiva da constituição como limitação do poder institucional para documento de organização do estado voltado à realização do ideal de poder constituinte originário do povo pode ser vista em SIMON, 2015.

35 É interessante notar que, antes de Napoleão, no ano anterior à primeira constituição francesa (de 1791), um comitê de juristas nomeados para rever a legislação afirmou, em um edito, que “as leis civis devem ser revistas e reformadas pelos legisladores e um código geral com leis claras e simples, compatíveis com a Constituição, deve ser estabelecido” (“the civil laws shall be revised and reformed by the legislators, and a general code of clear, simple laws compatible with the Constitution shall be established” – ver ROSANVALLON, 2007, p. 280, nota 30 – tradução livre, grifou-se). Há, aqui, indicativo de subordinação da lei à constituição no momento anterior à afirmação da nação-estado francesa por Napoleão.

enquanto o legislativo regula as relações sociais individuais (o judiciário permanece como mera boca da lei).

Seguindo-se a tese de Ernest Gellner³⁶, o nacionalismo surge no século XIX como corrida pelo desenvolvimento para que os estados territoriais consigam competir com a Inglaterra da Primeira Revolução Industrial. A Inglaterra tornara-se a principal potência econômica e militar e os modelos políticos e econômicos dos demais países não eram capazes de acompanhar as transformações e aquisições do concorrente anglo-saxão. Os movimentos nacionalistas são reações sociais de grupos que pretendem fazer do estado o meio para esse desenvolvimento. Nessa linha, o nacionalismo liberal identificado por Eric Hobsbawm³⁷ é aquele em que o estado busca expandir território, exército e recursos para tornar-se uma grande potência (a descrição de Hobsbawm possui bastantes semelhanças àquela feita por Bobbitt de “nação-estado”). Dessarte, esse primeiro momento do nacionalismo é o que transforma o estado na instituição que incorpora a nação, de modo que a grandeza do primeiro é equivalente à grandeza da segunda. O estado é o ente que deve necessariamente se realizar na história, aquilo a que se volta o direito público, como se vê em Hegel³⁸.

O potencial emancipatório do direito, de garantir o indivíduo contra o abuso do poder, torna-se instrumento de regulação da ordem conforme o definido por aqueles que atingem os órgãos de decisão do estado. O que era reflexo do desejo de liberação da sociedade transformou-se modelo rígido a determinar como deve ser a sociedade. Retornando-se à expressão de Boaventura de Sousa Santos³⁹, de espelho o direito passou a ser estátua.

2.3 O Esvaziamento do Conteúdo Moral do Direito Positivo e a “Processualização” do Direito

A discussão até aqui desenvolvida permite ver, ainda que apenas em suas características gerais, uma das explicações sobre a transformação do direito, como técnica de controle do estado, com o dever delimitá-lo, em instrumento de realização da soberania do estado, que fica em condições de se

36 GELLNER, 1981.

37 HOBSBAWM, 1990.

38 HEGEL, 1997.

39 SANTOS, 2000.

colocar fora da ordem jurídica quando ela vira impeditivo para a realização dos imperativos de ordem.

O estado, como entidade superior que realiza e conforma a vida civil, ganha autonomia e passa a ser o responsável por condicionar o comportamento dos seus súditos e a decidir os rumos da nação. A sociedade internacional não é mais sociedade de soberanos, mas de estados soberanos que disputam sua posição na história e no desenvolvimento econômico.

Rosanvallon⁴⁰ demonstra bem como o pensamento jurídico iluminista da transição do século XVIII para o século XIX permite essa inversão. Ao mesmo tempo em que o direito é visto como restrição ao poder, ele é percebido, outrossim, como elemento pedagógico de orientação e determinação das condutas dos membros na nação. “Legislador” torna-se, também, signo abstrato, ente racional que, por meio da razão natural, pode simplificar o direito e regular, coerentemente, todas as condutas sociais e prol da nação. Com a prevalência da nação-estado, a visão do direito como elemento de regulação da sociedade prevalece sobre sua compreensão como instrumento de controle do poder, na medida em que a ordem jurídica permite apenas a reprodução da vida burguesa como modelo, impedindo outras formas de manifestação de sociabilidade que não respondiam a tal padrão e homogeneizando os indivíduos e grupos por meio do critério do igual tratamento diante da lei (igualdade formal)⁴¹. Naturalmente, as constituições liberais do século XIX são vistas como instrumentos para a atuação e organização do estado, não como instrumentos de proteção contra ele.

Nesse contexto, Foucault⁴² mostra como, para os pensadores do século XVIII, o direito penal se transforma, na medida em que o crime deixa de ser visto em sua conexão com a moral ou a religião (pecado) e passa a ser visto como infração que prejudica toda a sociedade. O pensamento sobre o direito penal ganha, assim, caráter utilitário, no sentido de maximizar o bem de todos. Nessa linha, o criminoso torna-se inimigo da sociedade, um inimigo interno.

Entretanto, a visão utilitarista do direito penal dura pouco e sua institucionalização no século XIX leva à visão de direito que pretende modificar,

40 ROSANVALLON, 2007.

41 Vale a pena repetir a imagem de Boaventura de Sousa Santos (2000) da transformação do direito como instrumento libertador contra as amarras da sociedade pré-moderna em estátua-modelo da sociedade burguesa, o que é visível no Código Civil Napoleônico.

42 FOUCAULT, 2002.

normalizar o indivíduo, para que ele esteja adequado às expectativas de comportamento sociais. O conceito é o de periculosidade e, se o direito penal pune, agora o faz por meio da prisão, que é apenas uma das instituições sociais que se forma para controlar e disciplinar o indivíduo. A relação entre poder, saber e direito se volta para a prevenção do comportamento desviado e sua correção. Além da prisão, tem-se o surgimento da polícia, das instituições psiquiátricas, do exército, da escola e da pedagogia, entre outras, todas com função de disciplina. A sociedade e os indivíduos devem ser vigiados e disciplinados, no modelo mesmo da nova organização militar. O estado é o garante da ordem e usa o direito como instrumento de correção e vigilância da sociedade, juntamente com as outras instituições citadas⁴³.

A consequência dessa visão do estado é o esvaziamento do conteúdo do direito. Pois, se nos movimentos liberais a lei e a constituição eram concebidas idealmente como elementos normativos de proteção contra o poder para a garantia da igualdade e da liberdade, sob a égide da nação-estado tornaram-se mera técnica de controle a ser utilizada pelo estado para a garantia da ordem social.

Se, como visto acima, a perda do potencial emancipador e a prevalência do caráter regulador da legalidade ficam explícitas nos modelos da codificação civil e penal, fenômeno similar acontece com a ideia de constituição. Isso pode ser explicado pela perda do seu caráter de limitação do poder soberano.

O constitucionalismo, como movimento de proteção do indivíduo e limitação do poder soberano, é um processo de institucionalização das reivindicações contra o absolutismo, característica comum do liberalismo e do iluminismo. Assim é que se vê a documentação, na Inglaterra, da submissão da Coroa ao Parlamento no *Bill of Rights*, que elenca direitos que são vistos como parte da história institucional Inglesa⁴⁴.

43 FOUCAULT, 2002 e 1999. É importante notar que, por mais que, de acordo com Foucault, o direito não seja o único instrumento de normalização, disciplina e docilização dos corpos, já que o poder público é apenas um dos poderes a realizarem na vida coletiva a disciplina social (o conhecimento técnico-científico é um dos principais instrumentos dessa atividade), o estado é um dos meios de conformação dessa estrutura disciplinar, tendo o direito papel fundamental na modulação pública de tal racionalidade. As formas de vigilância e disciplina são inseridas e reguladas por meio do direito.

44 O texto do *Bill of Rights* pode ser acessado em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>. Para uma exposição sobre o desenvolvimento da formação constitucional inglesa, veja-se BIANCHI, 2009.

Se na Inglaterra a contenção do poder real é vista como inerente ao desenvolvimento constitucional do país, nos Estados Unidos, que querem se desvincular do seu passado colonial, a ideia de direitos naturais (direitos intrínsecos a todos os indivíduos – derivados da liberdade, igualdade e propriedade)⁴⁵ é o que prevalece, sendo assumida como o que é desejado pelo povo. Assim, a Declaração de Independência dá os motivos pelos quais as colônias querem se separar da metrópole e alegam seu direito de estabelecerem seus próprios governos para realizarem os direitos inalienáveis de todos os homens. E, se no momento da união das colônias a constituição não traz em seu texto uma carta de direitos, já em 1791 são aprovadas as dez primeiras emendas à constituição, chamadas de *Bill of Rights* americano⁴⁶.

Já na França aparece, com a Revolução, a pretensão de universalizar os ideais liberais e iluministas. Assim é que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴⁷, em 1789, afirma no artigo segundo que a função de toda união civil é a garantia dos direitos inerentes ao homem e, no artigo XVI, afirma que um estado só possui constituição se este documento garantir os direitos naturais e a separação dos poderes.

Apesar de ser evidente que a constituição fora pensada como documento jurídico a realizar a contenção do poder prevista pelo liberalismo e iluminismo, nem sempre os textos jurídicos que se pretendem intitular como tais refletem esses princípios e às vezes procuram até negá-los⁴⁸. Na própria França, enquanto as constituições de 1791, 1793 e 1795 assumem os princípios do constitucionalismo (direitos naturais e governo limitado), a constituição de 1799 coloca todo o poder na pessoa do Primeiro-Cônsul, servindo de modelo para os regimes europeus que se dão constituições, mas mantêm regimes autoritários⁴⁹.

45 Horst Dippel (2007) sustenta que a afirmação de direitos naturais inerentes a todos os homens é uma das características intrínsecas do constitucionalismo moderno.

46 Sobre o *Bill of Rights* americano, AMAR, 1998. Esse autor também defende que, na sua criação, o *Bill of Rights* apresentava preocupação estrutural de contenção do poder do Congresso americano em favor dos estados e suas populações e só depois da Guerra Civil é que se passa a ver o documento como proteção de direitos individuais contra maiorias arbitrárias.

47 O texto do documento pode ser encontrado em <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Na Declaração os direitos afirmados são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

48 Ver DIPPEL, 2007.

49 DIPPEL, 2007, p. 18. “Nenhum dos traços essenciais do constitucionalismo moderno foi nela adotado

Está-se, aqui, diante do momento de formação da nação-estado⁵⁰, em que essa forma política coloca o poder público acima da ordem jurídica, jogando os valores liberais para a legalidade da codificação e usando a constituição com documento de organização do estado e afirmação do seu poder. Se o estado é o meio por onde se afirma a grandeza e a força da nação, é ele quem deve prevalecer para as grandes realizações que trarão glória aos cidadãos.

Com a Restauração o fenômeno fica ainda mais evidente na França e se espalha por toda a Europa. As constituições não trazem a declaração dos direitos naturais nem a separação dos poderes. Ou, quando preveem a separação das funções estatais, não se preocupam com os direitos ou princípios universais do jusnaturalismo. Mesmo após as revoluções de 1848, a grande maioria das constituições não aderem a todas as características do constitucionalismo dos séculos XVII e XVIII. A principal adesão faz-se a respeito da estrutura institucional, mas em geral não afirmam os princípios universais do iluminismo nem a soberania do povo. E, das pouquíssimas exceções que o fazem, simbolicamente não inserem a cláusula do governo limitado⁵¹.

A ideia de constituição perde a sua potencialidade como carta de direitos e se transforma na autorregulação do estado para a racionalidade das suas instituições de controle. De instrumento de realização dos ideais liberais e iluministas, os textos constitucionais se reduzem à função de leis orgânicas de funcionamento do poder público. A ideia liberal de contenção do poder por meio de afirmação de direitos individuais (as declarações de direitos), base do início do constitucionalismo fica confinada à visão do estado como criador do direito para regular igualmente a ordem da vida civil. Prevalece a ideia de uma sociedade com conflitos reprimidos sobre a

e, ao ter concentrado todo o poder nas mãos do Primeiro-Cônsul, transformou-se num modelo para outros regimes autoritários e num exemplo de como se pode ocultar a concentração do poder político nas mãos de um ditador por detrás de uma fachada constitucional”.

50 Veja-se a discussão no tópico 1.2.

51 Essa discussão é desenvolvida e aprofundada em DIPPEL, 2007. Sobre a América Latina, afirma o autor alemão (DIPPEL, 2007, p. 33): “Na América Latina, contudo, uma estrutura formal de governo, baseada no exemplo fixado pelos Estados Unidos, foi preenchida com conteúdos relacionados com o passado colonial espanhol, português e francês, com as disfunções sociais originadas pela presença de uma elite governante em confronto com populações nativas privadas de seus direitos e ainda com algumas recentes influências europeias. Este conjunto particular de circunstâncias esteve e continua estar na origem de um entendimento diferente da Constituição, o qual resultou numa enorme distância entre a constituição formal e a constituição material, distância essa que só nos últimos anos parece ter diminuído.”

de uma sociedade que luta por se livrar da subjugação do poder. A constituição, pensada para proteger, agora apenas organiza o poder coercitivo centralizado. Igualdade é apenas submissão comum à lei e liberdade é fazer o que não é proibido pelo estado.

O que deveria ter sido o governo do direito (*rule of law*), torna-se o governo pelo direito conforme determinado pelo estado (*état légal*)⁵². A diferença mais evidente dessas duas formas de se encarar o direito fica marcada exatamente no direito constitucional. Enquanto na ideia de *rule of law* a constituição tem a função clara de limitar o poder, no *état légal* a constituição é fruto da vontade do estado, serve para o permitir alcançar o que entende ser os desígnios da nação⁵³. Portanto, se na ideia de *rule of law* a constituição é anterior ao estado e de fato o constitui, no *état légal* a constituição é a autolimitação do estado, que lhe é anterior e tem como função primeira ordenar e liderar a nação. Nesse segundo sentido de constituição, no conflito entre ela e o poder prevalece o último, como protetor da integridade e do bem nacionais.

Agora o direito não é mais conteúdo que define o que o estado pode ou não fazer (como idealizado nos primórdios do constitucionalismo moderno), mas é apenas receptáculo vazio, simples técnica de expressão da vontade do estado. Aqui está a virada que poderia ser chamada de processualização do direito. Ele passa a ser mero regulador do como fazer para realizar determinada vontade. O estado se dá o direito para que possa realizar algo, e determina como o particular pode alcançar o direito que o próprio estado lhe confere. O indivíduo só é sujeito de direito porque o estado (que para os liberais deveria apenas garantir e viabilizar direitos naturais que lhes eram anteriores) por deferência lhe concede direitos, que só podem ser realizados pelos procedimentos próprios que são também por ele estabelecidos. O direito processual, que deveria ter sido instrumento de proteção do indivíduo contra os abusos do judiciário, transforma-se em instrumento de controle dos particulares, que só podem reivindicar

52 Sobre a diferença entre *rule of law* e *état légal* (também chamado de “estado positivista”), veja-se ROSENFELD, 2001. Resumidamente, Rosenfeld entende por estado positivista (o qual ele dá preferência à vinculação da tradição alemã do *Rechtsstaat*, do qual o *état légal* seria o homólogo francês) o arranjo político em que direito é produto do estado, sendo um “governo do estado pelo direito”. Já o *rule of law*, pressupõe a separação entre direito e estado, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, em que o primeiro tem função clara de limitar o segundo.

53 BOBBITT, 2003.

aquilo para o que o direito diz que existe uma ação, cuja razão material será determinada por um órgão do estado. Não é à toa que se recupera o adágio romano que diz “para cada direito, uma ação”. Se não há uma ação para reivindicar algo diante do estado, o direito não existe, porque não foi concedido pelo ente soberano.

3. A Negação de Direitos aos Sujeitos: Três Exemplos de Reivindicação que o Estado Impede Sejam “Processualizadas” e o Uso da Legalidade para Negar Direitos

A análise do tópico 1 buscou mostrar como as possibilidades emancipatórias do direito positivo moderno, bem como a ideia mesma de constituição, logo se transformaram em técnica de regulação de condutas. Aquilo que deveria permitir a manifestação de distintas subjetividades tornou-se, com o surgimento da nação e a supervalorização do papel do estado, meio de normalização e homogeneização social. A consequência foi a exclusão de formas distintas de sociabilidade.

A conversão do povo em nação e a identificação desta com o estado possibilitaram outra redução: a da política ao estado. Quem faz a política não é mais a sociedade. A decisão pertence somente ao estado e o direito é o instrumento de manifestação dessa decisão. O que não está expresso pelo direito não pode ser reivindicado, apenas proposto ao estado para que ele analise a oportunidade de sua concessão⁵⁴.

Tal redução da política e do direito à vontade do estado permite que este controle a aplicabilidade do direito, de acordo com suas conveniências. O direito não é voltado para a proteção do sujeito, mas para a atuação do estado conforme suas necessidades. Esse fenômeno viabiliza que o estado decida as situações de exceção para aplicação do direito, conforme a análise de Giorgio Agamben⁵⁵. A tese de Agamben é a de que o estado de exceção se tornou o paradigma da aplicação do direito, o que é paradoxal,

54 Dirá, por exemplo, Miguel Reale (2002, p. 259) sobre o direito subjetivo: “*Direito subjetivo*, no sentido próprio e específico deste termo, só existe quando a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem. O núcleo do conceito de direito subjetivo é a pretensão (...), a qual pressupõe que sejam correspectivos aquilo que é pretendido por um sujeito e aquilo que é devido pelo outro (tal como se dá nos contratos) ou que pelo menos entre a pretensão do titular do direito subjetivo e o comportamento exigido de outrem haja certa proporcionalidade compatível com a regra de direito aplicável à espécie.”

55 AGAMBEN, 2004.

pois é o próprio direito a permitir a recusa momentânea de sua aplicação, suspendendo-se para garantir a atuação do estado.

A lógica do estado de exceção é a de que o direito permite que o estado o suspenda para poder agir livremente, garantindo o retorno da ordem, da *normalidade*. Assim, o que não está nos padrões determinados pela ordem do estado, conforme estabelecido pelo direito, deve sofrer a intervenção estatal. Os direitos subjetivos, públicos ou privados, só podem ser exercidos em conformidade com a expectativa de normalidade estatal, não contra essa expectativa (o que é a inversão da concepção inicial do constitucionalismo moderno). Fora desse padrão, o estado precisa agir para restabelecer a ordem e os sujeitos que a violaram não estão mais ao abrigo da lei. Como dito antes, o estado é anterior e está acima do direito (o inverso do contratualismo liberal, que deu margem aos primeiros direitos constitucionais fundamentais) e o “estado de direito” torna-se conceito que diz respeito ao estado que se autorregula de acordo com suas necessidades e não o estado limitado e submetido ao direito.

Essa condição do direito contemporâneo (que, frise-se, é contingencial, não necessária) é bem analisada por Jacques Derrida⁵⁶ quando trata da relação entre direito e justiça. Derrida mostra como concepções materiais de justiça transformam-se em direito, impedindo a manifestação de outras subjetividades. A proposta de Derrida é que a justiça deve ser considerada como vazio, porque, sempre que preenchida, gera exclusão. É necessário, dessarte, separar o direito, como garantia da ordem, da justiça, abertura de possibilidades para o outro. O problema é que a concepção de estado aqui trabalhada impede justamente essa abertura para a alteridade, portanto, para reivindicações fora do que estabelecido pelo direito concedido pelo poder estatal.

A discussão de Derrida é feita a partir da discussão elaborada por Walter Benjamin⁵⁷. Benjamin pretende traçar uma relação entre direito e violência, e busca demonstrar como o direito está relacionado à violência do estado, que procura legitimá-la exatamente a partir do aparato jurídico. O exemplo de Benjamin, recuperado por Derrida, é o do direito de greve.

O autor alemão sustenta que a greve era ato político, de resistência contra a opressão do modelo econômico do século XIX. Num primeiro

56 DERRIDA, 1992.

57 BENJAMIN, 2004.

momento, a greve era proibida, como violação da ordem jurídica estabelecida, e, como tal, repreendida pela reação violenta do estado. Como as greves passaram a ser inevitáveis, o estado mudou sua estratégia. Legalizou-a, mas dentro da normalidade por si admitida. Agora os trabalhadores podem fazer greves, mas apenas dentro dos limites estabelecidos pela ordem estatal. O que era um fenômeno político de contestação transforma-se em direito subjetivo que só pode ser reivindicado em conformidade com lei. Fora do que a lei estabelece, não há o que ser reivindicado. O estado, com sua força, normaliza a política e torna lícito só aquilo que ele mesmo estabelece pelo direito. Mais uma vez, o direito é apenas instrumento para a manifestação da vontade do estado, mero procedimento.

As reconstruções aqui feitas sobre a transformação da perspectiva do direito e da constituição como instrumentos de controle do estado para técnicas procedimentais de manifestação da sua vontade⁵⁸, bem como a descrição de como isso possibilita a naturalização da exceção como instrumento para preservar o estado⁵⁹ contra o direito e contra a violação da ordem por si mesmo estabelecida, permitem usar como exemplos os fenômenos das manifestações de julho de 2013, dos “rolezinhos” e do Complexo Penitenciário de Pedrinhas para mostrar como o que direciona a reação institucional a esses fenômenos é exatamente a concepção de direito, constituição e estado aqui criticada. Os três exemplos, por mais que sejam muito distintos e independentes, possuem liame comum: demonstram como ainda se concebe que aquilo que está fora do estabelecido como normal, jurídico, pelo estado deve sofrer a sua reação pela violência institucionalizada (única possível e legítima), ainda que para isso parcela da população, aquela que não se enquadra na normalidade, tenha de ter seus direitos fundamentais previstos na constituição suspensos, a configurar verdadeira situação de exceção.

58 Aqui a atribuição de subjetividade ao estado é figura de linguagem para indicar que quem alcança a posição de comandar o centro de decisão pode impor sua vontade aproveitando-se da visão compartilhada de que o estado é entidade personificada que busca realizar a vontade da nação ou da sua maioria. Não há que se negar que, na perspectiva jurídica, o estado é pessoa jurídica de direito público e suas decisões são percebidas como advindas de uma vontade presumida como identificável, sendo, inclusive, responsável civilmente por elas.

59 Visto como entidade individualizada responsável pela ordem social e pelo bem comum.

3.1 Manifestações de 2013, “Rolezinhos” e Complexo Penitenciário de Pedrinhas – a Exceção como Elemento Comum a Três Fenômenos Distintos

Tendo em vista que as relações teóricas e históricas acima enunciadas têm caráter muito abstrato e envolvem digressões conceituais que não são evidentes à primeira vista, além de fugirem do discurso corrente sobre o direito em geral e o constitucionalismo em particular, é possível enriquecer a discussão com situações que ajudam a tornar mais palpável a tese que aqui se sustenta: de que o direito moderno se inicia com caráter de garantia da liberdade, proteção dos sujeitos e limitação do poder, mas permite a reconfiguração do poder contra os sujeitos, limitando a liberdade de acordo com as suas necessidades e se colocando acima da ordem jurídica. Nessa linha, as três distintas situações fáticas aqui tratadas são apenas exemplos que pretendem deixar mais visíveis os movimentos que o poder realiza para manter-se acima da própria constituição e como essa lógica do estado de exceção se apresenta no caso brasileiro.

As manifestações de 2013 foram movimentos que reuniram milhares de pessoas pelas ruas de cidades por todo país. Do Rio Grande do Sul ao Nordeste pessoas uniram-se em passeatas com as mais diversas reivindicações. O estopim foi o aumento das tarifas de ônibus em várias capitais brasileiras, mas logo a insatisfação geral com o estado tornou-se patente em todas as esferas, tendo como focos principais os serviços públicos e a corrupção⁶⁰. Assim, mesmo sendo difuso o movimento, percebe-se que as reivindicações comuns se voltavam para a adequada prestação dos serviços públicos, melhor qualidade de vida e adequado tratamento e respeito com o dinheiro e a moralidade públicos.

A surpresa com relação às manifestações tem relação com alguns pontos que precisam ser mencionados. Em primeiro lugar, a espontaneidade dos movimentos. Com o recurso de redes sociais diversas, pessoas em todo país eram incitadas a participar dos protestos. A adesão se deu por grupos variados, sem distinção de sexo, cor, idade ou classe social. Assim, as passeatas eram formadas por conjuntos de pessoas bastante representativos da sociedade brasileira.

60 Há uma retrospectiva das manifestações que culminaram nos atos do mês de junho de 2013 na matéria “Resultados das manifestações de junho”, publicada no portal G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/>>. Acesso: 25/05/2015.

Outro ponto surpreendente, que, inclusive, dificultou o controle das autoridades e a análise da imprensa, foi a ausência de pauta clara de reivindicação. As pressões, os gritos de guerra, os conflitos com a polícia apresentavam grande espectro de insatisfações. Iam desde as tarifas de ônibus, passavam pela péssima qualidade na prestação dos serviços públicos e chegavam ao combate à corrupção (o julgamento do mensalão petista era o grande caso do momento). Essa característica das manifestações (a pluralidade⁶¹) trazia outra consigo: a ausência de liderança dos movimentos⁶². Diante dessa situação, os governos não podiam chamar as lideranças para sentarem à mesa de negociação, porque não havia liderança e não havia pauta a negociar. Portanto, era impossível controlar fenômeno tão espontâneo.

A falta de liderança e a generalidade e variedade das reivindicações, bem como sua espontaneidade, impedem a identificação de algum direito que possa ser traduzido em demanda judicial. Na impossibilidade de encontrar um direito “processualizável” (um direito que se possa reivindicar em juízo – a ser encarado como uma pretensão oposta a um dever – a possibilitar uma forma de contrato negociado), o estado se colocou na posição de recuperar o controle, a ordem⁶³. Quando não há pauta de reivindicação, quando o que se tem é descontentamento, não há como o estado agir de forma a negociar um direito subjetivo (um direito que está previsto em lei e que, por isso, pode ser exigido) ou de criá-lo a partir dos procedimentos por si estabelecidos. Sua reação, portanto, é a de recuperar o controle da situação por meio do uso da força institucionalizada. Como o estado possui o monopólio da força, qualquer reação agressiva contra tal uso acaba por aumentar a reação do estado, que procura manter a sua legitimidade por meio do discurso de violação do direito por parte dos que não se submetem.

A consequência foi a rotineira violação de direitos individuais por parte da polícia, exatamente o aparelho de repressão do estado. O poder público reivindicava o direito de reagir para restabelecer a normalidade da situa-

61 Ver SINGER, 2013.

62 Veja-se a descrição de SINGER, 2013, p. 25.

63 André Singer (2013, p. 24 e 25) afirma que “... as autoridades, encabeçadas pela presidente Dilma Rousseff, ativaram as alavancas de emergência...”, acrescentando que, em São Paulo, com a intensificação das participações e dos conflitos, “... inicia-se repressão violentíssima, que se espalha por ampla região da pauliceia, tendo a PM atuado sem controle por horas, atingindo transeuntes e jornalistas de maneira indiscriminada”.

ção. Sem um direito subjetivo garantido por um direito objetivo, as manifestações eram vistas como mera desordem, fora do campo do direito. Não é de se estranhar, portanto, que o estado não reconhecesse os direitos fundamentais de manifestantes, pois eles estavam em situação fora da racionalidade jurídica estatal. Por outro lado, aqueles que usam a violência contra tal atitude do estado não só violam o direito, mas a própria ordem estatal. São inimigos do modelo de sociedade previsto no ordenamento jurídico. Como inimigos, sofrem a reação das instituições que incorporam a nação e têm seus direitos constitucionais também violados (na ótica do estado, suspensos ou inaplicáveis ao caso), alvos da reação policial também fora dos limites estabelecidos pelo próprio direito. É claro, assim, que o estado só se reconhece vinculado ao seu próprio direito quando o cidadão está dentro dos parâmetros de comportamento juridicamente reconhecidos e dos padrões de ordem definidos pelo poder. Se ele viola tais parâmetros e padrões, deixa de ser sujeito de direito e não está mais protegido juridicamente, ainda que a violação seja forma de reagir contra a não realização de direitos pelo estado.

Outro fenômeno que causou problemas na aplicação do direito pelo estado e deixou clara a tendência do governo brasileiro de raciocinar com a lógica da exceção foram os movimentos de jovens que, por meio de convites em redes sociais, decidiram ocupar e passear em *shoppings centers* de alto padrão. Tal fenômeno foi bem diverso do que aconteceu nas manifestações de junho, mas levou a consequências muito semelhantes no que respeita à reação do aparelho estatal e desrespeito a direitos fundamentais. Apesar de não serem movimentos de reivindicações políticas, os chamados rolezinhos despertaram a ira de parcela da sociedade com maior potencial aquisitivo, incomodaram a imprensa e geraram reações muito próximas daquelas ocorridas durante as manifestações.

Os rolezinhos foram acontecimentos bem simples. Jovens de periferia, com poucas alternativas, mas com alguma capacidade econômica para desejarem itens de consumo de grifes e com acesso à internet e às redes sociais passaram a estimular seus encontros nos grandes centros comerciais das cidades, frequentados por pessoas de alto poder aquisitivo (principalmente se comparados a eles). O que era para ser brincadeira saiu do controle e milhares de jovens passaram a participar de tais encontros, gerando verdadeira confusão nas rotinas de compras dos clientes habituais das lojas. Os jovens, que queriam se divertir e mostrar suas presenças em

grandes locais de compras, foram imediatamente identificados como pobres e, por extensão, como marginais em potencial. O que estava envolvido, portanto, era o direito de ir e vir, igual tratamento e consideração e liberdade de direito de consumo.

A presença dessas pessoas em ambientes que não lhes pertencem originariamente criou medo e confusão. Houve verdadeira criminalização em abstrato e a diferença econômica foi o fator de transformação de tais jovens em potenciais bandidos a por em risco a segurança e a propriedade de clientes e lojas dos centros comerciais⁶⁴. Isso fez com que fossem tratados concretamente como violadores da ordem (não da lei, porque com relação a ela as violações foram esporádicas e facilmente controladas). Mais uma vez, o que estava em questão não eram os direitos, mas a capacidade de controle e de manutenção da normalidade.

Além de ser uma reação para comodidade dos clientes habituais dos locais “invadidos” pelos jovens das periferias das grandes cidades, o uso desmedido da força policial contra uma situação que não apresentava em si nenhuma violação jurídica demonstrou que o que estava em jogo era a capacidade de manter a normalidade diante de fatos não previstos juridicamente. O direito não proibia a atitude dos jovens, mas também não fora criado prevendo tal fenômeno. Daí o uso indiscriminado e indevido da força policial: suspendem-se os direitos dos participantes dos rolezinhos (dos constitucionais aos de consumidores) para que as expectativas do estado sobre a realização do direito sejam efetivadas.

Pelo simples fato de não se amoldarem à expectativa de funcionamento do direito por parte do estado e de parcela da sociedade, os jovens que participaram dos rolezinhos foram colocados em situação de exceção. Essa situação vem à tona quando se pensa na maneira como vieram as propostas de solução do problema: a necessidade de opções de lazer na periferia, para que os jovens ficassem lá e não onde não eram esperados ou desejados⁶⁵. Não eram consumidores (apesar de o Código de Defesa do Consumidor

64 Aqueles que participavam dos encontros foram tratados como se estivessem intencionados a praticar furtos, roubos e danos patrimoniais, de forma que as ações que foram tomadas tinham o caráter de prevenir crimes, inclusive com jovens sendo levados para delegacias pela polícia sem a prática de qualquer ato ilícito (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/01/conheca-historia-dos-rolezinhos-em-sao-paulo.html>).

65 “Ausência de ações culturais na periferia ajuda a entender ‘rolezinho’” – matéria publicada no Valor Econômico em 21/01/2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3401774/ausencia-de-acoes-culturais-na-periferia-ajuda-entender-rolezinho>>. Acesso: 25/05/2015.

proteger o direito de estarem lá) e seu direito ao lazer não deve ser exercido fora do local que normalmente ocupam.

O terceiro caso a ser usado como reflexão é o do Complexo Penitenciário de Pedrinhas⁶⁶. Há pouco tempo saíram em vários meios de informação e comunicação notícias sobre a situação de completo descaso pela qual passavam os condenados que lá cumpriam suas penas. No presídio, vivem em situação de total abandono, em que nenhum dos direitos afirmados pela Constituição ou pela Lei de Execução Penal lhes é garantido ou reconhecido. Não são protegidos pelo estado e estão sujeitos a todo tipo de violência, seja entre eles, seja aquela proveniente dos próprios agentes públicos.

A situação de Pedrinhas mostra o retorno à visão do criminoso como inimigo da sociedade, visão essa travestida de tentativa de ressocialização do preso, na lógica do controle sobre o corpo para a sua normalização e fim da periculosidade, tal como narrado por Foucault. No entanto, sob a desculpa de proteger a sociedade, pessoas que vivem na mesma condição da maior parte da população são tratadas como se não possuíssem direito algum, e isso sob o discurso de aplicação do próprio direito. Ou seja, o estado reivindica o poder de aplicar toda a força que ele se dá por meio do aparelho penal, mas não se vê vinculado a nenhuma realização de direito que se refira à contenção e à determinação de alguma finalidade a esse poder que não o mero controle. Pedrinhas mostra de maneira crítica aquilo por que passam todos os presidiários do país, em maior ou menor grau: a sujeição de todo indivíduo ao estado e a impossibilidade de reivindicação de suas condições de sujeitos de direitos. Têm negado o reconhecimento de suas dignidades e da integridade física e psicológica e não podem se rebelar contra o poder público, precisando contar com a benesse do estado para terem algum direito.

Os três fenômenos aqui referidos, mesmo que muito distintos entre si, mostram a mesma estratégia de ação do estado para colocar pessoas em situação de exceção, suspendendo seus direitos para garantir o exercício do seu poder de determinação da ordem, ainda que à custa do que previsto

66 Uma visão geral da situação de Pedrinhas pode ser encontrada no “Relatório de visitas ao sistema prisional do Estado do Maranhão pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP”. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio_Maranh%C3%A3o.pdf>. Acesso: 25/05/2015. Veja-se, também, a matéria “Relatório do CNJ sobre prisões do Maranhão prevê maior cobrança às autoridades do estado”, publicada no portal do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61198-relatorio-do-cnj-sobre-prisoas-do-maranhao-preve-maior-cobranca-as-autoridades-do-estado>>. Acesso: 25/05/2015.

na Constituição e no resto de todo o ordenamento jurídico. Sempre que os limites jurídicos limitam a capacidade do estado de estabelecer a ordem eles são suspensos e a força responde apenas às suas próprias necessidades. Tal suspensão incide mesmo sobre os direitos fundamentais previstos explicitamente no texto constitucional. A racionalidade do estado é de que ele está acima e é anterior à Constituição (vinculando-se a ela apenas na medida de sua conveniência), e esta está condicionada às possibilidades de reconhecimento e aplicação dados pelo próprio estado. Não é à toa que o direito de resistência, visto por John Locke⁶⁷ como direito natural e decorrente do próprio contrato social, e depois declarado no artigo II da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, deixa de ter o caráter de exceção do contrato não cumprido, nos moldes do direito privado, e passa a ser negado veementemente, porque a ordem mantida pelo estado não pode ser colocada em risco, ainda que o estado viole os direitos que ele mesmo concedeu.

3.2. O Tênuo Limite entre Defesa da Ordem e Fuga da Ordem: a Regulação Constitucional das Situações de Emergência

O tópico anterior buscou, através do exemplo de três situações fáticas bastante distintas entre si, mostrar como o estado está em condição de facilmente violar ou ignorar a ordem jurídica que o limita para imprimir o modelo de ordem de acordo com a convicção de quem ocupa o poder. Assim, a ordem jurídica acaba por ser condicionada pelo estado, em vez de condicioná-lo. Quando isso ocorre, o indivíduo deixa de ser sujeito de direito para tornar-se apenas objeto dele, pois, quando o poder público pode se colocar fora dos limites jurídicos, não há direito objetivo que respalde uma pretensão subjetiva oposta ao poder de ação do estado.

Isso transforma a exceção em regra, pois o direito está à disposição do poder, que o utiliza de acordo com suas conveniências, a permitir que o estado de exceção surja como paradigma de ação estatal. Nessa linha, a prevalência do estado de exceção não significa que o direito está constantemente suspenso, mas que ele o pode ser a qualquer momento para que prevaleça a ordem. Quando isso ocorre, a pessoa deixa de ter proteção jurídica, sua vida está nua diante da força. É preciso notar, contudo, que

67 LOCKE, 1978.

essa condição, que Agamben apresenta como característica do próprio direito atual, não precisa ser entendida como inevitável ou natural, decorre de certa visão do direito, que não precisa ser aceita como necessária nem como correta.

Não é por outro motivo que é comum que as constituições prevejam a suspensão ou a restrição de certos direitos fundamentais. Em circunstâncias normais esses direitos deveriam limitar ou impedir a atuação do poder público, no entanto, nas circunstâncias urgentes elencadas eles abrem espaço para certas ações de caráter extraordinário do governo. Todavia, tais previsões não podem ser confundidas com autorizações para a decretação do estado de exceção (permissão para suspender toda a ordem jurídica), pois, apesar das restrições aos direitos fundamentais, devidamente reguladas, o executivo é controlado pelo legislativo e pelo judiciário.

Assim, a Constituição brasileira dotou o estado de mecanismos que regulam as situações excepcionais de garantia da ordem. Em tais casos, é o próprio ordenamento que dá ao estado a possibilidade relativizar a aplicabilidade de alguns direitos que protegem os indivíduos contra o uso da força institucionalizada. O estado está dotado do direito subjetivo de agir, dentro dos limites estabelecidos, enquanto os sujeitos veem restringidos seus direitos de oposição contra o uso da força. Esse é o caso da intervenção federal, do estado de defesa e do estado de sítio, institutos constitucionais (previstos nos artigos 34 a 36; 136 e 137 a 139, respectivamente).

A intervenção, o estado de defesa e o estado de sítio são institutos constitucionais que servem para permitir ao estado agir com menos restrições no combate a situações de crise, como aquelas que envolvem o grave comprometimento da ordem pública. No caso de aplicação, pelo Presidente da República, de algum desses institutos, desencadeia-se, juntamente com a restrição de aplicabilidade de alguns direitos fundamentais, todo um conjunto de controle para que o abuso seja evitado.

O decreto do Presidente, nos três casos, deve especificar a abrangência, o tempo de duração do ato e as medidas coercitivas a serem adotadas, sendo que, no caso de estado de defesa ou de sítio, as medidas estão determinadas pela constituição. O decreto, nas três situações, está submetido à apreciação do Congresso Nacional e pode ser rejeitado. Assim, o legislativo controla a execução dos atos, que não são de exceção, porque não há a suspensão da ordem jurídica ou de direitos, apenas a flexibilização de alguns deles.

Entretanto, a Constituição Federal também deu às forças armadas a competência de, por iniciativa dos poderes constitucionais, defender a lei e a ordem (artigo 142). Para regular essa atuação, foi editada a Lei Complementar n. 97/1999. Seu objetivo é organizar as forças armadas e o seu emprego, que, segundo o artigo 15, § 2º, inclui a atuação nos casos de esgotamento dos instrumentos policiais previstos no artigo 144 da Constituição. Todavia, não há, na lei complementar, regulação clara sobre como usar as forças armadas ou quando reconhecer tal esgotamento. Há apenas a previsão de que o reconhecimento cabe ao Presidente da República (artigo 15, § 3º). No entanto, uma vez que as forças armadas sejam acionadas pelo Presidente, a ação deve ocorrer “de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado” (§ 4º do artigo 15 da Lei Complementar n. 97/1999).

Já o Decreto 3.897/2001, que fixa as diretrizes para o emprego das forças armadas especificamente na garantia da lei e da ordem, determina que é competência exclusiva do Presidente a decisão do seu emprego. A atuação militar deve ocorrer dentro dos limites legais impostos às polícias militares. Já para o caso de intervenção, estado de defesa e estado de sítio, o presidente deve editar diretrizes específicas.

A regulação da ação das forças armadas no combate à desordem social veio com a Portaria Normativa do Ministério da Defesa n. 3.461, publicada em dezembro de 2013 (poucos meses após as manifestações que balançaram as legitimidades dos poderes públicos no Brasil nas três esferas federativas). A portaria traz como anexo espécie de manual que conceitua e regula as operações militares de garantia da lei e da ordem.

De acordo com a publicação do Ministério da Defesa, as operações de garantia da lei e da ordem devem ser realizadas quando a estrutura policial prevista pelo artigo 144 da Constituição falhar, o que, como já dito, é de competência do Presidente da República reconhecer. As ações devem acontecer de forma episódica, dentro de tempo determinado e em área previamente estabelecida (tópico 1.5 da portaria). Ademais, as operações devem seguir os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e legalidade, definidos na publicação⁶⁸. Há, também, preocupação em especificar

68 “4.1.2 A Razoabilidade será verificada de acordo com a compatibilidade entre meios e fins da medida. As ações devem ser comedidas e moderadas. 4.1.3 A Proporcionalidade é a correspondência entre a ação e a reação do oponente, de modo a não haver excesso por parte do integrante da tropa empregada na operação, a fim a ser preservada ou restabelecida a segurança local. 4.1.4 A Legalidade remete à necessidade de que as

que as forças armadas devem se pautar pelo uso progressivo da força e as ações devem ocasionar a menor intervenção possível na rotina da população (tópicos 4.2.3.2 e 4.2.3.3).

A portaria prevê, ainda, aquilo que as forças armadas podem enfrentar, sem, contudo, classificá-los como inimigos propriamente, mas como “forças oponentes”: “a) movimentos ou organizações; b) organizações criminosas, quadrilhas de traficantes de drogas, contrabandistas de armas e munições, grupos armados etc.; c) pessoas, grupos de pessoas ou organizações atuando na forma de segmentos autônomos ou infiltrados em movimentos, entidades, instituições, organizações ou em OSP, provocando ou instigando ações radicais e violentas; e d) indivíduos ou grupo que se utilizam de métodos violentos para a imposição da vontade própria em função da ausência das forças de segurança pública policial” (tópico 4.3.2).

A regulação legislativa para o uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem, conforme previsto no artigo 142 da Constituição Federal, traz reflexão interessante sobre o uso do aparelho do estado para manutenção da sua capacidade de impor a força com a suspensão da ordem jurídica. Isso porque, conquanto fale da legalidade nas ações militares, normatizando o uso da força militar apenas na inviabilidade das forças policiais, as situações que permitem o uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem são muito similares às situações de decretação de estado de defesa ou intervenção federal.

A maneira que o estado brasileiro regulou o uso militar em casos de manutenção da ordem, ao mesmo tempo em que procurou direcionar as ações ao respeito à legalidade, deu ao Presidente e aos demais poderes a capacidade de requisitar o uso da força militar fora dos limites extraordinários definidos pela constituição. No uso das forças armadas para a garantia da lei e da ordem não há o controle das forças armadas e do poder executivo por parte do legislativo, por exemplo.

A ação militar é realizada sob a forma de ação policial, mas com o uso do poder de combate das forças armadas, aparelhadas e treinadas principalmente para a guerra, em que há um inimigo a ser abatido. Ademais, o uso das forças armadas nos casos que deveriam ser de intervenção federal,

ações devem ser praticadas de acordo com os mandamentos da lei, não podendo se afastar da mesma, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. (“Garantia da Lei e da Ordem” – Portaria Normativa n. 3.461/MD-2013).

decretação de estado de defesa ou de sítio permite ao executivo escapar do controle e do ônus político típico de tais medidas extremadas, sob a veste da normalidade institucional. Deve-se levantar a seguinte suspeita: se essas situações são tão excepcionais a ponto de a própria constituição permitir a restrição a certos direitos fundamentais, como poderiam as forças armadas, nessas mesmas circunstâncias, agir dentro dos limites estabelecidos por esses mesmos direitos?

3.3. As Estratégias de Legalização do Estado de Exceção

Não bastasse o estado ter se dado o direito subjetivo de usar as forças armadas fora dos casos constitucionais excepcionais, procura agora se dar o direito de agir com ainda mais liberdade em situações em que se vê enfrentado pela população que exige o devido cumprimento dos direitos constitucionais. Aqui se apresenta a racionalidade política discutida no tópico 1, segundo a qual o estado é que representa o bem e a ordem da nação. Em vez da concepção do estado limitado em sua ação pelo direito (*rule of law*), para que não haja a sua sobreposição às liberdades ou a direitos concedidos constitucionalmente, reproduz-se o modelo do estado positivista, segundo o qual basta ao estado dar-se a lei para que lhe esteja autorizado o uso da força⁶⁹.

Como visto acima, quando o que está em questão é a execução, pelo estado, de direitos constitucionais, quando esses direitos não são colocados na estrutura de direito subjetivo que possa ser demandado por meio de eventual processo, o estado tende a não reconhecer a obrigação de sua realização, entendendo que a concretização do direito permanece na sua esfera de discricionariedade para agir dentro de seu critério de conveniência e oportunidade.

Então, quando tais direitos não têm mecanismos processuais de exigibilidade, as demandas passam para a esfera da política, cuja característica é o conflito⁷⁰. Nessa circunstância, os direitos da população e a observân-

69 A diferença entre *rule of law* e estado positivista segue ROSENFELD, 2001. Veja-se a nota 53.

70 Ao criticar os modelos morais de filosofia da justiça, ao estilo de John Rawls e Jürgen Habermas, Chantal MOUFFE, 2005, demonstra como a política se dá pelo conflito agonístico em sociedade, característico da relação amigo inimigo. Aquilo que não pode ser levado para a decisão racional das condições do diálogo ou cujas condições não foram devidamente institucionalizadas para permitir a reivindicação, transforma-se em conflito político e cabe às instituições públicas garantir que tal conflito não leve à eliminação do outro.

cia do estado das regras jurídicas que regulam a realização dos direitos constitucionais e a observância da moralidade pública ficam na esfera de discricionariedade do estado, que os realiza apenas dentro de limites de eficácia a serem determinados de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade do próprio estado. Assim, à população, desprovida de instrumentos jurídicos eficazes para fazer observáveis tais direitos⁷¹, resta o caminho do conflito político.

Por outro lado, quando o estado se vê limitado pelas regras a si mesmo impostas no enfrentamento de tais demandas, usa de seu poder soberano de definir o direito em seu benefício, ampliando sua capacidade de uso da força por meio da legalidade, que deveria limitá-lo. Assim, o estado não respeita os limites que o direito lhe impõe e não realiza as obrigações que lhe são determinadas⁷²; não respeita os direitos que ele mesmo cria; bloqueia para os cidadãos os meios de demanda; transforma as demandas não regulamentadas expressamente em desordem e se dá o direito subjetivo de atuar com mais força para recuperar a capacidade de controle da normalidade jurídica.

Não bastasse isso, vinculado à imagem de legalidade e uso legítimo da força, o estado reduz a legitimidade à lei e se autolegitima. É possível ver em alguns movimentos de aplicação e produção do direito a busca do desrespeito aos direitos constitucionais, principalmente os de proteção, por meio da fachada de legalidade. O estado brasileiro oferece outros exemplos

Na discussão apresentada no presente artigo, vê-se que o estado se encontra na seguinte situação: não cria os meios para realização dos direitos reivindicados e não age em conformidade às regras de direito que regulam a moralidade pública, mas se dá as condições para reagir contra tais exigências e de violar os limites legais que deveriam regular tais ações.

71 Prestação adequada de serviços públicos e qualidade de vida (como no exemplo das manifestações de junho de 2013); liberdade de ir e vir, igualdade de consideração tratamento e consumo (como no caso dos “rolezinhos”) e dignidade humana e integridade física e psicológica (mostrado no exemplo de Pedrinhas).

72 A correlação do direito subjetivo com a exigibilidade de uma obrigação afirmada em uma regra existente (direito objetivo) mostra uma característica estrutural da norma jurídica, que é a de que uma vez que um direito é reconhecido como válido, então ele é exigível. Assim, não há diferença estrutural, com relação à exigibilidade, entre direito de defesa (que impede uma interferência indevida na esfera de ação), de proteção (que exige uma ação para impedir uma intervenção indevida de terceiro), de prestação legal (criação de ato normativo ou de procedimento para o exercício de direitos) ou de prestação material (uma prestação material do estado, como no caso de direitos sociais). Uma vez que um direito é posto no ordenamento, ele é reivindicável (ver a discussão em ALEXY, 2009). A questão que se coloca é exatamente que o estado, admitido como o único ou o principal produtor das normas jurídicas (por ser a realização da vontade da nação) e, para garantir a ordem, é capaz de definir a aplicabilidade do direito sobre si, estando vinculado à legalidade apenas na medida de sua conveniência, pode transformar qualquer excepcionalidade em motivo para agir na lógica do estado de exceção. Nessas condições o direito não o limita, como exige a ideia de *rule of law* (ver nota 53), mas apenas reflete a maneira que pretende moldar a nação.

que ajudam a identificar como ocorre a estratégia de usar a lógica do estado de exceção mesmo dentro dos ditames da lei. Abusando da ideia derivada do modelo da nação-estado, segundo a qual para atingir os seus desígnios basta ao estado produzir norma que autorize sua conduta, e não satisfeito com os mecanismos de imposição da ordem que já flexibilizam limites constitucionais, agora o estado brasileiro quer ampliar sua capacidade de atuação: utiliza meios de suspensão (ou afastamento) de direitos individuais para aumentar sua capacidade de controle em nome da realização da lei e da ordem.

Um desses meios foi o recurso à Lei de Segurança Nacional para lidar com situações de desordem em manifestações. Legislação que entrou em vigor ainda na época da ditadura, a Lei n. 7.170/1983 trata como crimes atitudes que ponham em risco a integridade territorial; a soberania nacional; o regime representativo e democrático; a federação e o estado de direito (art. 1º). A peculiaridade dessa lei está em que o processo é de competência da justiça militar e a investigação é de competência da polícia federal.

Além disso, a Lei de Segurança Nacional cria tipos penais vagos de controle social como os de incitação à subversão da ordem política ou social; à animosidade entre as forças armadas ou entre elas e as classes ou instituições sociais; à luta violenta entre as classes sociais ou à prática de qualquer outro crime nela tipificado (artigo 23). Para concluir a análise daquilo que aqui importa sobre a essa lei, o artigo 33 permite a prisão para custódia por até 30 dias com a incomunicabilidade do investigado pelos cinco primeiros dias de prisão durante as investigações. Situações excepcionais que aumentam o poder de controle do estado sobre o indivíduo e de execução mais fácil do que aquelas previstas nos procedimentos criminais comuns, refletindo e dando ares de legalidade à forma de agir do governo ditatorial militar implantado no país em 1964.

O uso da Lei de Segurança Nacional nos casos de manifestações ilustra a estratégia de afastar a aplicabilidade de direitos fundamentais e demonstra a capacidade do estado de generalizar situações excepcionais, o que permite a eliminação da lógica constitucional de limitação do exercício institucional da força e privilegia a lógica da concepção de constituição como afirmação da ordem estatal concedida como benesse do soberano aos seus súditos. Quando precisa recuperar a capacidade de impor a ordem e o ordenamento jurídico, o estado busca meios de diminuir direitos que deveriam limitá-lo, ao tempo em que amplia seu próprio direito de usar a força.

A aplicação da Lei de Segurança Nacional gera, contudo, duas dificuldades. A primeira delas diz respeito a uma questão técnica: o dolo é específico, é necessário demonstrar a vontade de violar a integridade territorial, a soberania, atentar contra os chefes dos poderes da União, contra o regime representativo, a federação ou o estado de direito. Todavia, as manifestações reivindicavam exatamente o oposto, surgiram como movimentos de afirmação da democracia e do estado de direito, acusando o estado de violá-los. O enquadramento forçado da desordem e da eventual prática de crime comum leva à perda de legitimidade e de legalidade do argumento estatal de retomada da normalidade. Os desvios estão dentro das previsões abstratas do direito, aplicáveis para esses casos.

A segunda dificuldade surge da imagem pejorativa que carrega a lei: foi editada ainda durante a ditadura e seu artigo 23 não deixa dúvida da finalidade mal mascarada de conter movimentos sociais e políticos que se opusessem ao regime autocrático da época. Uma lei criada para um momento excepcional numa circunstância política de arbitrariedade institucionalizada tem o efeito reverso para o estado (que, além de tudo, fica na dependência do seu judiciário para aplicá-la): escancara o abuso e o desrespeito aos direitos constitucionais fundamentais, bem como disfarça mal sua atuação sem limites.

Com o intuito de superar tais dificuldades e de institucionalizar, por meio da lei, o abuso da força contra os “cidadãos”, entrou em voga a discussão sobre a tipificação do crime de terrorismo no Brasil. Após a sociedade civil ter enfrentado a polícia em 2013 e aproveitando suspeitas de possível atuação do Estado Islâmico no Brasil, retornou à pauta do Congresso Nacional a discussão do combate ao terrorismo, levando à aprovação da Lei n. 13.260, de 03 de março de 2016. A lei define os crimes de terrorismo.

Dois artigos da lei são importantes para pensar a questão do aumento de poder do estado para flexibilizar direitos fundamentais por meio da forma legal. O primeiro deles é o artigo segundo, que tipifica e elenca os crimes: “O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (...) Pena – reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência”.

Entre os problemas que o texto apresenta, está a vagueza da expressão “terror social ou generalizado”. Não só “terror social” já é difícil de definir como o dispositivo amplia ainda mais as suas possibilidades significativas agregando “ou generalizado”. Não há que se negar que quanto mais vago um tipo penal, maior o poder de criminalização por parte do aparelho repressivo. Além disso, a cominação da pena não coloca os atos praticados com ameaça ou violência como tipos subsidiários, torna-os independentes, permitindo o concurso de crimes. Assim, tende-se a aumentar a capacidade de uso da violência institucionalizada, em lugar de reprimi-la por meio da lei, como exige o direito penal.

Importa lembrar que o § 2º do artigo citado exclui da conduta típica manifestações com caráter reivindicatório⁷³, mas, no que tange a os “movimentos sociais”, esse é outro conceito vago. Se, por um lado, como excludente o conceito deveria ser usado de modo amplo, com o intuito de aumentar a proteção contra o exercício da coerção, por outro, em tempos atuais facilmente o conceito poderia ser usado de forma restrita, a viabilizar o aumento da capacidade de persecução e punição do estado. Ademais, como o artigo 11 traz a presunção de que os atos de terrorismo são cometidos contra o interessa da União, quem pune é quem afirma a existência ou o grau da ofensa.

Ainda com relação às manifestações reivindicatórias, lido o dispositivo em conjunto com a definição de organização criminosa presente no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013⁷⁴, é plenamente possível fazer enquadrar organizações políticas e movimentos sociais na prática do terrorismo. Na ausência de definição do que são movimentos sociais, é fácil ao aparelho de persecução criminal enquadrar a organização de movimentos sociais como organizações criminosas⁷⁵. Como não apenas organizações terroristas pra-

73 “O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei”.

74 “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

75 Em situação de invasão de fazenda no Estado de Goiás, quatro integrantes do MST foram denunciados pelo Ministério Público como formadores de organização criminosa. A denúncia pode ser acessada em <<http://justificando.com/2016/08/03/errata-manifestantes-do-mst-foram-enquadrados-em-lei-de-organizacao-criminosa/>>.

ticam atos terroristas. Desqualificada a organização como “movimento social”, está livre o caminho para retirar seus atos da proteção da excludente de ilicitude. Veja-se que, sob a forma de legalidade e fingindo proteger a liberdade de oposição à ordem pública e social vigente, o que o estado fez foi dar-se a capacidade de sufocar tal liberdade.

O outro artigo da Lei Antiterrorismo que merece rápida consideração é 5º⁷⁶. Os dispositivos nele presentes permitem que o poder público trate os meros atos preparatórios, sem nem mesmo que a prática do crime comece, em conduta típica, a criminalizar o risco abstrato, sem proteger qualquer bem jurídico específico. Assim, se o terrorismo é o uso do medo, aqui é o estado que o usa contra a sociedade civil⁷⁷. A situação é interessante porque o estado, usando a seu favor o pavor causado pela ideia de terrorismo, pode prender preventivamente um suspeito e, após o julgamento, aumentar sua punição, caso culpado, ou simplesmente devolvê-lo a sociedade sem qualquer consequência, caso inocentado.

O estado consegue, portanto, proibir que a sociedade civil o enfrente e define seu aspecto soberano que surgiu com a nação-estado no século XIX: só é direito aquilo que ele concede como tal. As formas de reivindicá-los são aquelas estabelecidas pela ordem jurídica por ele criada. Quando o estado não realiza a ordem jurídica, só os meios formais institucionalizados podem ser usados como reivindicação, quando eles falham a população

76 “Art. 5º. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena – a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I – recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II – fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.”

77 Com base na proibição de atos preparatórios alguns indivíduos foram presos preventivamente em julho de 2016 como suspeitos e alguns se encontram em presídios desde então, tendo sido denunciados por promoção de terrorismo (art. 3º da Lei 13.260/2016), na completa ausência de indícios de atos preparatórios, o que demonstra a completa liberdade que têm os órgãos de repressão para agirem sem controle (<http://www1.folha.uol.com.br/esporte/olimpiada-no-rio/2016/08/1806482-suspeitos-de-terrorismo-na-olimpiada-tem-prisao-prorrogada-pela-justica.shtml>). Chegaram, em razão de portaria do Ministério da Justiça, a ser impedidos de terem contato com advogado (<http://olimpiadas.uol.com.br/noticias/redacao/2016/07/23/advogados-sao-impedidos-de-ver-presos-suspeitos-de-preparar-atos-de-terror.htm>). Um dos presos, inclusive, morreu espancado em um dos presídios (<http://exame.abril.com.br/brasil/suspeito-de-terrorismo-na-olimpiada-e-morto-na-cadeia/>), situação que mostra a conexão entre a estratégia de se desvincular das amarras constitucionais por meio da aparência de legalidade e o poder de os indivíduos em situação de exceção, negando-lhes seus direitos constitucionais básicos.

deve se conformar. E, como a ordem é colocada acima dos direitos, o único controle que existe do poder do estado são os procedimentos que ele mesmo estabelece para sua atuação.

4. Conclusão

Diante de questões e fenômenos que desafiam a manutenção da ordem social pelo estado, tem crescido o recurso do aparelho burocrático ao uso da força, para garantir aquilo que quem está no poder entende como estabilidade social. Assim é que se vê o recurso generalizado à figura do estado de urgência, caracterizado, genericamente, como a autorização para agir com a flexibilização de direitos constitucionais que protegem o indivíduo contra o uso da força. O estado de urgência, que deveria ser situação excepcionalíssima, tem sido a forma padrão de agir de vários governos pelo mundo.

Além do uso recorrente às figuras jurídicas que permitem a restrição de direitos fundamentais, os estados têm recorrido à estratégia de tornar normal a ampliação da sua capacidade de agir fora dos limites constitucionais por meio de legislações que autorizam tais abusos. O estado legaliza e, portanto, normaliza a flexibilização dos direitos constitucionais e, com isso, se desincumbe de realizar suas obrigações, ao mesmo tempo em que aumenta sua capacidade de exigir que os indivíduos sujeitos ao seu poder cumpram as suas.

Cabe perguntar, então, se é dado ao estado agir de tal maneira e se isso está dentro dos pressupostos teóricos do direito e, com ele, do constitucionalismo modernos. Tal questionamento decorre do fato de que esses dois fenômenos têm início com o liberalismo e com o iluminismo, cujas lutas políticas relacionavam-se exatamente com a contenção do poder do estado por meio do direito, organizado num sistema com a constituição no seu auge a declarar direitos naturais individuais e a necessidade da separação de poderes para evitar abusos no exercício do poder (chegando-se, inclusive, a declarar o direito de resistência à opressão).

Apesar de os fundamentos do direito moderno serem justificados pela necessidade de contenção do poder (os limites da legalidade definem o ilícito, inclusive para o estado, e a separação dos poderes garante que quem governa e quem julga não estarão fora do controle), essa característica limitadora sofreu a concorrência do desenvolvimento da ideia de nação, conceito abstrato que considera todos os indivíduos de determinado país

unidos por laços sentimentais e de solidariedade que os direcionam para realizações e desenvolvimento comuns. E o elemento responsável pela manutenção de tais liames e pelas realizações conjuntas para a glória de todos é exatamente o estado.

Formada a nação-estado no século XIX, o estado, que deveria ser instrumento de equilíbrio social condicionado pelo direito (a ideia de *rule of law*), torna-se o elemento de realização e ordenação da vida social, agindo a partir do direito que ele mesmo impõe (característica do estado positivista). Nessa segunda caracterização, não é o direito que regula o estado. Este segue as regras jurídicas apenas dentro do que ele próprio estabelece como dentro da normalidade. O estado é figura plenamente soberana, cuja característica principal é criar a lei, não se submeter a ela.

A aceitação institucional dessa soberania estatal, que responde muito bem ao modelo da nação-estado, mas escapa aos fundamentos jurídicos que se tentou implementar com base no liberalismo político e no iluminismo, permite que o direito esteja à disposição de quem ocupa o estado. Isso leva à possibilidade de decidir quando o direito se aplica ou não e a de legalizar aquilo que antes lhe era vedado, ampliando a capacidade de uso da violência contra sujeitos que não têm recurso de proteção, estão com suas vidas simplesmente disponíveis à violência. As situações excepcionais que o direito não conseguiria regular passam a ser parte da normalidade do poder, que pode suspender o direito e afastar as limitações que lhe são impostas a qualquer momento, o que caracteriza o que foi apontado por Agamben como paradigma do estado de exceção.

Quando se encara o estado como soberano, em lugar de se entender a constituição como norma que lhe é anterior e o condiciona, permite-se que a lógica do estado de exceção se transforme na regra da vida política. E por mais que essa discussão pareça abstrata, a aceitação dessa forma de ver a relação do estado com o direito (principalmente com os direitos constitucionais) tem implicações profundas, concretas e facilmente visíveis.

O Brasil dá, hoje, mostras de que a ação política tem se realizado dentro da lógica do estado de exceção e não do *rule of law*. Dentre as circunstâncias exemplares dessa inversão da razão de ser do constitucionalismo estão o que ocorreu e o tratamento dado pelos poderes públicos nas manifestações de junho de 2013, nos “rolezinhos” e na situação da penitenciária de Pedrinhas.

Os três exemplos são ilustrativos porque, apesar de situações extremamente distintas, eles indicam a lógica comum do afastamento dos direitos

fundamentais para a manutenção da normalidade exigida pelo poder do estado. Nos acontecimentos relacionados com as manifestações de 2013, as reivindicações por melhores serviços e condições de vida, previstos constitucionalmente, não foram contempladas. Porém, o estado reagiu mostrando sua força contra qualquer tipo de desvio cometido pelos manifestantes. Parece, assim, que as obrigações constitucionais são unilaterais e as obrigações constitucionais do estado são realizadas de acordo com sua mera conveniência.

Com o fenômeno dos “rolezinhos”, os jovens de periferia que buscavam apenas se divertir tiveram violados seus direitos de consumidores e de igual respeito e tratamento. O uso da força policial, liminares de juízes impedindo os encontros e eventuais prisões sem que qualquer crime tenha sido cometido mostra a ação do estado para recuperar o que entende ser a normalidade da situação.

Já em Pedrinhas tem-se o completo descaso com determinada camada da população, já alijada de condições básicas de sobrevivência, despida de qualquer direito de proteção de suas vidas, corpos e dignidade. O descaso mostra como o estado escolhe a quem dar as proteções do direito.

Além dos três exemplos citados, que ilustram bem a facilidade com que o estado hoje é capaz de afastar a proteção dos direitos constitucionais de acordo com suas conveniências, é possível ver no caso brasileiro, também, o uso da estratégia do uso do direito para legalizar e normalizar a exceção.

Essa estratégia pode ser vista na regulação do uso das forças armadas para a manutenção da lei e da ordem, em que o aparelho de guerra é usado para fins policiais, além de se confundir as situações de seu uso com aquelas em que a constituição, exatamente por reconhecer a necessidade de flexibilizar a aplicação de certos direitos fundamentais, exige controle especial do executivo por parte do legislativo. Fica incerto em que medida as forças armadas, treinadas e equipadas para a guerra, vai manter a legalidade e como se dará o controle de suas operações, cada vez mais usuais.

Além disso, houve a tentativa, em casos de manifestação e movimentos sociais, de aplicação da Lei de Segurança Nacional, instrumento típico da ditadura militar brasileira e que tinha claramente o objetivo de impedir a liberdade de manifestação e de contestação do estado.

Diante das dificuldades em justificar a aplicação de uma lei da ditadura no contexto atual, o Brasil, seguindo a tendência mundial, criou lei tipificando o crime de terrorismo. Assim, o estado dá-se norma para legalizar

ações que escapariam os limites impostos pelo respeito aos direitos constitucionais, dando a aparência de legitimidade àquilo que lhe é proibido. E as primeiras consequências já apareceram.

Por fim, é possível mostrar que a prevalência do estado sobre o direito está fora das premissas do direito e do constitucionalismo modernos, que a lógica do direito constitucional é de contenção e subordinação do poder. Também é preciso entender que a prevalência do estado sobre o direito decorre da formação da ideia de nação do século XIX e, portanto, suas consequências podem ser vistas como desvio da razão de ser do direito constitucional, que não se confunde com a constituição dada a si mesma pelo estado, mas decorre do desenvolvimento da compreensão de que é preciso limitar o poder.

Essa mudança de perspectiva do papel da constituição (aqui tratada como desvio) tem consequências visíveis e perigosas para os indivíduos submetidos ao poder estatal. Os exemplos brasileiros ilustram bem a situação, tanto nos casos de recusa de proteção em situações que se relacionam com a ideia de boa ordem social quanto nas estratégias de dar ares de legalidade àquilo que foi chamado de lógica do estado de exceção.

É necessário retornar às ideias do liberalismo político e do iluminismo de que o direito vincula igualmente a todos (inclusive o estado) e que a constituição deve ser elemento definidor, condicionante e limitador do estado, não norma a ser usada de acordo com sua mera conveniência. Os direitos fundamentais e as ações políticas precisam ser compreendidos como formas de manifestação da liberdade moderna, liberdade que se apresenta como proteção contra todas as formas de opressão.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Traduzido por Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. In: *Legisprudence*, vol. 1, n. 3, pp. 1-17, 2009.
- AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights*. Virginia: Yale University, 1998.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Traduzido por José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BENJAMIN, Walter. Critique of violence. In: _____. *Selected Writings*.

- Edited by Marcus Bullock and Michael W. Jennings, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- BIANCHI, Alberto B. *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2009.
- BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e de política na transformação das nações*. Traduzido por Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Campus, 2003
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995
- _____. *Locke e o direito natural*. Traduzido por Sérgio Bath, 2.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BODIN, Jean. *On Sovereignty: four chapters from 'The Six Books of the Commonwealth'*. Edição de tradução para inglês de Julian H. Franklin, Cambridge University Press, 1999.
- CAENEGEM, R. C. van. *The birth of common law*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- DERRIDA, Jacques. *Fuerza de Ley: el fundamento místico de la autoridad*. Traducción de Adolfo Barberá y Antonio Peñalver. In: *Doxa*, vol. 11, p. 129-191, 1992.
- DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Vol. 2: Formação do Estado e civilização. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1993.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. s/l: Editorial Trotta, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Traduzido por Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Traduzido por Raquel Ramalhete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GELLNER, Ernest. *Nacionalismo e Democracia*. Traduzido por Vamireh Chacon *et alii*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Traduzido por Norberto de Paula Lima, 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997.

- HOBBSAWN, Eric J. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Traduzido por Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino, 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Traduzido por Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1978.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORABITO, Marcel. *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 2008.
- MOUFFE, Chantal. *On the political*. New York: Routledge, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RENAN, Ernest. *Qu'est-ce qu'une nation?* Marseille: Le Mot et le Reste, 2007.
- ROSANVALLON, Pierre. *The demands of liberty: civil society in France since the Revolution*. Translated by Arthur Goldhammer. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. In: *Southern California Law Review*, vol. 74, p. 1307-1351, 2001.
- ROTELLI, Ettore. Ancien Régime (verbete). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco (coords.). *Dicionário de Política*. Coord. de tradução de João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)*. 4. ed. Traduzido por Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SIMON, Henrique Smidt. Aborto de anencéfalo e interpretação exegética: uma discussão à luz da decisão do STJ no HC n. 32.159/RJ. *Atena: revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana*, v. 1, 2006.
- _____. Direito como força e direito como emancipação: considerações para uma mudança de perspectiva. In: AVILA, Carlos F. Dominguez; XAVIER, Lídia de Oliveira; FONSECA, Vicente. *Direitos Humanos, violência e cidadania no Brasil*. Vol. 3, Curitiba: CRV, 2015.

- SINGER, André. Brasil, junho de 2013: classes e ideologias cruzadas. In: *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 97, São Paulo, nov. 2013, pp. 23-40. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000300003>.
- ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

Recebido em 28 de outubro de 2015

Aprovado em 2 de setembro de 2016

Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011

*Political Considerations on the Legal Prohibition of the
Provisional Freedom Benefit: Tensions and Consensus in the
Trial of Habeas Corpus 104.339 and the Context
of the Law 12.403/2011*

Otávio Dias de Souza Ferreira*
Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

Em cinco oportunidades recentes, entre 1990 e 2006, o Congresso Nacional aprovou Leis Federais dispendo sobre a vedação da concessão do benefício de liberdade provisória para acusados pela prática de diversas modalidades de delitos. Tudo ocorreu durante um período de grande expansão da legislação penal e da população prisional no Brasil¹. Ao longo desses anos também se constatou uma elevação do número de privação da liberdade sumária de pessoas acusadas pela prática de crimes, ainda sem condenação – os chamados presos provisórios. Em 2011, o número total de presos provisórios no país chegou a 222.749, de um total de 513.802, resultando no percentual de 43%².

* Doutorando em Ciência Política na Universidade de São Paulo (USP), mestre em Ciências Sociais na Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), ambos financiados pela CAPES, bacharel em Direito e Administração pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e membro do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP. E-mail: otaviodsferreira@usp.br.

1 CAMPOS, 2010.

2 INSTITUTO SOU DA PAZ, 2012.

Desde o início da vigência, cada um desses dispositivos legais que vedava a liberdade provisória encontrou resistências no Judiciário, sobretudo nas suas instâncias mais altas. Muitos pedidos de liberdade chegaram ao Supremo Tribunal Federal (STF) e por vezes eles foram concedidos à revelia da determinação legal. Aos poucos foi amadurecendo na mais elevada Corte a discussão sobre a constitucionalidade de uma proibição dessa natureza.

Será objeto central de interesse desse artigo o julgamento de 10.05.2012, no Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), do *habeas corpus* (HC) registrado sob o n. 104.339, que versou sobre a constitucionalidade de dispositivo da nova “Lei de Drogas”, que vedava a concessão de liberdade provisória para acusados por algumas condutas ligadas ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas. Por ser a decisão paradigmática mais recente sobre tal celeuma e pela grande quantidade de pessoas privadas da liberdade acusadas por delitos previstos nessa legislação penal, o estudo desse julgamento ganha relevância especial. A análise da decisão, contudo, não pode deixar de considerar a concepção e os conteúdos trazidos no âmbito da Lei Federal n. 12.403/2011, que trata da nova sistemática processual das medidas cautelares penais.

A estrutura do artigo conta com quatro partes, além desta introdução e das considerações finais. Primeiramente, fazemos uma breve reconstituição histórica da celeuma sobre a vedação legal da liberdade provisória, desde o momento da Constituição Federal de 1988, passando pela edição e questionamento de cada diploma legal até o HC 104.339. O momento seguinte vamos atentar para o contexto legal introduzido no âmbito da reforma das medidas cautelares, na Lei n. 12.403/2011, estabelecendo relações com a temática. Em seguida, nas duas partes finais do artigo, para além da preocupação técnico-jurídica sobre o mérito do litígio, o presente estudo vai atentar para aspectos políticos da decisão do STF de maio de 2012. Pretende-se observar o julgamento nos seus aspectos mais atinentes ao processo democrático, ao contexto histórico, aos seus discursos e mensagens voltados para atores internos e externos ao Judiciário. Interessarão os aspectos deliberativos do momento de julgamento do *habeas corpus* referido – a “fase decisional”³ –, atentando para sinais de exercício do potencial da

3 Mendes (2012), em seu estudo sobre a performance deliberativa de Cortes Constitucionais, distinguiu três fases deliberativas: a pré-decisional, a decisional e a pós-decisional. No presente estudo vai interessar apenas a decisional.

decisão da Corte Constitucional de ampliação do debate público em torno das temáticas em discussão, sobretudo da prisão e da liberdade provisória. Sob a inspiração da literatura de controles democráticos⁴, ao restringir os atores políticos dentro de certos limites, investiga-se, no conteúdo da decisão, em que sentido aparecem as tensões e os consensos no interior do próprio Judiciário e entre o Judiciário e outros atores políticos importantes. Atenta-se sobretudo para a dimensão política – tanto na decisão da Corte, quanto no processo legislativo da Lei Federal –, de modo a oferecer uma perspectiva ampliada para a compreensão da temática, enfatizando aspectos de disputas e consensos políticos e institucionais.

2. Tensões sobre o Instituto da Liberdade Provisória desde a Constituição Federal de 1988

Os anos 1980 foram especialmente problemáticos do ponto de vista da segurança pública nas grandes cidades. O aumento da ocorrência de crimes violentos estimulou a difusão de um sentimento de medo e revolta em relação ao crime e o criminoso⁵.

Teixeira⁶ e Campos⁷ mostraram como setores no Congresso Nacional, desde a Constituinte, têm se movido a partir dessas demandas difusas para aprovar uma legislação com conteúdos que passam pela “supressão automática de direitos e garantias dos acusados, a restrição da margem decisória dos juízes com relação a determinados crimes e, sobretudo, o incremento de penas e a vedação de direitos e benefícios na esfera da execução de pena”⁸. Ao contrário do que muitos poderiam supor, as propostas de inflação e endurecimento da legislação punitiva partiram de parlamentares de todos os partidos, abrangendo políticos dos espectros político-ideológicos da direita, do centro e da esquerda⁹. Tais mudanças tiveram impacto significativo nas altas taxas de encarceramento constatadas nas últimas décadas.

4 REIS, ARANTES, 2010.

5 CALDEIRA, 2000. PINHEIRO, 2001.

6 TEIXEIRA, 2009.

7 CAMPOS, 2010.

8 TEIXEIRA, 2009, p.107.

9 CAMPOS, 2010.

Foi assim que a Constituição previu pela primeira vez a curiosa expressão – que encarna em si um pleonasma – “crime hediondo”, no inciso XLIII do artigo 5º, nos seguintes termos:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Note-se que o texto constitucional não definia o significado da expressão “crimes hediondos”, embora tenha previsto outros considerados “análogos” a eles, incluindo o “tráfico ilícito de entorpecentes”.

Em 1990, a norma que veio a definir o conteúdo da expressão crimes hediondos surgiu sob influência da pressão de setores da sociedade alarmados com a ampla cobertura de casos de sequestro¹⁰ de grande repercussão nacional, como os dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina. A Lei Federal de n. 8.072/1990 foi proposta pelo Senador Odacir Soares (PFL/TO) e previu uma série de figuras delituosas. Nos anos seguintes, outros delitos seriam incorporados à categoria de “hediondos”¹¹. Entre as novidades da lei, importa especialmente para o presente trabalho o inciso II do artigo 2º, que dispôs sobre a vedação de liberdade provisória para pessoas acusadas pela prática de crimes dessa categoria.

Em 1995, a Lei Federal de n. 9.034, proposta pelo Deputado Michel Temer (PMDB/SP), em seu artigo 9º, dispôs sobre a proibição da liberdade provisória para crimes resultantes de organização criminosa.

Em 1998, foi a vez do artigo 3º da Lei Federal n. 9.613, proposta pelo Executivo – na gestão do então Presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) –, prever a vedação da liberdade provisória para delitos de lavagem de dinheiro.

Em 22.12.2003 foi sancionada a Lei Federal n. 10.826/2003, proposta pelo Senador Gerson Camata (PSDB/ES), conhecida como o “Estatuto do Desarmamento”. Seu artigo n. 21 também vedava a concessão de liberdade provisória para acusados por determinados delitos previstos nessa lei.

10 Tecnicamente, é mais adequado o uso da expressão “extorsão mediante sequestro”.

11 TEIXEIRA, 2009.

Em 2006 foi aprovada a Lei Federal n. 11.343, conhecida como a nova “Lei de Drogas”, oriunda de projeto elaborada por uma Comissão Mista do Senado Federal. Seu artigo 44 também proibiu a concessão da liberdade provisória para acusados de determinados delitos ligados ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas.

Trois¹² mostra que a jurisprudência do próprio STF não foi consensual na interpretação dos dispositivos legais referidos. Parte dos julgamentos, sobretudo no início do período de vigência da Lei dos Crimes Hediondos, considerava que a vedação da liberdade provisória encontrava amparo no referido artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Um a um, esses dispositivos foram encontrando resistência, sobretudo por parte do Judiciário, mas também pelos Executivo e Legislativo.

Em relação à Lei dos Crimes Hediondos, desde, pelo menos, 19.04.1991, com o julgamento do recurso de habeas corpus n. 68.631/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o STF começou a decidir vários habeas corpus no sentido contrário ao dispositivo legal que vedava a liberdade provisória¹³.

Em 2006, o Executivo Federal – na gestão do Presidente Luis Inácio Lula da Silva (PT), propôs o Projeto de Lei 6.793, que visava implantar modificações na Lei dos Crimes Hediondos. Na mensagem do então Ministro da Justiça Márcio Thomas Bastos ao presidente, o texto mencionava expressamente várias decisões do STF e os princípios da presunção de inocência e da “obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente”¹⁴. No ano seguinte, como resultado desse projeto de lei, foi sancionada a Lei n. 11.464/2007, que passou a permitir a concessão de liberdade provisória para os delitos previstos naquele diploma legal.

O referido artigo 21 do Estatuto do Desarmamento caiu no âmbito do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 3.112, em 02.05.2007, ajuizada pelo Partido Trabalhista do Brasil (PTB), quando o Plenário do STF considerou-o inconstitucional.

12 TROIS, 2012.

13 No mesmo sentido, ver os julgamentos dos habeas corpus de números: 69.950, 77.052; 79.204, 82.903, 83.173, 84.797, 84.884, 85.036, 85.900, 87.343, 87.424 e 87.438 (TROIS, 2012).

14 BRASIL, 2006.

A Reclamação registrada no STF sob o n. 2.391, oriunda do Paraná, contestou a constitucionalidade dos dispositivos referidos das Leis Federais n. 9.034/1995 e n. 9.613/1998. Depois da manifestação de cinco Ministros – Cezar Peluso, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Gilmar Mendes – pela inconstitucionalidade dos artigos referentes à liberdade provisória com base na presunção de inocência, entretanto, a Reclamação foi considerada prejudicada no Plenário em 02.02.2007 em razão da perda do objeto, ocasionada pela soltura dos pacientes¹⁵.

Se a decisão sobre esses dispositivos ficou em suspenso, criou-se maior expectativa sobre o julgamento da constitucionalidade do dispositivo semelhante da nova “Lei de Drogas” no Plenário do STF, em 10.05.2012, no âmbito do HC 104.339, que vedou a concessão de liberdade provisória para acusados por algumas condutas ligadas ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas.

Paralelamente, tramitou no Congresso Federal por uma década, um Projeto de Lei para reformar dispositivos do Código de Processo Penal. Em 04.05.2011, mudanças referentes às medidas cautelares no processo penal, incluindo questões concernentes à liberdade provisória, foram aprovadas na Lei n. 12.403.

Vamos analisar mais atentamente, nas próximas sessões, as disputas políticas no âmbito dessa última decisão referida do STF e as implicações da nova Lei de medidas cautelares sobre a temática.

3. O Contexto da Lei n. 12.403/2011

Na edição da Lei n. 12.403/2011 e nos projetos que lhe deram origem não consta nenhum dispositivo tratando diretamente da matéria da vedação legal à liberdade provisória. Não significa, entretanto, que a sistemática pensada e adotada na nova legislação não traga novos contornos legais relevantes para a interpretação da temática e que devem ser considerados pelos magistrados na avaliação de casos concretos.

Em 20.01.2000, o então Ministro da Justiça José Carlos Dias designou a formação de uma comissão de juristas, sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover, para elaborar uma proposta de reforma do Código de Proces-

15 A narrativa sobre esse julgamento é retomada em vários votos do julgamento do habeas corpus n. 104.339.

so Penal¹⁶⁻¹⁷. Depois de um ano de trabalhos, o colegiado apresentou em 2001, o Projeto de Lei (P.L.) n. 4.208. O trabalho desse grupo deu origem a reformas fragmentadas e pontuais em dispositivos da legislação que resultariam na edição das Leis 11.689/2008, 11.689/2008 e 11.719/2008. Surpreendentemente, no mesmo mês de edição destes diplomas legais, em 19.06.2008, uma nova comissão de juristas foi constituída com a missão de elaboração de todo um novo Código de Processo Penal, desta vez coordenada por Hamilton Carvalhido¹⁸. Produziu-se, em 2009, o P.L. do Senado n. 156, subscrito pelo então Presidente daquela casa parlamentar, o Senador José Sarney. Quando se esperava a tramitação desse novo projeto, surpreendentemente, aquele P.L. n. 4.208 ressurgiu, provocando uma nova reforma parcial do Código de Processo Penal, desta vez na matéria de medidas cautelares¹⁹.

Depois de tramitar na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aprovou-se, em 2008, uma emenda substitutiva global redigida pelo Grupo de Trabalho de Direito Penal e Processo Penal, organizado na Câmara dos Deputados, coordenado pelo deputado João Campos (PSDB/GO). Na justificativa da emenda, considerou-se expressamente a atualização do projeto, “tendo em vista a evolução da jurisprudência desde 2002”²⁰. Mas a referência é genérica e não há menção clara a quais os pontos e julgamentos considerados nessa reforma.

Ressalte-se que a formação das duas comissões de juristas envolveu atores da sociedade civil, com predomínio de especialistas em direito processual penal com trajetória acadêmica, no processo legislativo. Várias das propostas iniciais dessas comissões, porém, desapareceram ao longo do processo legislativo. Um exemplo é a manutenção da antiga previsão de “prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica”, dispositivo muito genérico e impreciso, muito criticado por processualis-

16 BRASIL, 2010.

17 A Comissão contava ainda com Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Sidney Beneti e, posteriormente, Rui Stoco.

18 Integravam também essa Comissão: Eugênio Paccelli, Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Feliz Valois, Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

19 LOPES JR., 2013.

20 BRASIL, 2010.

tas. Não pertencia à redação original do P.L. 4.208/2001 e foi incorporado pela Câmara dos Deputados em 2002. Lopes Jr.²¹ lamenta também que as propostas que incidiriam sobre a redução dos prazos das prisões cautelares não tenham sido aprovadas. Aquele primeiro projeto ainda previa o dever de se revisar periodicamente a medida, o que foi retirado durante a tramitação na Câmara dos Deputados.

Entre as diretrizes consagradas nos Projetos de Leis criados pelas comissões de juristas e no texto final da Lei 12.403/2011, destacamos a excepcionalidade da prisão provisória e a sua sujeição a critérios de proporcionalidade, sobretudo com relação à avaliação, por parte do magistrado, da adequação e necessidade da medida mais gravosa²².

Uma importante inovação da Lei foi o fim do antigo modelo “binário”²³ ou “bipolar”²⁴, inaugurando-se uma nova lógica plural, dispondo ao magistrado um leque de medidas alternativas à prisão preventiva. A normativa anterior lidava com dois extremos – a liberdade ou a prisão cautelar –, cerceando o trabalho do magistrado de dosagem das medidas cautelares. A nova sistemática é mais coerente com o princípio da individualização da pena, aplicável também para a adoção de outras medidas no curso da investigação e do processo penal.

Assim, de acordo com a diretriz da proporcionalidade da medida, deve-se apurar a necessidade de aplicação da medida segundos os fins de assegurar a instrução, a aplicação da lei e a proteção de determinado bem jurídico, considerando-se a “gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”, sendo a medida de privação da liberdade excepcional e subsidiária em relação às demais medidas cautelares desse extenso rol introduzido pela Lei n. 12.403/2011.

Badaró²⁵ reforça que, na comparação entre o regramento anterior e o novo, deve prevalecer a medida mais favorável ou “benéfica” prevista no ordenamento. Assim, em face das múltiplas opções de medidas cautelares

21 2013.

22 Vale mencionar que, no tocante ao princípio da proporcionalidade, o novo artigo 282 previu a avaliação da “necessidade” e da “adequação” da medida. Curiosamente, não se referiu à “proporcionalidade em sentido estrito”, o terceiro subprincípio consagrado em estudos e em jurisprudência sobre a máxima da proporcionalidade. Ver mais sobre essa temática na obra de Badaró (2011a).

23 LOPES JR, 2013.

24 BADARÓ, 2011a.

25 2011b.

agora existentes, pode o magistrado rever a medida aplicada anteriormente, aplicando uma menos gravosa, adequando melhor a medida cabível segundo o critério da proporcionalidade. Uma novidade benéfica importante é o fato de se prever a prisão preventiva apenas para “crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos”²⁶, ao passo que a redação anterior admitia a privação de liberdade para todos os crimes dolosos cuja pena implicava em reclusão. Tal mudança faz com que a situação de cárcere de numerosas pessoas torne-se automaticamente ilegal.

No âmbito desse novo rol amplo de medidas cautelares, uma inovação relevante é a da valorização do instituto da fiança, vez que o legislador alargou as possibilidades de sua aplicação. Autoriza, por exemplo, a concessão de liberdade provisória diretamente por delegados de polícia, em casos cuja pena máxima atribuída ao delito seja de até quatro anos, ampliando sua competência. Em estudo sobre os impactos desse diploma legal na cidade de São Paulo, essas autoridades foram responsáveis pela concessão de liberdade para 15,8% dos presos em flagrante²⁷.

Outra inovação importante da legislação refere-se à introdução do contraditório no regime das medidas cautelares penais. Para Lopes Jr.²⁸, a mera possibilidade da intimação do acusado, oferecendo-lhe o exercício efetivo do “direito à audiência” tem o condão de evitar muitas prisões cautelares desnecessárias, sem prejuízo para a investigação e para o curso do processo.

Vale citar a ponderação de Cruz²⁹, sobre o fato de a lei nova ter mantido a nomenclatura “liberdade provisória”, uma expressão alvo de numerosas críticas de estudiosos do Processo Penal, por sugerir que a liberdade do investigado seja excepcional.

Vasconcellos³⁰, estudando a aplicação da prisão preventiva no Rio Grande do Sul antes da recente reforma da lei processual, mostra uma grande variação de entendimentos nas Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça daquele estado, com significativa presença de um comportamento decisório “punitivista”, baseado em um discurso da “defesa” ou “proteção

26 Trata-se da redação nova do art. 333, ‘caput’, inc. I, do Código de Processo Penal.

27 BAIRD, POLLACHI, 2014.

28 2011.

29 2009.

30 2008.

social”. Não foram poucos os casos, por exemplo, de decisões amparadas na ideia abstrata de defesa da “tranquilidade social” ou em resposta a um certo “clamor social”, justificativas que são enquadradas na imprecisa noção de “ordem pública”, mantida na reforma da lei processual, apesar da sua vedação no projeto original formulado por aquela primeira comissão de juristas referida³¹. Nessa realidade de flagrante abuso da aplicação da medida mais gravosa, o instituto da prisão preventiva se afasta das diretrizes do sistema jurídico e dos mandamentos normativos garantistas, para servir, conforme as palavras da autora, a uma “nova ideologia da punição”, que se situaria “na lógica de repressão social”, enquanto “instrumento de controle social”³².

Baird e Pollach³³ trazem à tona os resultados de pesquisa do Instituto Sou da Paz reveladores da vultosa quantidade de prisões provisórias na cidade de São Paulo, algo que desvirtua o critério da excepcionalidade dessas medidas. O estudo comparou prisões em flagrante nos momentos imediatamente anterior e posterior à edição da lei, para avaliar os seus impactos. Embora permanecesse muito elevada a adoção de prisões provisórias, notou-se um aumento significativo de concessões de liberdades, quase sempre acompanhada por outras medidas cautelares, com amplo destaque para a fiança. O abuso dessas medidas mais gravosas, argumentam os autores, gera altos custos sociais, com a diluição de laços familiares, profissionais e comunitários das pessoas submetidas a condições degradantes nas unidades penitenciárias, uma conjunção de fatores que muitas vezes facilita o recrutamento por parte do crime organizado. Além disso, o excesso de encarceramento gera gastos desnecessários para o erário do Estado, em uma manifesta irracionalidade na gestão da justiça criminal brasileira. Chamam a atenção para a possibilidade para a expansão da aplicação de cautelares alternativas ao encarceramento provisório em muitos casos.

31 Segundo Lopes Jr. (2011, p. 5), pela sua imprecisão, uso de conceitos vagos “sem um referencial semântico”, a prisão para a garantia da ordem pública “não serve para um processo penal democrático e constitucional”.

32 Vasconcellos, 2008, p. 165.

33 2014.

4. Aspectos Deliberativos da Fase Decisional do Habeas Corpus n. 104.339

O caso referente ao habeas corpus n. 104.339 ingressou na primeira instância do Judiciário com um pedido de relaxamento de prisão em flagrante de um acusado pela prática de delito de tráfico de substâncias psicoativas ilícitas³⁴ em 25.08.2009, dirigido ao Juízo da 22ª Vara Criminal de São Paulo. Indeferimento após indeferimento – sempre com base na vedação legal do artigo 44, da Lei Federal n. 11.343/2006 –, dois *habeas corpus* foram impetrados perante as instâncias superiores – o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça –, chegando um novo pedido até a Segunda Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. A liminar foi deferida parcialmente pelo relator para afastar o óbice legal do artigo 44, para que os outros requisitos do Código de Processo Penal sobre a segregação cautelar do paciente fossem avaliados. Por sugestão do Ministro Ayres Britto, em sessão realizada em 22.02.2011, resolveu-se pela remessa do caso ao Plenário, em inequívoco reconhecimento da relevância do tema.

A decisão de julgamento do referido *habeas corpus* pelo Plenário do STF deu-se em 10.05.2012, portanto, depois de dois anos e nove meses da prisão provisória, sem que houvesse uma decisão definitiva sobre sua condenação ou absolvição. A maioria decidiu pela concessão do habeas corpus, declarando – incidentalmente - a inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei Federal n. 11.343/2006, com base – sobretudo – nos princípios constitucionais da presunção de inocência e da obrigatoriedade da individualização e da fundamentação de decisões sobre a prisão de um indivíduo.

Ao longo de todo o acórdão de noventa páginas, nove Ministros tiveram oportunidade de proferir seus votos e de dialogarem entre si em distintos momentos.

Não foi um julgamento com conflitos acalorados. Houve discordâncias, alguns diálogos e tentativas de convencimento dos demais membros do colegiado.

34 O indivíduo foi preso em flagrante em 25.08.2009, acusado pela manutenção da posse e depósito, em sua residência, de “27,3 gramas de cocaína, acondicionadas em sessenta e duas cápsulas de cocaína em pó, 6,7 gramas de crack em forma de uma pedra, 73,5 gramas de cocaína em pó divididas em duas porções, e 4,9 quilos de cocaína divididos em cinco tijolos. Foram ainda apreendidas, na ocasião, duas balanças de precisão e R\$44.877,00 em espécie”. Essas informações constam do início do voto da Ministra Rosa Weber no julgamento do habeas corpus 104.339 (BRASIL, 2012, p. 32).

Como Mendes³⁵ afirmou, a deliberação no momento decisional não significa propriamente um duelo verbal, mas uma argumentação franca na qual são colocadas eventuais divergências para o conhecimento dos pares e das pessoas que têm acesso ao julgamento.

Um caso que combina a manifestação de discordância e o esforço na persuasão dos demais esteve na postura do Ministro Joaquim Barbosa. Primeiramente, quando o julgamento já estava com quatro votos a um em relação à tese que se sagraria vencedora, emitira uma manifestação muito curta, na qual parecia acatar o posicionamento dominante. Admitia ali sua antiga posição favorável à constitucionalidade de dispositivo semelhante, mas concluiu que vinha se curvando ultimamente ao entendimento majoritário da Corte. Mais adiante, porém, em meio a um debate do colegiado no final do julgamento, quando todos os votos já estavam sacramentados, retomou a palavra concordando que a motivação do juiz de primeira instância era “precaríssima” – tal como havia considerado o Ministro Ayres Britto – e emendou uma sugestão ao Plenário que o julgamento fosse resolvido no sentido de concessão da ordem em benefício do paciente – ou pela falta de motivação de decisão judicial ou por excesso de prazo na instrução, tal como sustentado pelo Ministro Marco Aurélio –, mas sem a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Aquilo gerou pouca repercussão e o Ministro terminou como voto vencido³⁶.

Quando Mendes³⁷ trata do “*collegial engagement*”, referindo-se à performance deliberativa da Corte no momento da decisão, sugere que uma corte deliberativa seja permeável a um amplo rol de argumentos razoáveis de múltiplas fontes.

No caso em foco, temos na “Tabela 01” as quantidades de citações por parte dos ministros no dia do julgamento, em 10.05.2012. Praticamente todos os ministros trouxeram referências a jurisprudência, sobretudo do STF. Houve um único julgado mencionado de origem do Superior Tribunal de Justiça.

35 MENDES, 2012.

36 BRASIL, 2012.

37 MENDES, 2012.

Tabela 01. Fontes citadas no julgamento do HC 104.339, no Plenário do STF.

Fontes	Quantidade de citações
Jurisprudência	32
Literatura técnico-acadêmica jurídica	11
Artigos da Constituição Federal	55
Outras	6

Fonte: Acórdão do HC 104.339 (BRASIL, 2012). Elaboração do autor.

Entre as “outras” 6 citações mencionadas na “Tabela 01”, vale destacar as menções a duas pesquisas científicas de 2011 feitas pelo Ministro Cesar Peluso. Dados levantados por estudiosos da Universidade de Brasília e da Universidade Federal do Rio de Janeiro revelaram o grande aumento recente de pessoas presas por delitos ligados ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas, sendo a maioria deles considerados “pequenos traficantes, autônomos e desarmados”, sendo 23%, mulheres, e 25%, primários. E as conclusões da pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP) confirmaram tais números e trouxeram constatações ainda mais inquietantes, sobre – por exemplo – a quase completa ausência de assistência jurídica e as cifras vultosas de determinação de prisões cautelares para tais acusados³⁸.

Apenas dois Ministros – Gilmar Mendes e Cesar Peluso – trouxeram referências à literatura técnico-acadêmica de direito (11 no total). São justamente os dois votos com maior diversidade de fontes.

A maioria dos julgados citados tratou da questão de fundo discutida no caso, a da possibilidade de vedação legal “in abstracto” da concessão da liberdade provisória. Nem todos se referiram a casos envolvendo a Lei de drogas, havendo alguns vários julgados referentes à Lei dos crimes hediondos e outros, à Lei de desarmamento. Conforme mostra a “Tabela 02”, entre os 30 julgados do STF referidos, 26 foram favoráveis à tese vencedora e apenas 4 contrários. Entre os 30 julgados citados, há 7 referências – de distintos Ministros – a um mesmo caso, o julgamento da ADI 3112, que considerou inconstitucional dispositivo semelhante da Lei do Desarmamento.

³⁸ BRASIL, 2012, p. 65.

Tabela 02. Julgados do STF citados no julgamento do HC 104.339, no Plenário do STF.

Julgados	Quantidade de citações
Julgados do STF favoráveis à vedação legal in abstracto da LP	4
Julgados do STF contra a vedação legal in abstracto da LP	26

Fonte: Acórdão do HC 104.339 (BRASIL, 2012). Elaboração do autor,

Praticamente todos os Ministros fizeram referências a artigos da Constituição Federal. A “Tabela 03” mostra todos os artigos mencionados ao longo do julgamento. No total, doze dispositivos foram citados por cinquenta e cinco vezes. Aquele que apareceu de forma mais reiterada foi o inciso XLIII, do artigo 5º – aquele que trata da inafiançabilidade para delitos considerados hediondos e equiparados –, com 14 citações, seguido pelos incisos LXVI – sobre a liberdade provisória – e LVII – sobre a presunção de inocência –, do artigo 5º, ambos com 12 referências.

Tabela 3. Referências expressas aos dispositivos constitucionais no julgamento do HC 104.339, no Plenário do STF.

Artigos da CRFB 1988	Quantidade de citações
1º, III	1
5º, XI	1
5º, XXXV	1
5º, XLII	2
5º, XLIII	14
5º, XLV	1
5º, LIV	2
5º, LVII	12
5º, LXI	6
5º, LXV	1
5º, LXVI	12
93, IX	2

Fonte: Acórdão do HC 104.339 (BRASIL, 2012). Elaboração do autor.

Enfim, com relação às outras leis que trouxeram dispositivos semelhantes ao considerado inconstitucional incidentalmente no julgamento do HC 104.339, a “Tabela 04” traz o número de referências a cada uma delas. O estatuto do desarmamento é o que mais apareceu, seguido pela lei dos crimes hediondos.

Tabela 04. Referências expressas a outras leis com previsões semelhantes à da Lei 11.343/2006, no julgamento do HC 104.339, no Plenário do STF

Outras leis com vedação	Quantidade de citações
Estatuto do desarmamento (Lei 10.826/2003)	14
Lei de lavagem de dinheiro (Lei 9613/1998)	1
Lei de crime organizado (Lei 9034/1995)	2
Lei dos crimes hediondos (Lei 8072/1990)	6

Fonte: Acórdão do HC 104.339 (BRASIL, 2012). Elaboração do autor.

É positivo na avaliação de aspectos deliberativos desse julgamento que o Estatuto do Desarmamento e a ADI 3.112, que julgou inconstitucional – entre outros elementos – a vedação legal da liberdade provisória, tenham sido objeto de muitas referências expressas, inclusive com a menção de trechos do julgamento nos votos de alguns dos Ministros, como nos de Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Dias Toffoli e Ricardo Lewandovski. Isso porque essa ação direta de inconstitucionalidade contou com ampla participação de representantes de movimentos e de organizações diversas da sociedade civil³⁹.

Depois de tantas discussões sobre a temática em tela durante mais de vinte anos de celeuma envolvendo dispositivos desses cinco diplomas legais, quando do julgamento do HC 104.339, é razoável considerar que os argumentos fundantes de cada um dos posicionamentos dos ministros

39 Na ADI 3.112 participaram representantes das seguintes organizações: a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil-ADEPOL, a Confederação Nacional dos Vigilantes, Empregados em Empresas de Segurança, Vigilância e Transportes de Valores e dos Cursos de Formação e Especialização de Vigilantes, Prestação de Serviços Similares e seus Anexos e Afins, a Confederação Brasileira de Tiro Prático, a Federação Gaúcha de Tiro Prático, a Associação Gaúcha de Colecionadores de Armas, a Federação Gaúcha de Caça e Tiro, a Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz e o Viva Rio (BRASIL, 2007).

já estavam demasiadamente amadurecidos. Nesse sentido, pode-se inferir que o espaço para persuasão e mudança de opiniões em um caso dessa natureza seria muito limitado.

O julgamento do HC 104.339, como era esperado, também teve considerações sobre a reforma recente instituída no âmbito da Lei n. 12.403/2011. A Ministra Rosa Weber destacou que a nova lei processual “revitalizou a fiança” e ampliou demasiadamente as alternativas de medida cautelar, entre “os dois extremos, prisão cautelar e liberdade incondicionada”. Para além dos dispositivos dessa lei, entretanto, sua fundamentação serviu-se mais do aparato das garantias fundamentais da Constituição. O voto vencido do Ministro Marco Aurélio Melo, por sua vez, manifestou entendimento no sentido de que a nova lei processual não se aplica aos flagrantes referentes a crimes da “Lei de Tóxicos”, em razão do princípio da especialidade.

5. Tensões e Consensos Manifestos no Julgamento do HC 104.339

Em uma análise de constitucionalidade de um dispositivo legal costuma-se destacar os clássicos conflitos entre os poderes, sobretudo entre o Judiciário e o Legislativo. James Madison (1751-1836) foi um dos precursores a se dedicar à formulação de construções engenhosas sobre o *judicial review*. Compreendia o papel do Judiciário nos momentos de prática do controle de constitucionalidade como o de um ator capaz de restaurar a autoridade e a vontade do povo, usurpada pelo legislador ordinário. Nas palavras do autor:

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que essa é a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos Juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim

como de todos os outros atos do corpo legislativo. (...) Mas não segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são⁴⁰.

Esse autor insere-se com destaque no interior de uma literatura mais ampla que tem pensado ao longo dos séculos sobre os controles democráticos de poder⁴¹. Esse universo de questionamento faz parte de preocupações centrais do Constitucionalismo, no meio das possibilidades de arquitetura de desenhos das instituições do Estado segundo um sistema de freios e contrapesos.

Arantes⁴² mostra que o Brasil herdou um sistema de Judiciário na separação de poderes com influências de dois modelos muito distintos – e “imperfeitos” –: o estadunidense e o francês. Enquanto a preocupação maior dos europeus era a de conter e combater os resquícios da monarquia absolutista, a dos americanos era a de conter possibilidades de tirania de maiorias no interior de um governo democrático. Também no tocante ao controle de constitucionalidade, temos a influência de dois modelos: o austríaco – que dá um protagonismo à Suprema Corte – e o estadunidense – que permite a qualquer juiz decidir sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Pois é no âmbito dessa complexidade institucional de controles democráticos, que o foco desse momento da análise do HC 104.339 se volta para a investigação das tensões e convergências internas – no próprio Judiciário – e externas – em relação ao Legislativo e ao Executivo – reveladas no teor dos votos e dos debates desse julgamento. Nos argumentos do colegiado tentamos captar espécies de mensagens enviadas para outros atores políticos relevantes.

Entre as tensões que aparecem no acórdão, estão aquelas internas, atinentes ao próprio Judiciário, e estas podem ser verticais, considerando

40 HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 459.

41 Um balanço rico da literatura sobre controles de poder está na pesquisa de Reis e Arantes (2010).

42 ARANTES, 2007.

a hierarquia na estrutura do Judiciário, e horizontais, considerando um colegiado com opiniões divergentes.

No plano da verticalidade, parece nítida a existência de discrepâncias de entendimentos ao longo de todas as instâncias do Judiciário, mesmo com alguma jurisprudência mais consolidada em torno da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória com base exclusivamente na vedação legal em abstrato. Trata-se das tensões que chamamos de verticais internas. Em mais de uma oportunidade, os ministros se manifestaram em relação ao grande número de habeas corpus que chegava ao STF. O Ministro Gilmar Mendes chegou a defender a importância da competência do Tribunal para julgar *habeas corpus*, referindo-se, inclusive, ao elevado índice de deferimento no STF⁴³. Implícito ao seu argumento estava a mensagem de que as instâncias inferiores da hierarquia do Judiciário não estariam exercendo devidamente o seu papel conforme as exigências constitucionais.

Estudo recente da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ), encomendado pelo Instituto de Pesquisas Avançadas e pelo Ministério da Justiça, tratou dos impactos do entendimento jurisprudencial firmado pelos tribunais superiores em julgamento de habeas corpus, trouxe resultados alarmantes. No caso da prisão cautelar em crimes de tráfico de drogas, a grande maioria das decisões judiciais não trazia fundamentação adequada e os magistrados de primeira e segunda instância pareciam ignorar a orientação dos tribunais superiores – e do regime constitucional da matéria – sobre a excepcionalidade da medida de privação da liberdade. A maior parte das denegações dessas impetrações dava-se justamente com base no artigo 44, da Lei Federal n. 11.343/2006⁴⁴.

Mas essas divergências de jurisprudência também atingem o âmbito do próprio STF. Há menções ao longo desse julgamento – e confirmadas no estudo de Trois⁴⁵ – sobre uma divisão histórica em relação às duas turmas nessa matéria. Enquanto na segunda turma prevalecia o entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei Federal n. 11.343/2006, na

43 Segundo intervenção do Ministro Ayres Britto, o índice de deferimento da primeira turma do STF no segundo semestre de 2011 foi de trinta e cinco por cento (BRASIL, 2012, pp. 85).

44 A pesquisa foi realizada pela FGV/RJ (2014). Vale salientar que a amostra utilizada nessa pesquisa abrangeu casos decididos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal entre 2009 e 2012. Assim, não podemos constatar em seus resultados o impacto que a decisão no HC 104.339 teve nas demais instâncias.

45 TROIS, 2012.

primeira turma havia vários julgados – sobretudo na sua composição mais antiga – em sentido diverso.

Há uma preocupação crescente dos tribunais superiores, no sentido de aumentar a celeridade e eficiência de julgamentos no Judiciário, a partir de medidas como a uniformização da jurisprudência e a transmissão de orientações de julgamento para as instâncias inferiores. Essa inquietação também tem ocupado espaço na agenda do Legislativo e do Executivo⁴⁶. A própria decisão da Segunda Turma de acionar o Plenário para o julgamento do habeas corpus objeto do presente estudo parece seguir nesse sentido.

Se por um lado há tensões internas – horizontais – em um colegiado, por outro lado pode-se notar também convergências de posicionamento – tanto nas maiorias como nas minorias que se formam conforme a temática discutida.

Quase todos os votos no julgamento do HC 104.339 – para um ou outro lado – fizeram menção à jurisprudência do próprio STF. O Ministro Luiz Fux, por exemplo, afirmou expressamente que decide conforme a jurisprudência da Primeira Turma⁴⁷. Em seguida a essa afirmação, a Ministra Rosa Weber pediu para intervir destacando que, embora também integrasse aquela turma, não concordava com tal posicionamento⁴⁸. Em meio a tantas decisões que aparecem no acórdão, o caso mais citado pelos Ministros, contudo, foi o julgamento – não menos paradigmático – da referida ADI 3.112, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo do Estatuto do Desarmamento que vedava a liberdade provisória para alguns delitos previstos naquele diploma legal. Longos trechos desse julgado foram transcritos nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Cesar Peluso.

Com relação às tensões horizontais externas, envolvendo o Judiciário e o Legislativo, o voto do Ministro Luis Fux, em certo momento, manifestou um grande incômodo em relação à competência da Corte Suprema de julgar *habeas corpus*, à qual considerou “completamente inadequada”⁴⁹. Parece – talvez – um recado aos parlamentares em relação a uma suposta necessidade de revisão das atribuições constitucionais do STF. Como não prosseguiu nesse argumento, a questão não ficou muito clara.

46 A pesquisa referida realizada pela FGV/RJ (2014) segue essa orientação.

47 BRASIL, 2012, p. 39.

48 BRASIL, 2012, p. 41.

49 BRASIL, 2012, p. 38.

Apareceu essa natureza de tensões também na discussão sobre a eventual limitação da atividade do magistrado de julgar provocada pelo artigo 44 da Lei Federal n. 11.343/2006. Pois ao vedar de forma genérica a concessão da liberdade provisória para acusados de determinados delitos relacionados ao tráfico de substâncias psicoativas ilícitas, a medida foi interpretada, pelo Ministro Ricardo Lewandowski⁵⁰, como uma ofensa a princípios constitucionais da inafastabilidade ou da universalidade da jurisdição⁵¹ e ao princípio da obrigação de fundamentação da prisão⁵².

Em outro momento mais acalorado de debate no Plenário do STF, o Ministro Luiz Fux, sem fazer alusão a nenhum pensador clássico do constitucionalismo, insinuou:

Nós, que tanto lutamos para que não haja uma afirmação de que a Suprema Corte pretende ser a instância hegemônica, que no regime democrático tem que haver a supremacia do parlamento, e não a supremacia judicial, se nós levarmos esse raciocínio às últimas consequências de que, nas Cassas Legislativas, não se pode preconceber uma figura delituosa que tem que ter um tratamento especial porque, como diz o Ministro Joaquim Barbosa, é um flagelo da coletividade o tráfico de drogas, eu citei exemplos inusitados⁵³.

Depois de intervenções curtas do Ministro Ayres Britto e réplica do Ministro Luiz Fux, o Ministro Cezar Peluso complementou:

Se Vossa Excelência me permite, Senhor Presidente?

É que, quando a Constituição alude à prática de crime, está a pressupor decisão judicial definitiva que reconheça ter ocorrido o crime. Isso nada tem a ver com a questão da prisão cautelar, que supõe necessidade fundamentada de decretação⁵⁴.

50 BRASIL, 2012, p. 79.

51 O inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

52 O inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos caso de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

53 BRASIL, 2012, p. 79.

54 BRASIL, 2012, p. 80.

E o Ministro Gilmar Mendes arrematou: “De resto, a supremacia é da Constituição, não é nem do Parlamento, nem do Judiciário”⁵⁵. Essa discussão não se encerrou por aí, mas a sua continuidade vai recair em questões de maior tecnicidade jurídica, fugindo ao escopo da presente pesquisa.

Os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Luiz Fux, ao sustentarem a constitucionalidade do dispositivo em questionamento, repudiaram a existência de tensões entre o Judiciário e o Legislativo. Ressaltaram a gravidade social dos delitos de tráfico de drogas. Joaquim Barbosa entendeu que seria possível conjugar a obrigatoriedade de justificação das decisões de prisão provisória com o dispositivo questionado sem a declaração de sua inconstitucionalidade. O Ministro Luiz Fux elogiou o trabalho dos legisladores constituintes por terem abarcado “os problemas do seu tempo”, atendendo aos “novos reclamos sociais”, ao dedicarem alguns dispositivos mais severos contra a “questão da traficância”⁵⁶. O Ministro Marco Aurélio ressaltou que “os representantes do povo brasileiro (...) percebendo a realidade, a prática, percebendo esse mal maior, que é revelado pelo tráfico de entorpecentes, editaram regras mais rígidas no combate ao tráfico de drogas”⁵⁷. Conforme os dados referidos das duas pesquisas científicas citadas no voto do Ministro Peluso, entretanto, a realidade das prisões provisórias de acusados de traficância de substâncias psicoativas ilícitas parece muito distante do cenário idealizado nesses discursos.

No tocante a mensagens dos Ministros para o Executivo, com especial atenção para a ação dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à temática de políticas públicas⁵⁸, nesse julgamento específico não verificamos uma intervenção na maioria dos votos. Se em outros julgamentos dessa Corte e de outros tribunais – e mesmo em declarações públicas de magistrados –, por vezes, encontramos reclamações e exigência de mudanças com relação ao sistema prisional e a políticas penitenciárias⁵⁹, não foi algo que mobilizou os ministros no julgamento desta ação em estudo.

55 BRASIL, 2012, p. 80.

56 BRASIL, 2012, p. 38.

57 BRASIL, 2012, p. 68.

58 Trata-se de questão que tem tomado a atenção especial de pesquisadores como Arantes e Couto (2010, 2013).

59 Servem como exemplo desse fenômeno duas declarações recentes de Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre as condições terríveis do sistema prisional brasileiro, a de Luiz Edson Fachin (G1, 2015) e a de Barroso (FOLHA DE SÃO PAULO, 2015).

Pode-se mencionar apenas a citação de dados da pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência sobre o perfil e a natureza de acusações de presos provisórios em casos de tráfico de drogas, o que pode servir indiretamente como fundamento para críticas ao funcionamento das agências de segurança pública. Mas os dados são apresentados no final de um dos votos – do Ministro César Peluso – e o magistrado não chega a desenvolver melhor o argumento de modo a atingir alguma instituição estatal específica.

Nas disputas institucionais envolvendo as distribuições constitucionais de poderes, uma visão que parece acatada pela maioria do Tribunal é a de que o Legislativo, quando editou diplomas legais com previsões de vedação legal da liberdade provisória para este ou aquele crime, teria violado a esfera da atividade primária dos magistrados. Pois teria imposto aos julgadores a obrigatoriedade de decisão mais gravosa possível contra um acusado pela prática de delitos, contra quem ainda não se estabeleceu uma culpa mediante o curso do devido processo penal. Sob a validade de tais dispositivos contestados – e declarados inconstitucionais –, os magistrados não precisavam mais analisar dados individualizadores dos casos e a prisão tornava-se a regra, em conflito com uma lógica que regia o ordenamento constitucional pátrio. A decisão da Suprema Corte, nesse sentido, parece devolver plenamente aos magistrados a possibilidade de exercerem as suas funções primárias de julgar um caso de natureza criminal conforme suas peculiaridades.

Em conformidade com o papel da Corte pensado desde Madison⁶⁰, pode-se inferir que os Ministros exerceram o papel de controle democrático fazendo prevalecer ao legislador ordinário os limites fixados pelo constituinte. No conteúdo da decisão constata-se uma consciência por parte dos Ministros em relação ao seu espaço e papel no interior dos arranjos institucionais delineados na Constituição Federal de 1988. Para além de subordinar o legislador de 2006 ao Constituinte de 1988, o Tribunal deu transparência e publicidade aos argumentos e debates que nortearam a decisão.

6. Considerações Finais

Constata-se geralmente a construção de diálogos e de mensagens diversas no âmbito de julgamentos do Supremo Tribunal Federal e no trâmite legislativo. O caso estudado do HC 104.339 e o da Lei n.12.403/2011 não fogem a essa regra.

60 HAMILTON, MADISON, JAY, 2003.

O julgamento referido traz uma hipótese de controle de constitucionalidade por via incidental em sede de *habeas corpus*, um meio que amplia o número de legitimados a propor uma ação com o condão de questionar a validade de um dispositivo legal na mais alta Corte brasileira. A decisão do STF não está isolada no tempo. Insere-se em um contexto histórico de debates e decisões sobre a temática da possibilidade ou não de uma lei ordinária vedar a concessão de liberdade provisória para acusados de determinados delitos. Relaciona-se com debates em esferas da sociedade civil, com destaque para o ambiente acadêmico, e com processos legislativos, como o que culminou na edição da Lei 12.403/2011.

Dos casos referidos de julgamentos que controlaram a constitucionalidade de leis com semelhantes, o caso mais significativo de diálogos interinstitucionais foi aquele da Lei dos Crimes Hediondos, de 1990. Os “recados” enviados pela cúpula do Judiciário, através da consolidação de uma jurisprudência em sentido contrário ao da lei foram captados pelo Executivo – conforme denota o próprio texto do projeto de lei⁶¹ –, e depois, pelo Legislativo, ao aprovar a alteração legal em 2007.

O caso que apresentou um desempenho deliberativo mais forte parece ser aquele referente ao Estatuto do Desarmamento, tomando por base o amplo debate público com uma diversidade de atores participantes do processo. Vários dos votos proferidos no caso em tela – do HC 104.339 – tomaram esse precedente como relevante fundamento de argumentação.

O caso objeto do presente estudo teve interesse especial por ser o mais recente, trazendo em seu bojo a herança de toda a história de debates no interior do Supremo Tribunal Federal, do processo de reforma processual penal e por se tratar de uma lei que atinge um universo muito grande de acusados pela prática de crimes em todo o país. A leitura do caso a partir de um viés mais político é capaz de revelar distintos conflitos e consensos internos ao próprio judiciário e externos, nas relações entre o Judiciário e o Legislativo.

Ao contrário de muitas das decisões em julgamentos de *habeas corpus* resolvidas nos tribunais superiores brasileiros⁶², a decisão envolveu um debate amplo e a atenção de todo o colegiado da Corte. Na visão normativa

61 BRASIL, 2006.

62 FGV/RJ, 2014.

deliberacionista de Mendes⁶³, conforme se demonstrou na análise da decisão, a ação do tribunal nesse julgamento amplamente fundamentada em fontes diversas, repassando por vezes a reconstituição histórica de debates sobre a celeuma, pareceu contribuir para o aprofundamento do diálogo entre as instituições, enriquecendo o debate na esfera pública. Podemos considerar a decisão estudada como dotada de um desempenho deliberativo satisfatório. Na perspectiva histórica de longos debates no Judiciário, Legislativo e – até – no Executivo, incluindo outras decisões sobre questões semelhantes – conforme exposto na primeira parte do artigo –, nota-se o amadurecimento de argumentos ao longo do tempo.

Diante de toda a complexidade institucional demonstrada ao longo do texto, pode-se concluir que os eventuais impactos sobre as concessões de liberdade provisória não podem ser atribuídos apenas a uma decisão do Legislativo na edição da Lei n. 12.403/2011, como sugerido no referido estudo do Instituto Sou da Paz. Decisões como a do julgamento do habeas corpus n. 104.339 importam, sobretudo considerando o critério da especialidade, tal como argumentado pelo Ministro Marco Aurélio Melo, e a quantidade de pessoas presas provisoriamente em razão da lei de drogas⁶⁴. Para além da construção realizada nos processos legislativos, evidencia-se uma discussão longa atravessando tribunais de todo o país, sendo consolidados certos entendimentos na Corte mais alta.

Por todo o exposto, um dispositivo que disponha sobre a vedação legal de liberdade provisória para este ou aquele delito parece incompatível com o sistema jurídico brasileiro, confrontando garantias constitucionais, a lógica da nova legislação processual e o entendimento consolidado em seguídas decisões na cúpula do Judiciário.

É certo que a mera mudança legal ou um único julgado, por mais que seja realizado na cúpula do Judiciário, não traz impactos automáticos para nosso sistema jurídico. Se mesmo após as mudanças legislativas e a consolidação de jurisprudência, ainda não se nota um impacto mais significativo na realidade dos julgados, talvez tenhamos de considerar como hipótese explicativa aquilo que Lopes Jr. (2013, p. 16) denomina de “cultura inquisitorial-encarceradora dominante” ou, em sentido semelhante, o que

63 MENDES, 2012.

64 Segundo Baird e Pollachi,(2013) esse total, apenas na cidade de São Paulo, chegava a 21,5% dos presos em flagrante.

Vasconcellos chama de ideologia da “defesa social”. Seriam discursos e crenças fortemente consolidadas na “mentalidade” de muitos magistrados, constituindo-se no maior empecilho para a redução nas quantidades de prisões preventivas, a violar a diretriz da excepcionalidade da medida e do primado da liberdade.

O direito e os sistemas de crenças em torno de uma ideia mais garantidora de direitos ou mais punitivista são construídos por muitos processos de aprendizado, interações entre os atores políticos e mediações. Uma perspectiva a partir de uma fotografia mais ampla da temática, considerando um longo lapso temporal e a complexidade de suas dimensões políticas, permite iluminar alguns desses aspectos, mostrando tendências, conflitos e limitações na regulação e no tratamento prático do fenômeno.

Referências

- ARANTES, Rogério Bastos. COUTO, Cláudio Gonçalves. Constitutionalizing Policy: the Brazilian Constitution of 1988 and its impact on governance. In: Detlef Nolte and Almut Schilling-Vacaflor. (Org.). *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. 1ed. Farnham, Burlington: Ashgate Publishing, 2012, v. 1, pp. 203-222.
- _____; _____. Construção democrática e modelos de constituição. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol53, n. 3, 2010, pp. 545-585. Disponível em <www.scielo.br/pdf/dados/v53n3/a02v53n3.pdf>. Acesso em 20.08.2015.
- _____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Antonio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2a ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenaur-Stiftung. São Paulo: Editora Unifesp, 2007, pp. 81-114.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. In: *Revista do Advogado*, v. 31, n. 113, pp. 71-82, set. 2011 (2011a).
- _____. Reformas das medidas cautelares pessoais no CPP e os problemas de direito intertemporal decorrentes da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 223, pp. 11 – 12. São Paulo: junho 2011 (2011b).

- BAIRD, Marcelo Fragano. POLLACHI, Natália. Os problemas da prisão provisória e o impacto da Lei de Cautelares na cidade de São Paulo. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 265, pp. 10-12, dezembro 2014.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.208/2001. *Complementação do voto*. Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/773516.pdf>>. Acesso em 30.11.2016.
- _____. Ministério da Justiça. Projeto de Lei n. 6.793-A, de 2006. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8359F9121620D65EE15EFBD0397A4440.node2?cod-teor=433792&filename=Avulso+-PL+6793/2006>. Acesso em 30.05.2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão de julgamento da ADI 3112. Brasília: Jus Brasil, 2007. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757374/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3112-df>>. Acesso em 29.05.2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Inteiro teor do acórdão de julgamento do HC 104.339. Brasília: Jus Brasil, 2012. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869940/habeas-corpus-hc-104339-sp-stf>>. Acesso em 29.05.2015.
- CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. In: *Revista de Informação Legislativa – RIL*, v. 46, n. 183, p. 211 – 224, Brasília julho/set. 2009. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194942>>. Acesso em 01.12.2016.
- FGV/RJ. *Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em 02.06.2015.
- FOLHA DE SÃO PAULO. Ministro do STF defende que condições de prisão diminuam pena. São Paulo: Folha de São Paulo, 06.05.2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1625718-ministro-do-stf-defende-que-mas-condicoes-de-prisao-diminuam-pena.shtml>>. Acesso em 20.08.2015.

- G1. Ministro do STF diz que prisão não é garantia de ressocialização de jovens. Curitiba: Portal G1, 06.07.2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/ministro-do-stf-diz-que-prisao-nao-e-garantia-de-ressocializacao-de-jovens.html>>. Acesso em 20.08.2015.
- HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: ed. Líder, 2003.
- INSTITUTO SOU DA PAZ. Relatório da pesquisa Prisões em flagrante na cidade de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz/Open Society, 2012.
- LOPES JR. Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n.223, p. 5-6, junho 2011.
- _____. *Prisões cautelares: Lei n.12.403/2011*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MENDES, Conrado Hubner. *Deliberative performance of constitutional courts* (Work-in-progress). Paper apresentado em Colóquio do Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, em 2012. São Paulo: FFLCH/USP, 2012. Disponível em <http://www.ffiich.usp.br/dcp/assets/docs/Papers_II_Coloquio/Conrado_Hubner_Mendes-Paper_Coloquio_DCP_USP_2012.pdf>. Acesso em 02.06.2015.
- NEV/USP. *Prisão provisória e Lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: NEV/USP, Open Society, 2011. Disponível em <<http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>>. Acesso em 01.06.2015.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Transição política e não estado de direito na República. In: SACHS, Ignacy. WILHEIM, Jorge. PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- REIS, Bruno P. W. ARANTES, Rogério B. Instituições políticas e controles democráticos: o paradoxal exercício simultâneo do Poder e sua contenção. In: MARQUES, Carlos Benedito (coordenador geral). LESSA, Renato (coordenador de área). *Horizontes das Ciências Sociais no Brasil: Ciência Política*. São Paulo: ANPOCS, 2010.
- TEIXEIRA, Alessandra. *Prisões de exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- TROIS, Charles Luz. Admissibilidade da liberdade provisória nos crimes hediondos: o STF como legislador positivo e os precedentes per-

missivos do benefício. In: *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 14, n. 102. Brasília: Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, fev-mai 2012. Disponível em <<https://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-14-n-102-fev-mai-2012/menu-vertical/artigos/artigos.2012-05-30.0264575240>>. Acesso em 01.06.2015.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. *A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/6/TDE-2008-11-19T141022Z-1592/Publico/407086.pdf>. Acesso em 01.12.2016.

Recebido em 25 de agosto de 2015

Aprovado em 23 de novembro de 2016

Democracia e Internet: Pensando a Limitação do Poder na Sociedade da Informação

Democracy and Internet: Thinking the Limitation of Power in the Informational Society

Priscila Zilli Serraglio*

Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo – RS, Brasil

Neuro José Zambam**

Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo – RS, Brasil

1. Introdução

A preocupação com uma convivência pacífica, a permitir a busca e realização dos objetivos pessoais de cada um sem anular ou prejudicar finalidades sociais e o desenvolvimento da coletividade, sempre foi uma constante na história da humanidade. Inevitavelmente, tal dilema sempre se depara com outro, também uma constante, a ser igualmente solucionado para que se alcance certa estabilidade humano-social: o problema da limitação do poder.

*Advogada. Mestranda do PPGD da Faculdade Meridional – IMED, sob a linha de pesquisa 1 “Fundamentos da Democracia e da Sustentabilidade”, bolsista PROSUP-CAPES. Integrante dos grupos de pesquisa: 1) Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade; 2) Multiculturalismo e pluralismo jurídico. E-mail: pris_zs@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5732131166139352>>.

**Pós-doutor em Filosofia pela UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Membro do Grupo de Trabalho Ética e cidadania da ANPOF. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade. Líder do Grupo de Estudo, Multiculturalismo e pluralismo jurídico. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. E-mail: neurojose@hotmail.com; nzambam@imed.edu.br.

A dualidade “guerra e paz”, e seus derivados, nunca perde a sua contemporaneidade. Desde o surgimento da razão entre os homens, cogita-se o controle da força e do poder violentos. Na história do conhecimento, verifica-se que o direito surgiu como forma de limitação do poder, inicialmente para conter a hostilidade e o egoísmo dos homens contra seus iguais.

Atualmente, a limitação do poder ocorre através de atos conscientes dos cidadãos, que consentem em pactuar um sistema de regras dotadas de supremacia frente à força, estabelecendo, além de normas materiais, leis procedimentais a fim de assegurar o correto funcionamento e estruturação do direito e da política. É dizer, é através da democracia participativa que se assegura a continuação da sociedade civil, não só pressupondo o consenso sobre as “regras do jogo”, mas também legitimando o dissenso sobre a persecução dos interesses sociopolíticos, pois o antagonismo de opiniões é uma realidade do pluralismo.

Nesse sentido, a democracia, apesar de apresentar sérias falhas, é a melhor opção até agora encontrada para o exercício dos direitos individuais, pois, porque é dinâmica, torna-se evolutiva e qualitativa à medida que é continuamente reinventada, estando em um permanente estado de transformação, ainda mais frente à era da tecnologia e da informação, a qual, com o auxílio da globalização, liquefez fronteiras, tanto as geográficas quanto as temporais, expandindo a comunicação e o acesso à informação, não mais restritas aos jornais e redes televisivas e radiofônicas, mas dispersas no meio eletrônico.

As novas tecnologias da informação e comunicação (TIC), por um lado, potencializam a vigilância do Estado e de outros macropoderes, como grandes corporações, sobre os indivíduos, a ponto de quase impossibilitar a garantia de proteção à privacidade e a dados pessoais. Por outro, as mesmas TIC, com destaque para internet e as mídias sociais, permitem ao cidadão um maior poder de conhecimento, domínio e controle sobre a realidade, antes restrito ao ente estatal. Sob tal ótica, as TIC são um forte mecanismo tanto para assegurar maior estabilidade aos regimes democráticos, como também a ensejar a passagem de regimes autoritários em voga para a democracia, conjuntura que foi efetivada por alguns países do norte da África, a partir de 2011, na ocasião da Primavera Árabe.

Disso se infere, portanto, que a mesma tecnologia que permite um maior controle do povo pelo poder não pode ser por ele controlada de todo, de maneira a se traduzir numa vantagem que os cidadãos têm contra

essa vigilância vertical e opressiva do Estado. Os cidadãos podem valer-se disso para exigir do governo, isto é, dos poderes executivo, legislativo e jurisdicional, assim como dos seus respectivos agentes no exercício de suas funções, uma maior prestação de contas dos atos e gastos públicos.

Nessa linha, o presente artigo é estruturado com base na seguinte indagação como problema da pesquisa: as novas tecnologias da informação e comunicação, especialmente da internet, são mecanismos efetivos de limitação do poder em tempos democráticos? A pergunta, como se denota, apresenta como hipótese uma perspectiva positiva, pois, se visualizadas no seu sentido de expandir a comunicação e o acesso à informação, essas tecnologias permitem que cidadãos mais críticos controlem e pressionem o poder público, assegurando uma governança mais justa e transparente, de forma que, face às inúmeras possibilidades de fiscalização e pressão social que oferecem, podem ser um mecanismo efetivo de controle da força estatal.

Para tanto, o objetivo geral da pesquisa é o de analisar a Internet como meio viável para limitar o poder do Estado, possibilitando aos cidadãos uma participação mais efetiva no governo da coisa pública e uma maior liberdade na busca e consecução dos seus objetivos pessoais, já que a informação é um componente determinante para um melhor funcionamento da democracia e para o exercício dos direitos de liberdade e igualdade.

Os objetivos específicos podem ser descritos como: a) Demonstrar a relação entre poder, Estado e direito; b) Explicitar a interdependência entre política, direito e democracia; c) Investigar o exercício da democracia contemporânea na sociedade da informação, especialmente a partir da Primavera Árabe; d) Identificar a expansão da informação pública através da internet, principalmente a partir do direito à informação e do governo eletrônico; e) Demonstrar a exigência de transparência na contemporaneidade decorrente do dever de prestação de contas e responsabilização; f) Reconhecer a indispensabilidade da internet como ferramenta a auxiliar o controle das atividades públicas no trato dos assuntos relativos à coletividade.

O estudo utiliza, como critério metodológico para o relato dos resultados apresentados, o método hipotético-dedutivo, assim como as técnicas da Pesquisa Bibliográfica, da Categoria, do Conceito Operacional, do Fichamento, e do Referente. Os fundamentos teóricos deste artigo são caracterizados por autores como Norberto Bobbio, Robert Dahl, Chantal Mouffe, Max Weber, Fernando Galindo Ayuda, entre outras leituras necessárias a elucidar o tema em estudo.

2. Poder e Direito – As Duas Faces da Mesma Moeda

O poder, no seu sentido social e político, tanto como capacidade ou possibilidade de agir, quanto como de influenciar e determinar o comportamento de um indivíduo por outro indivíduo, sempre foi um dos elementos mais oblíquos da racionalidade humana, tornando o homem não só em sujeito do poder, mas no seu objeto. Disso decorre que, como fenômeno social, o poder se estabelece como uma relação entre pessoas ou grupo de pessoas¹.

O poder, dada toda a sua sinuosa constituição e exercício, implica a disposição e emprego de recursos variados para que possa surtir o efeito desejado, mas também a habilidade pessoal do seu agente para converter os elementos, como riqueza, informação, conhecimento, posição social e etc., à sua disposição em poder.

O tema do poder sempre foi um assunto vinculado ao estudo do comportamento humano, tendo em Max Weber um dos seus principais referenciais. Como sociólogo, Weber se preocupou em determinar a estabilização do poder a partir da organização racional das relações sociais entre indivíduos². Nas sociedades modernas, o modelo predominante de poder é o burocrático, apesar de conviver com o carismático e o tradicional. O poder se dá por um dado procedimento. Essa é a forma pela qual Weber trabalha com a dessacralização do poder. A legitimação do poder se dá pela via do procedimento; se estabelece um conjunto de regras de competência e funções que serão exercidas por determinadas pessoas em um determinado período de tempo.

O procedimento de construção do poder se dá de forma racional. Os indivíduos sempre buscaram superar os sofrimentos e as angústias da vida mundana, caracterizadas pela consciência da morte, seja através da sua integração cultural a grupos como forma de immortalizar-se através da ação, seja através da fé e da religiosidade a buscar a vida eterna e a reencarnação.

Esses temores em relação à finitude do humano e da vida em si, desde o surgimento da razão, sempre atormentaram os indivíduos, estimulando-os a se orientar através de instintos mais individualistas que coletivistas, no intuito de perseguir objetivos pessoais e a lutar pela sobrevivência, situação que tornava conflituosa a convivência em sociedade, pois, o homem

1 Ver BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, pp. 933-942.

2 WEBER, 1999.

que busca superar a morte, tende a concorrer com os seus semelhantes no ciclo vital da satisfação das necessidades básicas a partir do emprego dos mesmos recursos, disputados por todos.

O contexto de insegurança vivenciado naquele período levou o ser humano a criar meios de estabilização da força e da violência, sempre com o intuito de preservar a vida, tornando o espaço de convivência um lugar menos hostil e mais propício à persecução das necessidades e liberdades. Nesse sentido, como meio de reação ao caos natural, pensou-se a estabilização do poder nas formas de relações de comando e obediência através de um sistema de regras de penas e prêmios, a partir do qual se originou o direito.

Inicialmente, os sistemas morais se confundiam com os sistemas jurídicos; a lei válida era a proveniente da religião, ou então, as condutas eram pautadas segundo a lei da natureza. A moralidade era associada à formulação, imposição e proibição de comportamentos e aplicação de sanções àqueles subordinados aos códigos imperativos de cada sociedade. Da clássica, longa, problemática e irresolvida (mas, necessária) relação entre direito e moral se infere que o direito se originou como sinônimo de dever, não de direito no seu sentido de garantia jurídica. A função primária do direito foi sempre a de restringir, limitar e aparar liberdades com o escopo de reduzir o poder do homem sobre o homem³.

O direito como forma de organização sociojurídica, a partir disso, passa a dar prevalência ao governo das leis, não mais ao governo dos homens. Entretanto, o dilema do poder, antes problemático porque minava a vida dos indivíduos no estado de natureza, no Estado moderno teve sua lógica invertida, pois passou a ser concentrado na figura do soberano, que, de resto, justificava, com o auxílio da retórica hobbesiana, a centralização da força estatal do seu regime absolutista na afirmativa de que a própria violência, através de uma sua institucionalização, era a única alternativa para conter a sanha do *homo homini lupus*⁴.

Da razão, substitutiva do divino e da lei natural da antiguidade e da era medieval, derivam-se os direitos naturais, dos quais decorrem a liberdade,

3 “O problema da moral foi originariamente considerado mais do ângulo da sociedade do que aquele do indivíduo [...]: aos códigos de regras de conduta foi atribuída a função de proteger mais o grupo em seu conjunto do que o indivíduo singular. [...] Para que pudesse ocorrer [...] a passagem do código dos deveres para o código dos direitos, era necessário inverter a moeda: o problema da moral devia ser considerado não mais do ponto de vista apenas da sociedade, mas também daquele do indivíduo.” (BOBBIO, 2004, pp. 53-54).

4 Ver HOBBS, 2008. Ver também PIRES, 2006.

a igualdade e a propriedade. O pensamento de Hobbes, ainda que utilize como fundamento a liberdade formal, igualdade de troca, e propriedade privada, rechaça-os – quando não os utiliza com um aspecto transcendente –, pois entende que todo direito é direito positivo, decorrente da vontade humana, e que, portanto, não há direito pré-existente. Ao adotar essa postura voluntarista, nega o jusnaturalismo e assume que as regras se formam a partir de um certo consenso.

Hobbes, contudo, por entender que quem emite os atos de vontade não se submete às regras por ele criadas, acredita que o poder é absoluto e não implica uma responsabilidade. Nesse sentido, não há ordem moral, e isso muda a noção de verdade. Ou seja, não existe verdade absoluta, como era com a ordem divina e, portanto, o justo passa a ser aquilo que diz o soberano. Essa é uma redução do direito à força, à coerção e ao poder. Assim, na medida em que alguém com mais força que o soberano conseguir derrubá-lo, essa pessoa pode instaurar uma nova ordem.

Do ponto de vista jurídico, o contratualismo instituiu, por meio do elemento da legalidade, a legitimação do poder através do pré-estabelecimento de regras de conduta irretroativas. A tese do contrato social vincula o Estado ao direito, tendo aquele o ordenamento normativo coativo como seu caráter distintivo.

O Estado reforça o estreito elo entre direito e política, posto que tem na centralização do poder soberano e na monopolização do aparelho coator a sua marca; o governante se vale do direito como instrumento para a manutenção do próprio poder. O poder do Estado só é válido enquanto for legítimo, e só tem legitimidade na medida em que é legal.

A tese de Hobbes, entretanto, parte das ideias de outro escritor, tanto ou mais lembrado que ele: Maquiavel. A principal obra do filósofo político italiano, “O Príncipe” (1532), retrata a questão da conquista do poder e das formas de sua manutenção, tendo como ponto central a tentativa de resolução do problema da instabilidade política e do caos.

Maquiavel concebe a política como uma ação humana, rompe com o período medieval, inaugurando o período da modernidade. A teoria política deixa de ser idealizada, em sentido utópico, para ganhar o terreno da prática. Como herança de Maquiavel para a contemporaneidade, pode-se observar da sua obra a separação entre política e moral, teoria advinda da tese da razão de Estado, que separa os fins dos meios⁵.

5 Ver MAQUIAVEL, 2007, Capítulo XVIII, pp. 84-87.

Sobre essa sua célebre frase, “os fins justificam os meios”, cabe a reflexão: está o príncipe vinculado às promessas que faz, sendo obrigado a cumpri-las? Haveria alguma distinção nesse aspecto entre súditos e príncipe? Os vários sistemas morais existentes entendem que as promessas devem ser cumpridas (*pacta sunt servanda*); ninguém é obrigado a nada, mas passa a sê-lo quando faz uma promessa. Os sistemas morais entendem como imorais o não cumprimento de promessas.

Na história, Maquiavel nota que os grandes homens que foram, ao mesmo tempo, temidos e respeitados pelos seus súditos e tiveram um governo estável, como Júlio Cesar e Alexandre Magno, raramente cumpriam as suas promessas. Teriam eles sido essencialmente imorais? O governante está vinculado à moral? Não, o que importa é manter o seu reinado ou ampliá-lo, garantindo estabilidade, mesmo que para isso seja necessário infringir regras morais, pois se objetiva o futuro, e não o passado, e por isso se diz que os fins justificam os meios.

Nesse aspecto, a partir do surgimento do positivismo jurídico e da des-sacralização entre o direito e a moral, bem forte no início do século XX, e partindo da análise do pensamento de Maquiavel, na sua obra “Ciência e Política – duas vocações”⁶, Max Weber argumenta que Maquiavel conseguiu distinguir duas éticas, A) a ética da convicção, e B) a ética de responsabilidade.

Pela ética de convicção, a descrição de sistemas morais se faz previamente, isto é, a moral é pré-existente, e o juízo é pretérito, antecedente à própria ação. A ética de convicção então é feita com base naquilo que a precede, ou seja, em princípios, de forma que, da regra cristã “não matarás”, extrai-se a conclusão de que a conduta homicida é imoral, sendo a avaliação da regra antecedente à conduta.

Inversamente, a ética da responsabilidade se fundamenta nos resultados, ou seja, o juízo se dá depois da conduta, nas consequências advindas dela. Há inúmeras situações em que uma conduta pode ser avaliada de forma positiva pela ética A e de forma negativa pela B, e vice-versa, assim como outras condutas podem ser avaliadas coincidentemente da mesma forma por ambas as éticas. O perigo de se exigir que a política se pautasse somente na ética da convicção é o fanatismo, e se se exige que se pautasse somente na ética de responsabilidade, o perigo é o cinismo.

6 WEBER, 1985.

Do estudo do pensamento de Maquiavel resulta, por conseguinte, que a conduta do governante é normalmente regida pela ética da responsabilidade e, por isso, por visar ao futuro, a sua conduta deve ser avaliada como moral ou imoral dependendo dos seus resultados. O grande mérito de Maquiavel, nesses termos, é tornar claro que a política não deixa espaço para a inocência e a ingenuidade; pode-se esperar tudo de um político, e se isso é assim, devemos estabelecer limites à ação política, porque sem qualquer controle, os agentes públicos agirão sem limite algum.

A criação do *rule of law*, do Estado de direito, e atualmente, o Estado Constitucional e Democrático de Direito, é uma acertada forma de limitação a esse poder governador, do qual decorre que todo ato administrativo só pode ser legal, assim como os demais princípios dele resultantes.

Mesmo depois das diversas transformações ocorridas na teorização sobre o Estado, ele ainda é a representação da violência institucionalizada, constituindo-se em um instrumento de repressão, de controle e manipulação dos indivíduos pela máquina pública, gerenciada pelos indivíduos no poder.

Entretanto, impõe-se a ressalva de que não se está a afirmar com isso que todos os Estados são repressivos, o que implicaria negar as democracias, mas somente que todo Estado detém o monopólio do uso da força, diferenciando a violência lícita, institucionalizada, da violência ilícita, aquela privada, utilizada pelo indivíduo para “fazer justiça com as próprias mãos”.

Partindo-se de uma ética da não violência, qualquer Estado é moralmente condenável⁷. Contudo, este é um mal necessário dada a constatação de que até hoje não se demonstrou um menor grau de violência ou a sua inexistência onde não existe Estado ou onde ele deixou de existir, antes, pelo contrário, se observou que, se livre e desimpedido o uso da violência, a humanidade viveria em guerra perpétua.

Fato é que o poder político, e hoje também o jurídico, se rege, em última instância, pela força. Não se questiona a força coativa do Estado ou quem a representa na figura do governante. O problema se põe no grau ou na intensidade da força utilizada para manter a estabilidade da política e do direito posto⁸.

7 Ver CELLA, [s.d.].

8 “Ao argumentar que todos os Estados são igual e absolutamente maus, o anarquismo não é tanto uma filosofia política quanto uma doutrina moral que sustenta que as sociedades podem ser julgadas relativamente boas ou más dependendo de o quanto maximizam o consentimento e minimizam a coerção.” (DAHL, 2012, p. 76).

A diferença em relação ao exercício da função repressiva, do regime democrático para o despótico, é gigantesca; este último baseia seu poder no simples uso da força, de forma unilateral e irrestrita, enquanto que o primeiro descentraliza o poder ao concentrá-lo na figura do povo como ente soberano, tendo no consenso a sua maior expressão.

O principal efeito disso é que é só a partir do Estado democrático que as relações de poder se transformam em verdadeiras relações de direito, no seu sentido de conquistas históricas garantidas e asseguradas em lei. Somente com o auxílio da democracia é possível o estabelecimento de uma convivência ordenada e organizada de forma pacífica, que confira segurança jurídica aos indivíduos, de forma que a autotutela se torna heterotutela regulada por normas gerais submetidas à decisão de juízes comprometidos com a estrutura constitucional, dando a vitória a quem tem razão, não a quem tem a força.

A democracia, assim, apesar das graves falhas que apresenta, ainda é o melhor regime até agora pensado e efetivado no desenvolvimento de uma boa governança, responsável e responsabilizável, calcada nos princípios da transparência e da primazia do interesse público, no direito à informação, a uma vida digna, livre e igual, e no equilíbrio e estabilização dos interesses e forças antagonísticos e invisíveis que lutam para controlar o simbólico “leviatã”.

3. Direito e Democracia – Uma Histórica Relação de Complementaridade

Como se observou ao longo da história, o poder do Estado manifestou-se de diversas formas que foram sendo adaptadas conforme a necessidade e evolução de cada sociedade, resultando, dessas alterações, uma espécie de descentralização do poder que até então se concentrava nas mãos do soberano.

Com a retomada e o aprimoramento da democracia dos antigos, remodelada para se adaptar à complexidade das sociedades contemporâneas, a limitação do poder pela política e pelo direito foi reformulada com base no Estado democrático e constitucional de Direito, caindo por terra não só o paradigma da estrita legalidade, mas também se invertendo as lentes da história. Isto é, o poder deixa de ser encarado somente sob a ótica *ex parte principis* – dos governantes, dos deveres dos súditos, e passa a ser reestru-

turado a partir da lógica *ex parte populis*, dos indivíduos, dos direitos dos cidadãos⁹.

A soberania muda de foco, deixa de ser um elemento característico do príncipe para ser inerente ao conceito de cidadania, tornando-se característica inerente ao indivíduo pertencente à sociedade de determinado Estado. O Estado passa a partilhar o poder com o cidadão, reconhecendo este como sujeito de direito e cedendo-lhe capacidades políticas. Assim, ao analisar o conceito de poder verifica-se sua direta relação com o conceito de liberdade, uma vez que o poder do Estado limita a liberdade do cidadão, sendo que a recíproca também é verdadeira.

Com base nos valores democráticos, o poder de controle da sociedade pelo Estado é modulado pelo poder soberano do povo diluído entre os seus cidadãos, que, por meio de direitos políticos e do procedimento democrático estabelecido em lei, exercem a sua capacidade de influência na governança dos objetivos e ações concernentes à coletividade, principalmente através do voto livre e do debate público consciente e responsável.

Essa noção de complementação entre a liberdade dos antigos (democracia grega) e a liberdade dos modernos (liberalismo), no entanto, não ocorre de forma perfeita e acabada, uma vez que tanto a democracia – fundada na ideia de igualdade entre governantes e governados e na soberania popular – quanto o liberalismo – baseado no consenso, no império da lei e no respeito às liberdades e direitos individuais –, são tradições que, além de apresentarem falhas, estão em permanente elaboração em razão da sua natureza dialética.

O pensamento liberal, seguindo a tradição de Locke, Rousseau, Kant e Montesquieu, da mesma forma que Hobbes, também é voluntarista. Contudo, o liberalismo, pensando o direito a partir do contrato social, entende que não é o governo que detém a soberania, mas sim o povo, fazendo da responsabilidade algo de todos, e também do governante.

Apesar de o liberalismo político partir inicialmente da igualdade de oportunidades, tendo na meritocracia o seu grande critério (ilustrado na

9 “Considerada a relação política como uma relação específica entre dois sujeitos, dos quais um tem o direito de comandar e o outro o dever de obedecer, o problema do Estado pode ser tratado prevalentemente do ponto de vista do governante ou do ponto de vista do governado: *ex parte principis* ou *ex parte populis*. Na realidade, numa longa tradição [...], os escritores políticos trataram o problema do Estado principalmente do ponto de vista dos governantes [...]. A reviravolta, a descoberta da outra face da Lua, até então desconhecida, ocorre no início da idade moderna, com a doutrina dos direitos naturais que pertencem ao indivíduo singular.” (BOBBIO, 1997, pp. 63-64, itálico no original).

fábula da cigarra e da formiga, de La Fontaine), entende as desigualdades posteriores como legítimas, e, também por isso, não tem como condição necessária ser democrático. Veja-se que o Brasil, no seu período ditatorial, era regido pelo liberalismo político, mas não conseguia domar uma infinidade de grupos que sempre estiveram excluídos.

Na sua obra “O regresso do político”, Chantal Mouffe argumenta que o modelo de consenso democrático adotado pela teoria da democracia deliberativa, da qual partem Dworkin, Rawls e Habermas, por exemplo, é frustrado desde o seu fundamento, pois, ideológico e utópico por natureza, parte do pressuposto de que o antagonismo das relações de poder que permeiam uma sociedade poderá ser erradicado a partir da argumentação pública racional, confluindo no consenso democrático.

Para a autora, esse antagonismo é perene, pois, apesar de excludente, é inerente às relações políticas e sociais, integra o constante movimento dialético da constituição da identidade humana. De igual modo, também as ideias de direito, sociedade civil, justiça e boa governança são construções discursivas sempre contingentes e precárias. A deliberação pública racional e o consenso igualmente excluem os indivíduos de pouca ou nenhuma escolaridade e aqueles sem capacidade crítica de transformação de dados em elementos úteis de domínio, controle e manipulação da realidade, pois pressupõem cidadãos com a mesma potencial capacidade argumentativa.

Mesmo assim, sem esquecer os pontos problemáticos da teoria liberal, a democracia depende da concepção liberal de indivíduo, pois tenta conciliar a consenso com o pluralismo de interesses e culturas existente nas sociedades contemporâneas. Assim, Mouffe propõe um liberalismo complementado constantemente pela democracia, ou a democracia constantemente recheada pelo liberalismo, pois o liberalismo sozinho não consegue responder a todos os anseios sociais, e tanto um quanto a outra, separados, ante a tentativa de suturar por completo o espaço social a partir da lei, do consenso e do cidadão total, correm o risco de se tornarem autoritários, totalitários, ditatoriais:

As recentes tentativas dos neoliberais e dos neoconservadores para redefinirem conceitos como a liberdade e a igualdade e para desarticularem a ideia de liberdade da de democracia demonstram como é possível prosseguir diferentes estratégias dentro da mesma tradição democrática liberal, disponibilizando diversos tipos de intimações. Confrontado com esta ofensiva por

parte daqueles que pretendem pôr fim à articulação estabelecida no século xx entre liberalismo e democracia e que querem redefinir a liberdade apenas como uma ausência de coerção, o projeto da democracia radical tem de tentar defender a democracia e expandir a sua esfera de aplicabilidade a novas relações sociais, tendo como objetivo criar um outro tipo de articulação entre os elementos da tradição democrática liberal, já não enquadrando os direitos numa perspectiva individualista, mas concebendo-os como «direitos democráticos». [...] As relações de autoridade e de poder não podem desaparecer completamente e é importante abandonar o mito de uma sociedade transparente, reconciliada consigo própria, porque este tipo de fantasia conduz ao totalitarismo. Um projeto de democracia radical e plural, pelo contrário, exige a existência de multiplicidade, de pluralidade e de conflito e vê neles a *raison d'être* da política¹⁰.

A filósofa política, nesse aspecto, apesar da influência do comunitarismo que permeou boa parte da sua vida como militante das lutas sociais dos anos 60, e por isso seus escritos apresentarem tons de esquerda, continua sendo individualista, pois, deve-se respeitar o pluralismo, mas esse continua sendo um pluralismo de interesses e concepções de indivíduos, não um pluralismo de coletividades.

Mouffe acredita que o comunitarismo, apesar do seu fracasso como modelo político, deixou grandes contribuições para a democracia, como ocorre com o ideal de liberdade substancial, da qual decorre a concepção de justiça como divisão igualitária de recursos, levando-a a pensar um modelo de democracia radical, agonístico, inclusivo das minorias, entendendo que todos devem participar da política, pois a apatia política é um perigo para a democracia, já que somos todos animais sociais ao mesmo tempo em que somos individualistas, essas duas esferas coexistem e exigem a política, exigem a virtude cívica para garantir a liberdade individual. A tolerância deve ser com todos os divergentes, menos com aqueles que não compactuam com as regras do jogo.

Nesse ponto, a par das suas divergências, verifica-se a aproximação do pensamento de Mouffe com o de Bobbio, para quem a democracia é maleável, adaptável às formas de governo que hoje se apresentam pelo globo, e conduz ao desenvolvimento social, há medida que permite o dissenso, a

10 MOUFFE, 1996, pp. 32-33, itálico no original.

convivência das diferenças, o que possibilita a abertura da sociedade para o novo, acarretando a constante renovação de valores e o surgimento perene de novas práticas e contribuições ante a sociedade civil.

Não obstante os desafios inerentes à complexidade das relações humanas que se acentua com o passar do tempo, ainda o ideal democrático se apresenta como a melhor teoria até agora pensada para lidar com esses dilemas, pois, por se caracterizar principalmente pelo direito à livre expressão e à livre associação, o direito de representatividade e o voto livre, quando realizada na sua plenitude, atinge a todos e integra as manifestações e expressões culturais, explicitando e fomentando as condições de justiça, pois esta só é alcançada quando há o equilíbrio entre a regra da maioria e a proteção dos direitos das minorias, garantindo-se e respeitando-se os direitos fundamentais, base da sociedade brasileira.

A teorização de Bobbio sobre a democracia versa basicamente sobre o dilema do distanciamento entre a democracia real e a ideal, que se verifica no plano das “promessas não cumpridas”, a seguir resumidamente expostas:

Do ponto de vista das promessas não cumpridas, os defeitos da democracia de hoje são a sobrevivência de poderes invisíveis e de oligarquias, o afastamento do indivíduo como protagonista da vida política, o renovado vigor dos interesses privados, o âmbito limitado da participação democrática e a dificuldade de criar cidadãos instruídos. No entanto, exceto no caso dos poderes invisíveis, em que Bobbio vê uma tendência que contradiz as premissas fundamentais da democracia, considera que os outros problemas devem ser encarados como consequências necessárias da adaptação de princípios abstratos à realidade. Longe de ver a democracia direta como solução possível, acredita que ela, além de ser impossível, só viria a piorar as coisas¹¹.

Para que se compreenda, então, o verdadeiro sentido da democracia, Bobbio analisa as disparidades entre a democracia representativa e a democracia direta, para então, asseverar que a democracia integral, na qual o poder emana do povo, para o povo e pelo povo, só pode ser concebida pela complementaridade entre as duas formas de democracia citadas anteriormente: a representativa e a direta.

11 MOUFFE, 1996, p. 126.

A democracia direta consiste basicamente na participação direta do indivíduo nas deliberações do governo e nas demais oriundas da sociedade civil que lhe dizem respeito, sem que haja um intermediário para decidir por ele. Sabe-se, contudo, que esse tipo de democracia é inviável ante uma sociedade política pluralista e complexa – em termos qualitativos e, principalmente, quantitativos. É também indesejável sob a perspectiva de que pode levar à banalização da política, isto é, das deliberações sobre a *res publica*, o que levaria à perda de sentido da realização humana e das identidades de cada um.

Diferentemente, a democracia representativa pressupõe que intermediários eleitos pelos cidadãos decidam por eles as questões coletivas comuns a toda a sociedade. Estes representantes, contudo, devem prestar contas de suas ações ante a exigência de transparência e visibilidade, qualidades imprescindíveis para a consolidação de um regime democrático. Assim, intrinsecamente necessário à permanência da democracia, é o controle popular da sociedade civil e da opinião pública, ou seja, a democracia representativa, como única condição democrática viável no contexto político-social contemporâneo, precisa ser complementada pela democracia direta, na forma da participação cidadã já referida.

As democracias representativa e direta coexistem, destarte, se integrando e sendo interdependentes. É essa associação mutualística entre os dois tipos de democracia que constitui uma democracia integral real e se aproxima mais da democracia ideal teorizada pelos estudiosos do tema. Por tal motivo, Bobbio assevera que vivemos uma fase de ampliação do processo de democratização, posto que a globalização facilitou o acesso às informações, o que permitiu ao indivíduo uma maior compreensão do exercício efetivo da participação política – da importância da retomada da ação (*praxis* e *lexis*) como animal social e político.

Assistimos a uma inversão do fluxo de poder – antigamente, este se dava de cima para baixo, onde o Estado impunha deveres antes de conceder direitos; atualmente e cada vez mais, há o declínio do Estado e das suas funções, acarretando a diminuição do poder estatal, onde este parte de baixo para cima, gerando direitos aos cidadãos e impondo deveres ao Estado, antes de cobrar obrigações dos sujeitos (antes passivos, agora gradualmente mais ativos).

Dessa forma, pode-se afirmar que ambas as democracias, representativa e direta, estão conectadas e tornam-se interdependentes para o efetivo

exercício democrático, sendo que o consenso defendido pela tradição liberal é remodelado para se adaptar à ideia contemporânea de democracia baseada na legitimação do pluralismo de ideias e projetos alternativos, nos termos de Mouffe e Bobbio, o qual é também defendido, por exemplo, por Jeremy Waldron, na sua tese sobre a dignidade da legislação:

Os membros de uma comunidade podem estar divididos quanto à questão de determinar se um testador deve ter poder, como Lear, para excluir um filho vivo do usufruto de sua propriedade. [...] A questão do poder testamentário é política porque os que discordam quanto aos méritos concordam, não obstante, em que a comunidade precisa de uma solução determinada da questão. A liberdade testamentária não é um ponto sobre o qual possamos concordar em divergir. Ou, antes, podemos divergir na nossa *opinião*, mas é necessário, ainda assim, que cheguemos a alguma posição na questão a ser sustentada como a posição *da comunidade* quanto aos direitos e poderes dos detentores de propriedade. [...] Compreendido dessa maneira, o estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários e os cidadãos devem aplicar e obedecer a lei mesmo quando ela vai contra seus interesses. É o princípio de que um funcionário ou um cidadão deve fazer isso mesmo quando a lei - na sua opinião confiante - for injusta, moralmente incorreta, ou mal orientada como questão de política. [Caso contrário] [...] equivale a abandonar a própria ideia de lei - a própria ideia da comunidade que toma posição em uma questão da qual os seus membros discordam. É um retomo à situação em que cada pessoa simplesmente age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom ou correto¹².

Veja-se que a clássica teoria sobre o império da lei sobreposto ao governo dos homens é dotada ainda hoje de relevância tal que, após o fracasso do paradigma da legalidade na ocasião da barbárie do nacional-socialismo e a necessidade de reestabelecimento da ordem democrática, a validade da norma e dos atos de autoridade é redefinida segundo a vontade representativa, e é com base nela que atualmente se dá a manutenção da ordem social como Estado de direito.

Na contemporaneidade, a defesa da lei tem como condição a satisfação dos requisitos democráticos. Nesse ponto, o pensamento de Robert Dahl é bastante elucidativo:

12 WALDRON, 2003, pp. 43-45, *itálicos no original*.

O processo de tomada de decisões vinculativas inclui pelo menos dois estágios analiticamente distintos: o estabelecimento de uma agenda e uma decisão quanto ao resultado. O [primeiro] é a parte do processo durante a qual são escolhidos os temas sobre os quais as decisões serão tomadas (incluindo uma decisão de não decidir o assunto). [O segundo], ou o estágio decisivo, é o período durante o qual o processo culmina num resultado, o que significa que um curso de ação política foi definitivamente adotado ou rejeitado. [...] Até que o estágio decisivo seja completado, o processo de tomada de decisões é experimental. Ele pode levar a discussões, acordos, até mesmo a resultados de votações; mas estes são todos preliminares, podem ser invalidados no estágio decisivo e não são vinculativos para os membros. As decisões somente se tornam vinculativas na conclusão do estágio decisivo. Embora essa distinção analítica se aplique a qualquer ordem política, ela é essencial para o esclarecimento da natureza do processo democrático. [...] Para a maioria das políticas sancionadas numa ordem democrática, porém, o estágio decisivo ocorre dentro dos limites constitucionais existentes. [...] As decisões vinculativas devem ser tomadas apenas pelas pessoas que estão sujeitas às decisões, ou seja, pelos membros da associação, e não pelas pessoas fora dela. Para utilizar uma expressão familiar, nenhum legislador está acima da lei. Esse pressuposto repousa sobre o princípio elementar de justiça segundo o qual as leis não podem ser legitimamente impostas aos outros por pessoas que não são, elas próprias, obrigadas a obedecer a essas leis. Ademais, embora esse pressuposto não baste para garantir que a liberdade de autodeterminação seja respeitada, ele é claramente necessário para a autodeterminação; pois as leis e regras impostas por alguém de fora violariam a autodeterminação de todos aqueles que estão sujeitos a essas leis¹³.

Trata-se, portanto, do governo do povo, ou melhor, do autogoverno, do princípio segundo o qual o povo governa a si próprio. Essa é uma prerrogativa proporcionada exclusivamente pela democracia, da qual decorre a maximização da autodeterminação. O procedimento democrático permite um processo ordeiro e pacífico no qual a maioria dos cidadãos pressiona o governo a efetivar aquilo que desejam ou, pelo menos, a evitar as ações mais indesejadas por eles.

13 DAHL, 2012, pp. 168-169.

Com base nisso, é possível visualizar que, embora os critérios e resultados do processo democrático nunca sejam perfeitos, a democracia é muito superior a qualquer outra alternativa, pois, além de ser uma forma de justiça distributiva ao proporcionar a diluição do poder e da autoridade estatal, pode satisfatoriamente garantir o gozo e o exercício de grande parte dos direitos humanos, pois tem como principais características marcantes a participação efetiva, a igualdade de voto no estágio decisivo, uma compreensão cidadã esclarecida, o controle da agenda, e um demos (povo) inclusivo. Sem isso, não há plenamente um processo democrático.

Aliás, segundo Dahl, seguindo à risca a rigorosidade dos conceitos, o que se costuma denominar hoje por democracia nada mais é que uma poliárquia, pois a democracia que antes era restrita à pólis expandiu-se para o Estado nacional, contribuindo, por meio da representatividade, do pluralismo e do antagonismo, para o surgimento de uma série de instituições políticas, todas as quais devem existir para constituir uma ordem política poliárquica: funcionários eleitos, eleições livres e justas, sufrágio inclusivo, direito de concorrer a cargos eletivos, liberdade de expressão, informação alternativa, autonomia associativa¹⁴.

Nota-se, assim, a estreita ligação estabelecida entre a democracia e as várias formas de igualdade, da qual se pode concluir que, “se a liberdade, o desenvolvimento pessoal e o avanço dos interesses compartilhados são bons objetivos, e se as pessoas são intrinsecamente iguais em seu valor moral, isso significa que as oportunidades para alcançar esses bens devem ser distribuídas igualmente a todas as pessoas”¹⁵.

No entanto, não há indícios, teóricos ou históricos, de que se conseguirá alcançar o ideal igualitário a ponto de deliberadamente acabar, a nível de políticas públicas, com a desigualdade sociopolítica. A democracia, assim, mesmo apresentando inúmeras imperfeições, deve se focar em reduzir as disparidades políticas gritantes, e a realidade da contemporaneidade, apesar do seu intenso grau de complexidade, também dispõe de facilidades tecnológicas, como as novas tecnologias da informação e comunicação (TIC), para auxiliar a persecução desse desafio, as quais devem ser usadas em prol da coletividade, pois como artifícios humanos, foram criadas justamente com o intuito de conferir maior eficácia às tentativas de realização dos objetivos humanos.

14 DAHL, 2012, p. 350.

15 DAHL, 2012, p. 496.

4. Ciberdemocracia, Governo Aberto e Primavera Árabe – O Potencial Auxílio da Internet no Fortalecimento da Cidadania

A maioria das sociedades contemporâneas, hoje, preocupa-se com o acesso aos dados dos órgãos públicos pela sociedade, vez que a informação é um elemento chave das democracias, que se baseiam na participação cidadã como forma de melhorar a governança e a organização social por meio de uma distribuição mais homogênea e equilibrada do poder.

Na era da informação e da tecnologia, assuntos como o direito à informação e governo aberto são recorrentes nas pautas políticas, jurídicas, tecnológicas, e até econômicas, pois atingem diretamente a liberdade e a igualdade, os pilares das sociedades democráticas contemporâneas.

As TIC, como novos elementos de interação e comunicação, aventam, especialmente a partir da internet, isto é, do ciberespaço, no qual tempo e espaço ganham novas dimensões, novas formas de exercício da cidadania, expandindo a liberdade e a facilidade de acesso à informação e a outros bens e serviços, fatores que levaram autores, como Pierre Lévy, a cunhar esse novo aspecto da democracia de ciberdemocracia¹⁶.

O ciberespaço é, em essência, social e político, pois a interconexão permite a interatividade, a qual propicia a formação de comunidades virtuais unidas em torno de interesses comuns, gerando, assim, a construção compartilhada de conhecimento, de uma inteligência coletiva, através de processos virtuais de colaboração e cooperação¹⁷.

Entre a pessoa e a máquina se estabelece um continuum: reconhecendo-o, o direito também oferece uma nova antropologia, que influencia as categorias jurídicas e altera a sua qualidade. Assim, fica evidente a necessidade de reestruturação do sentido da participação cidadã, impondo-se a retomada de um indispensável ponto de equilíbrio entre o humano e a tecnologia, enfatizada pelo fato de que a Internet se tornou uma ferramenta privilegiada, até porque é quase que universalmente acessível, ainda mais no tocante ao conhecimento disponível em rede.

16 “[...] la expresión democracia se utiliza con gran frecuencia como vocablo caracterizador de Internet. Se dice que promueve la participación; que presenta a la opinión pública: a los ciudadanos, información que antes se encontraba sólo en poder de organismos gubernamentales o partidos políticos; que permite expresar a todos opiniones ante cualquier asunto que presenten en la red Gobiernos, particulares, asociaciones o empresas.” (GALINDO AYUDA, 2012, p. 42).

17 LÉVY, 1999, p. 127.

Um cidadão melhor informado pode melhor optar em relação aos seus objetivos pessoais e também melhor decidir questões de cunho sociopolítico, ao ponto da informação (ou a falta dela) influenciar diretamente na participação política dos cidadãos na escolha do melhor governante¹⁸.

No tocante ao exercício do controle do poder de seus representantes, cabe aos representados fazer uso das ferramentas de transparência, hoje, cada vez mais, disponibilizadas pelo Estado através das TIC, principalmente por meio da internet, onde os indivíduos podem, não apenas monitorar gastos públicos e prestações de contas, como também tomar atitudes mais efetivas quanto ao exercício da democracia, como na possibilidade de discussão eletrônica aberta de projetos de lei (vide contribuição popular para a elaboração da legislação brasileira referente ao acesso à informação; ao marco civil da internet; à proteção dos dados pessoais).

No entanto, alerta Rodegheri,

Para que a promessa do poder visível seja concretizada, com a publicação das decisões e medidas adotadas pelo governo, faz-se necessário que não haja um controle dos governantes sobre os governados, mas ao contrário, uma constante vigilância e controle dos cidadãos sobre o governo. As TIC, nesse aspecto, denotam uma ambiguidade à concretização dessa promessa, porque ao mesmo tempo em que possibilitam a transparência e, conseqüentemente, o controle dos atos praticados pelos representantes, podem contribuir para o aumento da vigilância sobre os cidadãos [...] ¹⁹.

Da mesma forma, porque a informação pode ser manipulada e ser direcionada para determinadas finalidades, significa poder, e o poder sobre a informação altera significativamente as posições sociais daqueles por ela atingidos, permitindo a condução controlada das ordens política, econômica, social.

18 “Cada cidadão deve ter oportunidades iguais e adequadas de descobrir e validar (dentro do prazo permitido pela necessidade de uma decisão) a escolha acerca da questão a ser decidida que melhor sirva aos interesses do cidadão. Esse critério implica, portanto, que procedimentos alternativos para a tomada de decisões devem ser avaliados de acordo com as oportunidades que proporcionam aos cidadãos para a aquisição de uma compreensão dos meios e fins, dos interesses do cidadão e das conseqüências esperadas das políticas para seus próprios interesses e os de outrem. Na medida em que o bem ou os interesses dos cidadãos exigem que se dê atenção ao bem público, ou interesse geral, os cidadãos devem ter a oportunidade de adquirir uma compreensão dessas questões.” (DAHL, 2012, p. 176).

19 RODEGHERI, 2015, p. 35.

Ademais, um cidadão bem informado pode melhor contribuir para os processos governamentais e expressar pontos de vista significativos que podem ajudar a moldar a política governamental. A informação é necessária para que se possa participar plenamente na sociedade, conhecendo os direitos e obrigações, não apenas em relação ao Estado e ao governo, mas também em relação a outros cidadãos.

No entanto, para além disso, os cidadãos também precisam de informações para participar na vida econômica e social, na comunidade e no mercado, e para desfrutar de um bom padrão de vida. Finalmente, a informação detida por autoridades públicas, em grande número de vezes, é de propriedade dos cidadãos, isto é, diz respeito aos seus dados pessoais. Como proprietários da informação, eles devem ter claramente o acesso a ela.

Nesse sentido, é importante ressaltar que, tanto a defesa do direito à informação, quanto a dos dados governamentais abertos, também denominado governo aberto ou eletrônico (E-GOV)²⁰, primam, inicialmente, pela expansão do acesso público à informação detida pelo setor público.

Contudo, ambos os institutos diferem em alguns pontos, mas nada que os impeça de trabalhar em conjunto para o seu objetivo comum. Dada a gigantesca quantidade de dados governamentais que o movimento do E-GOV abriu para uso público, resta claro o seu positivo impacto na disponibilização de informação pública aos indivíduos²¹, desta forma apoiando amplamente os objetivos do direito à informação.

20 “Hace referencia a la provisión por medios electrónicos de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos. Implica que los ciudadanos puedan tramitar por Internet desde sus domicilios o sus propios ordenadores instancias a las Administraciones Públicas sin necesidad de realizar desplazamientos a la sede de las Administraciones de las que se requiera la satisfacción de un derecho concreto. El proceso tiene lugar de la siguiente forma. Una vez identificado fidedignamente el solicitante mediante la utilización de una clave obtenida usando un procedimiento seguro, el ciudadano interesado puede remitir por Internet su solicitud, junto al expediente que la justifica o fundamenta, al ordenador-programa de la Administración, la sede electrónica, cuya sección administrativa competente tiene la obligación de tramitar el expediente reconociendo lo requerido por el solicitante. El sistema tecnológico puede mejorar, por tanto, la calidad democrática de la Administración correspondiente, al incrementar la prontitud de respuesta de los servicios que la integran, potenciando de esta forma la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.” (GALINDO, 2012, p. 41).

21 “La información relativa al contenido de las regulaciones es la misma, sobre formato digital, que la que se hacía pública en papel. La principal diferencia resulta del grado de expansión de la información digital: es mayor que la que tiene la recogida en formato papel. La información sobre las instituciones, sus actividades y servicios, es de diferente entidad: tradicionalmente no era accesible, no existía o a lo sumo encontraba algún eco en los medios de comunicación. En la mayor parte de las ocasiones estaba expresada en el contenido de los propios textos jurídicos o regulaciones. En la actualidad esta información es generada por la propia institución, que puede ofrecer sus servicios a los ciudadanos a través de Internet. Esta información precisa ser expuesta, publicitada y recopilada de forma ordenada y suficientemente clara si se quiere que los ciudadanos puedan acceder a la misma, utilizar los servicios públicos y realizar el control democrático de la misma que compete a los ciudadanos.” (GALINDO, 2012, p. 50).

No entanto, embora o governo aberto promova uma disponibilidade mais ampla sobre os dados do setor público, não necessariamente melhora o acesso à informação. Como é fortemente orientado para a disponibilidade física, técnica e financeira de dados, a abertura dos dados governamentais não oferece muito suporte para outro aspecto importante da acessibilidade da informação: ou seja, a acessibilidade intelectual.

Sem as habilidades e o conhecimento para interpretar a grande quantidade de conjuntos de dados apresentados, ou qualquer contexto circundante aos dados, muitos cidadãos não serão capazes de dar sentido a esses dados e, portanto, não terão acesso completo às informações que daí podem ser extraídas.

A mesma crítica poderia também aplicar-se ao direito de acesso à informação: muitos cidadãos também não têm ciência do seu direito de solicitar informações das autoridades públicas, ainda mais quando se trata de dados disponíveis na rede virtual, podendo alegar, inclusive, que a legislação de acesso beneficia apenas a pequena parte do público que já está equipada com conhecimento suficiente sobre os processos governamentais e formas de participar neles.

Outro entrave está na complexidade da burocracia existente entre as instituições do setor público no compartilhamento de dados entre si – e se isso já é difícil, o que dizer da dificuldade em divulgar os mesmos dados públicos aos cidadãos, de forma acessível (inteligível) à população em geral –, bem como no descompasso entre a legislação existente sobre o assunto – seja na incompatibilidade das leis nos âmbitos nacional, regional e local; seja em relação às divergências entre as normas de uma mesma região sobre assuntos semelhantes; seja pela falta de regras gerais que padronizem técnicas e condutas, dentre outros motivos relevantes – ou então o baixo nível de instrução dos cidadãos na questão dos dados eletrônicos e novas tecnologias em geral, as múltiplas e divergentes análises comparativas dos dados a resultar em informações diversas sobre a mesma questão, os problemas técnicos resultantes das tecnologias que armazenam e interpretam os dados, sem falar nos difíceis dilemas orçamentários em razão do custeio e manutenção desses processos relativos à abertura dos dados públicos e a sua divulgação à população, de forma permanente.

Apesar de estas diferenças permitirem o risco de que o governo aberto pode realmente ter um impacto negativo sobre o direito à informação, nada impede que ambos os institutos criem um debate aberto – essencial,

diga-se – sobre os seus objetivos e possíveis benefícios mútuos, e unam forças para assegurar que tanto um quanto o outro realmente cumpram os seus objetivos de aumentar a transparência.

A cooperação entre eles reuniria a vasta experiência da luta pelo acesso à informação na seara jurídica dos direitos da liberdade de informação, juntamente às habilidades técnicas e aos meios de comunicação e conscientização das pessoas engajadas na luta pela abertura dos dados governamentais.

A fim de garantir que ambos, na verdade, aumentem a transparência e a prestação de contas e responsabilização, e também a inovação e o crescimento econômico, devem unir forças em uma política integrada que preste atenção ao que os cidadãos – ou seja, os usuários finais – necessitam em termos de dados e informações²².

Diante desse cenário e da constatação de que a democracia desenvolveu-se, ao longo da história, através de sucessivas revoluções em termos de organização política e limitação do poder – inicialmente a pólis, em seguida as cidades-Estado, posteriormente o Estado nacional; isto é, da democracia direta, de pequena escala, passou por um aumento gradativo de participação, de forma que hoje a representatividade é um imperativo – pode-se questionar se, com o advento das TIC e de todas as facilidades por elas proporcionadas, inclusive com a interconexão de indivíduos de todos os cantos do planeta, não se estaria perante uma nova e ainda mais radical transformação democrática²³, talvez, para a escala mundial?

Qualquer que seja a forma que venha a tomar, a democracia de nossos sucessores não será e não poderá ser a democracia de nossos antecessores. E nem deveria ser, visto que os limites e possibilidades da democracia no mundo que já podemos entrever certamente serão radicalmente diferentes dos limites e possibilidades anteriores da democracia em qualquer tempo ou lugar. Podemos também afirmar com certeza que no futuro, como no passado, as exigên-

22 “Las posibilidades muestran que aunque la democracia en Internet siempre estará limitada por el funcionamiento inevitablemente “interesado” de la gobernanza de Internet, hay margen para incrementarla, entendida ésta como participación ciudadana en el conocimiento de las actividades públicas propiciando al mismo tiempo la inclusión digital utilizando los recursos que contiene Internet.” (GALINDO, 2012, pp. 54-55).

23 “Será que estamos no meio de um outro aumento radical na escala das tomadas de decisões? E não poderia esta mudança mostrar-se tão importante para a democracia quanto a mudança na escala da cidade-Estado para o Estado nacional?” (DAHL, 2012, p. 508).

cias rigorosas do processo democrático não serão completamente satisfeitas e muitos dos problemas teóricos e práticos do processo democrático explorados aqui não estarão completamente resolvidos²⁴.

De considerações como essa, infere-se que, justamente porque se propõe inicialmente como ideal, a democracia nunca atingirá aquela forma perfeita teorizada; deve-se, então, buscar a sua perfectibilização a partir da vivência humana, recheada de contradições e imperfeições. E é assim que deve ser, pois, a idealização de um projeto, embora sejam raras as exceções em que a sua realização saia exatamente igual ao modelo pensado, objetiva a prática, e esta é tudo, menos ausente de defeitos, aparos e reparos.

Assim, na era da informação, as TIC, surgem como ferramentas de auxílio na realização das potencialidades humanas. Podem servir tanto para o alcance de bons objetivos, quanto para a satisfação de finalidades egoístas ou malignas. Relativamente à limitação do poder, verifica-se que, quando utilizada para promover boas ações, é uma forte aliada do povo no controle da força estatal.

A Primavera Árabe destaca-se como exemplo perfeito do efetivo uso do controle e limitação do poder por meio das TIC, uma vez que a propagação desse movimento, bem como seus efeitos, devem muito ao uso da internet e das mídias sociais. O movimento traz no nome uma referência direta à Primavera de Praga que por sua vez foi um evento histórico de liberalização política da Tchecoslováquia que, à época era dominada pela União Soviética. Assim como a Primavera de Praga, a Primavera Árabe trata exatamente de uma busca de direitos adicionais aos cidadãos e, por consequência, de limitação do poder do Estado.

A Primavera Árabe teve início na Tunísia após o protesto em forma de autoimolação de Mohamed Bouazizi, em dezembro de 2010, que se manifestava diretamente contra as péssimas condições de vida e abusos por parte do Estado. Tal atitude deu início a uma série de protestos por todo o país, os quais, em virtude do uso das redes sociais e da internet, se alastraram por todo o Norte da África e Oriente Médio.

O uso das TIC na divulgação dos protestos, bem como de seus resultados, propiciou a ocorrência de manifestações maiores e melhor organizadas. A eficácia das TIC na organização do movimento torna-se inegável ao

24 DAHL, 2012, p. 544.

analisar o resultado da pressão das manifestações e protestos, propiciando a limitação do poder através da derrubada de três chefes de Estado da região. Nesse sentido:

Observa-se, portanto, uma tendência de superação da lexis através da informação. A Primavera Árabe pode marcar almejada superação do preconceito através da educação – portanto, da informação. Demonstrando que as maiores armas contra a opressão são justamente a informação e a comunicação, tanto na Tunísia quanto no Egito, as revoluções foram iniciadas após a publicação de dados confirmando os temores públicos sobre a corrupção de seus governos ditatoriais, ambas organizadas através da internet. Perceber o poder de reforma da informação foi o que gerou iniciativas como a criação da WikiLeaks, crucial para a Primavera Árabe. Não é surpresa que, ao perceber o grande poder político da internet, organizações tenham se formado para proteger a liberdade de informação na rede, aqui incluído o grupo Hackativista Anonymous, atuando como um grupo militar lógico ao realizar medidas contra manobras de censura Estatal²⁵.

Por fim, mesmo sendo verificada a hipótese do controle da informação disponibilizada ao público por parte do governo, observa-se que a ampla utilização das TIC, em especial a internet, como ferramenta de auxílio direto do controle das atividades públicas nas relações coletivas, supera o problema em tela, inclusive propiciando a solução deste, uma vez que descentraliza o poder sobre a informação, fazendo valer o direito de acesso a mesma, de modo que as novas TIC auxiliam na efetiva limitação do poder em tempos democráticos.

5. Considerações Finais

A teorização do Estado moderno, partindo dos estudos de Hobbes, é a representação mais clara da tentativa de conter a violência humana, institucionalizando-a e legitimando-a através da figura do governo, contra quaisquer outras formas de violências, a partir de então criminosas, ilícitas, revolucionárias.

25 CALEGARI; SERRAGLIO, 2015, p. 15.

Atualmente, não há discordância de que todo Estado é, em algum momento, um instrumento de repressão, mesmo não sendo caracterizado como repressivo, pois o poder político se rege, em última instância, pela força, inclusive aquele dito democrático.

Entretanto, diferentemente do que ocorre nas ditaduras, nos regimes democráticos, as relações de força, isto é, de poder, são transformadas em relações de direito, reguladas por normas gerais pré-estabelecidas e regidas pelo princípio da irretroatividade.

Na adoção da democracia participativa como modelo de organização sociopolítica, a supremacia da lei se baseia na ideia de consenso, de legitimidade, que, todavia, como alerta Bobbio, deve se basear na concordância sobre as “regras do jogo” sem deixar de se defender a importância do dissenso de opiniões como requisito elementar para a saudável perpétua construção da democracia e do direito, isso porque são as diferenças que provocam a síntese e a sua reciclagem no vivido histórico do tempo, o consenso sendo a legitimação da divergência/dissidência. O consenso e o respeito ao direito à divergência de opinião formam o ponto de equilíbrio sobre o qual os valores democráticos se apoiam.

O esclarecimento público é básico para a superação de dilemas culturais. É a cultura da diferença e da tolerância com o dissenso que nos permitem exercer a cidadania propriamente dita. É através do embate respeitoso de opiniões e experiências que operacionalizamos as teorizações políticas, tornando-as medidas eficazes para a superação gradativa das necessidades e das desigualdades.

Com o advento das TIC, com ênfase para a internet, muitos aspectos da vida pessoal perdem seu caráter de intimidade, afetando os direitos da personalidade, e a partir disso, gerando inúmeros e complexos problemas sociojurídicos, como se verifica das recentes polêmicas advindas dos comentários em redes sociais de caráter racista ou da publicação e permanência de documentos sobre a vida passada de indivíduos em ferramentas de busca como o Google.

Ademais, essas novas ferramentas potencializam a capacidade de vigilância dos indivíduos pelo Estado, principalmente no tocante ao compartilhamento dos dados pessoais dos usuários entre agências e instituições. Tais situações põem em discussão o embate entre a liberdade de expressão, a privacidade, a igualdade, a dignidade, dentre outros direitos e princípios fundamentais a serem preservados também na realidade do

ciberespaço, mas à qual o Direito ainda não se vê forte e seguramente amparado para lidar.

Apesar disso, em razão da realidade do ciberespaço, pode-se argumentar que a informação já não é mais monopolizada pelas mídias tradicionais e indivíduos em posições de destaque, mas está dispersa em rede, e o conhecimento e a textura social são construídos por meio da cooperação dos usuários, também pessoas comuns que se utilizam da rede. Verifica-se, então, que o poder hegemônico passa a ser restringido, limitado por um poder contra-hegemônico, fundado na soberania popular, nos movimentos sociais virtuais propiciados pelas novas mídias interativas.

O direito à informação, justamente porque toca nos valores pilares da democracia – a liberdade e a igualdade –, é indispensável para a sua sustentação, ainda mais quando se trata de um direito que exige a contraprestação de transparência e responsabilização dos poderes públicos como um dever fundamental a embasar a segurança jurídica. O acesso à informação governamental é um componente-chave de qualquer atividade pública que demande transparência, as quais, hoje, são praticamente todas.

Para que o cidadão possa assegurar que os organismos públicos permaneçam dentro dos limites da lei e dentro dos limites das suas competências, ele precisa saber sobre esses limites e sobre as ações dos órgãos públicos. O acesso à informação pública é uma salvaguarda contra a arbitrariedade, a ineficiência e a corrupção, e é importante para a construção de uma relação de confiança entre o governo e os cidadãos.

A internet, nesse sentido, ao expandir as possibilidades de esclarecimento humano, em consonância com o direito fundamental à informação, requisito básico para o exercício democrático, possibilita uma participação cívica mais consciente, crítica e responsável, vez que, a partir disso, o cidadão pode melhor decidir na ocasião da votação para cargos do legislativo e executivo, assim como vigiar os atos dos poderes públicos e influenciar a tomada de decisões relativamente a questões importantes da vivência em sociedade.

Mais que isso, não só a internet fortalece indiretamente a cidadania, mas também revigora uma participação mais direta das pessoas no trato da coisa pública. É dizer, também a ciberdemocracia é possível, situação claramente constatada no Brasil na oportunização pelo governo da discussão pública e virtual, com a contribuição dos cidadãos, estes os maiores interessados, dos projetos de lei sobre temas como o acesso à informação, o marco civil da internet, e a proteção de dados pessoais.

Outros exemplos brasileiros podem ser citados, como é o caso da abertura dos dados governamentais, especialmente nos portais virtuais de transparência do governo, através do qual os cidadãos conseguem saber sobre os projetos sociais, a agenda política, o valor investido e quais os investimentos de cada órgão público.

Enfim, todos esses são importantes exemplos de como a internet se traduz num efetivo trunfo dos cidadãos para controlar o poder estatal, capaz de pressionar as instituições e agentes públicos para realizar o que a coletividade quer que seja feito, ou pelo menos, se abster de fazer aquilo que o povo menos quer que eles façam. O evento da Primavera Árabe confirma isso: a mobilização social, no exercício da cidadania, intensificada pela interatividade e inteligência coletiva da rede, instaura revoluções, derruba governos e estabiliza regimes políticos, provando que a força e a soberania do povo podem ser maiores do que a violência opressiva e repressiva do Estado, seja ela autoritário ou democrático.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *Estado, Governo e Sociedade*. Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- _____. *O Futuro da Democracia*. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- _____; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. v.1. Tradução: Carmen C., Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- CALEGARI, Cassiano; SERRAGLIO, Priscila Zilli. *Terrorcracia e hacktivismo: o que a guerra ao terror e a primavera árabe nos ensinaram sobre democracia*. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/>>. Acesso em: 12 jun. 2015.
- CELLA, J.R.G. *Governo dos homens ou governo das leis?* Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_93.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

- GALINDO AYUDA, Fernando. Democracia, internet y gobernanza: una concreción. In: *Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 65, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S2177-70552012000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 jun. 2015.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Traduzido por Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- _____. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Porto Alegre: L&PM, 2007.
- MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.
- PIRES, C. A soberania possível no artifício estatal de Thomas Hobbes. In: *Perspectiva Filosófica*. Recife: Ed. Universitária, 2006.
- RODEGHERI, Letícia Bodanese. *Da democracia à ciberdemocracia: condições de (in)efetividade da participação popular na construção colaborativa do marco civil da internet*. Dissertação de Mestrado, Santa Maria: UFSM, 2015. 245 p.
- The Journal of Community Informatics. Special Issue: *Community informatics and open government data*, v. 8, n. 2, 2008, ISSN: 1712-4441. Disponível em: <<http://cijournal.net/index.php/ciej/issue/view/41>>. Acesso em: 23 abr. 2015.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEBER, Max. *Ciência e Política*. Duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1985.
- _____. *Economia e Sociedade*. v.1. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

Recebido em 29 de junho de 2015

Aprovado em 23 de novembro de 2016

Raciocínio Moral (*Moral Reasoning*) e Raciocínio Jurídico (*Legal Reasoning*) no Exercício da Jurisdição Constitucional

Moral Reasoning and Legal Reasoning in the Exercise of Constitutional Jurisdiction

Rafael de Oliveira Costa*

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG, Brasil

Bruno Starke Buzetti**

Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro – RJ, Brasil

Lanaira da Silva***

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo – RS, Brasil

1. Introdução

O presente estudo pretende analisar a relação existente entre o raciocínio moral e o raciocínio jurídico nos processos de tomada de decisão, objetivando solucionar o embate entre validade e legitimidade no exercício da jurisdição constitucional. Para tanto, assume-se como premissa o fato de

* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG/Universidade de Wisconsin (EUA). Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

** Assistente Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduado em Direito, pela UNESP, e Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal, pela Universidade Gama Filho. E-mail: brunodireitounesp@yahoo.com.br.

*** Mestranda em Direito Público pela UNISINOS, inserida na Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Bolsista de Mestrado financiada pela CAPES/PROEX. Membro do Grupo de Pesquisa “DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos”. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Advogada. E-mail: laanaira@yahoo.com

que o Direito deve ser racional. As decisões jurídicas precisam ser dotadas de uma pretensão de correção, integridade e coerência, permitindo ao aplicador do Direito sustentar a sua opção não apenas na própria autoridade (o que lhe confere certo grau de legitimidade formal), mas na adoção de procedimento adequado (o que também contribui para sua legitimação formal), na racionalidade da argumentação (legitimação formal) e no conteúdo da norma a ser aplicada (legitimação material).

A utilização de métodos, em primeiro lugar, não é suficiente para garantir racionalidade e legitimidade ao Direito¹. Isso porque a legitimidade da decisão não decorre apenas da autoridade que a prolatou, mas também de uma justificação racional e adequada dos juízos realizados pelo intérprete. Dito de outro modo, as razões que justificam a decisão devem ser publicamente fundamentadas em discursos racionais, não bastando o argumento de que “assim decido porque ocupo o cargo que detém a prerrogativa de decidir”².

Ademais, a decisão só será legítima se, além de proferida por aquele investido da atribuição de julgar, considerar as decisões anteriores, ou seja, se estiver fundamentada “nas decisões políticas do passado”³. Há uma conexão incindível entre justificação e universalização da decisão. A integridade apresenta-se como a necessidade de que o Estado atue de modo coerente perante os cidadãos, estendendo a todos os mesmos “padrões fundamentais de justiça”⁴. Assim, cada juiz deve analisar, na pureza da consciência fenomenológica, sua própria interpretação, perguntando-se se a decisão poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse todas as decisões judiciais proferidas em um dado Estado, em um dado país, ou até mesmo todas as decisões judiciais prolatadas no contexto global, consolidando uma verdadeira espiral hermenêutico-decisional e evitando que o provimento jurisdicional seja sinônimo da “subjetividade avassaladora do intérprete”⁵. Em outras palavras, é preciso testar a validade da norma

1 GADAMER, 2002.

2 “Studying legal reasoning shows us that ‘the law’ does not substitute for politics, it is politics. Unless the parties agree that ‘the law’ automatically resolves a case, the judge will make and defend choices. That is, the judge uses his or her political power to change people’s lives.” (CARTER, 2007, p. 21).

3 DWORKIN, 1999.

4 MOTTA, 2010.

5 MOTTA, 2010, pp. 143-160.

geral do caso concreto⁶ em relação aos casos semelhantes (*universalização da argumentação*), legitimando a decisão pela sua forma e pelo seu próprio conteúdo⁷.

Nesse contexto, não mais prevalece a “tese da neutralidade”⁸ compartilhada por inúmeros positivistas, de que a validade das normas jurídicas podia ser definida independentemente de seu conteúdo. A decisão não será legítima pelo simples fato de o julgador competente sustentar que dada norma deve incidir em dado caso concreto. Isso porque o intérprete não pode escolher “livremente” o sentido que lhe parece adequado. Ao contrário, deverá indicar as razões pelas quais optou por um (e não por outro) dos sentidos passíveis de serem depreendidos do enunciado normativo, universalizando o decidido para todos os casos similares e legitimando a decisão em razão da competência que lhe foi atribuída, pelo procedimento adotado e pelo seu próprio conteúdo⁹.

Em síntese, a decisão, para ser legítima, não pode decorrer de uma escolha arbitrária do julgador. Os sentidos das proposições normativas não podem ser produto da vontade daquele que, embora competente, aplica a norma de forma desvinculada da intersubjetividade e dos precedentes. A decisão judicial para um dado caso deve ser “universalizável” (norma geral da decisão) e legítima (pela sua forma e conteúdo), afastando a subjetividade daquele que decide¹⁰.

Evidencia-se, assim, a importância metodológica de se buscar uma teoria não meramente descritiva dos processos de tomada de decisão, mas analítico-hermenêutico-argumentativa, no sentido de ser capaz de fixar parâmetros para o julgador avaliar a correção do raciocínio adotado na solução de um dado caso concreto. É o que passaremos a analisar nos próximos tópicos deste trabalho.

6 MÜLLER, 2000.

7 MOTTA, 2010, pp. 143-160.

8 HOERSTER, 2000.

9 MOTTA, 2010; DWORKIN, 2002, 1999.

10 MOTTA, 2010.

2. Breve Introdução à (Onto)Gnosiologia do Raciocínio Jurídico

O raciocínio jurídico assumiu formas diversas segundo os momentos históricos pelos quais passou o Direito¹¹. Antes do advento do Código Civil de Napoleão, predominava a ideia de que a função jurisdicional seria uma “projeção das ciências exatas”. Ao juiz não cabia, no momento da sentença, nenhuma função de criação, mas tão só de “aplicação” das leis¹². A teoria da decisão judicial como silogismo acabou incorporada pela Ciência do Direito: a premissa maior seria a lei aplicável; a premissa menor a constatação dos fatos; e, a conclusão, seria a própria decisão. Nesse contexto, Laurent chegou a afirmar que:

Os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o Direito: o Direito está feito. Não existe incerteza, uma vez que o Direito está escrito em textos autênticos. Mas para que os Códigos realizem essa tarefa, é preciso que os autores e os juízes aceitem sua nova posição em vista do Código [...] Diria que devem resignar-se a ela¹³.

Ainda hoje, juristas como MacCormick¹⁴ e Atienza¹⁵ sustentam que o raciocínio judicial segue o modelo lógico-dedutivo, salvo para a solução de casos complexos.

Em *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacComick apresenta uma teoria do raciocínio jurídico (*legal reasoning*) descritiva e normativa, compatível com o positivismo jurídico de Hart¹⁶. O método utilizado parte da reconstrução racional de casos concretos, uma vez que a análise das decisões

11 No que concerne à classificação clássica das formas de raciocínio científico no Direito, sustentam Gustin e Dias (2006, pp. 72-77) que podemos dividi-las basicamente em quatro categorias: (1) indutivo; (2) dedutivo; (3) hipotético-dedutivo – desenvolvido principalmente na obra de Karl Popper, leva em consideração a existência de expectativas prévias, o que nos remete ao problema de conflitos com teorias já existentes. Para tanto, busca solucionar os conflitos entre as teorias através de testes da falseabilidade; e (4) dialético. Não bastasse isso, conferir ainda o inovador método genético-estrutural-imputacional proposto por Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo (2001).

12 LACERDA, 2006.

13 Laurent apud SICHES, 1986, p. 199.

14 1978.

15 2002.

16 “My own view of jurisprudence is within the same school as Hart’s and derives in the greatest measure, though by no means solely, from reflection on his work. (...) Hence, the present work, though critical, aims at friendly and constructive criticism” (MACCORMICK, 1981, p. 7).

judiciais indica o foco de sua teoria sobre o raciocínio jurídico: o estudo do processo de justificação judicial¹⁷. MacCormick sustenta que a lógica pode ser aplicada ao Direito por meio do modelo dedutivo – mais especificamente, pela via do “silogismo hipotético misto” – como modelo de justificação judicial. O raciocínio jurídico assume caráter lógico-dedutivo, pois a decisão judicial adequada é aquela que subsume as variáveis do caso concreto à norma jurídica, derivando como conclusão a consequência normativa prevista na norma¹⁸. O jurista escocês sustenta, ainda, que o juiz contribui para a concretização da segurança jurídica e para a previsibilidade das decisões judiciais ao estruturar a decisão dedutivamente, porque utiliza regras jurídicas predeterminadas como razões para decidir (premissa maior do raciocínio), e o uso dessas espécies normativas na fundamentação judicial viabiliza uma antecipação razoável das consequências jurídicas por parte dos jurisdicionados¹⁹. Segundo Lacerda:

Embora variadas as posições doutrinárias, pode-se compreendê-las caso se pense que os juristas, não obstante recusarem validade à concepção que vê o raciocínio judicial puramente como silogismos e o juiz como mero realizador desse raciocínio, continuam a dar algum crédito à dedução no processo de concretização jurídico, embora sobre pontos de vista diferentes: ou concebem que a dedução tem lugar no raciocínio do juiz sempre, embora em alguns casos mais difíceis ela tem seus limites, ou crêem que, embora não desempenhe nenhum papel fundamental no raciocínio jurídico propriamente, a dedução tem importância quando o juiz constrói argumentativamente seu raciocínio, sua conclusão, através da redação da sentença. Assim, embora não tenha utilidade enquanto instrumento de raciocínio, a dedução possui papel importante na fundamentação ou justificação das decisões judiciais²⁰.

As críticas ao modelo silogístico de raciocínio jurídico foram muitas, perpassando pela doutrina de François Gény, pelo Movimento do Direito Livre (Kantorowicz e Erlich), pelo realismo de Jerome Frank, pela perspec-

17 MACCORMICK, 1978, p. 12.

18 MACCORMICK, 1978; LACERDA, 2006.

19 MACCORMICK, 1978, pp. 223-260.

20 LACERDA, 2006.

tiva de Cardozo e Holmes e, posteriormente, pela doutrina de Perelman²¹. Não obstante existirem defensores da decisão judicial como silogismo, a maior parte da doutrina faz alusão ao papel criativo do juiz no processo de aplicação do Direito. A tarefa do magistrado é, nesse diapasão, encontrar as peculiaridades do caso particular e situá-lo em face da ordem geral. “A sentença deve ser compreendida como uma experiência axiológica concreta, e não apenas como um ato lógico redutível a um silogismo”²².

Nesse contexto, Kaufmann advoga a natureza analógica do raciocínio jurídico²³. A analogia, segundo o jusfilósofo, não possui apenas o papel de recurso supletivo de lacunas, mas está presente em todo processo de concretização das normas. Isso porque o texto normativo não é o Direito plenamente realizado, mas uma potência, um critério de julgamento emanado do legislador, que se tornará jurídico no momento em que existir um fato a ser regulado e que tenha, assim, sua concretização a partir da situação fática, consolidando a “norma de decisão”. O jurista romeno distingue três etapas no processo de realização do Direito: a primeira abrange os princípios jurídicos gerais-abstratos (ideia jurídica); a segunda, as leis positivo-formais, válidas em um determinado período (norma jurídica); e, por fim, o Direito concreto, material e histórico (decisão jurídica)²⁴. A sequência lógica, seria, portanto, a seguinte: ideia jurídica – norma jurídica – decisão jurídica²⁵.

A partir dessas premissas, sustenta Kaufmann que o raciocínio jurídico não é lógico-dedutivo. Ao contrário, trata-se de uma forma de pensar analógica: só há Direito quando o julgador, no ato da decisão, verifica as semelhanças existentes entre a prescrição abstrata e geral, de um lado, e o fato concreto, de outro, colocando em correspondência a norma e o fato²⁶.

21 LACERDA, 2006.

22 REALE, 2001.

23 KAUFMANN, 1976.

24 KAUFMANN, 1976, p. 79.

25 KAUFMANN, 1976, p. 80.

26 Instituto originário do Direito Norte-americano, o *distinguishing* no Brasil é adotado principalmente pelos constitucionalistas para se referir à diferenciação entre os fatos do caso *sub judice* dos fatos do precedente com o qual existe uma similaridade aparente. A partir de uma diferenciação bem-sucedida de um caso, a decisão ou a *causa decidendi* do precedente não será aplicada ao caso submetido a julgamento.

Ordem – também ordem jurídica – existe só sobre o fundamento da analogia do ser, que é um ponto médio entre identidade e contradição, entre igualdade e diferença²⁷.

Assim, toda investigação jurídica apresenta não o que se convencionou chamar de “subsunção dos fatos à norma”, em um silogismo perfeito, mas sim uma estrutura analógica. A aplicação do Direito não deriva da lógica-dedutiva pura, mas, ao contrário, da analogia:

Porque quando se diz que a interpretação chega até “o sentido possível das palavras”, se está desde já no centro da analogia, porque “o sentido possível das palavras” não pode ser unívoco ou equívoco, senão somente análogo²⁸.

A estrutura analógica do raciocínio jurídico não é, em última análise, uma aplicação atemporal da lei, mas uma tentativa histórica de solucionar o conflito com justiça, segundo os meios e procedimentos disponíveis. Por isso, conclui Kaufmann que:

O Direito vive e cresce somente devido a esta analogicidade, decorrente desta “polaridade” entre a situação de vida e o pressuposto normativo. Por isto, o Direito tem ontologicamente a estrutura da historicidade²⁹.

Gadamer, seguindo a Fenomenologia Hermenêutica Heideggeriana³⁰, ressalta o caráter histórico-hermenêutico do raciocínio jurídico. Ao expor os traços fundamentais da sua hermenêutica filosófica, parte do conceito de compreensão. O homem compreende e “todo compreender acaba sendo um compreender-se”³¹. O ser humano, como ser-no-mundo que desde

27 KAUFMANN, 1976, pp. 72-73.

28 No original: “Porque cuando se dice que la interpretación llega hasta el “sentido posible de la palabra”, se está desde ya en el centro de la analogía, porque este “sentido posible de la palabra” no puede ser unívoco ni equívoco, sino solamente análogo.” (KAUFMANN, 1976, p. 40).

29 No original: “El derecho vive e crece solo a causa de esta analogicidad, de esta “polaridad” entre la situación de la vida y el presupuesto normativo. Por ello, el derecho tiene ontológicamente la estructura de la historicidad.” (KAUFMANN, 1976, p. 88).

30 Para Habermas (1998, p. 59), “Heidegger vai colocar de novo o discurso da modernidade numa corrente de pensadores genuinamente filosófica – e, sem dúvida, é também isto que sinaliza o título de ‘Ser e Tempo’”.

31 GADAMER, 2002, p. 394.

já compreende a si mesmo, só se compreende efetivamente porque já antecipou sempre uma compreensão do ser³².

Antes a hermenêutica era o compreender de textos, compreender determinados universos culturais, era, no fundo, um interpretar que tratava de objetos. Agora o compreender é um compreender que se constitui como totalidade, porque é um compreender do mundo, mas não do mundo como um continente de conteúdos, mas de um mundo que a própria transcendência. Este mundo ao mesmo tempo somos nós e projetamos sobre tudo que deve se dar³³.

Partindo dessas premissas, o raciocínio jurídico assume natureza diversa da lógica dedutiva e da analogia, estando sujeito a características próprias. Vê-se em *Verdade e Método* que “O ser que pode ser compreendido é linguagem”³⁴, ou seja, a linguagem é o lugar de desvelamento do ser e, portanto, a abertura de horizontes para a compreensão e realização de qualquer raciocínio jurídico. Se em Heidegger a linguagem é a morada do ser³⁵, em Gadamer o raciocínio jurídico dá-se nessa relação do ser com o mundo e, “tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete tem um sentido do todo”³⁶. Assim, o sentido³⁷ manifesta-se para o intérprete porque comparece diante do texto com predisposição para compreendê-lo, surgindo “um projeto prévio”. Essa “opinião prévia”, contudo, deve ser emitida com cautela, a fim de que não se caracterize como arbitrária³⁸. Posteriormente, com a evolução da espiral hermenêutica, o raciocínio jurídico se desenvolve para novas concepções, que não excluem a análise

32 STEIN, 2004.

33 STEIN, 2004, p. 61.

34 GADAMER, 2002, p. 687.

35 HEIDEGGER, 2003, p. 127.

36 GADAMER, 2002, p. 492.

37 Daí a importância da Filosofia no Direito, já que “a palavra sentido toma aqui um significado preciso: condição de possibilidade, abertura que sustenta todo o contato com o real. Sentido pode identificar-se com transcendência. Ele será o âmbito, criticamente instaurado, em que qualquer dado real atinge a consciência. O filósofo descobre que, implicitamente, o sentido já é sempre um fato no homem, enquanto compreende a totalidade: o ser. O trabalho crítico-reflexivo consiste na elaboração explícita daquilo que o homem traz em si mesmo enquanto homem. O sentido é a própria capacidade de transcendência do homem. É a força negativa que permite ao homem tomar distância do real, experimentar a separação e produzir um corte que confirma em sua condição única e privilegiada diante do universo.” (STEIN, 2005, p. 24).

38 GADAMER, 2002.

em relação à parte e ao todo, ao local e ao global³⁹. Por este motivo, pensar o Direito é pensar sempre globalmente: para que o raciocínio jurídico seja legítimo, deve levar em consideração todos os precedentes existentes, confrontando o caso que se apresenta com uma fundamentação justificada de afastamento da tradição. Em síntese, a compreensão do Direito só se dá quando se compreende a pergunta para qual a resposta se encontra na proposição normativa. O raciocínio jurídico decorre do jogo de perguntas e respostas do intérprete com o texto e possui natureza infinita, porque infinita a própria tarefa de compreensão humana⁴⁰.

A relação entre realidade e direito não pode ser compreendida suficientemente nem em sua universalidade jurídica-filosófica, nem se baseando exclusivamente nos detalhes da metodologia prática para o tratamento de cada caso. Ao contrário, é preciso unir hermeneuticamente ambos os pontos de vista. “Hermenêutica” não se entende aqui como problemática geral de interpretação, senão como um conceito técnico no sentido de um exame das condições essenciais a partir das quais se realiza a interpretação jurídica; como teoria dos requisitos da metodologia e dogmática jurídicas, tendo sempre presente o papel que desempenha a realidade normatizada em relação ao conteúdo de validade que há na norma jurídica; como teoria dos requisitos da metodologia e dogmática jurídicas, tendo sempre presente o papel de validade que há na norma jurídica⁴¹.

Assumindo, com Wintgens⁴², que todo raciocínio jurídico parte de um “ponto de vista hermenêutico”, a forma de se pensar o Direito assume um papel relevantíssimo não só no exercício da função jurisdicional, mas também no exercício da função legislativa, uma vez que permite o diálogo *legislação-racionalidade-aplicação da norma* e a consolidação do fenômeno jurídico como *uno e indivisível*.

Desse modo, para que uma decisão seja legítima no contexto do Estado Democrático de Direito, não basta que o juiz esteja convencido: ele deve demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do julgador pelos jurisdicionados, visto que a sentença deve ser

39 GADAMER, 2002.

40 GADAMER, 2002, p. 460.

41 MÜLLER, 2008, p. 18.

42 2000.

o resultado de um raciocínio jurídico capaz de ser demonstrado racional e justificadamente⁴³. Ainda que exista margem de indeterminação em todo processo hermenêutico, ela faz parte da própria natureza do fenômeno jurídico. O que, ao contrário, se deseja rechaçar é a imprevisibilidade das decisões judiciais, que acaba levando à insegurança jurídica em seu aspecto subjetivo, em decorrência, especialmente, da ausência de parâmetros para o exercício do raciocínio jurídico⁴⁴.

Devidamente assentadas essas premissas, passemos à análise do impacto do raciocínio moral no Direito.

3. O Impacto do Raciocínio Moral no Direito

O Direito Natural confere, em apertada síntese, obrigatoriedade ao Direito ao vinculá-lo a valores morais⁴⁵, como a justiça, a ordem e o bem comum. Trata-se de uma “lei maior”, que pode ser alcançada por meio da razão e que confere força imperativa à lei positiva, na medida em que esta última estiver em sintonia com a primeira. Portanto, a teoria do Direito Natural sustenta, de forma simplista (i) a existência de uma conexão conceitual entre Direito e Moral e (ii) que os valores ético-morais e as regras existem independentemente da sua positivação pelo Direito. A autoridade moral do Direito faz parte do próprio conceito de Direito e a tese de que uma lei injusta não pode ser juridicamente válida, ou seja, não pode ser Direito (*lex injusta non est lex*), corrobora a premissa da relação intrínseca entre Direito e Moral.

De outro modo, o positivismo e o normativismo pretendem sedimentar teoria geral e descritiva do Direito, especialmente na visão de John Austin⁴⁶, Hans Kelsen⁴⁷, Herbert Hart⁴⁸ e Joseph Raz⁴⁹. Não se trata, ao con-

43 MARINONI, 2005, pp. 55-56.

44 COSTA, 2014.

45 Neste sentido, “[...] a Moral e a modificação dos valores a ela atribuídos envolve certamente um caráter histórico, ou seja, a Moral se constitui como produto de circunstâncias específicas que dependem de uma série de fatores sociais e seria, exatamente neste sentido, a possibilidade de ser verificar a mudança nas atribuições de sentidos morais aos fatos sociais.” (ABBOUD; CARNIO; TOMAZ DE OLIVEIRA, 2013, p. 128).

46 1954.

47 1996.

48 1961.

49 1979.

trário do que podem pensar alguns, de teorias que pretendem “ensinar” ao magistrado o conteúdo da decisão, mas de “meta-teorias”, verdadeiras “teorias sobre teorias do Direito”, que pretendem estabelecer requisitos para qualquer análise adequada do ordenamento jurídico⁵⁰. Em outras palavras, os positivistas e os normativistas buscam excluir do Direito questões sobre valores morais, analisando o ordenamento sob “a égide meramente formal”⁵¹. Em suma, acreditam “*que todas as verdades de seu universo encontram-se nas normas, não sendo necessário sair delas para realizar as práticas sociais de justiça*”⁵².

Luhmann⁵³, sob a égide do funcionalismo, sustenta que o sistema do Direito é o conjunto de todas as comunicações produzidas na sociedade que se referam ao Direito. O autor faz uso da “regra de atribuição”, que permite indicar se uma comunicação possui, ou não, referência ao Direito. Essa comunicação se dá por meio de um código binário que, no sistema do Direito, é baseado na oposição lícito/ilícito⁵⁴. O código, então, garante a autonomia do sistema do Direito, a sua diferença em relação ao seu ambiente, o seu fechamento operacional⁵⁵. No âmbito do raciocínio jurídico, não se encontram abrangidos atos de desobediência civil e a objeção de consciência, a menos que exista uma norma legal – como normalmente há – que autoriza o magistrado a considerar fundamentos morais nos processos de tomada de decisão.

De outro modo, parcela da doutrina explica a normatividade do Direito como “*um tipo especial de obrigação moral*”⁵⁶. Esta concepção esclarece de “forma simples” a razão pela qual devemos obedecer a lei. Assim, uma pessoa que é legalmente obrigada a fazer-X, encontra-se obrigada moralmente a fazer-X – e isso explica o que significa ter a obrigação de obedecer à lei.

50 AUSTIN, 1954.

51 “Nessa instância cotidiana, no dia a dia das práticas científicas muitos seguem aferrados às formas da razão abstrata, ainda sem apercebe-se deste apego: a incidência invisível, silente de modelos lógico/ideais, afastados das evidências dadas pela realidade, idealizações sustentadas no desejo de realizar a pureza abstrata dos referidos modelos.” (WARAT, 2010, p. 26).

52 WARAT, 2010, p. 4.

53 1990.

54 LUHMANN, 1994, p. 72.

55 LUHMANN, 1998.

56 DWORKIN, 2002, 1999; FULLER, 1958.

Independentemente da concepção adotada, o Direito deve ser compreendido, para os fins deste trabalho, como fenômeno hermenêutico-argumentativo, pois a concretização da norma jurídica depende sempre de uma atividade interpretativa, que reflete a um só tempo a compreensão e a construção do sentido do enunciado normativo. A subjetividade não cria o próprio objeto do conhecimento: a conquista heideggeriana – a filosofia é hermenêutica – e a gadameriana – a hermenêutica é filosofia – deixam claro que nenhum método irá afastar a influência da subjetividade e que a decisão, quando não decorre da intersubjetividade, é ilegítima⁵⁷. Em outras palavras, a hermenêutica filosófica não admite uma interpretação arbitrária, pois:

[...] a continuidade da tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área da compreensão legítima⁵⁸.

Devidamente assentadas essas premissas, surge o questionamento: essa ordem normativa institucionalizada perde, em algum momento, a sua validade? É o que procuraremos responder a seguir.

4. Estabelecendo Limites: Raciocínio Jurídico e a Tese da Extrema Injustiça

Conforme ressaltamos, o positivismo admite qualquer conteúdo como Direito válido, uma vez que prevalece a “tese da neutralidade”. Existe, contudo, algum limite para a eficácia da norma?

A superação da tese positivista de que Direito e Moral seriam esferas estanques, de modo que qualquer conteúdo pode ser considerado como Direito – como ocorreu, por exemplo, durante o nazismo ou no período ditatorial brasileiro –, encontra-se amparada no reconhecimento de que toda aplicação de norma jurídica gera implicitamente uma “pretensão de correção”⁵⁹. A “pretensão de correção” reflete a busca pelo “ideal de Direito”, funcionando a moralidade como norma jurídica implícita em toda

57 STRECK, 2003, p. 212.

58 STRECK, 2003, p. 212.

59 ALEXY, 2005.

ordem constitucional⁶⁰. Constrói-se, desse modo, uma norma pressuposta que estabelece um dever de aplicar corretamente o Direito com base na moralidade⁶¹.

[...] a pretensão de correção transforma um defeito moral em defeito jurídico. E isso de maneira alguma é trivial. É a conversão do positivismo para não-positivismo. A pretensão de correção do Direito não é, de forma alguma idêntica à pretensão de correção moral, mas ela inclui uma pretensão de correção moral⁶².

Contudo, embora a “pretensão de correção” tenha a função de caracterizar a moralidade como norma pressuposta do ordenamento, não permite, em si mesma, estabelecer um limite ao conteúdo do Direito. Esse limite existe? Sim. A tese da “extrema injustiça” é caracterizada pela insustentabilidade de normas que acabam perdendo a sua eficácia, não mais sendo respeitadas pela sociedade.

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do seu conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como “direito incorreto”, deva ceder lugar à justiça⁶³.

Depreende-se que todo Direito positivo é válido, independentemente de ser considerado justo ou não pela sociedade. Assim, mesmo um Direito “injusto” ainda é Direito: o conceito de justiça é relativizado pela segurança jurídica. Porém, o mesmo não acontece quando sobrevém hipótese de “injustiça extrema”. Nesse caso, a injustiça é tamanha que a sociedade deixa de aplicar o Direito, colapsando o ordenamento jurídico em razão da perda de sua eficácia. Para tanto, incumbe à justiça, e não mais à segurança jurídica, assegurar a perpetuação da sociedade. Em síntese, o “Direito

60 ALEXY, 2000.

61 ALEXY, 2000.

62 ALEXY, 2000, p. 146.

63 ALEXY, 2009, p. 34.

extremamente injusto não é Direito”⁶⁴. A tese da extrema injustiça deve ser concebida como um limite material ao Direito, que veda a edição de normas sobre as quais, embora aprovadas por meio democráticos, venham a ser manifestamente injustas.

Assim, a moral se vale do Direito para ganhar “um nível superior de aplicabilidade” e o Direito se utiliza da moral para nutrir sua legitimidade, razão pela qual a complementariedade entre os dois sistemas se torna evidente. Não se trata de uma relação de absorção. Absorvendo a moral, o Direito acabaria por destruí-la. Se a moral fosse plenamente positivada pelo Direito, perderia a sua dimensão peculiar, colocando o Judiciário como detentor da última palavra não apenas sobre o que é o Direito, mas também daquilo que é ou não ético, tornando-se verdadeiro *superego da sociedade*. O Direito, nesse caso, não encontraria limites externos para sua atuação. E, como se verá no decorrer deste trabalho, é exatamente a atuação do Judiciário brasileiro fora dos limites traçados para sua atuação que se procura repelir, realizando-se uma análise diferenciadora dos raciocínios moral e jurídico⁶⁵.

Portanto, o operador do Direito deve perceber que o fundamento moral engrandece o Direito, servindo como limite para sua atuação. Assim como o Direito não subsistiria sem um fundamento moral, na hipótese de sua “juridicização”, o Judiciário acabaria por ditar os valores a serem seguidos pela sociedade, o que, embora venha ocorrendo no cenário brasileiro, não pode prevalecer⁶⁶.

No Brasil, sob o argumento de se manter a ordem e a credibilidade na Justiça, o Supremo Tribunal Federal tem se imiscuído paulatinamente no âmbito tradicionalmente demarcado para a moral. Para evitar o colapso dessas diferentes esferas e das instituições nacionais, o Direito deve ser vislumbrado como fenômeno hermenêutico-argumentativo (Heidegger, Gadamer, Perelmann e MacCormick) não manifestamente injusto (Radbruch, Alexy e MacCormick), que busca sua legitimação pelo procedimento (Habermas) e pelo conteúdo (Dworkin), tendo como objetivo colocar um fim ao litígio. Em tempos de neopositivismo, o Direito passa a ter na moral um limite (pois não pode produzir normas “extremamente injustas”) e um ideal (buscando

64 ALEXY, 1999, p. 16.

65 MAUS, 2002.

66 COMPARATO, 2008; MAUS, 2002.

tornar-se “cada vez mais moralmente correto”), reclamando uma nova forma de raciocinar (juridicamente e, não, moralmente).

Em suma, torna-se necessário construir uma teoria analítico-hermenêutica-argumentativa do raciocínio jurídico, capaz de elaborar diretrizes para a interpretação e o emprego da argumentação jurídica, que venha a garantir racionalidade aos discursos de justificação e legitimidade o Direito pela forma e pelo conteúdo. Trata-se, claramente, de tarefa hercúlea. No intuito de evitar o superficialismo, procuraremos, no próximo tópico deste trabalho, analisar a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal – enquanto pressuposto teórico para o tratamento científico da temática –, abordando, em seguida, propriamente a temática dos raciocínios moral e jurídico.

5. Raciocínio Moral (*Moral Reasoning*) e Raciocínio Jurídico (*Legal Reasoning*) nos Processos de Tomada de Decisão do Supremo Tribunal Federal

Hodiernamente, o Poder Judiciário vem exercendo novas atribuições e competências que até então não lhe eram afeitas, aumentando progressivamente seu espaço de atuação.

[E]stamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpri-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY⁶⁷.

Trata-se, em verdade, de fenômeno em que procura substituir funcionalmente a figura de “pai” que o Executivo até então desempenhara⁶⁸. O

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Trecho do voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa. *DJ de 14-10-2011*.

68 MAUS, 2002, pp. 186-187.

Judiciário vem se tornando o último reduto político-moral da sociedade, verdadeiro “superego da sociedade órfã”⁶⁹ no contexto da expansão do papel dos atores judiciais. Em outras palavras, essa figura do “pai” representa o papel do “superego” de uma “sociedade órfã”, carente de um órgão central que fixe os “valores socialmente adequados” para um dado contexto de época⁷⁰. Assim, se por um lado percebe-se a necessidade de concretização da Constituição, a ampliação do papel exercido pela jurisdição constitucional implica na transferência de ônus moral ao Supremo Tribunal Federal, que passa a ser o “superego” dessa sociedade⁷¹.

Contudo, “[...] quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social”⁷². O problema centra-se no estabelecimento de limites para a atuação de juízes e Tribunais, mais especificamente na forma de se interpretar, compreender e aplicar a Constituição⁷³, uma vez que a Justiça ascende à qualidade de responsável pela moral da sociedade⁷⁴.

Por meio da realização de um raciocínio moral e da introdução de “pontos de vista de valores” na argumentação judicial, busca-se conferir às decisões judiciais não só maior grau de legitimação – imunizando-as de qualquer crítica que possa advir da sociedade –, como também se acaba por desvincular o Judiciário de qualquer amarra legal que pudesse garantir a conformidade da decisão com os anseios sociais⁷⁵.

Assim, enriquecido por pontos de vista morais, o âmbito das “proibições” legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Somente a posteriori, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi “proibido”, aprendendo a deduzir para o futuro o “permitido” (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso⁷⁶.

69 MAUS, 2002, pp. 186-187.

70 MAUS, 2002, pp. 186-187.

71 MAUS, 2002, pp. 186-187.

72 MAUS, 2002, p. 192.

73 BERCOVICI, 2004.

74 MAUS, 2002, p. 192.

75 MAUS, 2002, p. 192.

76 MAUS, 2002.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar marcos teóricos sofisticados para permitir-lhe o emprego desmedido do *princípio da proporcionalidade*, de modo que os casos difíceis passaram a ser solucionados com base em um “juízo de ponderação”, sob o fundamento de garantir certa “verdade” aos juízos que realiza.

Sobre o tema, vale mencionar a decisão prolatada acerca da interrupção da gravidez de feto anencefálico, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal sustentou que:

A incolumidade física do feto anencefalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencefalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e Moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos arts. 1º III; 5º, cabeça e II III e X; e 6º, cabeça, da CR. Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma Moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos arts. 124, 126, e 128, I e II, do CP brasileiro⁷⁷.

Conforme se depreende do julgado, a mais alta corte do país adotou verdadeiro raciocínio moral, buscando imunizar a jurisdição constitucional da crítica a que deveria se sujeitar⁷⁸. Em outras palavras, o poder não encontra mais limites, uma vez que o Direito e a moral encontram-se sujeitos ao crivo dos ministros da Suprema Corte⁷⁹.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 30-04-2013.

78 MAUS, 2002.

79 MAUS, 2002, p. 186.

Contudo, a emergência de um Direito “que abarca a própria noção de moral e política” faz com que os Tribunais Superiores se considerem competentes para julgar até mesmo a própria Constituição: a Constituição passou a ser produto daquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é, expressão de um verdadeiro “poder constituinte permanente”⁸⁰.

No mesmo sentido, podemos ainda mencionar a decisão proferida pelo STF no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477.554/MG, reconhecendo, sem que tenha havido qualquer emenda constitucional, o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo⁸¹.

80 MAUS, 2002, p. 186.

81 “RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. – O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. – A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. – Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. – O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. – O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. – O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena

Outro exemplo importante diz respeito à possibilidade de candidatos com processos criminais em curso, portanto, sem trânsito em julgado, participarem do pleito eleitoral, antes do advento da Lei Complementar n. 135/10. No Processo Administrativo n. 19.919, oriundo do Tribunal Regional da Paraíba, de relatoria do Ministro Ari Pargendler, o Tribunal Superior Eleitoral reafirmou a exigência de trânsito em julgado para configuração das hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar n. 64/90. O resultado, ventilado no aresto de 10 de junho de 2008, reafirmou o entendimento exarado no RO n. 1.069/RJ. O núcleo do julgamento consistiu na inexistência de tipificação legal para os atos indicadores de idoneidade moral para o exercício do mandato – aptos a configurarem a inelegibilidade –, como destacado no voto do relator:

4. Os escândalos noticiados pela imprensa no âmbito da Administração Pública têm provocado manifestações na sociedade, reclamando que se exija dos candidatos a cargos eletivos uma vida compatível com as responsabilidades que pretendem assumir. O ofício encaminhado a este Tribunal pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba constitui um reflexo disso. O tema é complexo, e por isso não pode ser encarado com simplicidade. A premissa é correta: só boas pessoas, assim consideradas aquelas cujos antecedentes as recomendam, devem concorrer aos cargos eletivos. A dificuldade consiste em saber qual a circunstância que identifica a falta de idoneidade do candidato.

Prevaleceu na Corte Eleitoral o princípio da não-culpabilidade e do devido processo legal a tutelar os candidatos que não tenham contra si o trânsito em julgado de sentença condenatória. Vejamos:

A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da presunção

legitimação material do Estado Democrático de Direito. – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.” (STF – Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477.554/MG – Relator: Ministro Celso de Mello – DJe 26-08-2011).

de não culpabilidade consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição (Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.) por uma presunção de culpabilidade contemplada em lugar nenhum da Constituição (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória).

Na sessão de julgamento de 6 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal apreciou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144/DF, com pedido de liminar, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) visando à declaração de autoaplicabilidade do § 9º do art. 14 da Constituição Federal, e ao reconhecimento da revogação de parte das alíneas “d”, “e”, “g”, “h”, do inciso I do art. 1º, e do art. 15, todos da Lei Complementar n. 64/90, no que pertine à regra do trânsito em julgado de sentença condenatória.

A tese vencedora contida no voto do relator, o Ministro Celso de Mello, focou a preservação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, prestigiando a *ética da legalidade*. Adotando como fundamento um raciocínio moral e a *ética da legalidade*, o voto procurou fugir a qualquer espécie de controle de moralidade, diferenciando a ética da legalidade da ética em geral e impondo ao jurisdicionado, sob um pretenso “argumento ético”, a possibilidade de participação de candidatos que tenham contra si procedimentos sem trânsito em julgado.

Ora, não há nada mais falacioso. A vedação à participação dos candidatos pode se dar sob a égide jurídica, baseada em uma interpretação do princípio da não-culpabilidade, mas não é possível sustentar que permitir a participação de referidos candidatos seja uma *atitude ética*.

Assim, o STF, ao utilizar a ideia de ética da legalidade e outros argumentos valorativos, pretende garantir legitimidade à decisão e evitar um possível “controle moral da decisão” por parte dos jurisdicionados, buscando evitar eventuais questionamentos à justificação dada à decisão. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, assim como ocorre na Alemanha, busca atuar como verdadeiro superego da sociedade brasileira, ditando os valores que devem servir de base para o agir social.

Contudo, por meio do exercício da iniciativa popular, a Lei Complementar n. 135, também conhecida como lei da “Ficha Limpa”, impede a participação de candidatos com processos criminais em andamento, ainda que sem o trânsito em julgado. Vejamos:

Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

No mesmo sentido, ao decidir a ADI n. 3026, o Ministro Eros Grau sustentou, no voto vencedor, o confinamento do princípio da moralidade à ética da legalidade, adotando verdadeiro raciocínio moral para justificar a juridicidade da decisão, em trecho assim ementado:

Princípio da Moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da Ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade⁸².

Urge frisar, nesse ponto, que não estamos a questionar a necessária distinção entre a Moral e o Direito, mas sim os meios utilizados pelo Judiciário para se chegar à decisão. Isso porque é possível racionalizar o debate acerca da criatividade judicial: ao invés de ser um defeito, o poder criativo do magistrado constitui-se em uma característica do Direito, que deve ser exercido sob determinadas balizas, sempre fundado em raciocínio jurídico.

Portanto, uma reconstrução da função ético-jurídica desempenhada pelo Supremo Tribunal apresenta-se oportuna e apropriada para compreender a atuação do Poder Judiciário no Brasil, tendo em vista a necessidade de controle da criatividade de juízes e Tribunais, para que sejam prolatadas decisões argumentativamente legítimas e fundadas em racionalidade jurídica⁸³.

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026. Relator: Ministro Eros Grau. *DJ de 29-9-2006*.

83 Manifestação representativa da falta de controle da criatividade de juízes e tribunais, bem como de seus efeitos negativos, pode ser vislumbrada em voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF nº 132: “O exercício da imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque, quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos –, certamente começamos a ver que pretender regular isso, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de nos perdermos, produzindo lacunas.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes. *DJ de 14-10-2011*).

Nesse sentido, Hart sustenta a necessidade de uma moral externa, que sirva como meio para a crítica ao Direito, permitindo aos jurisdicionados saberem se devem ou não obedecer às normas que lhes são impostas⁸⁴.

Ademais, deve-se buscar um modelo de raciocínio jurídico em que a fundamentação encontre balizas no procedimento e no conteúdo das normas a serem aplicadas, substituindo a arbitrariedade pela justificação racional, sem pretender disfarçar falsos juízos de valor como critérios para a tomada de decisão⁸⁵. Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Aarnio⁸⁶:

[...] em uma sociedade moderna as pessoas exigem não só decisões dotadas de autoridade, senão pedem por razões. Isso vale também para a administração da Justiça. A responsabilidade do juiz se converteu, cada vez mais, na responsabilidade do juiz justificar suas decisões.

Entendemos, para além disso, que o procedimento adotado deve seguir um raciocínio jurídico – e, não, moral – capaz de tornar legítima a decisão pela sua forma e pelo seu conteúdo, justificando racionalmente os juízos realizados. Em outras palavras, a doutrina deve se preocupar mais com as razões que com a descrição de como foi tomada uma decisão, ultrapassando o foco da legalidade para a legitimidade, por meio de uma teoria analítico-hermenêutica-argumentativa do raciocínio jurídico. Deve-se penetrar na compreensão da norma para tornar explícita a sua diferença das razões morais que os tribunais invocam para justificar suas decisões, permitindo reconciliar validade e legitimidade no exercício da jurisdição constitucional.

6. Conclusões

Com o advento do neopositivismo, o Direito passou a ter na moral um limite (pois não pode produzir normas extremamente injustas) e um ideal (tornando o Direito “cada vez mais moralmente correto”), o que reclama uma nova forma de concebê-lo e raciocinar juridicamente.

84 HART, 1961.

85 Não se ignora os ensinamentos de Dworkin acerca da “proximidade” entre direitos subjetivos e valores. Contudo, é preciso perceber que o raciocínio jurídico não pode servir de pretexto para mascarar verdadeiros juízos de valor como critérios para a tomada de decisão, sendo imprescindível perceber a diferença existente entre eles.

86 1991, p. 29.

Assumindo, com Wintgens⁸⁷, que todo raciocínio jurídico parte de um “ponto de vista hermenêutico”, a forma de se pensar e aplicar o Direito assume um papel relevantíssimo não só no exercício da função jurisdicional, mas também no exercício da função legislativa, uma vez que permite o diálogo *legislação-racionalidade-aplicação da norma* e a consolidação do fenômeno jurídico como *uno e indivisível*.

Ocorre, contudo, que ao invés de estabelecer raciocínio jurídico pautado em uma hermenêutica constitucionalmente adequada, as Cortes Constitucionais passaram a se valer de verdadeiro raciocínio moral, utilizando-se de uma argumentação valorativa, com o intuito de fugirem a qualquer amarra legal. Em outras palavras, os Tribunais não aplicam as recentes conquistas hermenêuticas e da teoria da argumentação, bem como não utilizam a moral com o intuito de corrigir eventuais injustiças (abertura do Direito para a correção moral), mas realizam verdadeiro raciocínio moral, escapando a qualquer instância de controle.

Ora, a decisão não é legítima pelo simples fato de o julgador competente sustentar que dada norma deve incidir no caso concreto. Isso porque o intérprete não poderá escolher “livremente” o sentido que lhe pareceu adequado, mas, ao contrário, deverá indicar as razões pelas quais optou por um (e não por outro) dos sentidos possíveis do enunciado normativo, universalizando o decidido para todos os casos similares e legitimando a decisão (em razão da competência que lhe foi atribuída e pelo seu próprio conteúdo)⁸⁸. A decisão, para ser legítima, não pode depender da subjetividade do intérprete. Os sentidos das proposições normativas não podem ser produto da vontade daquele que, embora competente, aplica a norma, desvencilhando-se da intersubjetividade na construção do provimento jurisdicional e dos precedentes existentes. A decisão judicial para um dado caso deve ser “universalizável” (norma geral da decisão) e legítima (pela sua forma e conteúdo), afastando a subjetividade daquele que decide⁸⁹.

Diante desse cenário, o Direito deve ser vislumbrado como fenômeno hermenêutico-argumentativo (Heidegger, Gadamer, Perlemaann e MacCormick) não manifestamente injusto (Radbruch, Alexy e MacCormick), que busca sua legitimação pelo procedimento (Habermas) e pelo conteúdo (Dworkin), tendo como objetivo colocar um fim ao litígio.

87 2000.

88 MOTTA, 2010.

89 MOTTA, 2010.

Evidencia-se, assim, a importância metodológica de se buscar uma teoria não meramente descritiva dos processos de tomada de decisão, mas analítico-hermenêutico-argumentativa, no sentido de ser capaz de fixar parâmetros para o julgador avaliar a correção do raciocínio adotado em cada caso concreto.

Trata-se, claramente, de tarefa hercúlea e que não pretendemos exaurir nessas breves notas. Contudo, é preciso desejar correr os riscos associados com a exploração desses novos horizontes, pois a única forma de aproximar o Direito que temos (real) do Direito que queremos (justo e seguro) é por meio do desenvolvimento de um raciocínio jurídico fundado em hermenêutica e argumentação legítimas, sem que seja produto de preferências morais ou subjetivas do julgador.

Referências

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. *O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas*. 2001. 456f. Tese de Doutorado em Direito Público – Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros). Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 1. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. 1. ed. Indianapolis: Cambridge Press, 1954.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, pp. 5-24, 2004.
- CARTER, Lief H.; BURKE, Thomas F. *Reason in Law*. 1. ed. New York: Pearson Education, 2007.

- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FULLER, Lon L. Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. In: *Harvard Law Review*, n. 71, p. 630-672, 1958.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 3 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2002.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.
- HART, Hebert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: University Press, 1961
- HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Traducción del alemán y estudio preliminar de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LACERDA, Bruno Amaro. *Raciocínio Jurídico*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- LUHMANN, Niklas. The self-reproduction of law and its limits. In: *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.
- _____. El derecho como sistema social. *No hay derecho*, Buenos Aires, n. 11, p. 29-33, ago./out. 1994.
- _____. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. 2 ed. Barcelona: Anthropos, 1998.
- MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, 1981.
- _____. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, pp. 183-202, nov., 2002.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2.ed. Trad. de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *O Novo Paradigma do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SANTOS, Mario Ferreira. *Dicionário de filosofia e ciências sociais*. São Paulo: Matese, 1963.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2.ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- _____. *Uma breve introdução à filosofia*. 2 ed. Ijuí: Rio Grande do Sul, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio – Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- WINTGENS, Luc J. La législation entre science et politique: Éléments pour une approche légisprudentielle du droit. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelas, n. 44, pp. 115-155, 2000.

Recebido em 23 de setembro de 2015

Aprovado em 14 de novembro de 2016

El Caso en México de “Las Patronas” y el Premio Nacional de Derechos Humanos 2013

*O Caso das “Patronas” no México e o Prêmio Nacional de
Direitos Humanos 2013*

Rafael Modesto De Gasperin Gasperin*
Tecnológico de Monterrey, Monterrey-Nuevo León, México

Enriqueta Guadalupe Del Rio Martínez Guadalupe**
Tecnológico de Monterrey, Monterrey-Nuevo León, México

María De Gasperin Del Río***
Tecnológico de Monterrey, Monterrey-Nuevo León, México

1. Preliminares

Si miramos alrededor nos descubrimos en un mundo dolido y maltratado; quizá, con fortuna, somos ajenos a esas realidades terribles y sólo participamos como espectadores. Pero, ¿qué puede hacer que un ser humano como nosotros tome una decisión tan tremenda como abandonar a su familia – sus hijos, sus padres, sus hermanos –, sus amigos, su tierra, sus

* Profesor Titular de la Escuela de Administración Ciencias Sociales y Humanidades del Campus Monterrey. Director de la Cátedra de Investigación Ética y la Cátedra Institucional de Sistemas de Creencias y Globalización. Fundador y Director del Departamento de Filosofía y Ética de Campus Monterrey. E-mail: rgasper@itesm.mx.

** Doctoranda en Estudios Humanísticos con especialidad en Literatura y Discurso en el Tecnológico de Monterrey, tiene una Maestría en Letras Españolas otorgada por Universidad Autónoma de Nuevo León. E-mail: quetadelrio@gmail.com.

*** Subgerente de Gestión Social en Goldcorp Minera Peñasquito. Colaboró en el Centro CEMEX- Tecnológico de Monterrey para el desarrollo de comunidades sostenibles. E-mail: mariadegasperin@gmail.com.

costumbres, sus tradiciones, en fin, su cultura? ¿Qué motor puede orillar a iniciarse en una aventura que promete un sueño de vida buena y justa bajo el rostro de la vulnerabilidad jurídica y el peligro? Los migrantes encarnan singularmente –y se multiplican por miles– a esos *seres humanos sin edad* que han dejado todo para convertirse en *los nadies*. La problemática –por su carácter multifactorial– es sumamente compleja, sin embargo, nos permite reflexionar sobre los caminos de solidaridad y compasión que se abren para ellos en esa incierta búsqueda y el papel que los Derechos Humanos están jugando en la actualidad como parte del éxodo centroamericano y mexicano del siglo XXI.

Para ello nos apoyaremos en una de las mayores muestras de solidaridad humana merecedora del Premio Nacional en México de Los Derechos Humanos en el 2013. Nos referimos a la organización civil “Las Patronas”¹.

2. El Origen

Muchos no encontramos o no buscamos la manera de ser partícipes de la construcción de una sociedad y, hablando con “Las Patronas”, testimonio de solidaridad² y compasión³ hacia el migrante, parece tan fácil hallar caminos que permitan ejercer una ciudadanía auténtica desde el rostro del otro. “Las Patronas”, recibieron el citado premio que otorga la Presidencia de la República Mexicana⁴, pues dan alimento diariamente desde hace más de diez años a los indocumentados que viajan sobre “La Bestia”, también conocida como “El tren de las moscas”.

Su actividad empezó así: Un día, la bolsa de pan recién comprado para el consumo personal y familiar se destinó a los hambrientos migrantes que sin solicitarlo interpellaron a Leónida. La cercanía de su casa a la vera de las vías del tren, en un pequeño municipio de Veracruz llamado Amatlán de los Reyes, hizo que Doña Leónida Vázquez y, poco a poco, los miembros de su familia idearan la forma de ofrecer “el bastimento” a los cientos de

1 “Las Patronas”, 2014. [Consulta 20-08-2016]. Disponible en: <<https://www.facebook.com/meraspatronas>>.

2 Entendemos por solidaridad que “en cada ejecución de un acto la persona es dada a sí misma en una autoexperiencia como miembro de una comunidad de personas que la incluyen” (SILVEYRA, 2013, p. 155).

3 Entendemos por compasión “el sentimiento de repugnancia que naturalmente el ser humano tiene cuando ve sufrir a uno de sus congéneres” (CÁRDENAS, 2013, p. 54).

4 No deja de resultar paradójico que el Estado, que lucha contra la situación irregular de los migrantes que ilegalmente llegan al país, a la vez reconozca la labor de estas mujeres.

hombres, mujeres y niños que, día a día, se aferran sobre los techos de los vagones que arrastra la máquina de ferrocarril conocida como “La Bestia” para llevar a cabo el burdo viaje. Bastimento simple consistente en agua, bolsas con frijoles negros, arroz y pan.

Doña Leónida, en su sencillez, ejerce la solidaridad y la compasión. Recuerda y platica que cuando empezó con eso y no tenía dinero para frijoles, recogía quelite blanco de un terrenito para prepararlo con cebolla y chile. Entonces, sus mismas hijas le decían: “¿Quién se va a comer eso?” y ella respondía: “Si nosotros lo comemos, más esta gente que hace días no come”. Sus recursos iniciales eran: engordar un puerquito, vender alguna de sus gallinas. ¿Cuántos recursos son necesarios para que alguien pueda manifestarse solidario e interpelado por el otro? ¿Cómo y en qué forma los recursos deben distribuirse para paliar las necesidades de los otros? ¿Cómo distribuir en forma equitativa los recursos materiales?

Cuando los textos académicos mencionan algo sobre *los Derechos Humanos* pareciera crearse una suerte de barrera de humo y siempre imaginamos desde las grandes batallas sociales y utopías modernas, las luchas que se cruzan y entrecruzan para lograr su realización en la búsqueda de una sociedad que como diría Paul Ricoeur⁵ es *con y para el otro en instituciones justas*; sin embargo, “Las Patronas” son el ejemplo de la defensa de los Derechos Humanos desde otra textura social: la solidaridad y la compasión. Con más de 17 años de un ejercicio cotidiano de brindar una bolsa con comida al otro que viaja en la vulnerabilidad jurídica al haber “dejado todo” hacen posible que los Derechos Humanos se encarnen en cada rostro y en cada estómago que renueva su esperanza a la misma velocidad con que la máquina de tren avanza por sus vías metro a metro, kilómetro a kilómetro, hasta llegar a la frontera. Son parte del sueño de aquellos que lograron alcanzar el muro de la intolerancia ubicado a lo largo de la frontera norte de México.

Doña Leónida creó “Las Patronas” en el año de 1995 junto con su hija Norma, Rosa, Clementina, Francisca, Leonila, Lidia, Guadalupe, Juana, Lourdes, Bernarda, Ma. Del Pilar, Mariela y Fabiola. Este es un grupo de apoyo humanitario para migrantes ya que, a consecuencia de la venta de los ferrocarriles del Estado Mexicano a compañías privadas, se reconvirtió el servicio de transporte que se ofrecía dejando solo el transporte de carga; al cerrarse el tradicional “tren de pasajeros”, empezaron a aparecer grupos

5 RICOEUR, 2003, p. 176.

de personas viajando arriba de los vagones del ferrocarril de carga. Con la sencillez que la caracteriza dona Leónida comenta: “Quién sabe cómo ha de estar su tierra que se ven familias completas arriba en los trenes, luego viene, usted cree, hasta gente de mi edad”⁶.

El fenómeno migratorio se ha intensificado al punto de llegar a caravanas formadas por miles de migrantes que cruzan el país (alrededor de 4,000), van juntos para protegerse mutuamente hasta la frontera norte de México. “La fractura social es a tal punto evidente que basta con sintonizar cualquier noticiero, abrir cualquier periódico o asistir a cualquier espacio público para comprender que los tiempos actuales reclaman acciones y cambios conscientes. Más de 40,000 muertes en cinco años, incremento acelerado de los índices delictivos, militarización de ciudades y aumento en la violación a los Derechos Humanos. Solo por mencionar algunos indicadores”.

3. Así Dejan su Oportunidad de ser Solidarios

Mientras conversamos con algunas de “Las Patronas” vemos que aquel primer momento de compasión familiar ha sido capaz de alentar un servicio comunitario que amalgama distintos esfuerzos y principios de ciudadanía como la solidaridad. Doña Leónida dice: “Casi todos los maquinistas bajan la velocidad, pero tres no”; así, dejan ir su oportunidad de ser solidarios. Por otra parte, una de sus hijas comenta “es que...son muchos”.

Pareciera ser que quienes reciben el premio de Derechos Humanos cuentan para su trabajo con una infraestructura sorprendente, no obstante, las mujeres que conforman “Las Patronas” trabajan en una sencilla casa. Sus álbumes de fotografías, eso sí, recuerdan las bienaventuranzas que invitan a ver por los más necesitados, enfatizan en el servicio como el único camino para la solidaridad y por su acción sencilla, sistemática y ordenada, hay organizaciones ciudadanas de distintos tipos que ofrecen su apoyo ahora; tal es el caso de de *Sin fronteras IAP*⁷, *Servicio Jesuita a migrantes en México*⁸, *Red de casas del migrante*⁹.

6 ROMERO, 2012. p. 21.

7 Sin fronteras I.A.P, 2014, [consulta 16- 08-2016]. Disponible en: <<http://www.sinfronteras.org.mx/index.php/es/>>.

8 *Servicio Jesuita a migrantes en México*. 2014, [consulta 16- 08-2016]. Disponible en: <<http://www.sjme.org/>>.

9 *Red de casas del migrante* 2014, [consulta 17-08-2016]. Disponible en: <<http://www.migrante.com.mx/>>.

También se ha dado un gran paso, pues de una actitud asistencial se ha transitado hacia la impartición de talleres formativos y relación con organizaciones o movimientos internacionales, como el de la *Caravana de Madres de Migrantes Desaparecidos: Emeteria Martínez*¹⁰ quienes abordan la problemática en su complejidad y procuran la búsqueda del respeto inalienable que salvaguarda los Derechos Humanos¹¹ y la dignidad humana¹².

Este testimonio es sólo como un tramo de los durmientes en las vías del tren. Otras manifestaciones compasivas y solidarias son como bocanadas de aire para los migrantes: Arriaga en el sur; los albergues diseminados en varias partes del país; los tambos de agua que colocan en Brooks, Texas para evitar que la gente muera de sed en el llamado *Death Valley*. **Benny Martínez**, sheriff del condado de Brooks, reveló:

En esta área del condado de Brooks, ubicada a 60 millas de la frontera con México, fueron encontrados **129 cuerpos de inmigrantes en el 2012, 87 en 2013 y van 34 en lo que va de 2014**. Más que una crisis humanitaria estamos en una situación de emergencia en el condado de Brooks, van ya 34 cuerpos este año y faltan los meses más calurosos. Todos los días mueren personas y encontramos restos humanos. Aparte de ver el drama de 100 a 150 niños en la estación de la Patrulla fronteriza, madres migrantes que paren a sus hijos en el monte o mujeres vejadas en su intento por cruzar¹³.

En Monterrey, por ejemplo, el albergue para migrantes “Casa Nicolás” en su barda recuerda con una leyenda: “Todos somos migrantes” lo que hace pensar en nuestra transitoriedad. Ahí hemos podido constatar cómo la apertura a los proyectos comunitarios desde las posibilidades de cada

10 *Caravana de Madres de Migrantes Desaparecidos: Emeteria Martínez*, 2014. [Consulta 8-08-2016]. Disponible en: <<http://caravanamadres.wordpress.com/testimonios-2/>>.

11 *Pronunciamiento en solidaridad con las madres centroamericanas en busca de sus hijos* 1.- Que existan condiciones económicas y sociales para que las personas no sean forzadas a abandonar sus países de origen en busca de mejores oportunidades. 2.- Que exista seguridad durante los recorridos que hacen los migrantes para llegar a su destino. 3.- Que se modifiquen radicalmente las políticas migratorias, tanto de los países por los que transitan como de los que los recibe. 4.- Que se terminen las complicidades entre autoridades migratorias y el crimen organizado. 5.- Que los gobiernos asuman sus responsabilidades en la desaparición de personas migrantes.

12 Centro de Estudios Ecueménicos, 2014. [Consulta 4-08-2016]. Disponible en: <<http://estudiosecumenicos.org.mx/category/iglesias-por-la-paz/>>.

13 “La opinión”, 2014. [Consulta 4-08-2014]. Disponible en: <<http://www.laopinion.com/noticias-inmigracion/praderas-muerte-migrantes-condado-brooks>>.

uno, en libertad, permiten generar sinergias que favorecen el ejercicio de la compasión y la solidaridad. Los mismos vecinos de esta casa, gente cuya situación económica es bastante precaria, colabora con quienes hacen un alto en su camino; grupos ajenos al lugar, también se unen con diversas actividades en el esfuerzo por hacer más digno y llevadero su paso por la ciudad.

Según lo expuesto, diversas comunidades han asumido el compromiso de ofrecer un espacio, de ahí que se hace evidente que es responsabilidad de cada uno de nosotros el buscar la manera de ser compasivo y solidario, es decir próximo, no en una actitud que subsane necesidades materiales transitorias, sino en una reflexión profunda que nos haga solidarios con el otro, bajo la premisa del respeto absoluto a sus derechos como humano.

El migrante siempre va, no se puede detener. El migrante tiene un rostro concreto, unas creencias propias, una historia personal. Cada botella de las patronas alimenta un ser humano que busca encontrarse dentro de un nuevo ambiente en el que sea respetado. Asume todos los riesgos con ese fin. Las mujeres con niños, los padres con familias, las embarazadas, los jóvenes, los que quedan mutilados, todos y cada uno buscan el reconocimiento de sus derechos y el de esa dignidad que creemos inherente y que no se ve. No nada más se trata de un “sueño americano” clisé, no es sólo la pobreza lo que los mueve, es el ambiente violento que se ha comido sus espacios, que les roba a sus hijos e hijas; es la indiferencia de las autoridades de todos los países involucrados –que ahora, apenas, se dan cuenta de que “La Bestia” carga tanta gente sobre su lomo–; es la tibieza como actitud la que permite las atrocidades que se ven en este nuestro mundo y se encarnan en cada rostro en la ausencia del respeto a los Derechos Humanos.

4. La Vulnerabilidad Jurídica: de la Coladera Migratoria al Muro de la Vergüenza

En Aproximación a un estudio sobre la vulnerabilidad y violencia familiar
Pérez Conteras señala en su conclusión:

La realidad es que frente a la vulnerabilidad sólo existe una posibilidad que consiste en lograr la equidad en el ejercicio y goce de los derechos y garantías fundamentales de los miembros de una sociedad, y en este caso de los miembros de una familia, equiparando las oportunidades para acabar con las

desventajas, puesto que no lograrlo sólo significará la existencia y práctica de la marginación, discriminación y violencia. La que se verá reflejada en diferentes grados y manifestaciones de afectación en la calidad de vida de los receptores¹⁴.

La Vulnerabilidad jurídica que viven los migrantes en su paso por el territorio mexicano merece varias consideraciones por su manifiesta falta de equidad y ausencia de oportunidades de tránsito.

La primera de ellas es la diferencia que existe entre la frontera sur y norte de país. El trato, la facilidad de acceso, los medios y recursos disponibles para la atención son significativamente diferentes. Mientras que la frontera sur pareciera ser una suerte de coladera migratoria, la frontera norte se convierte para el migrante en el encuentro con el muro de la vergüenza. Mientras que en el sur para pasar solo se necesita una llanta vieja de carro jalada por un adolescente sobre el río Suchiate,¹⁵ entre otros; en el norte, cruzar el río Bravo es encarnar la muerte a cada paso que se da para intentar llegar al “sueño americano”. Ahora bien, sólo se han mencionado algunos puntos de tránsito, las rutas son variadas y complejas, “para obtener una buena radiografía de esta frontera es mejor utilizar la tomografía: aplicar el escáner para ver cuatro secciones diferentes, que son los cuatro corredores de migrantes en el sur de México: el corredor Pacífico, el corredor Central, el corredor Selva y el corredor Caribe”.¹⁶

La segunda consideración refiere a las distinciones que se hacen de “las tres muertes del migrante”. Una de las rutas que siguen los centroamericanos para llegar al Golfo de México inicia en Tapachula, Chiapas y continúa por Tenosique, Tabasco; eso los lleva a la ciudad de Medias Aguas del municipio de Sayula de Alemán para subir hasta Tierra Blanca, pasar por “Las Patronas” y Orizaba, en el estado de Veracruz. En ese trayecto los migrantes encaran “la primera muerte” ya que son asaltados, asaltadas, violados y violadas. Quienes sobreviven este primer momento de su éxodo alcanzan la capital de país, desde donde continúan montados sobre “La Bestia” rumbo

14 Biblioteca Jurídica Virtual, 2014. [Consulta 9-08-2016]. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/113/art/art9.htm>>.

15 La frontera aprovecha límites naturales: el río Suchiate, la cordillera de los Cuchumatanes, los ríos Usumacinta y San Pedro en el Petén, y en el Caribe el río Azul, el río Hondo y la Bahía de Chetumal.

16 *Revista envío digital*, 2014, [Consulta 10-08-2016]. Disponible en: <<http://www.envio.org.ni/articulo/4778>>.

al noreste de México siguiendo la vía centro. Ahí enfrentan lo que se conoce como “la segunda muerte” pues pueden ser secuestrados por los grupos delincuenciales. Por ello, quienes llegan a Saltillo y/o Monterrey, encuentran un breve oasis que los ayuda a reparar las fuerzas para seguir su camino a fin de llegar a donde probablemente enfrenten “la tercera muerte” en el *Death Valley*. De esta manera concluye su llegada a tierra norteamericana, donde vivirán en la ilegalidad y la persecución hasta el día de su deportación. Con “fortuna” algunos pocos logran regularizar su situación migratoria. Ahí, el estilo de vida se configura a partir del *One day, one dólar*; cada dólar es una posibilidad para aquellos a quienes dejaron atrás, allá en su país, en su patria, en su seguridad jurídica, para quienes esperan la llegada de las divisas en medio del miedo y la marginalidad social, siempre con la intuición de que aquellos que se fueron nunca volverán.

Bajo esta realidad subyace una profunda problemática que atañe a la *Responsabilidad* y a la *Condición Humana* que tratan tanto Hans Jonas¹⁷ como Ana Arendt¹⁸ respectivamente y de este modo, se observa que lo expresado tanto por Arendt como por Jonas acerca de la condición humana y la Responsabilidad se evidencia en la vulnerabilidad jurídica del migrante y se hace presente en las “tres muertes”; ésta manifiesta la más significativa de las vulnerabilidades porque no solo fractura y aniquila los derechos y libertades fundamentales que como especie humana debemos garantizarnos mutuamente –y a los que tratados internacionales de Derechos Humanos hacen sistemática referencia–, sino también ubica en forma irresponsable al margen de la ley a cualquier persona que se encuentra en este tránsito de muerte que encarna la amenaza y la marginalidad y lo cosifica.

Para constatar lo anterior, únicamente basta recordar algunas de las tantas frases que aparecen en el documental “De nadie” de Producciones Tranvía¹⁹ en el que, por boca de las autoridades, se escucha en tono amenazante lo que éstas dicen a un migrante que camina por la calle “Aquí llévatela tranquilo que no estás en tu país” o aquellas de María –la protagonista–: “Usted cree que es justo que le boten su sangre a uno” o “ya no me siento la misma, ya no tengo la alegría de siempre, ya no soy digna de

17 JONAS, 1995, p. 260.

18 ARENDT, 1993, p. 25.

19 Documental cinematográfico “De Nadie”, 2014. [Consulta 18-05-2016]. Disponible en: <<http://www.youtube.com/watch?v=uX4X1YhW-sY>>.

que me abrace”. La misma vulnerabilidad atañe a niños o adultos, mujeres o ancianos, por eso, en la cinta se escucha la tragedia del niño hondureño que cuenta, al referirse a sus padres “los cubrí con hojas, allí los dejé. No pude hacer nada, no pude hacer nada, no pude hacer nada”.

Elisabetta Di Castro en *Justicia, desigualdad y exclusión* habla sobre la injusticia, pero señala los abismos que pueden existir entre las personas en su interpretación de la misma. Dice: “No vivimos en un mundo justo. Todos podríamos suscribir esta afirmación, aunque no todos estaríamos entendiendo lo mismo por justo” (2009, p.13). En el caso del migrante esta injusticia se traduce bajo la gramática de la violación corporal; el secuestro y privación de la libertad individual y colectiva; y en la muerte moral y/o material.

Allí, en medio de este camino de violación, secuestro y muerte manifiestos en la vulnerabilidad jurídica más extrema, aparecen “Las Patronas” como pueblo de la esperanza que, por medio de botellas de agua –amarradas por las puntas para hacer fácil su acceso a las manos del migrante– y de bolsitas llenas de arroz y de frijoles, hacen posible la compasión y la solidaridad del derecho humano, de los Derechos Humanos.

5. El Documental que Lanzó a “Las Patronas” a los Medios y a la Comunidad Nacional e Internacional

¿Cuántas manos habrá en el camino del migrante que no lleven la intención de herir? ¿Cuántas manos desconocidas hacen posibles diariamente los Derechos Humanos sin jamás haber leído sobre ellos? ¿Cuántas manos se empuñan unidas para tomar fuerza y abrirse al otro? Parece que la respuesta es que son incontables y la mayoría, anónimas. ¿Qué hizo entonces que este grupo de manos de mujeres veracruzanas “Las Patronas” llegaran al conocimiento de la comunidad internacional? Al parecer, según nos narra la patrona mayor, doña Leónida, fue “lo del tren de las moscas”²⁰. Así refiere a la película de Nieves Prieto Tassier y Fernando López Castillo quienes, bajo el auspicio del país.com, sacaron a la luz este proyecto de Derechos Humanos basados en la solidaridad y en la compasión. En la película aparecen testimonios en los que una vez más se hace evidente la

20 Documental cinematográfico “El tren de las moscas”, 2014. [Consulta 20-05-2016]. Disponible en: <<http://www.youtube.com/watch?v=V0Emdc2G-Qk>>.

sencillez –acompañada por pequeñas risas típicas del humor veracruzano– con que esta gente manifiesta la grandeza del ejercicio del respeto al derecho humano.

Es preciso reflexionar acerca del concepto de compasión; éste debe ampliarse pues, como explica Etxeberría en su libro *Ética de la ayuda humanitaria*, el sentimiento de compasión resulta insuficiente para constituir una propuesta ética por ser algo más emocional que racional, por ser tendiente al paternalismo más que a la solidaridad y por hacer brotar la bondad del benefactor más que la justicia en el largo plazo²¹. En un sentido semejante Aurelio Arteta en *La compasión: apología de una virtud bajo la sospecha*, menciona que este sentimiento es útil para la ética en la medida que se aleja de la cuestión afectiva y hasta morbosa de la desgracia ajena y se fundamenta racionalmente desde la noción de dignidad humana, la consciencia de la finitud, la fragilidad mortal, entre otros²². La literatura al respecto enfatiza en este sentido. Por su parte, Joan-Carles Mèlich en su libro sobre *Ética de la compasión* enfatiza sobre problematizaciones éticas específicas y propone una pedagogía del testimonio²³. Todos ellos Etxeberría, Arteta y Mèlich coinciden en que el meollo consiste en trascender el sentimiento compasivo para alcanzar la esfera de la acción solidaria²⁴. Y esto se hace posible ante la presencia de los otros como primacía en la marco de los Derechos Humanos, ya que si bien la compasión ha sido el motor que desde las potencias del asombro tejen la red para que este grupo de mujeres, día a día, se empuñen como unidad humana contra la injusticia, la sistemática y brutal realidad del migrante que encarna el migrante, encarnada desde su vulnerabilidad jurídica ha exigido un marco de acción en donde la buena voluntad no basta.

6. Los Otros

¿Quiénes son los *otros* para “Las Patronas”? Paul Ricouer en *Caminos del reconocimiento* relata: “El camino es largo para el hombre *actuante* y *sufriente* hasta llegar al reconocimiento de que él es en verdad, un hombre *capaz* de

21 2004, pp.18-19.

22 1996, p. 227.

23 2010, pp. 285-287.

24 CARDENAS, 2013, p. 54.

ciertas realizaciones”²⁵ de ahí que los otros para “Las Patronas” desbordan la clásica triada ética planteada por el autor: ¿Quién habla? ¿Quién actúa? ¿Quién se narra? para alcanzar la pregunta: ¿Quién es capaz de imputación? Cuestión que lleva directamente a la gramática del migrante y va más allá de las tres preguntas previas.

La pregunta por la imputación nos lleva por el camino de la ética y no solo de la legalidad, por el camino de la imputabilidad y no solo por el de la vulnerabilidad jurídica y, si bien la compasión hay que ponerla bajo sospecha, es ella misma la que nos re-lanza a salir del derecho para ir a lo humano en un acto solidario con aquél ha quien se le ha imputado un acto, y eso nos obliga moralmente a reparar el daño del que algunos no hemos participado, pero que está encarnado en el rostro del otro y en cuanto otro humano, es nuestro. En el 2013 solo el 3% tuvo una protección complementaria²⁶ a su imputabilidad²⁷.

Testimonios de imputabilidad ofrecidos por “Las Patronas” en su injerencia sobre el flujo migratorio.

Viene a bien citar cada acto de compasión y solidaridad que “Las Patronas” reconocen en su sitio (facebook.com/meraspatronas) en sus narrativas a través de las redes sociales donde, primero de manera general y luego en forma específica, agradecen “el apoyo, solidaridad y confianza de la Sociedad Civil, Familias, Estudiantes; hombres y mujeres que han aportado a nuestra causa y que lo siguen haciendo”.

Agradecemos a quienes después de 19 años nos visitan y lo siguen haciendo y aquellos que confían y nos hacen llegar sus aportaciones, como es el caso del Sr. Adolfo Santos y el Mercado Revolución que nos donan sus verduras, al Sr. Lázaro Oseguera que nos apoyó en gestionar el suministro de arroz y frijol. A la Sra. Carmen Márquez y a su grupo de amigas, que no solo nos hacen llegar víveres sino que también nos apoyan durante los eventos que acontecen como la caravana de Madres Centroamericanas y el Viacrucis de Migrantes. Nuestro

25 RICOEUR, 2006, p. 138 e 330.

26 Sin fronteras I.A.P., 2014. [Consulta 16-08-2016]. Disponible en: <<http://www.sinfronteras.org.mx/index.php/es/>>.

27 La imputabilidad consiste en poder cargar a la acción humana sus consecuencias, en particular las que se surgen por un daño, un perjuicio y cuya víctima es otro. (Cfr. RICOEUR, 2006, p.138).

profundo agradecimiento a Franziska Bard y su grupo de amigos que hicieron posible que tuviéramos una camioneta, ya que nos es de gran utilidad. De igual manera a la Rueda de Gandhi por su valiosa ayuda. También agradecemos al Sr. Alfredo Zayas y a su familia por la donación de dos enfriadores, los cuales han sido de gran utilidad en el comedor. Al hermano cursillista Sergio Uzcanga por la donación del pan. De igual manera a Grupo Maseca por la aportación de la harina para la tortilla y a la Tienda Chedraui por la donación del pan; al Sr. Luis Antonio Macías de la Tortillería La Estrella de Nochistlán, Zacatecas. Agradecemos a las Fundaciones Ayuda en Acción, World Visión México, Grupedsac quienes han contribuido a la construcción, ampliación, mantenimiento y mejora de las instalaciones.

La compasión expresada en el alimento que se entrega a los niños, hombres, mujeres que viajan sobre “La Bestia”, ha conducido a una formación integral de las mujeres y de los participantes en torno a los Derechos Humanos. Así lo dicen “Las Patronas”:

Nuestra formación en Derechos Humanos la debemos en gran medida a nuestro colectivo CODEMIRE y a las Universidades que no solo nos apoyan con víveres, sino con talleres que nos brindan los conocimientos para la defensoría y ejercicio de nuestros derechos, tal es el caso de la Universidad Iberoamericana. A las Organizaciones como Acnur, Sin Fronteras, Amnistía Internacional, Foca, etc. que nos invitan y comparten sus experiencias e información necesaria para seguir trabajando en equipo.

Por supuesto, el Estado Mexicano también se ha comprometido con acciones políticas ante la inminente presencia de “Las Patronas”. Ellas lo mencionan en su testimonio:

Nuestra labor también ha sido posible por el trabajo en conjunto con el Gobernador Javier Duarte de Ochoa y sus dependencias como: Atención al Migrante, dirigido por la Lic. Claudia Ramón Perea y su equipo de trabajo, quienes nos apoyan con donativos en especie (colchones, sarapes y despensa) y atención a los hermanos migrantes cuando estos sufren alguna mutilación, fractura o vienen enfermos, esto en equipo con el Hospital Civil Yanga, así como también su participación y apoyo en las Caravanas de Madres Centroamericanas que buscan a sus hijos/as desaparecidos/as.

Así mismo expresan su gratitud a:

... la gestión que se hizo ante el Gobernador por la facilitación de 20 autobuses durante el Viacrucis Migrante a la Cd. de Puebla el día 22 de abril del presente año [2014]. También en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores ha sido posible el traslado de cuerpos de mexicanos fallecidos en Estados Unidos, como fue el caso de nuestro hermano migrante Oscar Gustavo Jiménez Figueroa a quien trajeron a casa y sus padres agradecen el apoyo brindado por el Gobierno del Estado.

El apoyo de la CNDH (Comisión Nacional de Derechos Humanos) se ha hecho patente:

Agradecemos a la Comisión Estatal de Derechos Humanos, que dirige el Lic. Fernando Perera y su equipo de trabajo por el acompañamiento de las y los migrantes y defensores(as) que deciden denunciar las violaciones de sus derechos, así mismo por la donación de 60,000 [sesenta] mil bolsas las cuales son utilizadas en los lonches que se hacen diariamente para nuestros hermanos migrantes.

De igual manera agradecemos al Instituto Nacional de Migración a cargo del Lic. Tomas Carrillo y su equipo de trabajo, por su apoyo en la deportación voluntaria de migrantes que deciden regresar a sus países de origen, así como al Grupo Beta por el apoyo que nos ha brindado.

Le damos las gracias a todos los Medios de Prensa pero también les pedimos que sus notas sean muy claras y veraces para no caer en confrontaciones con quienes con su esfuerzo y disposición se suman a nuestra labor.

Esto no sería posible sin el gran apoyo de todo este equipo de trabajo que se ha ido formando durante estos 19 años de labor con los hermanos migrantes, mil gracias a todos.

Lo anterior deja ver la sinergia suscitada por este puñado de mujeres, sobre grupos que, con mayor voluntad de los involucrados o no, ahí está. Los testimonios permiten ver la fragilidad con que se muestra esa ayuda que se manifiesta por la imputabilidad en el tránsito de la condición del hombre entre la compasión y la solidaridad.

7. El Premio Nacional de Derechos Humanos 2013

Los Derechos Humanos de los migrantes en México han adquirido “últimamente” importancia alrededor de las diásporas infantiles de Centroamérica que transitan por territorio nacional y que han detonado – a raíz de la muerte del niño migrante guatemalteco Ramos Juárez – lo que Barack Obama denominó *crisis humanitaria urgente*²⁸.

Ramos, fue uno de los 52,000 menores que viajaron solos y cuya problemática ha obligado a las autoridades a tomar “medidas urgentes”, pues aunque en los últimos años se hayan generado propuestas, leyes y debates en los que la complejidad y multidimensionalidad del fenómeno han impactado diversas aristas desde las cuales se puede analizar en tema, no se han logrado unir todos los puntos para realizar un análisis completo, dentro de las áreas legal, política, económica y social. El tema infantil ha alertado a la comunidad internacional por la vulnerabilidad de los miles de pequeños que quedan a expensas de redes criminales y como se advirtió ha detonado las últimas acciones de los gobiernos norteamericano, mexicano y de diversos países de Centroamérica.

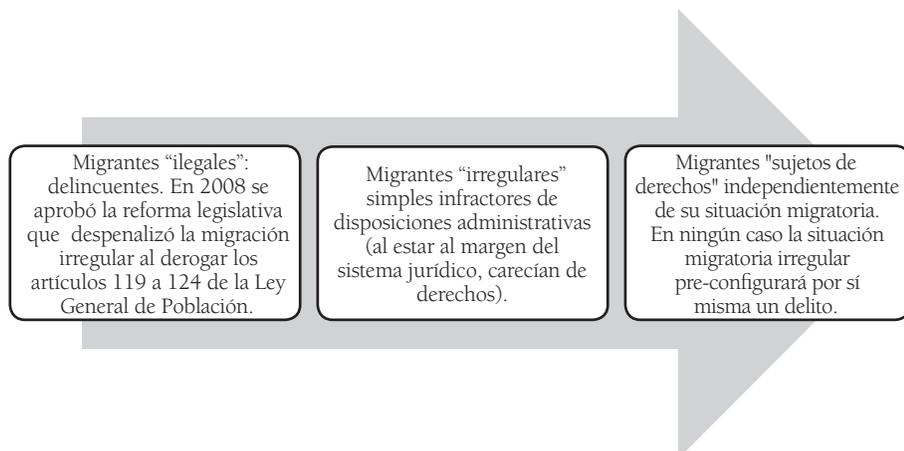
En México, el marco normativo vigente respecto de la migración actual es el de la Ley de Migración publicada por la Secretaría de la Gobernación en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011²⁹, el cual cumple con la política de plasmar y ejecutar decisiones estratégicas para alcanzar objetivos relacionados con la atención del fenómeno migratorio del país de manera integral (país de origen, tránsito, destino y retorno de extranjeros).

Su operación, continúa con base en la Ley General de Población promulgada en 1947, no obstante, la visión hacia el migrante y la manera de conceptualizarlo ha mostrado una “evolución” en los últimos años, progreso que se plasma en la figura 1.

28 Periódico Excelsior. Muerte de niño migrante en Texas resalta crisis, 2014. [Consulta 10-08-2016]. Disponible en: <<http://www.excelsior.com.mx/global/2014/07/01/968461>>.

29 Diario Oficial de la Federación. Decreto, 2014. [Consulta 10-06-2016]. Disponible en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5190774&fecha=25/05/2011>.

Figura 1. Evolución en la visión del migrante³⁰.



Dicha Ley, tiene como objetivo regular el ingreso y salida de mexicanos y extranjeros del territorio nacional, así como observar su tránsito y su estancia en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los Derechos Humanos, de contribución al desarrollo nacional y de preservación de la soberanía y de la seguridad nacional. Por tal motivo se finca en los principios de respeto irrestricto a los Derechos Humanos, no criminalización del migrante irregular, responsabilidad compartida, facilitación de la movilidad internacional de personas, salvaguardando el orden y la seguridad, unidad familiar e interés superior del niño, reconocimiento de los derechos adquiridos de los migrantes y equidad entre nacionales y extranjeros. Dicha Ley, responde a las garantías, regulaciones y obligaciones, respecto de la protección al migrante, fortalecimiento de la seguridad, distribución de competencias y modernización de la gestión de los migrantes bajo la ley que entran y salen del país. Sin embargo, la implementación de la ley no resulta tan clara como promete ser, particularmente al velar por los derechos de aquellos individuos que han ingresado al país ilegalmente y transitan fuera de la ley o que caen juzgados en territorio externo bajo las políticas migratorias del país en cuestión.

Precisamente esta situación ha conducido a que, desde el periodo de gobierno del 2000-2006, el Senado de la República iniciara con la idea de poner en la mesa el tema migratorio a partir de un diagnóstico. De esta aproximación y bajo el tema de: *Perspectivas y diseño de plataformas para*

30 Instituto Nacional de Migración, 2014. [Consulta 10-08-2016]. Disponible en: <<http://www.inm.gob.mx/>>.

la construcción de una política migratoria mexicana salieron a la luz, en el 2005, los principios que permiten al Estado Mexicano asumir frente a otras naciones –entre ellas Estados Unidos y Centroamérica– lineamientos específicos en política migratoria para sus negociaciones³¹ y ahora se reflejan en el marco jurídico que ha transcurrido desde migrantes “ilegales” hasta migrantes “sujetos derechos”.

A partir de esto se pretendió un trato justo bajo un marco que considerara variables jurídicas, económicas, políticas, sociales y éticas como cooperación internacional, principio de responsabilidad compartida, entorno económico y social, condiciones para emigrar al exterior, respeto de los Derechos Humanos de los migrantes y de sus familiares, vinculación entre migración, seguridad y fronteras a nivel mundial, tráfico de personas y enfoque regional.

Asimismo, se formularon compromisos nacionales de evaluación de la política migratoria con prospectiva al 2015-2020 bajo los ejes de generación de estabilidad política y económica que redujera el flujo migratorio nacional, cuidado del tránsito legal, combate a organizaciones criminales de tráfico de personas. Todo esto en el marco de la cooperación internacional, promoción y protección en el retorno y reinserción, tanto como la seguridad de flujo bajo los criterios de responsabilidad compartida y el respeto a los Derechos Humanos buscando el orden y la seguridad de fronteras.

Ello, por consecuencia, obligó a la necesidad de construir de políticas públicas. El Dr. Thomas Lothar Weiss, Jefe de Misión de la Organización Internacional de Migrantes en México, menciona: “informando a los migrantes y a las autoridades apropiadamente se puede garantizar el respeto de los Derechos Humanos de esos migrantes. Sin duda los programas Paisano y Grupos Beta representan buenos ejemplos de los que pueden aprender muchos otros países en términos de buenas prácticas institucionales”³² sin embargo, ante esto, *Las Patronas* viven al migrante en “otra realidad” en cuanto el orden de acción y del ejercicio público tienen aún enormes vacíos jurídicos y operativos que son sustituidos – en su mayoría – por la compasión y la solidaridad.

31 México frente al fenómeno migratorio, 2014. [Consulta 18-08-2016]. Disponible en: <<http://www.sre.gob.mx/eventos/fenomenomigratorio/docs/mexicofrentelalfenommig.pdf>>.

32 México: Políticas publicas beneficiando a los migrantes. 2014. [Consulta 19-08-2016]. Disponible en: <http://www.inm.gob.mx/static/Ligas_Interes/OIM_PP_SP.pdf>.

En la entrega del Premio Nacional de Derechos Humanos (diciembre, 2013) otorgado por la Presidencia de la Republica a *Las Patronas* se observa en el discurso pronunciado por *Norma* un profundo sentimiento de gratitud a Dios y a la Virgen de Guadalupe que les mantiene en pie, así como al espacio que el Estado Civil les otorga para hacer oír la voz de los más vulnerables.

Pero en esa gratitud no deja de escucharse “el grito de la imputabilidad” a la que ni el Estado en sus políticas públicas ni la voluntad política del quehacer social, político y económico han hecho posible en el rostro del migrante. En su discurso Norma (representante del grupo e hija de la fundadora) expresa:

La migración es hoy en día una problemática que engloba muchas otras y que en suma representan un obstáculo para el desarrollo de los países; pero una debe hablar de lo que conoce y en este caso es México, porque recordemos que los migrantes no vienen solo de Centroamérica sino que también salen de todas partes de nuestro propio país. Es así que México visto con nuestros ojos (los de las patronas), se encuentra fracturado, atravesado por la violencia, por la impunidad, por la apatía, por la discriminación, por la falta de oportunidades reales y una lista de más cosas que podrían no terminar pero que se relacionan todas entre sí³³.

Y para explicarlo pone – como es costumbre en sus narraciones- un sencillo ejemplo:

Permítanme contarles la historia de doña Tere una señora de la tercera edad quien ha colaborado con nosotras desde hace un tiempo y que debe viajar un par de horas para poder ganar algunos pesos que al final de día solo le servirán para regresar a su casa. Bajar de la sierra donde vive le cuesta alrededor de 50 pesos entre los autobuses que debe tomar, al llegar a Córdoba trabaja todo el día lavando ajeno para ganar unos 50 pesos con lo cual apenas y le alcanzará para regresar a casa sin un peso. Me encontré a doña Tere una mañana en el autobús y al contarme su historia le propuse que nos ayudara en lo que pudiera y a cambio le ofrecí de todo lo que hay en nuestro comedor, pan, frijoles, arroz, algunas frutas que nos donan y todo lo que ella pudiera llevar consigo.

33 Las Patronas, 2014. [Consulta 20-08-2016]. Disponible en: <<https://www.facebook.com/meraspatronas/posts/10152127881716079>>.

El caso de Doña Tere es solo uno entre muchos que sirven de ejemplo para explicar porque la gente se ve en la necesidad de abandonar su hogar y salir a buscar en otro lado lo que bien pudieran encontrar en su tierra³⁴. A lo que añade puntualmente:

No nos conformemos hermanos y hermanas, nuestro deber como sociedad no es callarnos, sino denunciar, participar y proponer. Y pedimos al Sr. Presidente que se nos escuche y podamos crear un diálogo entre la sociedad y los que nos representan. Porque no se trata de criticar o juzgar quiénes se han equivocado o quienes han traicionado a la patria. Lo verdaderamente importante en estos tiempos es actuar, es llevar el mensaje de que las cosas pueden mejorar y que cada quien desde su vida cotidiana puede propiciar un cambio... Luchamos por los migrantes que salen en busca de un sueño por una vida mejor, lo que muchos consideran imposible, pero luchamos sobre todo porque ese sueño ojala...ojalá algún día se convierta en realidad³⁵.

8. El Futuro Próximo no Existe

Ante la situación que hoy está viviendo el fenómeno migratorio ¿cuáles son las posibilidades del sueño por una vida mejor al que alude Norma?

Las acciones emprendidas por el Gobierno Mexicano, en gran parte presionado por políticas internacionales, han sido condensadas en el Programa Frontera Sur cuyos objetivos son: A) Evitar que los migrantes pongan en riesgo su integridad al usar un tren que es de carga y no de pasajeros. B) Desarrollar estrategias puntuales que garanticen la seguridad y la protección de los migrantes. C) Combatir y erradicar a los grupos criminales que vulneran sus derechos³⁶.

Algunas de las estrategias han sido: intensificar la vigilancia; detener migrantes y repatriarlos; acelerar la velocidad del tren “la bestia”; otorgar permisos a trabajadores guatemaltecos en algunos estados del sureste y bajo ciertas condiciones; coordinar esfuerzo a con los consulados nortea-

34 Las Patronas, 2014. [Consulta 20-08-2016]. Disponible en: <<https://www.facebook.com/meraspatronas/posts/10152127881716079>>.

35 Las Patronas, 2014. [Consulta 20-08-2014]. Disponible en: <<https://www.facebook.com/meraspatronas/posts/10152127881716079>>.

36 Animal Político, 2016. [Consulta 30-08-2014]. Disponible en: <<http://www.animalpolitico.com/2016/08/estas-son-las-principales-acciones-del-programa-frontera-sur-para-proteger-migrantes/>>.

americanos. Todas estas medidas han propiciado que el flujo migratorio disminuya considerablemente, las detenciones realizadas en las últimas fechas señalan que: “menos de 15 fueron detenidos en un tren que en tiempos no lejanos solía transportar entre 600 y un millar de migrantes.”³⁷ Las mismas Patronas en entrevistas periodísticas aluden a esa disminución y señalan que pasan por Amatlán de los Reyes, Veracruz comentan sobre la deportaciones. Un fenómeno interesante es que continúa el paso de familias completas³⁸.

Todas estas acciones forman parte del llamado programa frontera sur mediante el que se busca que la frontera sea competitiva e inclusiva a través de dos propósitos “Uno, proteger y salvaguardar los Derechos Humanos de los migrantes que ingresan y transitan por México. Y dos, ordenar los cruces internacionales para incrementar el desarrollo y la seguridad de la región”³⁹.

La gran pregunta es ¿Qué pasará con quienes se ven obligados a permanecer en sus lugares de origen de donde el terror, la violencia y el hambre los expulsaban. ¿Qué del sueño? ¿Cómo configurar un sueño? ¿Cómo se encauzará la compasión y la solidaridad ante los magnos programas de los Estados? Las patronas saben que la corrupción se hace patente como acicate contra los Derechos Humanos del migrante y señalan que seguirán en su trabajado como sociedad y defensora de los Derechos Humanos. Ante esta situación si el futuro próximo existe es aún más incierto.

9. El Fin de la Utopía Doméstica

“Queremos que algún día no hagan falta las patronas, pues así veremos un avance, que no se requiera viajar y exponer la vida para alcanzar mejores condiciones”⁴⁰ por ello lo que inicio hace 20 años como un acto de *Compa-*

37 La Prensa OEM, 2014. [Consulta 30-08-2016]. Disponible en: <<http://www.oem.com.mx/laprensa/notas/n3522416.htm>>.

38 Formato siete, 2014. [Consulta 30-08-2016]. Disponible en: <<http://formato7.com/2014/09/24/bajael-paso-de-migrantes-por-operativos-en-la-frontera-sur-las-patronas/>>.

39 Grupo Milenio, 2014. [Consulta 30-08-2016]. Disponible en: <http://www.milenio.com/politica/migracion-Chiapas-Enrique_Pena_Nieto-Frontera_Sur-migrantes-menores_migrantes-Guatemala_0_331167085.html>.

40 Grupo Milenio, 2014. [Consulta 30-08-2016]. Entregan Premio nacional de derechos Humanos a las Patronas. Disponible en: <http://www.milenio.com/df/Entrega-Premio-Derechos-Humanos_Patronas_0_206979603.html>.

sión se ha convertido en una causa. *La causa del migrante* que ahora se sostiene en estructuras de *Solidaridad Ciudadana* y que agrupa organizaciones de la sociedad civil y de diversos sistemas de creencias y que mutuamente se fortalecen en los significados y aplicación de los derechos Humanos en el contexto de las sociedades plurales del siglo XXI donde los fenómenos como la migración son tan complejos y en donde la vulnerabilidad jurídica es el tema sobre el que hay que seguir trabajando para resolver: El abandono forzado del país de origen, la seguridad de tránsito, el desarrollo de nuevas políticas migratorias tanto de países emisores como receptores, el fin a la complicidad y el derecho encontrar a los desaparecidos y a sepultar a sus muertos.

Referências

- ARENDETT, H. *La Condición Humana*, Edit. Paidós, Barcelona, 1993.
- CÁRDENAS, J. *Fundamentación ética ante la experiencia de amenaza*, Disertación doctoral, 2013.
- JONAS, H. *El principio de responsabilidad*, Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, Introd. de Andrés Sánchez Pascual, Edit. Herder, Barcelona, 1995.
- RICOEUR, P. *Los caminos del reconocimiento*. 1ª. Edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- _____. *Si mismo como otro*, 2ª. Ed. Siglo XXI Editores, 2003.
- ROMERO, C. *Derechos Humanos y Seguridad*, 1ª. Coedición UANL-TEC, 2012.
- SILVEYRA, S. *Valor y sentimiento. La noción de persona en el pensamiento de Max Scheler*, Editorial Plaza y Valdés, España, 2013.

Autores Convidados

A Contraditória Relação entre Livre-Mercado e Desenvolvimento Humano: Possíveis Soluções a partir do Conceito de Capacidades em Amartya Sen

The Contradictory Relationship between Free Market and Human Development: Possible Solutions from the Concept of Capabilities in Amartya Sen

Gina Vidal Marcílio Pompeu*

Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

Rafael Veras Castro Melo**

Universidade de Fortaleza, Fortaleza – CE, Brasil

1. Introdução

Por meio do presente artigo trata-se do tema da relação entre livre-mercado e desenvolvimento humano, notadamente na questão da viabilidade e necessidade de coadunar tais mecanismos. Sublinha-se a teoria econômico-social de Amartya Sen, haja vista que reconhece as benesses do mercado, ao tempo que gera emprego e renda, sem olvidar as suas exiguidades. Para tal desiderato, considera-se livre-mercado como a possibilidade de as pessoas realizarem trocas sem a ingerência do Estado.

O livre-mercado foi reconhecido, por boa parte dos teóricos, especialmente nos séculos XVIII e XIX, como mecanismo necessário para a gerência

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada. E-mail: ginapompeu@unifor.br.

** Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado. E-mail: rafaellveras@hotmail.com.

da economia, com as trocas entre os particulares pouco reguladas pelo Estado. Não havia uma sistematização concreta dos direitos sociais, visto que se entendia que não era papel do Estado se imiscuir nesse processo de garantia de direitos. Assevera-se que, no início do século XX, percebe-se a necessidade de os entes estatais promoverem maior integração socioeconômica, vez que o paradigma anterior do Estado liberal, para muitos teóricos, tornara-se ultrapassado, pois não conseguira resolver as mazelas sociais. A liberdade econômica não conseguira eliminar a pobreza, as privações e as fomes, o que revelaria a indispensabilidade de distinta compreensão.

Surge a ideia do Estado Social, no qual o ente estatal deveria prover à população meios para sua subsistência, caso os mecanismos do livre-mercado não fossem capazes. O Estado deveria fornecer serviços básicos como saúde, educação, moradia, pois o mercado por si não era suficiente para dirimir as desigualdades e conseqüente exclusão socioeconômica. Vale lembrar que este tipo de intervenção estatal gerou embate teórico entre defensores do livre-mercado e defensores do desenvolvimento humano, pois, para alguns, tais visões seriam excludentes. Ou se optaria pelo livre-mercado e pelo crescimento econômico, ou se decidiria pelo desenvolvimento humano. Tal contraposição foi, por muito tempo, central nos debates acerca da ciência econômico-social.

Nesse diapasão, torna-se relevante a abordagem de Amartya Sen, que desenvolve o conceito de capacidades, a fim de avaliar a possibilidade de o mecanismo do livre-mercado corroborar com o desenvolvimento humano. Tais vertentes, segundo o autor, não seriam excludentes e possuem ambas relevante escopo no crescimento econômico e no desenvolvimento humano.

A partir da ótica do autor, depreende-se que o crescimento econômico não pode ser observado como objetivo primordial do processo de desenvolvimento, posto que há outras liberdades instrumentais e substantivas a serem concatenadas nesse processo. Ademais, o crescimento econômico é substancialmente dificultado pela ausência de mínimas condições sociais para o engrandecimento humano.

Diante desse contexto, no primeiro capítulo, pesquisa-se o tema do livre-mercado, com seu conceito e implicações práticas. Ressalta-se a importância do mercado para o crescimento econômico e observa-se que somente no mecanismo de mercado sem interferência estatal se pode fazer o devido cálculo econômico. Já no segundo capítulo, analisa-se as críticas ao mercado livre, especialmente quanto a sua impossibilidade de realizar

completas transformações sociais e prover os mais pobres de condições para a subsistência. Sob essa perspectiva, verifica-se a carência de complementação estatal para efetivar os direitos mínimos necessários à subsistência.

A metodologia aplicada é descritivo-analítica, além de qualitativa. Utilizam-se livros e artigos acerca do tema, para descrever as minúcias da questão e analisar a possibilidade de resolução prática das contradições entre crescimento e desenvolvimento. A pesquisa tem caráter exploratório, na qual se perscrutam as diversas teorias acerca do livre-mercado e do desenvolvimento humano, a fim de encontrar uma solução possível para o impasse na teoria econômico-social de Amartya Sen.

Por fim, realiza-se levantamento dos conceitos de Amartya Sen sobre o tema e suas sugestões para o desenlace do conflito supracitado, por intermédio da formulação da ideia de capacidades, para que, como conclusão, explicita-se a possibilidade de coadunar os mecanismos de livre-mercado com o desenvolvimento humano.

2. O Livre-Mercado: Conceitos, Implicações Práticas, e sua Importância para o Crescimento Econômico

Por opção metodológica e primando pela coerência do estudo, optou-se por dedicar o primeiro capítulo à análise dos conceitos básicos relacionados ao tema, especialmente o de livre-mercado, uma vez que, para que se entenda o posicionamento de Amartya Sen na questão referida, faz-se imperioso estudo prévio de seus elementos, características e implicações práticas. Nessa linha de pensamento, conceitua-se o livre-mercado descrevendo-o como possibilidade de as pessoas realizarem trocas livremente. A liberdade referida no conceito é a ausência de ingerência estatal direta nas trocas econômicas; os agentes econômicos podem realizar transações de acordo com suas vontades.

A economia de mercado tem como princípios basilares a divisão social do trabalho e a propriedade privada dos meios de produção, com ênfase na ação dos indivíduos separadamente. A procura do interesse dos indivíduos causa o crescimento de toda a sociedade, pois se obtém ganhos coletivos das disposições de lucros individuais; nesse diapasão, ao priorizarem seus lucros, as pessoas fazem desenvolver o todo social¹.

1 MISES, 2010, p. 315.

Por definição, a perspectiva dos liberais da chamada Escola Austríaca, como Mises, Hayek², dentre outros, é a de compreender o mercado como mecanismo que pode se gerir livremente, com a necessidade do Estado apenas para proteger determinadas garantias concernentes ao próprio mercado. O Estado é apenas um meio para resguardar o mecanismo de mercado diante de abusos. Assim, é instituição obrigada a evitar danos laterais entre os indivíduos no sistema mercadológico. Afirma Ludwig von Mises³:

O mercado orienta as atividades dos indivíduos por caminhos que possibilitam melhor servir as necessidades de seus semelhantes. Não há, no funcionamento do mercado, nem compulsão nem coerção. O estado, o aparato social de coerção e compulsão, não interfere nas atividades dos cidadãos, as quais são dirigidas pelo mercado. O estado utiliza o seu poder exclusivamente com o propósito de evitar que as pessoas empreendam ações lesivas à preservação e ao funcionamento regular da economia de mercado. Protege a vida, a saúde e a propriedade do indivíduo contra a agressão violenta ou fraudulenta por parte de malfeitores internos e inimigos externos. Assim, o estado cria e preserva o ambiente onde a economia de mercado pode funcionar em segurança.

Nessa visão da Escola Austríaca da Economia, o Estado serve unicamente para evitar entreveros entre os cidadãos e para impedir que as próprias regras do mercado sejam descumpridas, garantindo, por exemplo, a consecução de contratos e a paz. Não é dever do Estado resolver as mazelas socioeconômicas, que devem ser solucionadas pelo próprio mercado⁴. Acredita-se, portanto, no poder de autorregulação do livre-mercado.

O mercado também é visto como parte do desenvolvimento das estruturas sociais, pois sucedeu um sistema econômico em que havia pouca liberdade de troca de posições de trabalho e de prestação de serviços (feudalismo). Dessa forma, o livre-mercado foi instrumento de desenvolvimento quando de sua implantação. As sociedades, antes constituídas por feudos, em que os servos estavam sujeitos às vontades dos senhores feudais, passaram a estágio onde poderiam melhor se autodeterminar. Percebe-se a importância histórica que essa transformação da divisão social do trabalho representou.

2 HUERTA DE SOTO, 2010.

3 2010, p. 315.

4 BASTIAT, 2010, p. 55.

Para além dessa perspectiva emancipatória, o livre-mercado possibilita o crescimento econômico de maneira mais acentuada do que outras alternativas econômicas. A ciência econômica tem demonstrado que somente no livre-mercado se pode ter um conhecimento pleno do mecanismo de preços, uma vez que o Estado não pode dispor do controle da oferta e da procura quando de seu planejamento de maneira a calcular os preços imparcialmente. O devido cálculo de preços só é feito por indivíduos, pois o conhecimento das necessidades e dos recursos de outras pessoas está disperso na sociedade⁵.

Em outras palavras, quando uma autoridade central estatal pretende interferir no mecanismo econômico, faz com a deturpação do conhecimento econômico, que está melhor expresso no controle de preços dos agentes livres, o qual se ajusta à lei da oferta e da procura. Interferir nesse processo é prejudicar o conhecimento econômico, o que provoca consequências negativas como a inflação ou perdas⁶.

Logo, é preferível que a autoridade estatal interfira o menos possível na atividade econômica, respeitando as leis mercadológicas, para que se possa ter um sistema de preços eficiente. Deve-se, portanto, reconhecer a eficácia do livre-mercado para o crescimento econômico: ele permite que os indivíduos diretamente envolvidos nas trocas econômicas assumam os riscos de seus empreendimentos, o que ocasiona ganhos.

Na interpretação de F. A. Hayek⁷, o aumento da atividade estatal e da centralização econômica conduz à diminuição da liberdade, com possíveis consequências totalitárias, levando o governo a se imiscuir cada vez mais na vida dos indivíduos. O autor faz um paralelo, dessa forma, entre a mais forte inserção do Estado na economia e a diminuição da liberdade individual.

O Estado, quando pretende interferir na atividade da economia, faz por meio de planejamento que desconsidera a imprevisibilidade mercadológica. As perdas econômicas consequentes desse processo são imputadas ao contribuinte, vez que o dinheiro dos orçamentos estatais é gerado, comumente, pelos tributos, advindos do cidadão e das empresas. Assim, não há a devida responsabilização econômica dos agentes humanos motivadores das perdas.

5 SCRUTON, 2015, p. 92.

6 SCRUTON, 2015, p. 93.

7 2010, pp. 175-176

No livre-mercado, cada pessoa é responsável pelos lucros e perdas de sua atividade econômica. Dessa maneira, as más decisões dessa natureza são imputadas àqueles que as geraram, ocasionando uma relativa justiça na economia. A responsabilização individual pelos lucros e perdas no mercado gera no indivíduo a necessidade de maior responsabilidade nas suas decisões.

Nessa esteira de pensamento, deve-se reconhecer o crescimento econômico pelo qual passou a humanidade nos últimos séculos, muito em função da possibilidade de trocas livres no mercado. Amplos foram os avanços tecnológicos e de qualidade de vida para a população, fato que possibilitou o provimento de direitos sociais para significativa parcela da população. Assim, para Amartya Sen⁸:

Vivemos em um mundo de opulência sem precedentes, de um tipo que teria sido difícil até mesmo imaginar um ou dois séculos atrás. Também tem havido mudanças notáveis para além da esfera econômica. O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo como o modelo preeminente de organização política. Os conceitos de direitos humanos e liberdade política hoje são parte da retórica prevalecente. As pessoas vivem em média muito mais tempo que no passado. Além disso, as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, não só nos campos da troca, do comércio e das comunicações, mas também quanto a ideias e ideais interativos.

Não é difícil perceber as relevantes mudanças advindas da liberdade de mercado. A industrialização, o desenvolvimento dos meios de transporte, das telecomunicações e dos tratamentos de saúde são todos fenômenos que decorrem, em maior ou menor grau, de um mercado livre, em que as pessoas possuem a licença para buscarem a inovação e o lucro. Com uma economia de lucro proibido, a busca pela inovação fica afetada, pois muitas das melhorias, ocorridas nos últimos séculos, são resultado de políticas de incremento dos lucros por parte de conglomerados econômicos.

A partir dessa concepção, o mercado é, em sentido mais amplo, decorrência do direito de liberdade dos seres humanos. Os homens devem ser livres para realizar trocas no mercado independentemente da geração de lucro. Tal direito não necessita de justificação suplementar, pois o fato

8 2010, p. 9.

de uma pessoa ser livre já contém por si a compreensão de que ela possa dispor de seus bens da maneira que lhe aprouver. Dessarte, o livre-mercado pode ser considerado como uma das liberdades substantivas que o ser humano possui, não podendo ser restringida pela mera vontade de grupos políticos ou do ente estatal⁹.

Entretanto, apesar da imprescindibilidade de se reconhecer a importância do livre-mercado para o desenvolvimento econômico, deve-se observar que tal crescimento, muitas vezes, não vem acompanhado do respectivo desenvolvimento social. A despeito das realizações econômicas dos últimos séculos, muitas pessoas ainda vivem marginalizadas e excluídas do processo. Persistem adversidades como fomes coletivas, violações de liberdades políticas, ameaças ao meio ambiente e à sustentabilidade da vida econômico-social¹⁰.

Verifica-se que o crescimento econômico é, por natureza, contraditório. Muitas vezes exclui determinadas parcelas da população, a despeito da riqueza e prosperidade que proporciona. É nesse diapasão que surgem as críticas ao livre-mercado, razão que evidencia a imprescindibilidade de ajustes desse mecanismo, a fim de proporcionar o desenvolvimento humano que englobe todos os cidadãos e classes. A tomada de decisões inclusivas evita os processos excludentes e realiza a devida distributividade social.

3. As Críticas ao Livre-Mercado e a Impossibilidade da Resolução dos Problemas Sociais pelo Mercado: o Papel do Estado no Processo

Para que se possa empreender uma teorização mais completa, deve-se pontuar que ainda há teóricos que não veem o mecanismo de mercado como a melhor solução para o crescimento econômico, pois compreendem que nesse ambiente se acentuam as desigualdades e se tolhem direitos sociais. Na crítica ao sistema capitalista e financeiro da contemporaneidade, é a dicção de Avelãs Nunes¹¹:

O capital financeiro descobriu um modo autônomo de ganhar dinheiro a curto prazo, sem as maçadas decorrentes das atividades produtivas. Assim se

9 SEN, 2010, p. 20.

10 SEN, 2010, p. 9.

11 2012, p. 166.

alimentar o processo de financeirização, a submissão do capital produtivo ao capital financeiro puramente especulativo. Toda a preferência aos ganhos de curto prazo, em prejuízo da ótica, da “planificação” a médio e a longo prazos, sacrificando-se, em última instância, o investimento no investimento produtivo e na inovação, o que significa menor criação de riqueza (uma parte da qual vai alimentar os lucros da especulação, porque a especulação não cria riqueza nenhuma!) e menos emprego, e maior pressão para cortar nos custos salariais, na tentativa de compensar o aumento dos encargos financeiros das empresas.

Não há como discordar de parte dessa concepção, haja vista que o crescimento dos mercados tem levado ao florescimento de capitais especulativos, muitas vezes despidos do devido controle por parte dos órgãos competentes, o que ocasiona entreveros para o sistema econômico e financeiro mundial. Sem leis que regulem essas distorções do mercado, os direitos trabalhistas podem ser vilipendiados, o que causa custo ao processo de desenvolvimento.

De acordo com a crítica de Karl Marx¹², o capitalista obriga os operários a prolongar o máximo possível o processo de trabalho, “para além dos limites do tempo de trabalho necessário para a reprodução do salário, já que é precisamente este excedente de trabalho que proporciona a mais-valia”. Dessa maneira, na perspectiva marxista, aquele que detém os meios de produção acaba por explorar o trabalhador, não lhe repassando a devida participação nos lucros decorrentes de seu trabalho.

Para parte da doutrina, o livre-mercado também não leva em consideração as diferenças de interesses entre as diversas classes, e qualquer que seja o crescimento econômico proporcionado pelo mesmo, este não dirime os conflitos sociais e a tendência de pauperização e de exclusão social decorrentes de uma competição excludente e que não proporciona a emancipação do indivíduo, haja vista que esta competição é pautada, nesse viés doutrinário, na exploração do trabalhador pelo empregador¹³.

Não se pode, porém, deixar de reconhecer que o livre-mercado, a despeito dos capitais especulativos e de sua instabilidade, é mecanismo relevante para o desenvolvimento da economia, pois possibilita que as trocas sejam realizadas de maneira que seja respeitada a lei básica da economia,

12 2004, p. 78.

13 MENDONÇA, 2012, p. 72.

que é a oferta e a procura, além de ser obedecido o sistema de preços e de cálculo econômico.

Entretanto, as contradições do sistema de mercado são latentes. Apesar de trazer desenvolvimento às nações que o adotam com maior confiança, tem se mostrado impossibilitado de realizar completas transformações sociais e de prover os mais necessitados de condições para sua subsistência, o que engendra uma série de críticas. A pobreza, a miséria, as desigualdades sociais, a inexistência de moradia para todos, a precariedade dos serviços de educação, todos são adversidades que persistem ainda no Século XXI. O mercado, por si só, não tem sido capaz de dar respostas efetivas a todas as demandas da população.

Isso posto, aguardar que o Estado disponha de bastante dinheiro para realizar a concretização de direitos sociais equivale a dizer que estes direitos sociais não serão efetivados, pois se utilizará do argumento da reserva do possível para se negar direitos mínimos à população. Os direitos de liberdade não denotam custos orçamentários elevados, enquanto os direitos sociais exigem uma disposição estatal efetiva¹⁴.

Atrelando-se a crítica ao livre-mercado a uma concepção mais filosófica, pode-se afirmar que não são apenas as riquezas que as pessoas buscam. A opulência financeira nada mais é do que forma de almejar uma vida melhor e mais digna. Nessa vertente, o alcance de riquezas é meio para se levar a fim mais abrangente. No entendimento de Aristóteles¹⁵:

Quanto à vida caracterizada pela acumulação de dinheiro, trata-se de um tipo forçado de vida e fica claro que a riqueza não é o bem objeto de nossa busca, porque não passa de uma coisa útil; é um meio para algo mais, de sorte que seria melhor nos atermos ao que anteriormente indicamos como finalidades, visto que são amadas por si mesmas.

Portanto, a vida humana não pode ser atrelada ao meramente financeiro, sob pena de redução em seu horizonte filosófico. O crescimento econômico é útil para que se busque um objetivo mais importante, mas as finalidades da vida das pessoas não podem estar restritas a um crescimento abstrato, que não leve em consideração as disparidades sociais. Mais do

14 CANOTILHO, 2002, p. 477.

15 2014, p. 52.

que crescimento econômico, o fim da sociedade é a busca do bem-comum, da possibilidade de desenvolvimento humano para o maior número de agentes envolvidos no processo, o que deve ocasionar uma vida melhor para o máximo de pessoas possível.

Nesse viés, não se pode conceber uma sociedade em que o interesse individual pautae a realização de seus fins. As teorias liberais que não atentem para a necessidade de participação do Estado no processo são vistas como reducionistas. Para Tzvetan Todorov¹⁶:

Nem todos os desejos humanos provêm das necessidades econômicas, tanto quanto a sociedade não se reduz a uma simples coleção de indivíduos, cada um dos quais bastaria a si mesmo. Hayek descarta expressões do tipo “bem comum”, “interesse geral” ou “justiça social” como abstrações vazias de sentido – porém, o que é mais abstrato do que os indivíduos que ele evoca, desprovidos de toda dimensão histórica e de todo pertencimento social? A pessoa humana não existe isoladamente, é feita de encontros e intercâmbios passados, de gerações e de empréstimos, assim como de suas interações e dependências presentes.

Não se pode ter visão unilateralista do mercado como única fonte do desenvolvimento, pois muitas vezes o crescimento econômico, proporcionado pelo livre-mercado e pelo sistema de trocas, mascara desigualdades sociais latentes, inclusive entre grupos étnicos e sociais de um mesmo país. Em um país rico, por exemplo, parte da população pode viver imensamente bem, enquanto que certos grupos são privados dos direitos mais básicos de sobrevivência, suportando condições piores do que em nações mais pobres.

Há então a necessidade de se encontrar mecanismos de coadunar a opulência proporcionada pelo mercado livre e a necessidade do desenvolvimento humano, para que não se tenha uma visão restritiva do processo, a qual analise apenas a progressividade de índices econômicos. É preciso nova visão, pautada na perspectiva das pessoas, que centralize o ser humano como sujeito do desenvolvimento, sem o qual pouco servem os índices econômicos favoráveis.

16 2012, p. 112.

Nesse ínterim, Amartya Sen¹⁷ propõe soluções para correlacionar os dois mecanismos já referidos, de maneira a respeitar a necessária liberdade nas relações econômicas e a imprescindibilidade do desenvolvimento humano, a partir de sua compreensão das capacidades humanas, em teorização que sublinha as liberdades instrumentais e substantivas que cada pessoa precisa para uma vida mais digna.

4. Sugestões para as Contradições entre Livre-Mercado e Desenvolvimento Humano: uma Abordagem na Perspectiva das Capacidades de Amartya Sen

Nesse capítulo, realiza-se levantamento dos conceitos de Amartya Sen sobre o tema e de suas sugestões para a solução do conflito supracitado, através da formulação da ideia de capacidades. A partir dessa ideia, é possível edificar entendimento para a problemática da relação entre crescimento econômico e desenvolvimento social, haja vista que o autor propõe visão da análise dos indicadores sociais, a partir do conceito de capacidades.

Na perspectiva do autor, o desenvolvimento não se traduz apenas em crescimento econômico. Para um desenvolvimento efetivo, é relevante que se atente para a condição das pessoas, que são os agentes do processo de desenvolvimento. Sendo agentes do processo, os seres humanos devem ser reconhecidos como prioridade, e não os indicadores econômicos, que muitas vezes não levam em conta as necessidades pessoais de cada indivíduo. O crescimento econômico é condição do desenvolvimento, mas não é a única. A liberdade é vista, nesta abordagem, como meio e fim do desenvolvimento; deve-se ir além do reconhecimento de que o mercado leva ao crescimento econômico¹⁸.

Logo, o desenvolvimento precisa de elementos adicionais ao crescimento econômico, pois carece de considerar o modo como as pessoas vivem e seu empoderamento, com vistas à melhoria das condições socioeconômicas dos agentes do desenvolvimento. Economia e direitos humanos devem ser coadunados, para que se produzam condições de vida mais digna e materialmente igualitárias para toda a população.

17 2010, p. 10.

18 SEN, 2010, p. 10.

A tarefa revela-se deveras adversa, considerando-se que, na impossibilidade de resolução de todos os problemas sociais por parte do livre-mercado, pede-se uma interferência estatal para que garanta direitos sociais. Isso, porém, vai na contramão do que foi explicitado anteriormente, pois o Estado normalmente interfere no mercado de maneira prejudicial à economia. É papel do estudioso do tema encontrar a justa medida entre essas duas proporções, pois uma não é mais importante que a outra.

Amartya Sen começa a resolver o problema por intermédio da divisão entre liberdades instrumentais e liberdades substantivas. As liberdades instrumentais são aquelas que levam ao desenvolvimento das liberdades substantivas; são os meios e os caminhos para esse desenvolvimento. Explica o autor¹⁹:

Cinco tipos distintos de liberdade visto de uma perspectiva “instrumental” são investigados particularmente nos estudos empíricos a seguir. São eles: (1) liberdades políticas, (2), facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora. Cada um desses tipos distintos de direitos e oportunidades ajuda a promover a capacidade geral de uma pessoa. Elas podem ainda atuar complementando-se mutuamente. As políticas públicas visando ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral podem funcionar por meio da promoção dessas liberdades distintas mas inter-relacionadas.

Diante do exposto, é necessário, para uma melhor compreensão do tema, que se explique cada uma dessas liberdades elencadas. As liberdades políticas se referem à possibilidade de votar, de fiscalizar e de criticar as autoridades, com livre expressão e sem censura. As facilidades econômicas se referem a liberdade de troca de mercadorias e de produção. As oportunidades sociais relacionam-se ao exercício dos direitos à saúde, educação, alimentação e moradia. As garantias de transparência à clareza dos dados públicos, para que se possa exercer uma efetiva fiscalização. Por fim, a segurança protetora se refere à rede de proteção social, impedindo a extrema pobreza e a fome para os necessitados.

Ressalte-se, portanto, que nenhuma das liberdades instrumentais elencadas é mais importante que a outra, constituindo todas aspectos funda-

19 2010, p. 25.

mentais do processo de desenvolvimento. O crescimento econômico é um viés no incremento das liberdades substantivas que as pessoas valorizam, mas não o único, sendo, inclusive, prejudicado caso não se atente para a importância de outras liberdades essenciais para a vida das pessoas.

O crescimento econômico, notadamente dos índices de Produto Nacional Bruto (PNB), é relevante para se auferir o grau de crescimento e a boa ou má gestão dos países. Entretanto, se tomados em conta isoladamente, produzem sensação de desenvolvimento errônea, não complacente com o moderno processo desenvolvimentista. A riqueza só serve enquanto útil para desenvolvimento de capacidades humanas e de melhoria na qualidade de vida das pessoas²⁰.

É possível que um país cresça em seu Produto Nacional Bruto, mas que não esteja distribuindo riquezas de maneira que possibilite às populações mais pobres condições de vida mais digna. Assim, o processo de desenvolvimento seria incompleto, tendo em vista que não estaria observando os agentes envolvidos e as necessidades especiais de cada um.

Após a explicitação do que seriam as liberdades instrumentais, o autor passa a explicar o que seria a liberdade substantiva, decorrência das instrumentais já elencadas. A liberdade substantiva se traduz em desenvolvimento de capacidades. Em sua conceituação²¹:

Nessa abordagem, a expansão da liberdade é considerada (1) o fim primordial e (2) o principal meio do desenvolvimento. Podemos chamá-los, respectivamente, o “papel constitutivo” e o “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento. O papel constitutivo relaciona-se à importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem capacidades elementares como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez inevitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc. Nessa perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão básica dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de se basear nessa consideração.

20 SEN, 2010, p. 28.

21 2010, p. 55.

Tem-se uma visão expansiva do homem: o homem não é apenas homem econômico, mas também homem social, imiscuído em uma sociedade que busca o bem-comum. Ele tem outras benesses que valoriza além do dinheiro, apesar deste também se constituir de elemento importante. A visão é, portanto, abrangente do processo social. Entre seres humanos, há pessoas mais ou menos necessitadas, e é preciso equidade no tratamento do Estado com essas disparidades. A promoção dessas liberdades substantivas possibilita às pessoas desenvolverem suas capacidades.

A análise do desenvolvimento dessas capacidades deve levar em conta as condições sociais, as necessidades físicas, as diferenças de clima, de modo de vida, a fim de poder englobar entendimento completo do que necessita o ser humano. As capacidades devem ser vistas na interligação com as necessidades específicas de cada um, a fim de evitar que se tornem apenas índice formal, que não considera as peculiaridades de cada vida humana²².

Já se assentou a importância do livre-mercado nesse processo. Porém, na falha do mecanismo de mercado, precisa-se de outro ente que possa solver os problemas decorrentes dessa impossibilidade mercadológica de solucionar todas as adversidades sociais. Apesar de se reconhecer liberal, Amartya Sen entende que esse papel é do Estado, pois o gasto público pode solver algumas das penúrias sociais sem grandes impactos financeiro-orçamentários. Na concepção do autor²³:

Por outro lado, o sucesso do processo conduzido pelo custeio público realmente indica que um país não precisa esperar até vir a ser muito rico (durante o que pode ser um longo período de crescimento econômico) antes de lançar-se na rápida expansão da educação básica e dos serviços de saúde. A qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais. O fato de a educação e os serviços de saúde também serem produtivos para o aumento do crescimento econômico corrobora o argumento em favor de dar-se mais ênfase a essas disposições sociais nas economias pobres, sem ter de esperar “ficar rico” primeiro. O processo conduzido pelo custeio público é uma receita para a rápida realização de uma qualidade de vida melhor, e isso tem grande

22 SEN, 2010, p. 105.

23 2010, pp. 71-72.

importância para as políticas, mas permanece um excelente argumento para passar-se daí a realizações mais amplas que incluem o crescimento econômico e a elevação das características clássicas da qualidade de vida.

Um país, portanto, não deve primeiro crescer para depois pensar em desenvolvimento humano. O crescimento e o desenvolvimento humano são processos concomitantes, os quais se ajudam mutuamente. Com o desenvolvimento social, o crescimento econômico fica facilitado, pois, os agentes terão maiores possibilidades de participar do processo desenvolvimentista. Uma pessoa com mais educação tem maiores possibilidades de ingressar no mercado de trabalho e oferecer serviço qualificado, com o qual pode incrementar situação econômica de sua família.

Sob a ótica do Estado Constitucional, as suas funções têm como escopo primordial garantir condições básicas para que as pessoas possam ter uma vida digna, seja por intermédio da esfera legislativa, executiva ou judiciária. Entre esses serviços básicos, compreende-se educação adequada, que forme cidadãos conscientes da importância da sua participação no processo democrático; sistema de saúde que impeça que as pessoas faleçam prematuramente; além de segurança protetora que dê dignidade e que impeça as pessoas de morrerem de fome. O conceito de capacidades, por levar em conta a necessidade de cada pessoa para sobreviver, evita generalizações e situa a perspectiva do desenvolvimento no caráter humano dos agentes que participam dele.

Complementando o trabalho do autor, pode-se destacar a abordagem de Martha Nussbaum²⁴. Sua diferenciação para Amartya Sen é ter reconhecido dez capacidades mínimas sem as quais as pessoas não poderiam ter uma vida reconhecida como digna. As liberdades substantivas de que as pessoas dispõem para sua sobrevivência agora são destacadas. Passa-se de um conceito abstrato para direitos concretos que devem ser implementados por todos os Estados.

Estas capacidades são: 1) direito à vida, que consiste em ter uma vida de duração normal, sem morrer prematuramente; 2) saúde corporal, tendo uma vida com bem-estar e possibilidade de reprodução; 3) integridade corporal, com a possibilidade de se mover de um lugar para outro, sem ser vítima de violência; 4) direitos aos sentidos, emoções e pensamentos;

24 GOUGH, 2007, p. 177.

5) direito às emoções, ou seja, de ter vínculos afetivos com as pessoas que se valoriza; 6) direito à razão prática, o qual permite a formação de um conceito próprio de bem através da liberdade de consciência; 7) direito à afiliação, possibilidade de se relacionar com outras pessoas seja no ambiente de trabalho ou pessoal, independente de raça, sexo ou religião; 8) capacidade de viver com outras espécies, com animais, plantas e com o mundo da natureza; 9) capacidade para o lazer, ou seja, para desfrutar de seu ócio como lhe convier; 10) capacidade para o controle de seu entorno, seja ele político, de tomar suas decisões políticas livremente ou mesmo de propriedade, de usar seus bens materiais como quiser e ter possibilidade de buscar bens materiais igual as outras pessoas²⁵.

Outrossim, na visão de Amartya Sen, portanto, é reconhecida a intrínseca importância dos mercados para a economia: primeiro, porque o próprio livre-mercado é parte de uma acepção mais ampla de liberdade, e sem ele as pessoas ficariam tolhidas de parte do seu direito geral de liberdade. Em segundo lugar, porque o mercado é mecanismo eficaz para proporcionar o crescimento econômico, evitando as perdas advindas de um processo econômico centralizado.

Entretanto, o autor compreende que é preciso ir além desse entendimento: o homem tem uma dimensão social, e é a busca do bem-comum que deve pautar a sociedade. Os índices econômicos não traduzem de maneira eficaz o desenvolvimento social, e é possível coadunar esses dois processos em um só. Cada pessoa tem necessidades diferentes, e o Estado não pode deixar de fornecer condições mínimas para a sobrevivência de todos.

Pontue-se, portanto, que o crescimento econômico, por um lado, proporciona desenvolvimento social, quando aumenta a renda das pessoas em geral, as possibilidades de se obter emprego e estimula o crescimento do país. Por outro lado, o desenvolvimento humano facilita o fortalecimento da economia, vez que produz agentes mais preparados para o livre-mercado. Não são processos excludentes, mas sim, devem ser correlacionados a fim de proporcionar melhores condições de vida para a população.

25 NUSSBAUM, 2002, pp. 78-80.

5. Conclusão

Conclui-se, à luz dos elementos analisados ao longo do presente artigo, que o livre-mercado desempenha papel relevante no processo de desenvolvimento, haja vista que o mecanismo de mercado é relevante para gerar o crescimento econômico e o aumento da riqueza, possibilitando a aplicação efetiva dos princípios da teoria econômica e a melhor alocação dos recursos disponíveis.

Somente em um mercado livre são possíveis os cálculos econômicos necessários para o estabelecimento correto de um sistema de preços, através da lei da oferta e da procura. Com esse correto estabelecimento, evita-se a inflação, o desemprego e outros problemas econômicos que seriam acarretados por má gestão da economia. O sistema de preços é ajustado por meios das trocas econômicas realizadas pelos indivíduos no exercício de sua liberdade individual: o valor de cada produto depende daquilo que as pessoas estão dispostas a gastar para consumi-lo.

O Estado, por sua vez, não dispõe dos elementos essenciais para gerir a economia de maneira economicamente rentável, uma vez que os agentes do mercado possuem mais informações e liberdade para se adaptarem ao sistema de preços. Quando o Estado pretende intervir na economia fortemente, gera uma artificialidade no sistema econômico que provavelmente ocasionará crises e recessão. O cálculo de preços realizado por um mecanismo estatal ignora a liberdade das pessoas e as variações de oferta e procura que podem ocorrer nas relações normais do mercado.

Entretanto, é preciso reconhecer que o mecanismo do livre-mercado não possui o condão de solver todas as adversidades sociais, pois mesmo com o crescimento econômico experimentado nas últimas décadas, persistem dificuldades tais como a desigualdade social, a pobreza, a fome extrema e as falhas nos sistemas de saúde e educação. O mercado é um meio de dirimir a pobreza dos países, mas o crescimento econômico é comprometido caso não existam políticas públicas capazes de dar o mínimo de capacitação e de condições de vida aos setores mais pobres da sociedade.

Nesse ínterim, a acumulação de riquezas não deve ser vista como o objetivo da sociedade. A sociedade é formada tendo em vista o bem-comum de seus membros, o qual, muitas vezes, não é proporcionado pelo crescimento de índices econômicos, tais com o Produto Nacional Bruto. É importante que se sublinhe essa percepção de bem-comum advinda da

filosofia, pois assim se compreende que o homem é formado não apenas por suas relações econômicas, mas também por uma essência social em que não se pode olvidar da importância da alteridade no processo.

Ademais, é preciso que se perceba que mesmo no seio de países ricos há desigualdades latentes, em que determinados setores da população são alijados do crescimento. Pequenos grupos detêm as facilidades do desenvolvimento econômico, enquanto que significativas parcelas da população carecem dos serviços mais elementares, sendo privados até mesmo da alimentação básica. A desigualdade também é uma adversidade que não pode ser resolvida unicamente pelo mecanismo de mercado, mas sim por uma conjunção de fatores de desenvolvimento.

Nesse contexto, torna-se necessária uma abordagem dessa relação entre crescimento econômico e desenvolvimento humano que coadune um processo com o outro, criando-se um único em que ambos os pressupostos se entrelaçam com o fito de gerar uma vida mais digna. Ressalte-se que o crescimento econômico dificilmente é atingido com um baixo nível de indicadores humanos, como escolaridade e condições de saúde; portanto, é importante que haja desenvolvimento humano concomitante ao econômico para que os processos de incremento sejam beneficiados.

Nesse diapasão, a doutrina de Amartya Sen é basilar para estabelecer os princípios necessários para essa problemática, principalmente por intermédio do entendimento das liberdades instrumentais e substantivas de que necessitam os seres humanos para sobreviver. Entre as liberdades instrumentais relevantes, estão as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias transparência e a segurança protetora.

Cada uma dessas liberdades instrumentais é caminho para que se desenvolva a liberdade substantiva das pessoas possuírem a melhor vida para sua situação. As liberdades substantivas, portanto, constituem-se da capacidade de ter uma vida melhor. Não se pode compreender a vida humana como livre caso haja o empecilho para o desenvolvimento de quaisquer das liberdades que as pessoas necessitam para ter uma vida plena; por isso, o crescimento econômico puro não é capaz de aferir quanto as liberdades substantivas das pessoas são efetivamente afetadas.

Nota-se que as capacidades devem levar em consideração as peculiaridades de cada pessoa, e não apenas um discernimento acerca de um “homem médio”. Cada ser humano possui necessidades diferentes, sendo importante que se avaliem estas e, a partir delas, construa-se uma aborda-

gem de como interferir em sua situação de vida, caso se faça necessário. As condições de uma pessoa doente, ou mesmo de uma pessoa de idade mais avançada, não podem ser consideradas iguais às de um jovem, pois isso acarretaria em grave desigualdade material entre esses dois polos, não havendo o pleno progresso das capacidades de cada um de acordo com suas exigências.

Amartya Sen reconhece o papel do Estado na consolidação das liberdades instrumentais e substantivas. Quando falha o mecanismo do livre-mercado, é o Estado quem deve interferir, garantindo direitos sociais dos mais diversos, como educação, saúde, moradia e alimentação mínima para a sobrevivência. Sem a garantia desses direitos, os seres humanos não são capazes de desenvolver as capacidades enumeradas pelo autor, e assim não há o pleno desenvolvimento humano.

Quando garante esses direitos sociais básicos, o Estado também está colaborando com o processo de crescimento econômico, tendo em vista que produz agentes mais preparados para o mercado de trabalho, o que possibilita um desenvolvimento humano e econômico concomitante. O trabalhador com melhores condições de educação e saúde, por exemplo, terá mais condições de se envolver no processo produtivo de maneira mais efetiva e eficiente. Esses desenvolvimentos, portanto, não são excludentes, mas sim includentes. Dependem um do outro para acontecer. Quando há o respeito às diretrizes do livre-mercado e uma atuação firme do Estado para erradicação das dificuldades sociais, há um processo de desenvolvimento amplo e abrangente.

Referências

- ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. Tradução de Mario da Gama Kury.
- _____. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- BASTIAT, Frédéric. *A Lei*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 477.
- GOUGH, Ian. *El enfoque de las capacidades de M. Nussbaum: un análisis comparado con nuestra teoría de las necesidades humanas*. Madrid: Cip-ecosocial/icaria, 2007.

- HAYEK, F.A. *O caminho da servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- _____. *Desestatização do dinheiro*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2011. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa.
- _____. *Direito, Legislação e Liberdade: Uma nova formulação dos princípios liberais de Justiça e Economia Política*. São Paulo: Editora Visão, 1985.
- HUERTA DE SOTO, Jesus. *A Escola Austríaca: Mercado e Criatividade Empresarial*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Centauro, 2004.
- MENDONÇA, Luiz Jorge V. Pessoa de. Políticas sociais e luta de classes: uma crítica a Amartya Sen. In: *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. II, n. 1, p.65-73, jul. 2012.
- NUNES, Antônio Avelãs. A Europa neoliberal e a crise atual do capitalismo. In: *Prima Facie*, João Pessoa, v. 11, n. 21, p. 143-182, dez. 2012.
- _____, Antônio Avelãs. *O keynesianismo e a contra-revolução monetarista*. Coimbra: Almedina, 1991.
- NUSSBAUM, Martha. *Lasmujeres y eldesarrollo humano: el enfoque de las capacidades*. Barcelona: Herder, 2002.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- _____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- _____. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SCRUTON, Roger. *As vantagens do péssimo e o perigo da falsa esperança*. São Paulo: É Realizações, 2015.
- TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Tradução de Joana Angélica D'ávila Melo.
- VON MISES, Ludwig. *Ação Humana*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- _____. *As seis lições*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009. Tradução de Maria Luiza Borges.
- _____. *Uma crítica ao intervencionismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Tradução de Arlette Franco.

Recebido em 11 de agosto de 2016

Aprovado em 09 de janeiro de 2017

A Relativização do Conceito de Soberania como Condição para Proteção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente

The Relativization of the Concept of Sovereignty as a Condition for the Preservation of the Fundamental Right to Environmental Protection

Silvana Raquel Brendler Colombo*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande – RS, Brasil

1. Introdução

Nas páginas que seguem procede-se um estudo da sociedade internacional moderna. É que a Paz de Westfália não apenas marcou a derrocada da supremacia da Igreja e do Império e, portanto, da descentralização do poder, mas também assinalou o surgimento da sociedade internacional moderna integrada por Estados iguais, independentes e soberanos.

Por isso, o Estado Moderno, após longo processo histórico, consolida-se como núcleo fundamental das relações internacionais. Afirma-se, então, o poder soberano e centralizado do Estado tanto na ordem interna quanto na ordem internacional. Internamente, se consolidou como uma unidade política com poder para fazer valer suas decisões sobre um determinado

* Doutoranda em direito pela PUC-PR. Mestre em direito pela UCS. Especialista em direito ambiental pela ULBRA. Graduação em direito pela UNIJUI. Professora titular de direito constitucional da URI. E-mail: sil_colombo@ibest.com.br.

** Pós-doutora em Direito pela UFSC. Doutora e Mestre em Direito pela UFPR. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande, professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP. E-mail: fabiana7778@hotmail.com.

território e para superar os demais poderes existentes na sociedade, em especial, o dos senhores feudais. Externamente, em razão de superar o poder do Sacro Império Romano-Germânico, consolidou-se como unidade política soberana, detentora do monopólio exclusivo da força e livre perante às outras nações.

A nota característica do Estado Moderno é a soberania que apresenta na ordem interna e externa significados diferentes. Na ordem interna, a soberania do Estado designa subordinação, ou seja, a sujeição a um poder soberano. No plano externo, ela significa independência, já que cada unidade política, enquanto ordem jurídica soberana e independente, apenas se submete às suas próprias leis e vontades.

Mas o conceito de soberania é obscuro e controverso. Sem desconsiderar a importância do significado histórico da doutrina francesa, e de seu teórico principal, que caracterizou a soberania como um poder absoluto e perpétuo, pontua-se que nesta acepção a soberania traz alguns embaraços para o direito internacional. Assim, a soberania é um conceito histórico e também um conceito relativo quando incide no domínio do Direito Internacional.

Embora o Direito Internacional nos seus primórdios tenha se desenvolvido em termos de soberania, com o objetivo de regular a coexistência entre as unidades políticas soberanas, é necessário dizer que frente aos riscos ecológicos que afetam o Planeta, impõe-se a revisão do conceito de soberania como poder absoluto e supremo. Dito de outra forma, a submissão à soberania dos Estados e à forma como eles a exercem, não pode resultar na tolerância à poluição constatada em certos países.

O certo é que a responsabilidade do homem perante a natureza e a possibilidade de catástrofes ambientais mais graves que conflitos armados, favorece a revisão do conceito de soberania nacional no momento em que se estabelece a necessidade de efetivação do direito fundamental ao meio ambiente.

2. O Conceito de Soberania na Teoria de Jean Bodin

Os Tratados de Paz de Westfália documentaram a existência de um novo tipo de Estado – o Estado Moderno – cuja nota característica¹ essencial é a

1 Santi Romano (1962) aponta a soberania e a territorialidade como os dois elementos essenciais do Estado Moderno. Já para Del Vecchio (1951), o povo, o território e o vínculo jurídico constituem-se os elementos essenciais do estado moderno.

soberania. No final da Idade Média², os príncipes soberanos ou monarcas já eram detentores de um poder centralizado, não sujeito a qualquer tipo de restrição. O que se verifica é que a afirmação de um poder soberano no sentido de supremo e absoluto se constituiu na base de formação do Estado Moderno.

O conceito de soberania e, portanto, da qualificação de soberano dada ao Estado desempenha um papel decisivo na solidificação do Princípio da Territorialidade, assim como da centralização do poder. A partir do uso da força sobre um determinado território e população e do monopólio do direito, estrutura-se uma forma de organização do poder centrada numa autoridade legal suprema, detentora do poder originário, livre de intervenção interna ou externa.

A grandeza histórica desse conceito consiste em haver visado a síntese entre o poder e direito, entre ser e dever ser, síntese sempre problemático e sempre possível, cujo objetivo era identificar um poder supremo e absoluto, porém legal ao mesmo tempo, e o de buscar a racionalização através do direito, deste poder último, eliminado à força da sociedade política³.

Deve-se ressaltar que a soberania, como poder, fora utilizada para definir e distinguir o Estado no plano interno do poder de outras autoridades e para identificá-lo como único centro de comando, que poderia impor normas aos membros da sociedade. Deu também condições, no plano externo, de o Estado assegurar sua independência absoluta em relação às potências estrangeiras, já que é detentor de um ordenamento jurídico próprio.

A dificuldade de tratar questões como a interdependência econômica, social e política a partir da soberania é latente na sociedade internacional. Isto ocorre em razão da ambiguidade e imprecisão do conceito de soberania e também pela impossibilidade de o Estado apresentar-se como único centro de poder. Por isso, a importância de estudar a soberania num primeiro momento enquanto força definidora e legitimadora do poder estatal.

Desta forma, a construção sistemática do conceito de soberania e principalmente a ideia de absolutização e perpetuidade desta é atribuída a Jean Bodin. A teoria da soberania do jurista francês teve sua formulação inicial

2 Para Jellinek (1954, pp. 331-341), o fato de a Antiguidade não ter chegado a conhecer o conceito de soberania tem um fundamento histórico de importância, a saber, faltava ao mundo antigo o único dado capaz de trazer à consciência o conceito de soberania: a oposição entre o poder do Estado e outros poderes.

3 MATTEUCCI, 1995, p. 1179.

na obra *Método para Fácil Compreensão da História* (1566), sendo claramente esboçada em *Seis Livros da República* (1576).

Afirma Chevallier: “Deste homem (Bodin) e desta obra (*República*) data realmente a noção de soberania, tal qual haveria de tornar-se – sob o Antigo regime como sob o Regime Moderno, no tempo do absolutismo monárquico como no absolutismo democrático – a noção central da ciência política e do direito público”⁴.

O primeiro aspecto importante a considerar é o que se refere ao termo *República*, utilizada por Bodin na obra acima referida, muito embora a palavra *Estado* já se fazia presente no século XVI na literatura política/jurídica. Para Jean Bodin, o termo *República* significava “um reto governo, de várias famílias, e do que lhe é comum, com poder soberano”⁵.

A par disso, *República* possui sentido de Estado e/ou de sociedade politicamente organizada, necessariamente submissa a uma mesma autoridade soberana. A soberania assegura a unidade e coesão desta sociedade e seu detentor deve estar acima das leis civis, o que implica na liberdade destas leis de acordo com a vontade do soberano. Define-se, então, a soberania como poder perpétuo e absoluto de uma República.

É preciso ter presente que a noção de soberania não se formou de um dia para outro. Primeiro, porque foi elaborada de forma lenta e gradual num contexto de lutas políticas e de disputa pelo poder. E, segundo, porque o conceito de soberania aflorou juntamente com a afirmação do Estado Moderno, enquanto unidade política independente, igualitária e livre de qualquer interferência interna ou externa.

O significado teórico da obra de Bodin para o direito político moderno não é outro senão de atribuir um caráter sistemático na discussão sobre Estado, o que se concretiza pela recuperação do processo de desenvolvimento, dos fundamentos teóricos e dos princípios que deram sustentação para a existência da soberania como elemento indispensável à organização da sociedade política.

A soberania atribuída ao Estado apresenta dupla significação na teoria bodiana. Uma noção normativa, no sentido de que este poder soberano inclui o monopólio da força, o direito de legislar e aplicar a lei, ou seja, ele designa as aspirações do poder do Estado. É também um conceito descritivo, usado como elemento caracterizador do poder estatal.

4 CHEVALLIER, 1989, p. 361.

5 BODIN, 1992. I, 8.

É oportuno ressaltar que a definição normativa de soberania é a mais presente na sociedade internacional, isto porque os Estados, apesar das pressões que o pretendem conduzir à integração internacional, buscam afirmar a jurisdição de forma exclusiva sobre um determinado território.

A soberania é exercida pelo Estado e para o Estado. O soberano é o Estado, que define sua competência territorial nos limites das suas fronteiras. Com efeito, a ordem internacional é estabelecida em função da igualdade soberana dos Estados, porque este pode submeter-se ao direito, mas não deve abandonar os elementos que fundamentam a soberania.

Tudo isto esclarece que a soberania está ligada a uma concepção de poder, a “um poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”⁶. O que se verifica, apesar disso, é que a soberania como expressão da unidade de uma ordem ou como uma qualidade essencial do Estado adquire contornos definidos na teoria de Bodin, que vem a defini-la como um poder superior, incondicionado e ilimitado.

A afirmação da soberania enquanto poder absoluto e perpétuo é um dos fundamentos do Estado moderno. Enquanto poder perpétuo o exercício da soberania não está submetido a um tempo determinado, ou seja, não sofre restrição de ordem cronológica. Acrescenta-se, ainda, que perpetuidade significa a continuidade do poder ao longo do tempo, mas não pode ser compreendida como algo que tem fim, sob pena de não existir a soberania nos Estados aristocráticos, populares e na monarquia hereditária, onde há possibilidade de perpetuação⁷.

Desta forma, na teoria bodiana, a perpetuidade da realeza é transferida para a república, para que não haja confusão entre a sociedade política e a pessoa física do rei. “É certo que o rei não morre jamais, como édito; assim, se um falece, o mais próximo macho de sua estirpe assume o reino, possuindo-o antes mesmo que seja coroado”⁸.

Como afirma Bodin, “seja qual for o poder e a autoridade que o soberano concede a outrem, ele não concede tanto que não retenha sempre mais”⁹. Desta forma, uma vez estabelecido que o caráter perpétuo da sobe-

6 REALE, 2002. p. 127.

7 BODIN, 1992.

8 BODIN, 1992, p. 227.

9 BOBBIO, 1995, p. 67.

rania significa a continuidade do poder no tempo, pode-se inferir que tal adjetivo está intrinsecamente ligado ao poder público, independentemente de quem o assume.

A soberania passa para outras mãos, mas nem por isso desaparece. Isto porque a finalidade do poder é partilhada tanto pela soberania quanto pelo soberano. O Estado é quem detém o princípio da *summa potestas*, da supremacia do poder, pois há uma identificação entre a abstração do Estado e os governantes que agem em seu nome.

Quanto ao adjetivo absoluto, significa um poder ilimitado no tempo, que não sofre restrições nem pelo cargo e nem por outro poder. Assim, conceito de soberania, enquanto poder absoluto, indica que ao poder soberano são atribuídas as seguintes notas características: superior, independente, ilimitado e incondicionado.

Em primeiro lugar, diferentemente do poder subordinado, a soberania é independente, porque o seu possuidor tem total liberdade para agir no campo do direito positivo. “Assim como o papa não tem suas mãos atadas, como dizem os canonistas, tampouco o príncipe soberano pode ter suas mãos atadas, mesmo se o desejar”¹⁰.

Deve-se ter presente, em segundo lugar, que o poder soberano é superior porque quem detém o poder supremo encontra-se numa posição de superioridade ou não está em condições de igualdade em relação aos demais poderes. E, como afirma Bodin, “é preciso que os soberanos não estejam submetidos aos comandos de outrem”¹¹.

Bodin sustenta ainda que a soberania é ilimitada, ou seja, não reconhece nenhum outro poder acima de si, isto é, “a soberania dada a um príncipe sob condições de obrigações não é propriamente soberania e nem poder absoluto”¹².

Este poder absoluto, na sociedade política, significa estar acima das leis civis assim como o soberano tem o poder de criar as leis civis e de alterá-las de acordo com sua vontade. Assim, na definição bodiana de soberania, o poder do soberano é livre diante das leis civis, tanto em relação àquelas que o mesmo estabeleceu quanto às estabelecidas pelos seus antecessores.

10 BODIN, 1992, p. 192.

11 BODIN, 1992, p. 191.

12 BODIN, 1992, p. 187.

É elementar que se reporte aos atributos da soberania, que conforme a Escola Clássica Francesa, defensora da ideia democrática de soberania, se constitui na indivisibilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade. Em outras palavras, a soberania é uma porque apenas uma autoridade detém o poder no território; indivisível, já que não pode ser dividida; imprescritível, pois sua duração é ilimitada e inalienável, não podendo ser transferida a outro.

Em decorrência deste poder absoluto e perpétuo do Estado, emanam direitos de ordem exclusiva do soberano (ou soberania), que somente podem ser exercidos por seu titular ou possuidor. Assim, decorrem da soberania o direito de declarar a guerra ou negociar a paz; o direito de instituir moedas; o direito de julgamento em última instância; o direito de conceder graças ao condenado e o direito de instituir e de cobrar impostos¹³.

Por tudo quanto foi visto, pode-se dizer que independentemente destes direitos, é a afirmação da soberania um poder absoluto e perpétuo. Esta é a grande contribuição de Bodin para a formação do Estado Moderno, ou seja, a soberania é o elemento fundamental da República¹⁴ porque é poder superior a todos os demais que existem na sociedade política.

A soberania é una e indivisível, porque num mesmo Estado não se admite a convivência de duas soberanias, já que se configura como poder superior a todos os demais existentes na sociedade política.

Mesmo que tenha definido a soberania como o poder absoluto e perpétuo, Bodin não descarta os limites de ação do soberano, isto significa dizer que seu detentor não possui um poder arbitrário porque “se nós dissermos que tem poder absoluto quem não está sujeito às leis, não encontraremos no mundo príncipe soberano, visto que todos os príncipes da Terra estão sujeitos às leis de Deus e da natureza e a certas leis humanas comuns a todos os povos”¹⁵.

A lei divina também é uma ideia fundamental na teoria bodiana, porque o detentor da soberania está a ela submetido, devendo necessariamente no exercício de seu poder observá-la. Se por um lado, o soberano não se sujeita às limitações das leis civis, que resultam da sua vontade, por outro lado, diante da lei divina não pode transgredi-la, porque enquanto expressão da vontade de Deus, ela é superior e fundamenta o poder soberano.

13 BODIN, 1992, p. 72-84.

14 Que equivale, atualmente, ao significado de Estado.

15 BODIN, 1992, p. 190.

Neste sentido, a lei tem como fundamento a vontade do soberano, pois a mesma “depende daquele que tem a soberania, que pode obrigar a todos e não a si mesmo”¹⁶. O poder absoluto do detentor da soberania está restrito ao âmbito das leis civis e não atinge as leis de Deus. Assim, evidencia-se que há uma ordem jurídica anterior e superior ao soberano, que garante a continuidade do poder ao longo do tempo.

Um aspecto importante a ser mencionado é o que se refere à justificação e titularidade da soberania. Assim, a explicação da origem do poder soberano e a justificação do sujeito do direito de soberania no Estado, tem como aporte teórico duas teorias: as teorias teocrática e democrática.

As teorias teocráticas predominaram no fim da Idade Média, no momento em que se esboçava a soberania como elemento essencial do Estado Moderno. Elas têm como base em comum a afirmação de que todo o poder vem de Deus. De um lado, sustentavam que a soberania vem de Deus assim como todas as coisas terrenas, de outro lado, reconheciam que a soberania apresenta imperfeições porque decorre diretamente do povo¹⁷.

Já as teorias democráticas sustentam que a soberania se origina do povo. Apresentam três variações: na primeira, o titular da soberania é o povo, situado fora do e Estado. Num segundo momento, a partir da Revolução Francesa, é atribuída à nação a titularidade da soberania. E, por último, a consolidação do Estado como titular do poder soberano¹⁸.

A doutrina da soberania popular encontra em Hobbes e Rousseau seus defensores. A referida doutrina tem como fundamento o princípio democrático, a igualdade política e o sufrágio universal. Cada indivíduo detém uma parcela da soberania, que o permite participar ativamente na escolha de seus representantes, tanto que Rousseau afirma: “se o Estado é composto de dez mil cidadãos, cada um terá a décima milésima parte da autoridade soberana”¹⁹.

No período da Revolução Francesa (1789), a doutrina democrática fez prevalecer a doutrina da soberania nacional, ou seja, o indivíduo como titular de uma fração da soberania cede espaço para a Nação, titular exclusiva do poder soberano. O próprio artigo 3º da Declaração dos Direitos

16 BODIN, 1992, p. 195.

17 BOBBIO, 1995, p. 70.

18 BOBBIO, 1995, p. 70.

19 ROUSSEAU, 2003.

do Homem (1789) diz que: “o princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação e que nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”. Sendo assim, a nação e povo formam um só corpo político, a nação enquanto detentora da soberania a exerce por meio de seus representantes.

A afirmação da soberania como um direito requer que seu titular seja uma pessoa jurídica, e o povo mesmo concebido como nação, apenas participa do Estado, sendo um dos elementos formadores da vontade do mesmo. Desta forma, o Estado como titular da soberania mantém as ideias democráticas de universalização do sufrágio e, sobretudo, afirma a supremacia deste sobre todos os outros grupos sociais, seja interno (igreja, escola, família), seja externo (sociedade internacional).

Em relação à significação da soberania sob o aspecto político e jurídico, especialmente no que tange à sua aquisição, exercício e perda, ela apresenta consequências práticas de suma relevância. Primeiro, porque a soberania como direito traz à tona o caráter antijurídico do uso arbitrário da força. E, segundo, sem ignorar o caráter político da soberania, enquanto expressão de força, contribui para a formação de uma consciência que repudia o uso abusivo da soberania²⁰.

A afirmação da soberania sobre determinado território significa que o poder será exercido dentro dos limites territoriais estabelecidos e que tal poder é superior sobre todos os demais existentes no Estado. Isto implica dizer que a soberania tem uma dimensão interna, e uma dimensão externa. A afirmação da soberania em relação aos outros Estados implica na independência, no reconhecimento de outras unidades políticas juridicamente iguais e soberanas.

Dito de outra forma, a soberania como poder supremo dentro dos limites do território do Estado ou dentro dos limites da jurisdição (dimensão interna) e a soberania como sinônimo de independência, que reconhece a igualdade jurídica dos Estados na ordem internacional. Os Estados não estão subordinados a nenhuma potência estrangeira, apenas à sua própria vontade, já que são ordens jurídicas independentes e soberanas.

A soberania tem como fundamento a ordem intraestatal e interestatal. O Estado é soberano porque é a instância superior dentro de um território limitado, aplicando-se às pessoas de uma dada nacionalidade. De um lado, ela é

20 BOBBIO, 1995.

a ordem absoluta dentro do Estado, por outro lado, a soberania nas relações interestatais pressupõe a exclusão da sujeição a uma única autoridade²¹.

Importante destacar que o conceito de soberania que tem como fundamento a ordem intraestatal é, nas palavras de Aron, inútil pelo fato de que representa apenas a validade de um sistema de normas num espaço determinado. No entanto, na ordem interestatal, ela é nociva porque “os imperativos jurídicos retiram sua força obrigatória da vontade dos poderes do Estado”²².

A afirmativa de que a soberania intraestatal é diferente da soberania interestatal implica, no primeiro caso, na sujeição a um poder soberano e, no segundo caso, na independência dos Estados igualmente soberanos. Significa dizer que na soberania externa, cada unidade política não aceita uma autoridade externa, apenas se submete às suas próprias leis e vontades.

3. A Soberania como Conceito Histórico e Relativo no Plano Internacional

O conceito de soberania, da doutrina francesa, enquanto poder absoluto e superior, que se impõe de forma irrestrita a todos os grupos sociais existentes na sociedade encontra na doutrina contemporânea do direito público seu principal contraponto.

Para começar, os publicistas contemporâneos consideram a soberania não como uma categoria absoluta e sim relativa, o que a torna um elemento não essencial do Estado. Segundo, pelo princípio da soberania absoluta não seria possível enquadrar os Estados que se submetem às normas de direito internacional como entidades soberanas, já que a soberania significa autoridade suprema.

A soberania enquanto poder tem como base a ordenação positiva em que ela é estabelecida. Na ordenação interna, a soberania é sempre o poder supremo e originário, pois não há nenhum outro poder a ela superior. Já na relação entre Estados, a soberania nas palavras de Santi Romano “pode faltar ou ser negada pelo direito internacional através da ordenação diversa: se se trata de um Estado protegido, ou do direito do Estado Federal”²³.

21 ARON, 1986, p. 886.

22 ARON, 1986, p. 887.

23 ROMANO, 1977, p. 93.

Os Estados contemporâneos não estão isolados. Como afirma Bobbio, “Todo Estado existe ao lado de outros estados numa sociedade de Estados”²⁴. As relações interestatais também se submetem aos limites impostos pelo Direito, seja por meio das regras costumeiras, seja pelos tratados internacionais.

E se a soberania tem uma face intraestatal e outra interestatal, os limites também poderão ser internos, quando provenientes das relações entre governantes e governados, e externos quando derivam das relações entre os Estados. Há uma correspondência entre os limites, já que quanto maior a centralização do poder a nível interno, mais o Estado consegue estabelecer um processo de emancipação e independência em relação aos demais Estados²⁵.

A par disso, nota-se, sobretudo, que o conceito de soberania definido teoricamente a partir do século XVI e como elemento base da idéia de Estado Moderno, coloca-se entre os temas essenciais do direito público. Não obstante o seu caráter controvertido e impreciso há uma tentativa de atribuir uma significação política e também jurídica à expressão soberania.

No que tange à imprecisão do termo soberania, Kaplan e Katzenbach se manifestam:

Não há no Direito Internacional um termo mais embaraçoso que soberania, parecendo-lhes que o seu uso impreciso e indisciplinado talvez se deva ao fato de haver-se tornado um “símbolo altamente emocional”, amplamente utilizado para conquistar simpatias em face das tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época²⁶.

Atributo fundamental do Estado, a soberania não se reduz a uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional. O Estado soberano, no plano internacional é independente, ele se submete às normas jurídicas que formam o objeto da expressão de seu consentimento, pois não existe uma autoridade superior e nem um poder de coação organizado.

24 BOBBIO, 1987. p. 101.

25 BOBBIO, 1987, pp. 101-102.

26 KAPLAN; KATZENBACH, 1964, p. 149.

A soberania é uma afirmação do direito internacional positivo, tanto que os textos internacionais, como a Carta da ONU e da OEA²⁷, por exemplo, consignam que a organização está fundamentada na igualdade soberana e na independência dos Estados.

E como atributo da ordem jurídica, a soberania faz do Estado o titular de competências exclusivas que se projetam sobre o território (seu suporte físico), ou seja, ela “tem ainda hoje a paradoxal virtude de revestir cada Estado do poder de determinar por si mesmo, se lhe parecem ou não soberanos os demais entes que, a seu redor, se arrogam à qualidade estatal”²⁸.

De fato, a teoria da soberania se constituiu em um elemento importante para a consolidação do Estado Moderno e também para a construção da sociedade internacional, tanto que as relações entre os Estados se edificaram com base na idéia de soberania. Mas a primazia do princípio da soberania até aqui não significa que o abuso no uso deste poder seja legítimo.

Relevante, para análise presente, é compreender que desde a Revolução Francesa o esforço da política absolutista foi o de resgatar o domínio público e a política a soberania, igualdade e liberdade eram os principais temas discutidos. A doutrina da soberania absoluta é útil ao Estado que não pretenda limitar sua política às regras do Direito Internacional. A liberdade de ação almejada pelos Estados no que tange às suas obrigações legais não deixa de ser uma manifestação da soberania estatal²⁹.

Nenhum observador do Direito Internacional moderno e também do desenvolvimento histórico da noção de soberania pode ignorar as transformações que o referido termo tem sofrido de forma mais contundente no decorrer deste século. A ideia de absolutização e perpetuidade da soberania, abordada pela primeira vez por Jean Bodin, se esvazia diante de normas internacionais “*ius cogens*”, isto é, normas que vinculam os Estados de forma imediata.

Se o Direito Internacional nos seus primórdios se desenvolveu em termos de soberania, com o fim de regular a coexistência entre as unidades políticas soberanas, à medida que se reduzem as fronteiras físicas da humanidade³⁰ e que crescem os problemas ambientais, torna-se cada vez mais necessária à primazia dos direitos do homem sobre a soberania nacional.

27 Organização dos Estados Americanos.

28 DUROSELLE, 2000, p. 232.

29 Cf. STONES, 1961.

30 ALMINO, 1993.

Ferrajoli aponta três aporias para o estudo do conceito de soberania: a primeira que se refere ao significado filosófico da soberania, ou seja, a soberania como construção de matriz jusnaturalista, que se constitui de base para a concepção juspositivista do estado e ao direito internacional moderno. Em síntese, a soberania como atributo do Estado e de cunho absoluto³¹.

A segunda aporia nos remete para a noção de soberania como um poder supremo, manifestando-se de forma diferenciada no âmbito interno e externo dos estados. Enquanto que na ordem interna a soberania sofre uma progressiva limitação paralelamente à formação dos Estados democráticos de direitos, na ordem interestatal, a história da soberania é de progressiva a absolutização³².

Já a última aporia diz respeito à soberania a partir da teoria do direito. A tese sustentada pelo autor supramencionado é de uma antinomia entre direito e soberania, tanto no plano interno dos Estados, em que a mesma está em contraste com o Estado Democrático de Direito, quanto no plano do direito internacional, onde a soberania é mitigada pela carta das Nações Unidas (1945) e pela Declaração dos Direitos do Homem (1948)³³.

Sendo assim, a soberania estatal externa é identificada pelos sujeitos jurídicos igualmente soberanos e juridicamente independentes, mas subordinados ao *ius cogens* (direito cogente) que retira sua força, segundo Francisco Vitória do pacto e das leis, e ao direito dispositivo (*ius positivum*) com força dos pactos.

A ordem internacional como uma sociedade de Estados soberanos, subordinados ao Direito, consagra o mundo inteiro ou a humanidade como representante do gênero humano e pessoa moral³⁴. Esta “é indubitavelmente a concepção mais grandiosa e inovadora de Francisco Vitória”³⁵. Isto porque o suporte teórico da soberania estatal externa é a ideia de igualdade e independência entre os Estados.

No entanto, a sociedade dos Estados subordinados a um direito das gentes perdeu espaço diante da absolutização da soberania. A concepção

31 ALMINO, 1993.

32 ALMINO, 1993, p. 3.

33 ALMINO, 1993, p. 3.

34 FERRAJOLI, 2003, p. 9.

35 TRUYOL Y SERRA, 1996.

vitoriana apresenta uma ambivalência, pois coloca de um lado a convivência entre os Estados baseada no Direito, o que é uma utopia no cenário internacionalista moderno, e de outro lado, a absolutização da soberania interna e externa, ou seja, o Estado como fonte do Direito, mas concomitantemente livre.

A doutrina internacionalista do século XVIII e o surgimento do Estado Moderno vieram a corroborar com a fragilização da ideia de uma sociedade de Estados vinculada ao direito das gentes. Sobretudo, em função de a soberania estar associada ao poder absoluto, conforme teorizado por Bodin, ou seja, a soberania sujeita apenas às leis divinas e naturais.

Assim, o Estado é soberano tanto no plano interno quanto no plano externo, porque não há um poder superior que esteja acima da vontade soberana dos estados. É por isso que a soberania externa aliada à soberania igualitária externa dos demais Estados resulta numa liberdade “perigosa”, ante a ausência de um regramento, para a sociedade internacional que permanece num estado de anarquia.

Desta forma, na sociedade internacional (ainda anárquica) coexistem duas ambiguidades: o Estado detentor de um poder supremo soberano e independente, mas subordinado ao Direito criado pelo mundo inteiro como propunha Francisco Vitória. O Estado moderno como sujeito soberano mantém vivo, ao menos no plano interestatal, as características de uma sociedade selvagem em estado de natureza³⁶.

A soberania externa segue um caminho diferente da interna. Enquanto esta sofre um processo de limitação a partir da formação do Estado de Direito e também da consagração dos Direitos fundamentais, aquela percorre um caminho de absolutização no plano do direito internacional.

Trata-se de um processo em que a relação entre Estado e cidadão, no direito estatal, não é uma relação entre soberano e súdito, como preconizava Bodin, mas sim uma relação em que ambos são detentores de uma soberania limitada. O soberano, no Estado democrático de Direito, está vinculado às leis e aos direitos fundamentais, o que significa dizer que a soberania como poder ilimitado, livre da obediência das leis está suplantado³⁷.

36 Expressão usada por FERRAJOLI (2003, p. 23).

37 Um resíduo de absolutismo permanece, na construção do Estado liberal realizada no século XX, justamente no princípio juspositivista do primado da lei, correspondente ao princípio jacobino da onipotência do legislador, portanto, do parlamento como órgão da soberania popular (FERRAJOLI, 2003, pp. 31-32).

O fato de não existir a soberania interna como poder absoluto, já que todos os poderes estão vinculados à lei, leva-nos a discorrer sobre o processo inverso que percorre a soberania externa dos Estados nacionais. A consideração da soberania como valor absoluto alcança seu ápice no século XIX e XX, após as guerras mundiais, momento em que as relações externas entre os Estados consubstanciam-se como desvinculadas de qualquer freio jurídico.

Torna-se evidente que na sociedade internacional, o princípio da soberania estatal se propaga, e que tal fato fragmenta a relação dos homens entre si e com o meio ambiente. Temos aqui uma ordem internacional não flexível e que se mantém presa ao monopólio exclusivo da força. Sendo assim, explica-se, sobretudo, a ausência de um poder capaz de vencer a resistência dos Estados, com relação à observância da lei internacional.

Aqui deve ser feita uma observação: a Declaração da Carta das Nações Unidas em 1945 e a Declaração dos Direitos do Homem, em 1948, transmudam também para o plano internacional, os limites à soberania até então exclusivos à ordem intraestatal. Ocorre um processo de internacionalização e globalização da proteção dos direitos fundamentais, o que exige por parte dos Estados uma práxis direcionada tanto para seus interesses exclusivos quanto para os interesses da coletividade.

Paralelamente a este fato, a noção de soberania continua sendo utilizada nas relações internacionais. Tanto que a própria ONU tem sua atuação vinculada ao princípio da soberania dos Estados ao determinar que Organização e seus Membros agirão de acordo com o “o princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”³⁸.

Muito embora a soberania continua a reinar nas relações interestatais, em função da supremacia do poder que os Estados detêm, o Princípio da Paz e a proteção dos direitos fundamentais relativiza o conceito de soberania presente na Carta da ONU. A rede de proteção dos direitos fundamentais veio redefinir o que é matéria de competência exclusiva de cada Estado, razão pela qual o direito internacional também deve preocupar-se com um sistema de garantias jurisdicionais aplicáveis contra os Estados.

Essas considerações são importantes para que se possa compreender as transformações que o reconhecimento dos direitos fundamentais, impuseram para o direito internacional, especialmente no que tange às questões

38 BACHELET, 1995, p. 245.

decorrentes do exercício da soberania e ao veto quase que absoluto às intervenções no território de outro Estado.

A soberania, sob a ótica do direito, revelou-se uma categoria antijurídica, porque ela é uma negação do direito, da mesma forma que este é a sua negação. Ou seja, há uma antinomia entre direito e soberania, justamente pelo fato de que o poder soberano dos estados é desprovido de regras e limites³⁹.

No plano interno, a dicotomia entre direito e soberania resolveu-se com o Estado Constitucional de Direito porque nele “não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, com puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ele impostos aos poderes públicos já não mais soberanos”⁴⁰.

Agora, no plano do direito internacional, esta dicotomia permanece latente, pois não há um sistema de garantias correspondentes aos direitos fundamentais consagrados e nem contra os atos ilícitos dos Estados que violam estes direitos. Assim, o princípio da igualdade soberana entre os Estados, previsto no artigo 2º da Carta da ONU, se desmantela na prática pela desigualdade entre os Estados e pela prevalência dos interesses dos estados mais fortes.

Nesta conjectura, a soberania tanto na dimensão interna quanto externa não é ilimitada e nem absoluta; pelo contrário, é “limitada, repartida, dependente e diferenciada”⁴¹. É indispensável que os Estados soberanos revejam os princípios e fundamentos que regem suas relações externas, porque:

De fato, o que entrou irreversivelmente em crise, bem antes do atributo da soberania, é precisamente seu sujeito: o estado nacional unitário e independente, cuja identidade, colocação e função precisam ser repensadas à luz da atual mudança, de fato e de direito, nas relações internacionais⁴².

39 FERRAJOLI, 2003, p. 44.

40 FERRAJOLI, 2003.

41 FERRAJOLI, 2003, p. 45.

42 FERRAJOLI, 2003, p. 46.

O vazio entre os símbolos legais da soberania e sua significação na realidade de nossos dias é cada vez mais acentuado. O Estado como principal agente das relações internacionais, munido pela forma jurídica de soberania, tenta se manter como o centro principal do poder político, numa conduta internacional pautada pelas relações de poder, justamente para assegurar a igualdade, independência e a soberania estatal.

A soberania como uma forma histórica de poder, condicionada por fatores econômicos, culturais e sociais não é exclusivamente jurídica. Ela condicionou o surgimento e desenvolvimento do Estado Moderno, mas também é expressão jurídica desta força no Estado. Por isso, o problema da soberania é sócio, jurídico e político, sendo a conjunção destes elementos que a torna um poder peculiar no Estado Moderno⁴³.

As considerações feitas dão razão à identificação da soberania com o poder estatal, sendo que o reconhecimento de um poder superior não deve representar, tanto no plano interno quanto no externo, a supressão das liberdades dos indivíduos.

O Estado não possui um poder absoluto sobre seus cidadãos, donde se infere que a teoria absoluta da soberania esteja superada, porque “não seria possível conceber o Estado como uma pessoa jurídica, sem ao mesmo tempo, admitir a personalidade jurídica de seus elementos formadores: é esse o fulcro da legitimidade do poder”⁴⁴.

O principal ponto está, naturalmente, em que a doutrina da soberania deve coexistir com a liberdade dos indivíduos (no direito interno) da mesma forma que os membros da sociedade internacional também são sujeitos de direito. Nesta linha de pensamento, Jean Delos:

Põe em realce a natureza relativa da soberania, ao mesmo tempo em que observa que a exata compreensão do poder no plano internacional não pode resultar senão da ligação racional e lógica que existe entre o poder e a noção de bem público. Estabelece, então, uma íntima ligação entre ‘soberania’ e ‘liberdade’, mostrando que uma não exclui a outra, mas que uma se explica pela outra⁴⁵.

43 REALE, 2002, p. 139.

44 REALE, 2002, p. 360.

45 DELOS, 1927, p. 34, pp. 505 e s.

Em todo o caso, a soberania se tornou objeto de controvérsias diante dos fenômenos de interdependência e da globalização do mundo, que levou ao declínio do Estado Moderno. É preciso manter a autoridade soberana e ao mesmo tempo proteger a esfera de liberdade e os direitos dos indivíduos; não há espaço apenas para a ordem e a autoridade, mas também para a legalidade e constitucionalidade⁴⁶. Não tardará para se estender este debate na seara do direito ambiental, em que os Estados envolvidos no crepúsculo da soberania relutam a relativização da soberania.

4. A Soberania dos Estados à Prova do Ambiente

Poder-se-á objetar que, a crescente interdependência econômica, política e ecológica possibilita introduzir uma nova complexidade na sociedade internacional: a ingerência no domínio do ambiente. “Devido ao caráter transnacional dos riscos ecológicos maiores, é normal que a sociedade internacional promulgue novas regras de conduta de seus membros”⁴⁷.

A defesa do meio ambiente, como patrimônio comum da humanidade, não pode ser resolvida fora do direito internacional. E isso significa reconhecer o respeito pelos direitos humanos dentro e fora do Estado, em razão do seu caráter universal ou supra estatal. Além do que, a salvaguarda do meio ambiente faz parte dos Direitos do Homem.

É nesta seara que a proteção do ambiente aparece como contrapeso à soberania estatal. O princípio da soberania confronta-se com o dever de agir do Estados nas questões de caráter ecológico na ordem interna e na transposição desta ação para as relações interestatais.

Eis o que é necessário, conforme afirma Michel Bachelet:

Abandonar, em parte, a ortodoxia da soberania em proveito de uma nova forma de regre o comportamento das relações entre Estados deriva de uma necessidade de organizar a vida internacional em função de novos factores que caracterizam essas relações que, decididamente, apenas têm um único meio de existência que sabemos agora ser perecível: a Terra⁴⁸.

46 FERRAJOLI, 2003.

47 KAKÖNEN, 1992.

48 BACHELET, 1995, p. 22.

Os problemas colocados pelo ambiente escapam à soberania dos Estados, razão pela qual conviria admitir um ordenamento da soberania às exigências ambientais, do que simplesmente tornar obsoleta o valor da soberania estatal. É necessário que a soberania dos Estados esteja em conformidade com a regra da responsabilidade ecológica e também se submeta à lei internacional.

Sendo certo que o advento da terceira geração de direitos humanos acendeu a reflexão sobre a essência do direito internacional e que a existência de problemas ambientais é notória, é preciso abordar a crise ecológica e a relação entre os direitos humanos e meio ambiente. Isto porque a proteção do domínio do ambiente encontra no reconhecimento internacional dos direitos fundamentais o seu fundamento de existência.

A primeira tarefa ao se referir à crise ecológica é dizer que “não há crise no uso da natureza que não seja uma crise no modo de vida do homem”⁴⁹. Ou seja, o homem, como ser social, interage com o meio ambiente em que está inserido, como forma de garantir sua sobrevivência. Ao agir sobre os meios físicos, ele desencadeia um processo de transformação no meio ambiente, modificando seus elementos de forma positiva ou negativa. Esta interação se concretiza pelo trabalho que por sua vez transforma os bens presentes na natureza, a fim de satisfazer as necessidades humanas.

Por tudo isto, nega-se o caráter apenas utilitário e a atribuição de um valor meramente instrumental ou simplesmente de uso da natureza, o que significa dizer que não existe apenas um meio ambiente natural. Dito de outra forma, a natureza não é simplesmente “utilizada e utilizável” e nem o homem é um ser isolado, como se fosse possível separar os seres humanos do meio ambiente natural.

Assim, durante muitos séculos o homem exerceu apenas uma relação de dependência com o meio ambiente em que estava inserido, contentando-se com sua generosidade ou não. Infere-se, então, que o mesmo se limitou a suportar seu ambiente natural, o que contribuiu para manter intacto seus elementos, revelando uma “perfeita” harmonia entre homem e a natureza.

Fustel de Coulanges, na sua obra *A Cidade Antiga*, retrata com muita propriedade esta concepção de natureza, ou seja, o homem ao mesmo tempo em que se submetia a ela, se contentava com o que lhe era oferecido,

49 BACHELET, 1995, p. 4.

eclodindo a ideia do divino: a natureza como algo sagrado, o que serviu de fundamento muito mais para preservá-la do que para conquistá-la⁵⁰.

É bem verdade que a natureza até então tinha permanecido intacta especialmente nas suas potencialidades econômicas, numa época em que a natureza era divinizada pelo homem. De fato, a lenta conquista da natureza está relacionada não somente aos poucos meios de agir que o homem dispunha sobre os elementos naturais e pela forte mitificação criada em torno da natureza, e do caráter sobrenatural atribuída a ela.

A exploração dos elementos naturais se desenvolve por meio dos avanços da ciência e da técnica. O processo de humanização e conquista, apesar de ter ocorrido de forma lenta, revelou-se extremamente destrutiva, ocasionando a degradação do meio ambiente sem precedentes.

Se os efeitos nefastos da ação do homem sobre o seu meio não podem ser atribuídos à sociedade atual, até porque muito provavelmente “nenhuma civilização tenha sido ecologicamente inocente”⁵¹, pode-se dizer que o modo de produção agrícola, industrial e o aumento da capacidade nociva do homem contribuíram para o desencadear da crise ecológica.

De forma sintética, mas esclarecedora, o homem foi num primeiro momento submisso, depois utilizador, para então se tornar dominador (aparente) da natureza. A conquista da materialidade ecológica levou à destruição do meio ambiente, que num curto espaço de tempo foi saqueado e devastado pela ação humana. Ora, “estamos mergulhados numa crise ecológica que afeta o meio ambiente imediato dos seres humanos e os frágeis equilíbrios do planeta e aquela que afeta o desenvolvimento humano nos domínios econômico, social e cultural”⁵².

Em meio ao ritmo alucinante da destruição do meio ambiente, ganha importância a conscientização ambiental ou mais precisamente a necessidade de o homem conhecer e respeitar os limites que a natureza lhe impõe. Contudo, não se defende aqui a sujeição do homem à natureza e os movimentos ecológicos que têm como paradigma a *deep ecology*.

Seu principal defensor, Michel Serres, parte do pressuposto de que a natureza como elemento vivo e sujeito que interage é também um sujeito de direitos. O contrato natural é um pacto estabelecido entre o homem e a

50 COULANGES, 1963.

51 DELÉAGE, 1991. p. 252.

52 BRODHAG, 1996, p. 49.

natureza, isto é, “a natureza condiciona a natureza humana e vice-versa. A natureza se conduz como sujeito”⁵³. E continua o autor: “é necessário situar as coisas no centro e nós na periferia, ou melhor, elas em todas as partes e nós em seu seio como parasitas”⁵⁴.

A resposta à ecologia profunda é um paradigma⁵⁵ ecológico que impõe uma mudança em relação ao agir do homem sobre o meio ambiente e, sobretudo, uma mudança de valores e percepção. A incorporação de valores como a solidariedade e a ética requerem a superação da visão linear e reducionista do meio ambiente, inadequada para encontrar uma via intermediária entre a exploração de recursos esgotáveis e um futuro viável.

Um paradigma ecológico emergente se defronta com um olhar reducionista e pontual dos problemas ambientais, que separa o homem do ambiente natural e nega a complexidade das organizações sociais e do próprio meio ambiente. Neste sentido, Pelizzoli afirma que um paradigma ecológico emergente: [...] retoma uma visão mais biocêntrica e ética, que traz novos e recuperados valores nas culturas e sociedades diversas, mas que acima de tudo visa àquela solidariedade socioambiental de que estamos falando, em vista de um século XXI suportável e com novo sentido para a vida na terra⁵⁶.

Sob esse ângulo o meio ambiente é um sistema complexo, que pode ser mais bem compreendido se o analisarmos a partir de um todo amplo, do que simplesmente considerarmos suas propriedades a partir de partes isoladas. Neste processo cíclico, o homem é um fio particular na teia da vida e deve estar aberto aos questionamentos sobre os fundamentos que permeiam sua visão de mundo e seu modo de vida. Para tanto, sua perspectiva ecológica deve estar centrada num pensamento holístico e não linear e em valores como a cooperação, conservação e parceria⁵⁷.

53 SERRES, 1994, p. 61.

54 SERRES, 1994, p. 66.

55 “Os paradigmas são, [...] no sentido mais forte, grandes visões de mundo, que perpassam a mídia e a cultura de um povo e que orientam mesmo implicitamente seus passos e valores mais amplos e gerais. É aquele lugar de compreensão em que nós estamos situados e nos movemos, as condições construídas de acesso ao entendimento, de interpretação e de produção de realidade e daí para a prática [...]” (PELIZZOLI, 1999, p. 69).

56 PELIZZOLI, 1999, p. 70.

57 CAPRA, 1996.

À volta destas questões, na civilização-objeto o importante é a apropriação econômica da natureza e a lógica utilitária do seu aproveitamento. No entanto, é preciso ter presente que a modificação global dos equilíbrios do planeta abriu caminho para um repensar do homem sobre o modo de gerir o patrimônio comum da humanidade (meio ambiente).

Para superar a crise do meio ambiente, mais do que uma estratégia de desenvolvimento sustentável⁵⁸ é preciso conciliar a longo e curto prazo, o local e o global, e melhorar a eficácia das decisões políticas no plano econômico, social, cultural e ambiental. É necessário habitar a terra de outro modo.

Além do mais, requer ainda a construção de uma ecologia global alicerçada na cooperação entre os povos, no respeito ao direito fundamental de viver num ambiente ecologicamente equilibrado e porque não no direito de ingerência quando fracassa o dever de agir dos Estados.

Esta é, na verdade, a questão de fundo: o meio ambiente como direito fundamental. A proteção dos direitos humanos está relacionada com a proteção do meio ambiente, porque defendê-lo não significa exclusivamente conservar os recursos naturais para as futuras gerações, mas sim proporcionar melhores condições de vida para a população.

Não é demasiado lembrar que “a proteção dos direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”⁵⁹. Da proteção dos tradicionais direitos civis e políticos, a agenda nacional e internacional passa a incorporar novos direitos: o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à qualidade de vida.

Acrescenta-se que a concepção contemporânea de direitos humanos apresenta como marco inicial a Declaração Universal (1948) e, posteriormente, a Declaração dos Direitos Humanos de Viena, em 1993. Esta concepção se caracteriza pela indivisibilidade (a garantia dos direitos civis é condição para a garantia dos direitos sociais e vice-versa) e universalidade (zela pelo valor absoluto da dignidade humana)⁶⁰.

58 PNUD – Programa Mundial das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 1991, p. 90. Define o desenvolvimento sustentável da seguinte forma: cada geração deve satisfazer as suas necessidades cotidianas sem contrair dívidas que não poderá reembolsar e sem comprometer a vida das gerações futuras.

59 ARENDT, 1999. p. 75.

60 PIOVESAN, 2003.

A universalização da proteção dos direitos humanos favoreceu, simultaneamente, o comprometimento dos Estados perante a comunidade internacional no que tange à proteção do meio ambiente e também à revisão do conceito de soberania. Primeiro, porque os Estados são compelidos a justificar as ações que venham violar os direitos humanos. Segundo, em razão da interdependência cada vez maior entre os Estados, a soberania é poder relativo, e não se resume à observância da igualdade soberana.

É interessante notar que, a incorporação na agenda internacional de temas que só podem ser pensados globalmente acalorou o debate entre a garantia dos direitos humanos e a soberania nacional. A soberania, como poder absoluto e perpétuo, passa a ser repensada pelo Direito Internacional.

Além disso, o processo de internacionalização da proteção do direito a um meio ambiente sadio está vinculado à cooperação e solidariedade internacional, assim como ao exercício do direito de participação do cidadão, tanto na criação de normas quanto na implementação dos meios de proteção do meio ambiente.

Ademais, repensar a soberania no plano do direito internacional é vislumbrar a ingerência ecológica não como uma simples oposição à autoridade dos Estados e ao direito à autodeterminação dos povos, mas sim como uma “manifestação de uma ética face à recusa de certos estados em admitir o direito das pessoas”⁶¹. Por fim, não se discute aqui o direito de intervir ou não em um ou outro Estado, o que está no âmago das discussões é a obrigação que todos têm de proteger o patrimônio comum da humanidade – o meio ambiente – e fazer com que os direitos do homem sejam garantidos.

5. Considerações Finais

Analisou-se nos itens anteriores o surgimento do Estado Moderno. É a partir da idade medieval que vai se formando a concepção jurídica do Estado baseado no poder soberano. A Paz de Vestfália consolidou as ideias constituídas no Estado Moderno, a saber: (a) um Estado que abandona a sobreposição do poder; (b) o mecanismo de poder está vinculado a um soberano, que se confunde com a figura do próprio Estado; (c) estabelecimento de fronteiras delimitadas, pois é neste espaço que o soberano exerce seu poder;

61 BACHELET, 1995, p. 283.

O princípio da soberania é admitido pela sociedade internacional e também consagrado pela Carta das Nações Unidas. Desta forma, os Estados nascem e permanecem iguais em direitos, ou seja, impera no Direito Internacional a noção da igualdade soberana dos Estados. A ordem internacional é, pois, estabelecida por referência à regra da igualdade e que os Estados somente se submetem ao direito que nasce de um acorde de vontade entre eles.

É preciso considerar que o ambiente representa uma nova dimensão da soberania dos Estados e não uma simples oposição à autoridade dos Estados é o desafio a ser vencido pela sociedade internacional. Antes de tudo, a soberania também deve voltar-se para as questões ambientais que afligem a sociedade. Assim, a ingerência emerge como um instrumento jurídico, inserto na lógica da ética e da solidariedade entre as nações para garantir o cumprimento dos direitos formalmente estabelecidos pelos Estados.

A conciliação entre ambiente e sua proteção tem a dupla função de recuperar a própria noção de soberania e de a utilizá-la em função dos direitos fundamentais do homem. Quando isto acontecer, teremos avançado verdadeiramente no plano de efetividade dos direitos consagrados nas constituições dos Estados (ordem interna) e especialmente nos tratados e nas Declarações da ONU sobre a proteção do homem e meio ambiente (ordem internacional).

Por fim, pontua-se que o aumento dos perigos ecológicos globais exige não outra práxis senão a de incorporar os aspectos éticos e de cooperação nas ações desenvolvidas pelos Estados. O dogma de que na sociedade internacional sempre prevaleceu o princípio da soberania, sucumbe perante a responsabilidade do Estado em garantir um ambiente ecologicamente equilibrado aos seus cidadãos.

Referências

- ALMINO, João. *Naturezas mortas, a filosofia política do ecologismo*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1993.
- ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, 1999. p. 75.
- ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1986.

- _____. Que é uma teoria das relações internacionais? In: ARON, Raymond. *Estudos políticos*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UNB, 1985.
- BACHELET, Michel. *Ingerência ecológica: direito ambiental em questão*. Tradução de Fernanda Oliveira. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1995.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. 2. ed. Trad. Pedro Brava Gala. Madrid: Tecnos, 1992. I, 8.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BOUTROS-GHALI. Empowering the United Nations. Foreign Affairs. In: HENKIN et al. *International law*. Cases and materials, 1992/1993. v. 89.
- BRODHAG, Christian. *As quatro verdades do planeta*. Por uma outra civilização. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida, uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CHEVALLIER, Jean Jacques. *A história do pensamento político*. Tradução de Roberto Carlos de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.
- _____. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Cristina. Rio de Janeiro: Agir, 1995.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Reedição Hachette, 1963.
- DEIÉAGE, J. Paul. *Une histoire de l'écologie la découverte*. Paris, 1991.
- DELOS, J. Le problème de autorité internationale d'après les principes du droit public chétien et les publicistes du XVI siècle. *Revue Gen. de Droit Int. Public*, Paris, 1927.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 2. ed. correcta e actualizada segundo 7ª e última edição italiana, Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1951.
- DUROSELLE, Jean Baptiste. *Todo império perecerá*. Teoria das relações internacionais. Tradução de Anelize Spaltember de S. Magalhães. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- HEERS, Jacques. *A Idade Média, uma impostura*. Tradução de Antonio Gonçalves. Lisboa: ASA, 1994.
- JELLINEK, George. *Teoria del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1954.

- _____. *Teoría general del estado*. Tradução de Fernando de Los Rios Buenos Aires: Albatros, 1978.
- KAKÖNEN, Jyrki. *Perspectives on environmental conflict and international politics*. Londres e Nova Iorque: Printer publishers, 1992.
- KAPLAN, Norton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Tradução de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- _____. *Sistema y proceso en la política internacional*. In: HOFFMANN, Stanley. *Teorías contemporáneas sobre las relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 1979.
- MATTEUCCI, N. Soberania. In: BOBBIO, Norberto. *Diccionario de Política*. Brasília: UnB, 1995.
- PELLIZZOLI, Marcelo Luiz. *A emergência do paradigma ecológico: reflexões ético-filosóficas para o século XXIV*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- PNUD – Programa Mundial das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório mundial sobre o desenvolvimento humano*. Paris, 1991, p. 90.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROMANO, Santi. *L'Ordinamento Giuridico*. Florença, Ed. Sansoni, 1962.
- _____. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SERRES, Michel. *O contrato natural*. Rio de Janeiro: Instituto Piaget, 1994.
- STONES, Julius. *Em busca da sobrevivência*. O papel do Direito e da política internacional. São Paulo: Fundo de Cultura, 1961.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *História do direito internacional público*. Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Instituto Superior de Novas Profissões, 1996.
- _____. *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza Universidad, 1998.
- _____. *História do direito internacional público*. Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Instituto Superior de Novas Profissões, 1996.

Recebido em 21 de abril de 2015

Aprovado em 11 de agosto de 2016

Achieving a more Sustainable and Fair Society: How Individual and Collective Action Shape the Energy Efficiency of Buildings

Conseguindo uma Sociedade mais Sustentável e Justa: Como a Ação Individual e Coletiva Molda a Eficiência Energética dos Edifícios

Teresa Parejo-Navajas*
Carlos III University, Getafe-Madrid, Spain

1. Introduction

According to the UN Conference on Sustainable Development held in Rio de Janeiro in 2012, the States have the responsibility “to respect, protect, and promote human rights”¹. This important task is essential for achieving the three dimensions of the sustainable development (economic, social and environmental) of any society, and which in cities, given all the challenges they are already facing (and that will eventually be worsened), will need to include the necessary actions to “make cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable” (goal 11 of the UN Sustainable Development Goals)².

The energy consumption in buildings is on the rise and represents almost half of total greenhouse gas (GHG) emissions in cities, which are the main cause of global warming on the planet. Indeed, the stock of ex-

* Associate Professor of Law at Carlos III University (Madrid) and Sabin Center for Climate Change Law Affiliate (Columbia University). E-mail: teresa.parejo@uc3m.es.

1 See the conference here: <<http://www.unosd.org/index.php?menu=242>> (section 9). For more information, see: KNOX, 2015, p. 517.

2 Available here: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/cities/>>, accessed 4th January, 2017.

isting buildings are responsible for around 40% of energy consumption and around 37% of carbon dioxide (CO₂) emissions in most developed countries³. New buildings have a better energy performance in general, but there still room for improvement. The improvement of the energy performance of and in buildings in cities are already an essential element in the fight against climate change, but population grows, particularly in cities, the use of energy will become strategic in any public policy. Indeed, 70% of the world's population will live in cities by 2030⁴, producing a mayor increase in energy demand for buildings operation and maintenance, which will need to be tackled through energy efficiency measures. Therefore, putting all the efforts in order to achieve sustainable development in cities (SDGs, goal 11)⁵ is both, “a practical imperative, and a strategic policy choice”⁶.

For that purpose, there is a great scientific consensus that improving energy efficiency of building systems and operations is a very effective way to tackle this important problem⁷, and many measures have already being put into place accordingly, including regulation, market based instruments, economic incentives and voluntary actions⁸. However, it is also known that the behavior of occupants in a building can have as much impact on energy consumption as the efficiency of the building equipment⁹. Hence, improving the behavioral patterns with respect to the performance of the energy users in existing buildings represents a great opportunity for reducing GHG emissions worldwide, complementing the conventional measures used for the improvement of the design and operation of the buildings, such as the regulatory, or others, more innovative, such as the market-based instruments or the incentives. Based on the most relevant experiences around the world, this paper seizes the opportunity to help improving the energy performance of buildings at a global scale, starting

3 This is the largest end-use sector, followed by transport (32%) and industry (25%). European Commission. Staff Working Document. “Report from the Commission to the European Parliament and the Council. Financial support for energy efficiency in buildings”, COM (2013) 225 final (2013) 143 final, at 6. Available at: <<http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/202562>>, accessed 15 January 2016.

4 Available here: <<http://publications.wri.org/buildingefficiency/#c10>>, accessed 14 August 2016.

5 Available here: <<http://unsdsn.org/>>, accessed 14 August 2016.

6 Available here: <<http://unsdsn.org/wp-content/uploads/2016/07/9.1.8.-Cities-SDG-Guide.pdf>>, pp. 11-12, accessed 14 August 2016.

7 See WILSON et. al., 2012, p. 780. See also, EUROPEAN COMMISSION, 2014.

8 PAREJO-NAVAJAS, 2015.

9 See WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2008.

with what would seem the most basic one: how to ameliorate the energy behavior of those using buildings.

Comprehending the energy consumption in buildings requires insight into the energy levels consumed over the years and the mix of fuels used in that energy consumption. Although there are several ways to reduce GHG emissions derived from energy use in buildings, experts have stated that “understanding and shaping behaviors can provide a significant boost in the more efficient use of all energy resources”¹⁰, reaching up to 25 to 30% of total energy savings¹¹.

In essence, after showing some solutions that have been proven effective around the world, the paper outlines several recommendations for the improvement of the energy user’s behavior towards sustainable development of cities¹².

2. The Meaning of Behavior Change

Behavior refers to the way in which one acts or conducts oneself, including not just people, but also organizations, and *behavior (or behavioral) change*, to “alterations in patterns of action and choices”¹³ in this case, of occupants, operators and owners of buildings.

The way we live and consume is starting to get particular attention by policymakers¹⁴. Policies targeting sufficiency aim at capping or discouraging the rise of the use of energy due to the increment of the floor space, comfort levels, and equipment use¹⁵. This can be achieved mainly through regulation, voluntary actions or incentives. Indeed, individuals are not seen as mere bodies, upon which law and other moral practices should exercise their disciplinary effects. Now, (at least since the 20th century) liberal governmentality engages with individuals indirectly. It calibrates the behavior of individuals, modifying and acting on their milieu¹⁶.

10 EHRHARDT-MARTINEZ, 2008, p. iii.

11 EHRHARDT-MARTINEZ, 2008, p. iii.

12 Available here: <<http://unsdsn.org/wp-content/uploads/2016/07/9.1.8.-Cities-SDG-Guide.pdf>>, pp. 11-12, accessed 14 August 2016.

13 WOLFE et al., 2014, p. 31.

14 Indeed, “the need to change consumer behavior and lifestyle, based on the concept of sufficiency” is gaining in importance in energy efficiency policy development. See WORKING GROUP III Technical Support Unit, 2014, p. 714.

15 LUCON, 2014, pp. 57 and 64.

16 FOUCAULT, 2008, pp. 229-230.

Behavior and culture drive substantial differences in building energy use. In many parts of the world, high performance mechanical cooling systems are used in excess or even capriciously, principally due to bad architectural design or the use of inappropriate materials for a specific climate (e.g. the overuse of glass in office buildings located in warm climates with a lot of sunlight)¹⁷, but also to lifestyles that lack a consciousness on the need to limit the excess in all possible forms. The same applies for the wasteful use of heating systems in many of those countries, in particular, in the US¹⁸.

However, there are still many barriers that need to be overcome, such as the lack of information for the building's occupants, managers or even the owners of the building, which lead to an absence of consciousness of their possible behavioral choices¹⁹. Indeed, behavior is conditioned by information, but also, by other measures, as it will be later explained. But building's occupants and operators are not usually "trained or informed" on how the building works, or even how their conduct may affect the energy performance of the building. Ultimately, the building's stakeholders –mainly building owners, managers/operators, and users- are the ones "living" (or using) the building. Sometimes the building's occupant is the same as the owner, but in most occasions, this is not the case, as residential buildings have multiple tenants, more commonly. Owners might have different interests than occupants, due to the "split incentive problem"²⁰. Also, the role of operators or managers, which are mainly involved in the day-to-day problems of the building, is sometimes not sufficiently recognized²¹. But with the right incentives, they can play an important role in the improvement of the energy consumption behavior of the building users, revealing the "complicated network"²² involved in the process.

17 Available here: <<https://www2.buildinggreen.com/article/rethinking-all-glass-building-0>>, accessed 28 February 2015.

18 "In 2010, the USA accounted for 37 % of food service disposables globally and is projected to remain the largest market for these consumable goods by a wide margin". Woods et. al., 2014, pp. 931-940.

19 Available here: <<http://www.wri.org/our-work/project/building-efficiency-initiative>>, accessed 14 August 2016.

20 For more information on the "split incentive" problem, see: EUROPEAN COMMISSION, 2014.

21 MOEZZI et al., 2014, p. 43.

22 MOEZZI et al., 2014, p. 54.

3. Some Ideas for the Improvement of the Energy Performance in Buildings through Behavior Change

Buildings function as “social systems”²³ that evolve overtime and, as such, reveal great complexity. Each individual within that system plays a specific role, which may not necessary be guided by sustainable development -or energy efficiency- objectives (e.g. the security of a building may advise for the lighting of the building during the night hours, despite the waste of energy it entails). Users (or occupants), managers (or operators) and owners, perform different tasks and activities within the system, but all of them would agree on the need for an adequate building environment. Therefore, focusing on the improvement of people’s behavior, through general measures and/or others targeting each specific group, is an opportunity to enable progress²⁴ towards sustainable development. And this can benefit from the most advanced technology at the lowest price (BAT principle)²⁵, which is growing rapidly and is already mature enough to help improve the energy performance in buildings. That is why some guidelines need to be put in place in order to align building’s operational goals with those referred to the improvement of its energy performance, hence, the aim for sustainable development in cities. For that to happen, it would be necessary to know which conducts need to be changed, and, if so, how can they be transformed and which measures can be used in order to achieve behavioral change, where (and if) needed. This is what the ideas that follow will try to answer.

There are practices that have shown the effectiveness of promoting energy conservation behavior to achieve energy reductions by using various methods²⁶. IPCC scientists, that have studied behavioral energy practices to achieve energy savings have concluded that: a) efficient thermostat settings are needed (cooler than average during the winter and warmer than average during the summer)²⁷; b) dress codes and, cultural expectations towards attires in offices can be relaxed²⁸; c) natural ventilation should

23 MOEZZI et al., 2014, p. 64.

24 MOEZZI et al., 2014, pp. 59-60.

25 For more information about the BAT (best technology available at the lowest price) environmental principle, vir. Wurzel, Rüdiger.

26 SHEAU, BIN, WENG, 2011, pp. V1-376.

27 LUCON, 2014, p. 694.

28 LUCON, 2014, p. 694.

be possible in any building²⁹, and d) lighting should be operational only during working hours (best 12h/day than 24h/day)³⁰. Thus, design and education are key to achieving behavioral change which, in turn, can be accomplished through regulation and promoted through incentives, based on good information. The more educated (in the sense of being informed and conscious about the problem, and about the importance of individual action to find a common solution) a society is, the less the system will need to be based on hard law instruments to achieve compliance³¹.

What follows is a brief analysis of the possible measures to achieve a behavior change, when and where needed, from a double perspective: first, a static, referred to the design of the building -its structure and system and operation components-; and a dynamic one, relative to the use that those living/using/operating do of it.

1) Energy behavior deficits may start at the building design level (exterior design of the building, the material used, and also, the interior design, how it operates), hindering a better performance of the building's occupants. The building, its design and performance, conditions the individual behavior. Hence, the better the building performs itself, the easier to reach a more efficient energy behavior of its users.

– The *building's design* influences the individual's behavior (e.g. poorly isolated buildings lead to excessive use of energy for cooling and heating, or the location and appearance of the stairs of a building, which encourage or discourage the use of the elevator). At this stage of the process, architects and designers should be particularly cautious and choose the best options, and for that, *vernacular design* and *passive house standards* are a great baseline³². Example of this are the three Empire State Building retrofit key programs to influence tenant energy use, saving \$0.70–0.90 per s.f. in operating costs annually for an additional

29 LUCON, 2014, p. 695.

30 See here: <https://www.mge.com/images/PDF/Brochures/business_ManagingEnergyCostsInOfficeBuildings.pdf>, accessed 3rd December 2015.

31 Available here: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/tool_15_en.htm>, accessed 21 October 2016.

32 For more information on vernacular architecture and passive house standards, *vid.* for example: respectively, <<http://www.vafweb.org/>>.

cost of \$6 per s.f.³³ The ESB retrofitting project included design improvements (e.g. windows), equipment upgrading, and an ambitious tenant program, containing metering measures, guidelines on recommended strategies and use of efficient lighting techniques, and tenant incentive programs, such as the “feedate”, to distribute fees from those that missed sustainability targets to those exceeding them³⁴.

– The architecture design must reach the *common adaptive comfort needs*. However, these may vary with cultural preferences and gender issues. Indeed, developed countries are less resilient to temperature conditions and therefore, need cooling or heating in less extreme circumstances. Also, temperatures are set for “an average man”, so cooling systems usually do not provide user comfort to women³⁵. There are temperature standards for working spaces but they vary among countries, even in the EU³⁶ where there is a common regulation with Directive 89/391, EEC, as it only refers to the need for a room temperature “adequate for human beings”, without any further specification³⁷. Buildings and their energy infrastructure need to be designed, built and used taking into account culture, norms and occupant behavior. Also, technology can improve vernacular designs³⁸.

– *Building codes, energy codes and standards* set baseline requirements and govern building construction and retrofitting. However, they are usually focused on a single-element performance approach and not a whole-building approach³⁹. They typically specify requirements for “thermal resistance” in the building shell and windows, minimum air

33 Available here <<http://www.esbnyc.com/esb-sustainability/press-and-resources/empire-state-building-energy-efficiency>>, accessed July 24 2016.

34 Available here <http://catalystreview.net/wp-content/uploads/2010/03/ESB-White-Paper_061809.pdf>, accessed 1 November 2016.

35 KINGMA; VAN MARKEN LICHTENBELT, 2015, pp. 1054-1056.

36 Available here: <<http://www.rehva.eu/publications-and-resources/rehva-journal/2013/022013/thermal-and-acoustic-comfort-requirements-in-european-standards-and-national-regulations.html>>, accessed 12 August 2016.

37 Available here: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/ALL/?uri=CELEX:31989L0654>>, accessed 23 July 2016.

38 PAREJO-NAVAJAS, 2015, p. 411.

39 PAREJO-NAVAJAS, 2015, p. 365.

leakage, and minimum efficiency for heating and cooling equipment. To this respect, examples in the EU have shown that the improvement of the space cooling can be achieved with a mandatory energy label. Enforcement of existing thermal regulations and implementation of subsidies and economic instruments like the Energy Efficiency Certificates (EEC) for homes and for appliances have also been proven very effective.

– Enforcement of existing regulations for appliances and lighting is key to accomplish energy efficiency goals.

2) However, if the building is well designed, its energy performance depends on how individuals operates, this is, on their (or the group's) conduct when using the building.

– *Information* is key to achieve behavior change and complements the other measures, including the regulatory. “Without the correct information about what constitutes an energy saving action, even motivated people are unlikely to make beneficial behavioral changes.”⁴⁰ The information policy should be considered part of the substantive functions of the public power and, as such, they are meant for both, the “enlightenment” of the audience, and the increase of the strength and effectiveness of the policy it self, but without enforcement being necessary⁴¹.

An example of improved access to information is the *one-stop solution center*, such as the one implemented in the UK, Sweden or in The Netherlands, which would help provide market incumbents with clear information and tools on energy renovation projects, including deep renovations⁴². Another example is the Spanish Energy Efficiency Certifi-

40 Available here: <http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/understanding_the_why_to_effective_energy-saving_421na6_en.pdf>, accessed 3 August 2016.

41 The so-called “active publicity” is known in the U.S. as “nudge” or soft mechanisms for boosting certain social behaviors that are capable of substitute or at least complement more intense public power actions. This was used by the Obama administration and is explained in the book: SUNSTEIN, 2014. PAREJO ALFONSO, 2015, p. 162.

42 SHNAPP, 2014.

cate (EEC) Register, included in the most recent regulation⁴³ (some other Member States also have created them, like the UK), to comply with the informative requirements established by the European regulation⁴⁴, is an effective measure. The Register is a statistical inventory on the EECs registered in each Autonomous Community –regions within the Nation– that helps inspection and monitoring activities, and that informs the public about the level of compliance in the energy efficiency objective.

On top of that, the information costs are key to overcome the “split incentive” for energy efficiency investment in the existing building stock. The *Investor Confidence Project* (ICP) belonging to the Environmental Defense Fund⁴⁵, “defines a clear road-map from retrofit opportunity to reliable investor ready energy efficiency”⁴⁶ with important positive externalities, in particular, “increase market transparency, increase deal flow and enable origination channels, create standardization and enable data from the full project life cycle”⁴⁷. The establishment of standards facilitates the identification of the energy efficiency best practice projects, setting “a credentialing system that provides third-party validation”⁴⁸. These improvements optimize transactions for energy upgrades, reduce costs and increase the market value of the buildings, allowing for a feedback process⁴⁹.

– *Educational campaigns* are necessary to guide the behavior of stakeholders, in particular, the occupants of the building, since they use the

43 Royal Decree 235/2013, 5 April, on the basic procedure for the energy efficiency certification of buildings. Available, in Spanish, at: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-3904>, accessed 15 January 2015.

44 Article 20, Directive 2010/31/EU.

45 The EDF is a US non-profit environmental group. Available in: <<https://www.edf.org/>>, accessed 3rd January 2017.

46 Available in: <<http://www.eepformance.org/>>, accessed 5th December 2015.

47 Available in: <http://aceee.org/files/pdf/conferences/eeff/2013/Golden_4C.pdf>, accessed 5th December 2015.

48 Available in: <http://www.edf.org/sites/default/files/icp_europe_fact_sheet_011215.pdf>, accessed 5th December 2015.

49 Available in: <http://www.edf.org/sites/default/files/icp_europe_fact_sheet_011215.pdf>, accessed 5th December 2015.

appliances⁵⁰. They can include public campaigns and outreach programs (workshops, media campaigns, videos, etc.) to encourage citizens to make an efficient use of the light. However, there is great risk in “targeting behavior at the expense of knowledge”⁵¹, if these campaigns do not explain the energy savings. Education and awareness raising are key elements of the informative measures, in which local authorities play an essential role for the success of the communication strategy on sustainable energy use. Example of this is the “Birdie” character that arose from the GreeNYC within PlaNYC (2007), “to create a consistent and compelling voice for the City's environmental communications with the public”⁵².

A benchmark example of citizen awareness due to access to information and educational campaigns is Germany. Given its mild humid climate, with warm summers and cold winters, much of the energy consumed in its building stock is for space heating, as space cooling is negligible “due to cultural preference for natural ventilation”⁵³.

With respect to the construction and real estate sectors, *training*, as an information tool, is especially important for managers and operators, and should be constantly updated according to the best state of the technology⁵⁴.

– *Feedback techniques* to raise awareness of energy use and its costs. Continuous feedback has been proven to be more effective than weekly or monthly.⁵⁵ Group feedback is more effective when compared with other group's performance.⁵⁶ Example of this type of measure is the *regional training for planning and monitoring energy efficiency measures in the*

50 Available in: <http://www.edf.org/sites/default/files/icp_europe_fact_sheet_011215.pdf>, accessed 5th December 2015.

51 Available in: <http://www.edf.org/sites/default/files/icp_europe_fact_sheet_011215.pdf>, accessed 5th December 2015.

52 Available in: <<http://www.nyc.gov/html/gbee/html/initiatives/greenyc.shtml>>, accessed 3 July 2016.

53 Available in: <<http://www.nyc.gov/html/gbee/html/initiatives/greenyc.shtml>>, accessed 3 July 2016.

54 GOLDMAN et al., 2010.

55 WOLFE et al., 2014, p. 53.

56 WOLFE et al., 2014, p. 53.

building sector, commissioned by the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development. The program develops training courses “for auditors to assess the energy efficiency of buildings, as well as advanced specialist training for the inspection of boilers, heating and ventilation systems and for monitoring implementation of energy-efficiency measures” in South-East European countries⁵⁷.

– *Incentives and rewards* are promotion-type measures, designed to foster a better conduct of individuals in their energy performance in buildings and therefore, should be driven by the public sector, although the private sector can (and should) collaborate⁵⁸. They are meant to transform or direct the individual’s behavior towards an established goal and take the form of grants and subsidies, tax credits, rebates, low interest loans, energy-efficiency mortgages, among others⁵⁹.

The “weapons of influence”⁶⁰ are an incentive group of measures created by Cialdini⁶¹ to change the behavior of individuals through “persuasion”, leading, in this specific case, to a more efficient use of energy by individuals. They include i) reciprocity (vs. group competition), as if everyone gives something away, everyone stands to gain; ii) commitment and consistency strategies, giving tribute to a specific idea or goal; iii) social proof, being approved or recognized as a good practice by the group; iv) authority and leadership of the messenger to spread the idea or goal, which needs to be carefully selected; vi) scarcity (in this case, of energy sense), to reduce its demand, as a short-term emergency measure.

The public commitment to encourage behavior change linked to a specific goal has been proven to be more effective than private ones, as the former is connected to social values and norms, meaning that a specific

57 Available here: <<https://www.giz.de/en/worldwide/20317.html>>, accessed 5 August 2016.

58 Example of the public-private partnership is the EeB partnership (energy efficiency in buildings), between the European Commission and the private sector, represented here by the Energy Efficiency Building Association, to use and integrate technology to reduce GHG emissions in buildings, to transfer the building industry into a sustainable business, attracting investors and to develop and innovative industry to improve the EU competitiveness around the world.

59 PAREJO-NAVAJAS, Teresa. *op.cit.*, p. 367.

60 See: CIALDINI, Robert B. *Influence Science and Practice*. Boston: Allyn and Bacon, 2001.

61 See: <http://www.influenceatwork.com/wp-content/uploads/2012/02/E_Brand_principles.pdf>, accessed 4 August 2016.

behavior is “acceptable in a societal group”⁶². However, incentives and rewards need to be carefully selected as they might provoke the opposite effect (e.g. money rewards)⁶³. Example of this is the energy bill showing the performance of all tenants comparing the energy data to generate a behavioral change in those with an inefficient use of energy: comparing energy bills among neighbors might generate an increase in the energy consumption of those below the norm (boomerang effect)⁶⁴. Several companies around the world, such as OPOWER in the U.S. “provide software solutions to utilities to implement this comparative billing strategy”, and have shown excellent results⁶⁵. However, at the end, the implementation of a single measure is never the way to solve the problem and at the end, what works is a combination of measures.

Also, the “green building” rating schemes are effective reward systems for the promotion of energy efficient buildings. Although not the only ones, the most well known are the Building Research Establishment Environmental Assessment Method (BREEAM), originated in the UK, and the Leadership in Energy and Environmental Design (LEED), in the U.S.⁶⁶.

– *Social marketing* at the community or group level, to encourage individual change. A best practice example is the *Project Porchlight* campaign, sponsored by utilities and governments across the U.S. and Canada. The campaign is a support public policy to encourage the use of more efficiency CFL bulbs and the implementation of energy programs promoted by the utility company. The success of the campaign was based on the involvement of the whole community, the use of volunteers, and the economies of scale.

62 WOLFE et al., 2014, p.58.

63 WOLFE et al., 2014, p.58.

64 WOLFE et al., 2014, p.58.

65 Resulting in energy usage reductions averaging 1.5-3.5% per customer in pilots across the US. Available in: <<http://www.environmentalleader.com/2010/03/22/using-social-marketing-to-promote-energy-efficiency-and-conservation/#ixzz4HNz3W6sb>>.

66 See: <https://www.esmap.org/sites/esmap.org/files/DocumentLibrary/ESMAP_Energy_Efficient_MayoralNote_2014.pdf>, p. 13.

Taking into account all the previous, and according to the World Resources Institute⁶⁷, four are the main measures to improve the behavior in the use of energy in buildings: i) *competition and challenges*, involving games that foster social integration and reward mechanisms, that are not necessarily monetary; ii) *occupant engagement* for tenants in commercial buildings (such as the Empire State Building retrofitting program); iii) *occupant feedback*, that uses individual information on their use of energy in real time (via smartphones); and iv) *Strategic Energy Management (SEM)*, that includes and audit and training programs.⁶⁸ All these measures involve incentives, information, and education actions, and should be complemented by others, such as regulation and market-based instruments.

4. Conclusion

Buildings are complex social systems in which behavior of individuals is managed by regulations, informal rules, social norms and incentives. In this context, behavioral change in buildings must be undertaken at the different levels within the system and its success depends on compliance as well as on knowledge and individual capabilities and role performance expertise. Information, transparency and training are key to keep the system evolving and achieve internal and external challenges, to which measures and policies must adjust⁶⁹.

Therefore, behavioral measures and policies for the improvement of the energy performance in buildings must take into account:

- Buildings and their energy infrastructure need to be designed, built, and used taking into account culture, norms, and occupant behavior;
- Technology can improve vernacular designs;
- Enforcement of existing regulations for appliances and lighting is key to accomplishing energy efficiency goals;
- Incentives complement regulatory measures to transform or direct the individual's behavior towards an established goal without enforcement;
- Informative measures, which need to complement the mandatory ones;

67 WORLD RESOURCES INSTITUTE & WRI ROSS CENTER FOR SUSTAINABLE CITIES, 2016.

68 WOLFE et al., 2014, pp. 96-99.

69 WOLFE et al., 2014, p. 32.

- Educational campaigns, which are necessary to guide the behavior of stakeholders, especially tenants, since they use the home appliances;
- The public sector should take the lead and set the standards, although public-private collaboration is necessary;
- Success is always the result of a combination of measures. Yet, those measures need to be complementary.

References

- CIALDINI, Robert B. *Influence Science and Practice*. Boston: Allyn and Bacon, 2001.
- EUROPEAN COMMISSION. Overcoming the split incentive barrier in the building sector sustainability. In: *Workshop summary*. Institute for environment and sustainability, European Commission DG Joint Research Centre, Ispra, Italy, 2014.
- EHRHARDT-MARTINEZ, Karen. Behavior, energy, and climate change: Policy directions, program innovations, and research paths. In: *American Council for an Energy-Efficient Economy*, 2008.
- FOUCAULT, Michel, *The Birth of Biopolitics*, trans. G. Burchell, New-York: Palgrave, 2008.
- GOLDMAN, Charles; PETERS, Jane; NATHANIEL, Albers; STUART, Elizabeth & FULLER, Merrian. *Energy Efficiency Services Sector: Workforce Education and Training Needs*. Berkeley: LBNL, 2010.
- KINGMA, Boris & VAN MARKEN LICHTENBELT, Wouter. Energy consumption in buildings and female thermal demand. In: *Nature Climate Change*, (5), pp. 1054-1056, 2015.
- KNOX, John H., Human Rights, Environmental Protection, and the Sustainable Development Goals. In: *Washington International Law Journal*, Vol. 24 (3), pp. 517-536, 2015.
- LUCON, Oswaldo et al. Buildings. In: *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, 2014.
- SHEAU, Ting Low; BIN, Mohammed Abdul Hakim; WENG, Wai Choong. Promoting Energy Conservation Behaviour: A Plausible Solution to En-

- ergy Sustainability Threats. In: *International Conference on Social Science and Humanity*, V.5 (1), Singapore: IACSIT Press, pp. V1-376, 2011.
- MOEZZI, Mithra, HAMMER, Christine, GOINS John, and MEIER, Alan. Final Report: *Behavioral strategies to bridge the gap between potential and actual savings in commercial buildings*. Sacramento: Air Resources Board, 2014.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *La Vigilancia y la Supervisión Administrativas Un Ensayo de su Construcción como Relación Jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- PAREJO-NAVAJAS, Teresa. A Legal Approach to the Improvement of Energy Efficiency Measures for the Existing Building Stock in the United States Based on the European Experience. In: *Seattle Journal of Environmental Law* 5, (1), pp. 340-414, 2015.
- SHNAPP, Sophie, *Reducing Energy Demand in Existing Buildings: Learning From Best Practice Renovation Policies*, Paris: Global Building Performance Network (GBPN), July 2014.
- SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: The future of government*. New-York: Simon and Schuster, 2014.
- WILSON Charlie, GRUBER Arnulf, GALLAGHER, Kelly S & NEMET, Gregory F. Marginalization of End-Use Technologies in Energy Innovation for Climate Protection. In: *Nature Climate Change*, (2), pp. 780-788, 2012.
- WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *Energy Efficiency in Buildings. Business realities and opportunities*, Final Report, 2008.
- WOLFE, Amy K., MALONE, Elizabeth L., HEERWAGEN J. and DION, J. *Behavioral Change and Building Performance: Strategies for Significant, Persistent, and Measurable Institutional Change*, US department of Energy, 2014.
- WOODS, Laura, & BHAVIK R. Bakshi. Reusable vs. disposable cups revisited: guidance in life cycle comparisons addressing scenario, model, and parameter uncertainties for the US consumer. In: *The International Journal of Life Cycle Assessment*, (19) 4, pp. 931-940, 2014.
- WORKING GROUP III Technical Support Unit. *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change*. Cambridge University Press, 2014, p. 714.
- WORLD RESOURCES INSTITUTE & WRI ROSS CENTER FOR SUSTAINABLE CITIES, *Accelerating Building Efficiency. Eight Actions for Urban Leaders*, 2016.

Autora Convidada

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no segundo semestre de 2016
no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado
e Direito Constitucional

Aluno: Newton Teixeira Carvalho (Doutorado)

Título: Redesignação de sexo e a desnecessidade de judicialização para reificação do registro de nascimento. Eliminação de rituais de passagem na busca de implementação imediata de direitos fundamentais dos transexuais.

Data da Defesa: 30/11/2016

Banca: Mauricio de Albuquerque Rocha (Orientador), Elcio Nacur Rezendes, Adriana Vidal De Oliveira, Caitlin Sampaio Mulholland e Emilien Vilas Boas Reis.

Resumo: A presente tese é um estudo sobre a transexualidade no Direito brasileiro. A partir de questões centrais ligadas à dignidade da pessoa humana o estudo analisa a construção do conceito da transexualidade ao longo da História, especialmente da História da Medicina, em busca de uma explicação do tratamento discriminatório que os transexuais são constantemente submetidos no meio social. Busca-se a origem da visão da transexualidade como algo anormal, doente, que precise de conserto, para então desconstruir esse estereótipo que se firmou com o tempo e que predomina até hoje, inclusive no meio jurídico. Os princípios constitucionais de Igualdade, Dignidade, e Direito à Intimidade são usados como base na elaboração de uma proposta de tratamento respeitoso às pessoas que apresentam esse comportamento tido como desviante, mas que nada mais é que a expressão de sua identidade. A ausência de atuação do Poder Legislativo, a atuação discrepante do Poder Judiciário em situações fáticas idênticas, e a insuficiência das medidas do Poder Executivo servem para mostrar a urgência do enfrentamento do tema pelo Direito pátrio. O exame de outros ordenamentos jurídicos é feito para a elaboração de sugestões para a superação enfrentada pelos problemas acima, especialmente no que diz respeito à mudança do registro civil.

Aluno: Marcelle Machado de Souza (**Doutorado**)

Título: Colonialidade e Controle dos Corpos

Data da Defesa: 18/11/2016

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (Orientadora), Kiwonghi Bizawu, Mauricio De Albuquerque Rocha, Vanessa Oliveira Batista e Andrea Browning Gill.

Resumo: A colonialidade é constitutiva da modernidade. Um novo padrão mundial se apresenta a partir da constituição da América e do capitalismo colonial, moderno e eurocentrado. A barbárie inaugura a modernidade de modo atrelado aos mecanismos de poder da colonização desde o século XVI. Uma só ordem cultural global eurocêntrica surge como uma nova geopolítica do conhecimento programada pela razão imperial/colonial. Essas afirmativas marcantes perpassam as reflexões e os estudos desenvolvidos, a partir do final da última década do século XX, por teóricos da América Latina como Aníbal Quijano, Walter D. Mignolo, Santiago Castro-Gómez, Nelson Maldonado-Torres e outros. São elas que nos fazem questionar o momento em que surge a modernidade e o mito que carrega em torno de uma promessa de civilidade e perfeição. São elas o mote do presente trabalho na análise das estruturas do mundo moderno/colonial, bem como de sua mecânica geral de poder, responsável por imprimir aos sujeitos colonizados uma temática de dominação calcada na dispensabilidade das vidas humanas e em processos violentos de genocídio, racismo, epistemicídio e objetificação dos corpos. Aliado a esses argumentos, a pesquisa caminha, ainda, em algumas direções: não é possível explicar a modernidade sem que se faça referência aos povos colonizados das Américas; a emergência de um novo modelo de poder – a colonialidade do poder – é parte indissociável do capitalismo; a escravidão e a servidão são instituições conformes à exploração parasitária das metrópoles sobre as colônias e impulsionaram o capitalismo. A discussão da presente pesquisa é travada tendo como pano de fundo uma modernidade supostamente anunciadora da era das luzes e da razão, em sua dicotomia entre os iluminismos moderado - conservador nos campos político e social, dogmático e intolerante; e radical - fundado em valores e ideais igualitários e democráticos. E, ao final, é discutida a temática da dominação e do poder

com o intuito de tentar uma aproximação entre os estudos desenvolvidos em torno da colonialidade do poder, do saber e do ser, pelo grupo de teóricos latino-americanos acima mencionados, e os mecanismos e técnicas de poder que perpassam a sociedade de soberania, a sociedade disciplinar e o biopoder pensados pelo filósofo francês Michel Foucault, bem como as construções sobre a capilaridade nas relações de dominação, e a consequente fabricação dos sujeitos, presentes em suas lições no Collège de France.

Aluno: Oscar Alexandre Teixeira Moreira (**Doutorado**)

Título: Participação popular na defesa do meio ambiente: uma abordagem nos marcos da democracia deliberativa

Data da Defesa: 30/09/2016

Banca: Danielle de Andrade Moreira (Orientadora); Daniel Braga Lourenco; Gisele Guimaraes Cittadino; Thula Rafaela De Oliveira Pires; Alvaro Luiz Valery Mirra e Marcia Nina Bernardes.

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de chamar atenção para a importância do envolvimento do cidadão nas tomadas de decisão em relação ao meio ambiente, através do acesso aos espaços públicos de discussão, deliberando com vistas ao entendimento e buscando, assim, a concretização do Estado Democrático de Direito. Este Estado participativo tem entre seus objetivos a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, tanto na perspectiva econômica como na social e na ambiental, tendo em vista a indicação de um déficit de representação que tem promovido injustiças socioambientais, o que levanta a possibilidade de se vivenciar um Estado Socioambiental de Direito. A partir da teoria habermasiana será demonstrado que as decisões que têm o meio ambiente – direito fundamental difuso e transindividual – como objeto serão mais legítimas se os indivíduos puderem participar efetivamente delas, se colocando não só como espectadores, mas também como protagonistas desse momento decisório. Estes protagonistas devem estar atentos à sustentabilidade e ao equilíbrio do meio ambiente ao sofrerem tensões face à necessidade de desenvolvimento econômico e evitar que posições particularistas ganhem o status de universais. O des-

dobramento concreto dessa participação nos temas referentes às questões socioambientais dá-se, atualmente, por meio das audiências públicas nos licenciamentos ambientais, nas consultas prévias públicas para a criação e ampliação das unidades de conservação e nas audiências públicas realizadas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que tratem do meio ambiente – não obstante as dificuldades existentes quanto à efetiva interação cidadã por meio dos instrumentos participativos previstos no ordenamento jurídico brasileiro – figurando, desse modo, como um retrato da participação popular na defesa ambiental nos marcos da democracia deliberativa, segundo a teoria habermasiana.

Aluno: Rodrigo Gaspar de Mello (Doutorado)

Título: Liberdade de Expressão, Honra e Responsabilidade Civil: Uma proposta de adoção da doutrina da malícia real como meio de combate à censura judicial no direito brasileiro

Data da Defesa: 20/09/2016

Orientador: Fábio Carvalho Leite (Orientador), Florian Fabian Hoffmann, Jane Reis Goncalves Pereira, Claudio Marcio De Carvalho Chequer e Caitlin Sampaio Mulholland.

Resumo: Atualmente, no direito brasileiro, a liberdade de expressão corre perigo e a censura judicial é exercida de diversas maneiras. Dentre elas, figura a condenação de jornalistas e demais cidadãos que, sob o pretexto de violação da honra das pessoas afetadas pela expressão do pensamento, se vêem obrigados ao pagamento de indenizações indevidas e excessivas mesmo quando em debate assuntos de interesse público. As pessoas afetadas, geralmente políticos, empresários e outros poderosos, se valem do poder judiciário para silenciar o pensamento e gerar autocensura. O Superior Tribunal de Justiça convalida este meio indevido de restrição da liberdade de expressão na medida em que adota, em sua jurisprudência, um critério de posição preferencial da honra quando em conflito com a liberdade de expressão. Esta tese busca uma solução para este problema. A doutrina da malícia real, desenvolvida no direito norte-americano a partir do julgamento

do caso *New York Times v. Sullivan* pela Suprema Corte em 1964, consiste em poderoso mecanismo de proteção da liberdade de expressão nos Estados Unidos, conferindo a ela a posição preferencial quando em questão assuntos de interesse público. A partir da análise da doutrina da malícia real, seus critérios de proteção da liberdade de expressão foram identificados e transpostos para um sistema romano-germânico de responsabilidade civil como o brasileiro. A tese propõe uma reforma legal no direito brasileiro, apresentando um anteprojeto de lei da proteção da liberdade de expressão elaborado com base na doutrina da malícia real. A tese também convoca o Supremo Tribunal Federal a exercer o seu papel de guardião das normas constitucionais de proteção da liberdade de expressão e sugere, por fim, que todos os juízes e tribunais brasileiros considerem a adoção dos critérios de proteção da liberdade de expressão elaborados pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aluno: Danilo dos Santos Almeida (**Doutorado**)

Título: As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte

Data da Defesa: 19/09/2016

Banca: Noel Struchiner (Orientador), Cecilia Caballero Lois, Fábio Carvalho Leite, Rachel Barros Nigro e Diego Werneck Arguelhes.

Resumo: É comum tratarmos grupos como agentes capazes de interagir intencionalmente com o mundo e, para identificar mentes de grupos, usamos os mesmos mecanismos de percepção de mente em outras pessoas. No caso de cortes, a expressão de seus julgamentos coletivos pode variar de acordo com o grau de liberdade que elas permitem a seus membros. Elas podem publicar uma decisão única, restringindo a publicidade do processo deliberativo (*per curiam*) ou, ao invés de uma opinião coletiva da corte, podem publicar o conjunto de votos individuais de seus membros (*seriatim*). Nesse último caso, a identificação dos posicionamentos coletivos da corte pode ser difícil. Esta tese sustenta que, por conta de suas decisões *seriatim*, o Supremo Tribunal Federal (STF) diminui sua entitatividade, o que torna suas razões

para decidir difíceis de serem identificadas e limita sua capacidade de uniformizar a jurisprudência nacional através de seus precedentes. No primeiro capítulo, este trabalho trata das condições teóricas para a possibilidade de atitudes intencionais de grupos. Há duas possíveis maneiras de se especificar a natureza da intencionalidade de grupo: uma que se baseia na disposição dos membros do grupo de adotarem a perspectiva coletiva e outra que aponta para a capacidade dos membros de agirem racionalmente enquanto grupo. Da perspectiva de um observador, a noção de mente de grupo exige outras condições. O segundo capítulo especifica as formas como a discussão sobre intencionalidade de grupo podem ser aplicadas à prática judicial. Dependendo da forma como a corte apresenta suas decisões, pode ser que as suas razões motivadoras não sejam claramente distinguíveis das razões endossadas apenas pelos membros individualmente. No terceiro capítulo, é indicado como isso interessa a cortes como o STF, que lidam com questões politicamente controversas, mas que precisam demonstrar capacidade de agir motivadas por razões para que seus precedentes sejam respeitados. Ao optar por publicar decisões seriatim, a corte indica abertura à diversidade de opiniões, reduzindo a sua aparência de entidade coesa. Como consequência, as razões coletivamente aceitas para decidir não são claramente apresentadas. O último capítulo lida com pesquisas psicológicas recentes, que indicam que uma condição para a atribuição de intencionalidade a um grupo é que ele tenha alta entitatividade. Ações coordenadas e objetivos em comum entre os membros aumentam a entitatividade de um grupo e o torna mais propenso a ser reconhecido como um agente.

Aluno: Anacelia Silva Santos (**Doutorado**)

Título: Justiça Distributiva: uma análise prática da teoria de distribuição de bens sociais de Michael Walzer em uma comunidade brasileira não hipotética vivenciada em um país de regime totalitarista em 1980

Data da Defesa: 16/09/2016

Banca: Mauricio de Albuquerque Rocha (Orientador), Beatriz Souza Costa, Thula Rafaela De Oliveira Pires, Paulo Umberto Stumpf, Angelica De Britto Pereira Pizarro e Bernardo Carvalho Oliveira.

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 49 jul/dez 2016

Resumo: “Justiça distributiva: uma análise prática da teoria de distribuição de bens sociais de Michael Walzer em uma comunidade brasileira não hipotética vivenciada num país de regime totalitarista em 1980” resgata a discussão entre as correntes liberalismo x comunitarismo, manifestas nessa mesma década. Essas correntes discutem propostas políticas mais igualitárias, buscando uma sociedade moderna mais justa. Sem o intuito de fazer um inventário dessas ideologias e se detendo na linha comunitarista de Walzer, a presente pesquisa objetiva refletir sobre a forma de distribuição dos bens sociais em um acampamento, uma comunidade particular e não hipotética. Transporta-se a análise de Walzer para o acampamento localizado no Iraque, na década de mil novecentos e oitenta. Sensações contrastantes faziam parte da vida da comunidade: externamente, havia a guerra, a destruição; internamente, a construção de uma rodovia, um consenso velado que justificava a presença de todos no local. Desenha-se, assim, o ápice da contradição: a destruição e a construção. A inspiração metodológica, bem como o marco teórico principal, foi a obra “Esferas da Justiça”, de Michael Walzer. O trabalho de abordagem descritiva e exploratória, sem a ambição de desenvolver um trabalho etnográfico, contou, ainda, com alguns trechos de depoimentos de brasileiros que habitaram o acampamento, obtidos por meio de entrevista semiestruturada. Nesse contexto, a escola, como um bem social, ganha destaque, por se considerar que a formação de pessoas com senso de justiça é um dos caminhos para a busca de uma sociedade mais justa e a educação, uma solução para essa formação. Pensar a igualdade complexa bem como as provisões comunitárias em uma comunidade moderna, particular, multicultural e plural, com sua diversidade de identidades coletivas torna desafiante qualquer tentativa de defender um único pensamento ou uma única teoria. Conclui-se que algumas categorias de análise de Walzer se aplicam às relações produzidas no acampamento e outras, não, bem como percebe-se a inconsistência de alguns de seus argumentos. Pensar em uma sociedade complexa como esta exige heterogeneidade do olhar, seja qual for o enfoque, filosófico ou político.

Aluno: Francisco Haas (**Doutorado**)

Título: Análise do Programa Bolsa Família à luz da teoria de justiça de Nancy Fraser

Data da Defesa: 16/09/2016

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (Orientadora), Paulo Umberto Stumpf, Kiwonghi Bizawu, Marcia Nina Bernardes e Beatriz Souza Costa.

Resumo: A presente tese de pesquisa doutoral estará alicerçada no conceito tridimensional de justiça desenvolvido pela filósofa contemporânea da teoria crítica – Nancy Fraser. O objetivo é investigar os impactos que o Programa Bolsa Família – PBF – gerou na diminuição das desigualdades sociais na vida das famílias beneficiárias quanto aos aspectos da redistribuição, do reconhecimento e da participação paritária. Realizamos análise bibliográfica das pesquisas feitas sobre o Programa Bolsa Família do ano de 2003 a 2014. O percurso teórico desta tese buscou o aprofundamento dos conceitos de pobreza e de exclusão social, a análise do processo de desenvolvimento brasileiro e das políticas públicas para o enfrentamento das desigualdades sociais nas décadas de 60 a 90, focalizando também a experiência da transição democrática pós-Constituição Federal de 1988. Levamos em consideração os princípios constitucionais de 1988 e os tratados internacionais que respaldam a responsabilidade do Estado e da sociedade brasileira para a implantação de políticas sociais como o Programa Bolsa Família. Concluímos que o PBF produziu resultados importantes na vida dos beneficiários, garantindo a justiça redistributiva e de reconhecimento e potencializando essas pessoas para a paridade participativa como sujeitos integrais na sociedade. Reconhecemos o avanço do desenho institucional da política social brasileira, proporcionado pelo PBF, inaugurando assim um novo modelo de proteção social, capaz de identificar a vulnerabilidade social das famílias brasileiras em situação de pobreza e de articular a redistribuição de renda e o reconhecimento, por meio do Sistema Único da Assistência Social – Suas.

Aluno: Franclim Jorge Sobral de Brito (**Doutorado**)

Título: Emancipação Socioambiental: Por uma Teoria Crítica Ambiental

Data da Defesa: 15/09/2016

Banca: Danielle de Andrade Moreira (Orientadora), Kiwonghi Bizawu, Paulo Umberto Stumpf, Thula Rafaela De Oliveira Pires e Beatriz Souza Costa.

Resumo: “Emancipação socioambiental: por uma Teoria Crítica Ambiental” busca discutir hermeneuticamente os contrastes da emancipação social oriunda da tradição marxista da Escola de Frankfurt em suas duas versões, sistematizadas por Theodor Adorno e Max Horkheimer – a primeira radicada no materialismo interdisciplinar e a segunda balizada pelo contexto da razão instrumental – e dos teóricos-críticos contemporâneos, como Boaventura Souza Santos. A começar pela análise analítico-descritiva, desenvolve-se o tema apresentando o status quo da emancipação social desde a conceituação da racionalidade instrumental como efetivo paradigma do sistema capitalista. Em seguida, estudam-se as influências dessa modalidade racional a partir dos pressupostos ético-políticos que a consubstanciam, a saber, os Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana e os modelos democráticos hegemônicos, a fim de se constatar os limites da emancipação social no enredo desenvolvimentista-liberal. Uma vez estruturado o contexto crítico da emancipação social pelas contingências teóricas e críticas, desvela-se a crise ambiental proveniente do modo de produção capitalista, fundamentado na instrumentalidade técnico-científica, a fim de se descobrir o socioambientalismo como novo interlocutor da ação política no que se refere à emancipação socioambiental. Para tanto, o texto projeta-se dialeticamente nas perspectivas emancipatórias presentes na racionalidade socioambiental, em oposição à racionalidade instrumental, e se serve da análise descritiva das ferramentas de cooptação economicista ambiental para justificar que a crise ecológica hodierna, parametrizada pela cientificidade capitalista e seus derivados – sobretudo a desigualdade dos atores sociais, o aumento da pobreza e a degradação ambiental –, tem consistentes pontos convergentes e demanda politicamente novos saberes. O modelo de ação política em que se situa o texto está referenciado pelo ecossocialismo, posicionando a ecologia política como precursora de uma nova cultura social e ambiental lastreada

pelo conceito coletivista do modo de existir com os outros – humanos e não-humanos. À guisa de conclusão, tem-se a atualização do pressuposto da Teoria Crítica no que se refere à sua dimensão principiológica: a emancipação socioambiental como possibilidade de se compreender as complexidades do tempo presente e de ser capaz de reinterpretar e resignificar, a partir de matrizes políticas, sociais e ambientais, a racionalidade socioambiental como pressuposto de uma configuração da relação homem-natureza.

Aluno: Fabricio Toledo de Souza (Doutorado)

Título: A crise do refúgio e o refugiado como crise

Data da Defesa: 12/09/2016

Banca: Francisco de Guimaraens (Orientador), Bethania De Albuquerque Assy, Adriano Pilatti, Angela Mercedes Facundo Navia, Alexandre Fabiano Mendes e Roberto Vilchez Yamato.

Resumo: A crise dos refugiados é apreendida em duas principais dimensões. De um lado, é a evidência de que a guerra tornou-se a condição generalizada de nosso tempo. Mais do que um evento extraordinário, a crise dos refugiados é signo da violência e da desigualdade como normalidade. Neste sentido, nomear como “crise” o aumento incessante dos deslocamentos é apenas uma forma de legitimar a violência constante em que vivem parcelas enormes da população mundial, especialmente as mais pobres. O fundamento humanitário do instituto do refúgio é indissociável da gestão global da iniquidade. Nesta primeira dimensão, qualificada como negativa, o instituto de refúgio, fundado em uma concepção de vida sempre diminuída, é apreendido como um dispositivo de controle e docilização. Por meio da distinção e classificação entre refugiados e migrantes, a vida, o direito e a cidadania surgem como bens escassos. De outro lado, sem recusar a tragédia, a crise surge em sua dimensão afirmativa. Nesta perspectiva, as classificações instituídas pelos estados cedem lugar às subjetividades produzidas pelos sujeitos que fogem. Os sujeitos em fuga afirmam o caráter constituinte e ontológico da fuga: atravessam a sobrevivência para afirmar a resistência como fundamento da vida, atribuindo, por meio de sua luta, o valor e a dig-

nidade da própria vida. Simultaneamente à dor, à negatividade e à violência, na fuga existe o desejo positivo por liberdade e democracia. Os sujeitos decidem fugir porque querem viver. Não se trata de recusar a tragédia, mas sim recuperá-la do vazio e da impotência.

Aluno: Rodrigo Mendes Cardoso (**Doutorado**)

Título: A participação popular na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988

Data da Defesa: 26/08/2016

Banca: Adriano Pilatti (Orientador), Francisco De Guimaraens, Vania Siciliano Aieta, Renato De Andrade Lessa e José Afonso Da Silva.

Resumo: Na experiência constitucional brasileira, a efetivação de um processo de transição política, do regime autoritário instalado pelos militares em 1964, para uma nova ordem democrática, exigiu a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Todas as discussões acerca das regras regimentais e da nova Constituição se configuraram na tensão então existente entre o bloco conservador (majoritário) e o progressista (minoritário). Não obstante uma enorme resistência da ala conservadora, as normas regimentais acabaram prestigiando a participação popular no processo de elaboração da Constituição, especialmente através da realização de audiências públicas e a apresentação de sugestões e de emendas populares ao projeto de constituição. Mecanismos de participação popular direta também foram contemplados na Constituição da República de 1988, visando romper definitivamente com o monopólio dos representantes eleitos no que diz respeito à atividade legislativa e às decisões políticas, impondo e prestigiando o exercício da soberania popular. Sem desconsiderar outras formas de participação popular nas decisões políticas, serão privilegiados o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular legislativa e constitucional. Esta tese avaliará o processo de transformação experimentado pela Assembleia Nacional Constituinte, enfocando as mudanças institucionais e as influências que culminaram na adoção, tanto no regimento interno quanto no texto final da Constituição da República de 1988, de mecanismos de participação popular direta mais voltados para o perfil das propostas do bloco progressista.

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 49 jul/dez 2016

Aluno: Noelle Coelho Resende (**Doutorado**)

Título: Do Asilo ao Asilo, as existências de Fernand Deligny. Trajetos de esquiwa à Instituição, à Lei e ao Sujeito

Data da Defesa: 24/08/2016

Banca: Mauricio de Albuquerque Rocha (Orientador), James Bastos Areas, Ana Paula Veiga Kiffer, Catherine Perret e Eduardo Henrique Passos Pereira.

Resumo: No final da década de 1930, na França, começou a ser desenvolvido o conceito de infância inadaptada, como orientador para a construção de políticas de cuidado em relação à infância e à juventude consideradas anormais. Este conceito, que se estabeleceu durante os anos 1940 e permaneceu predominante sem alterações significativas até meados dos anos 1970, articulou os poderes médico, jurídico e educacional em torno da infância à margem. A noção de inadaptação promoveu uma transição da perspectiva anterior, voltada à completa exclusão da anormalidade, para a possibilidade de reeducação e readaptação desta, direcionada ao seu reaproveitamento econômico. Fernand Deligny dedicou sua vida à criação de espaços comuns junto às crianças e aos adolescentes que, por um motivo ou outro, se tornaram o resto em um processo de integração social que teve o preço da exclusão de toda diferença mais ou menos inassimilável. Tendo passado por diferentes instituições que integravam o tripé de sustentação dessa nova política – a escola, o asilo e um centro sócio-jurídico – e, posteriormente, tendo operado uma transição para fora do quadro institucional do Estado, Deligny se tornou um importante analisador sobre a constituição desse novo campo e sobre a luta política em relação aos preceitos que o sustentavam. A escrita da tese teve como objetivo, a partir da trajetória percorrida por Deligny, das diferentes tentativas tramadas por ele de 1937 até 1996, retratar, em seus textos e em suas práticas, os contornos de sua vida e de seu trabalho, mapeando as formas como em diferentes períodos e espaços ele construiu uma importante reflexão crítica sobre os processos de criação e de organização institucionais. Nas classes especiais em Paris e Nogent-sur-Marne, em um pavilhão para irrecuperáveis no asilo de Armentières, no Centro de Observação e Triagem de Lille, na Grande Cordée por toda França, e em Cévennes durante trinta anos na companhia de crianças

autistas, dentro ou fora das instituições, Deligny criou importantes formas de esquivar-se aos preceitos que definem os processos de criação institucional que conhecemos e às bases que sustentam a compreensão da experiência humana - a imagem dominante do homem-sujeito: a liberdade, a vontade, a propriedade, a Linguagem, a Normalidade e a Lei.

Aluno: Marianna Montebello Willeman (**Doutorado**)

Título: O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da accountability democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil

Data da Defesa: 25/07/2016

Banca: Adriano Pilatti (Orientador), Jose Ribas Vieira, Gustavo Binenbojm, Manoel Messias Peixinho e Charles Freitas Pessanha.

Resumo: A pesquisa realizada neste trabalho direciona-se para análise das Instituições Superiores de Controle – ISCs (Supreme Audit Institutions) no Brasil, tendo por referencial o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública como vetor a exigir a atualização dos modelos de controle da gestão financeira estatal e do desenho de seus organismos. A hipótese central da tese considera tais instituições – que, em nosso país, seguem o modelo de Tribunal de Contas – como constitutivas do regime democrático e republicano. Paralelamente a essa qualificação, porém, reconhece a existência de fatores internos e externos que interferem diretamente no exercício de sua vocação, inibindo a efetividade do controle realizado pelas Cortes de Contas. O trabalho aponta para a existência de disfunções na atuação de tais organismos de duas ordens distintas. Em alguns casos, os embaraços à efetividade do controle associam-se a práticas e fatores internos ao seu próprio ambiente institucional; em outros casos, os impasses decorrem de interferências externas, mais precisamente das relações travadas com os Poderes Executivo e Legislativo e de compreensões firmadas pelo Poder Judiciário. A tese busca, em síntese, a conformação de um desenho para os Tribunais de Contas no Brasil que lhes permita exercer, em toda a sua integridade, a tutela das finanças públicas. A abordagem realizada é eminentemente

mente descritiva de disfunções verificadas no sistema atualmente em vigor e propositiva de mudanças capazes de aperfeiçoá-lo, objetivando contribuir para a melhor compreensão do perfil de tais órgãos e para uma reflexão mais sólida e consciente a propósito de pequenas alterações que podem impactar muito positivamente o controle das finanças públicas no país.

Aluno: Rafael Barros Vieira (Doutorado)

Título: Walter Benjamin: O direito, a política e a ascensão e colapso da República de Weimar (1918/9-1933)

Data da Defesa: 13/07/2016

Banca: Bethania De Albuquerque Assy (Orientadora), Demian Bezerra De Melo, Jose Maria Gomez, Florian Fabian Hoffmann e Gilberto Bercovici.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo realizar uma análise simultaneamente histórica e conceitual sobre as percepções de Walter Benjamin sobre o direito e a política situando-as no contexto histórico da República de Weimar (1918/9-1933). Através dessa análise articulada, trata-se de expor os traços principais do debate proposto por Benjamin, analisando seus escritos que enfrentam a discussão sobre o direito e a política, seus embates em torno da noção de “estado de exceção”, e sua relação com a filosofia da história do autor. Será importante também desdobrar tais reflexões, indicando os questionamentos colocados, as inflexões sofridas em relação ao seu pensamento anterior e a incorporação de novas questões. Benjamin será, portanto, analisado tendo como referência o seu próprio tempo, indicando-se também suas especificidades como autor e as respostas dadas a esse tempo que o particularizam. A hipótese central do presente trabalho é que para uma melhor compreensão dos escritos político-jurídicos de Benjamin é fundamental a análise conjunta do contexto de onde emergiram, reconhecendo que os problemas levantados pelo autor vão além dele, e que a partir daquele contexto determinado levantou questões que dizem respeito à tendências da própria modernidade, e que ainda são, portanto, questões do nosso tempo.

Aluno: Lyssandro Norton Siqueira (**Doutorado**)

Título: Qual o valor do meio ambiente? Previsão normativa de parâmetros para a valoração econômica do bem natural

Data da Defesa: 07/07/2016

Banca: Danielle de Andrade Moreira (Orientadora), Caitlin Sampaio Mulholland, Manoel Messias Peixinho, Paulo Affonso Leme Machado e Mauricio Jorge Pereira Da Mota.

Resumo: Esta tese tem por objetivo contribuir para a solução do problema da ausência de recuperação de áreas degradadas pela mineração. Para o desenvolvimento do trabalho, o conceito de meio ambiente foi delimitado como macrobem ambiental, integrado por distintos microbens ambientais. Entre os microbens ambientais está o bem natural. A relevância dos bens naturais obriga que se exerça a regulação das atividades empreendedoras, como a mineração, pelo Poder Público, que exerce a função de gestor do macrobem ambiental, bem de uso comum do povo. Como meio de assegurar uma melhor regulação da atividade minerária, sugere-se a exigência de instrumentos securatórios da recuperação de áreas degradadas, que somente terão efetividade se houver parâmetros adequados de valoração econômica. Para que haja uma adequada valoração dos impactos causados pela atividade minerária, entende-se necessária a adoção de parâmetros de valoração econômica ambiental, em norma editada pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA). Essa norma deverá determinar, aos órgãos licenciadores da atividade minerária, a exigência de valoração econômica dos bens naturais, adotando-se metodologia em que seja considerado o seu valor de uso direto, o valor de uso indireto, o valor de opção e o valor de existência – ou não uso. Esse valor base, a que se chegará mediante avaliação técnica, deverá contemplar valores econômicos mínimos e máximos para o bem natural. A norma deverá fixar a forma em que será ouvida a sociedade para definir, no caso concreto, a partir dos valores mínimos e máximos, o valor econômico do bem natural e, conseqüentemente, das externalidades ambientais negativas. Definidos os valores econômicos dos bens naturais, poderá o órgão ambiental, no caso concreto, fixar os valores definitivos para a execução dos Planos de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD) pela

mineração. Os mesmos valores poderão orientar o cálculo dos valores de medidas compensatórias e restauradoras, fornecendo parâmetros eficazes para sua eventual conversão em indenizações.

Aluno: Andrea Maria Nessralla Bahury (**Doutorado**)

Título: A Ausência de Efetiva Ampla Defesa e o Comprometimento do Devido Processo Penal

Data da Defesa: 03/11/2016

Banca: Ilié Antonio Pele (orientador), Jean-François Yves Deluchey, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Joao Ricardo Wanderley Dornelles e Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki.

Resumo: A persecução penal foi analisada sob a ótica da incidência do princípio da ampla defesa na fase de inquérito policial e no curso do processo. A partir da observação das práticas dos órgãos estatais que atuam na persecução penal, foi possível inferir que apesar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecer princípios garantistas, norteadores do processo penal, a atuação dos órgãos estatais ainda está pautada por um caráter repressivo/punitivo que inspirou a elaboração do Código de Processo Penal de 1941. Foram selecionados julgados do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais demonstrativos de uma interpretação que prima pela relativização das garantias processuais. Ainda que se realizem reformas no diploma processual penal, visando melhor adequá-lo à Constituição Federal, não há que se falar em respeito ao devido processo penal enquanto as decisões judiciais persistirem em flexibilizar os princípios constitucionais e as normas infraconstitucionais garantidoras dos direitos daqueles que estão sujeitos ao processo. O comprometimento do devido processo penal é evidenciado não somente por tais práticas judiciais, mas também pela ausência de efetiva ampla defesa, pois grande parte daqueles que estão submetidos ao processo não tem condições de contratar advogados e não há por parte do Estado o cumprimento do dever de prestar a assistência jurídica integral e gratuita a ser realizada pela Defensoria Pública. A ausência de efetiva am-

pla defesa macula o exercício da cidadania e o processo penal é visto como instrumento para “legitimar” uma exclusão que o antecede, assumindo o Estado brasileiro a postura do eficientismo penal em detrimento do respeito às garantias constitucionais. Nessa perspectiva, reconhece-se a necessidade de melhor estruturação da Defensoria Pública, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes, pois em razão da capacidade técnico-jurídica de seus profissionais, pode se contrapor às práticas autoritárias, defendendo o status libertatis dos investigados e acusados.

Aluno: Guilherme Augusto Portugal Braga (**Doutorado**)

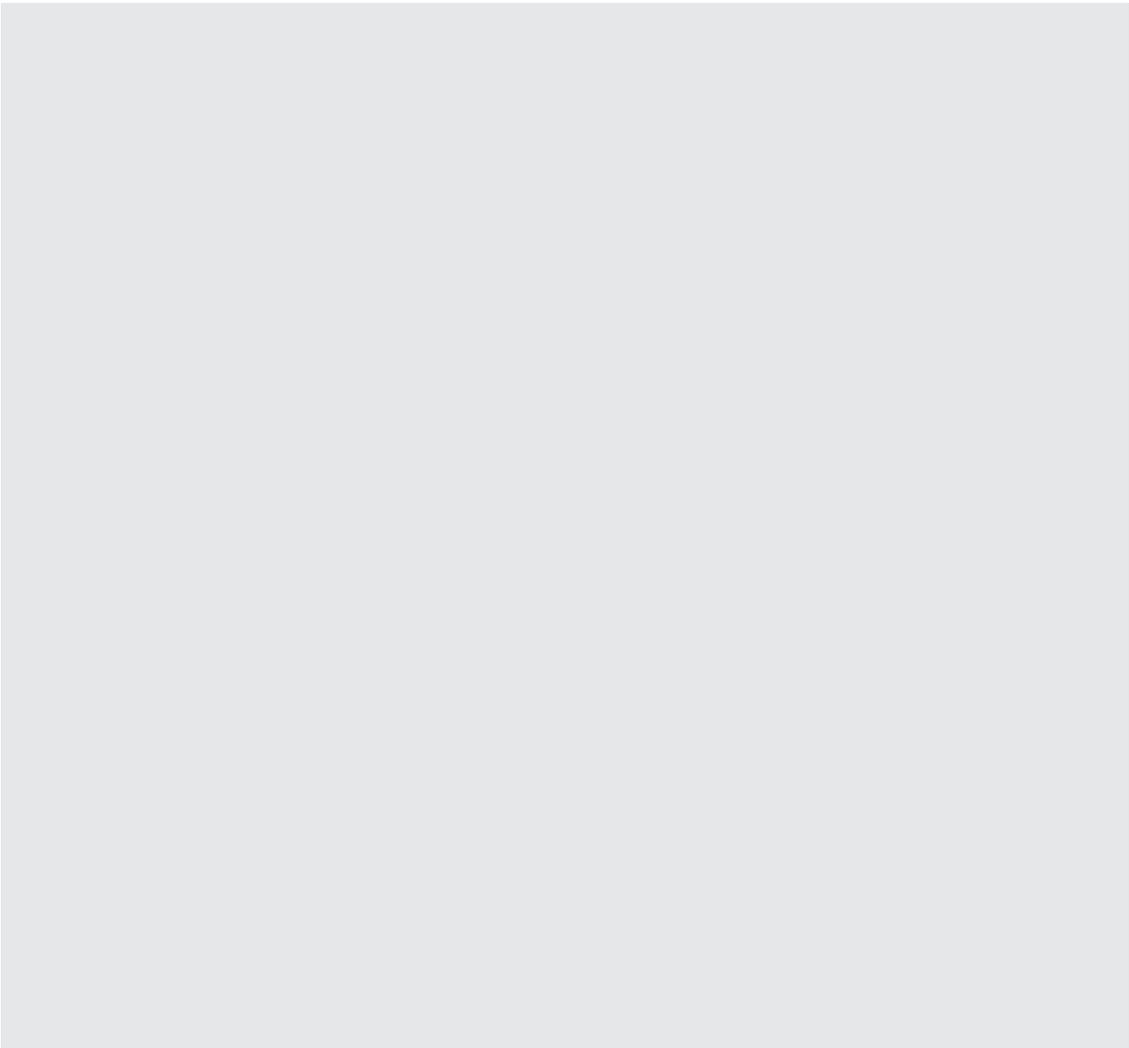
Título: Estado Penal: entre a Punição e os Direitos Humanos

Data de Defesa: 09/11/2016

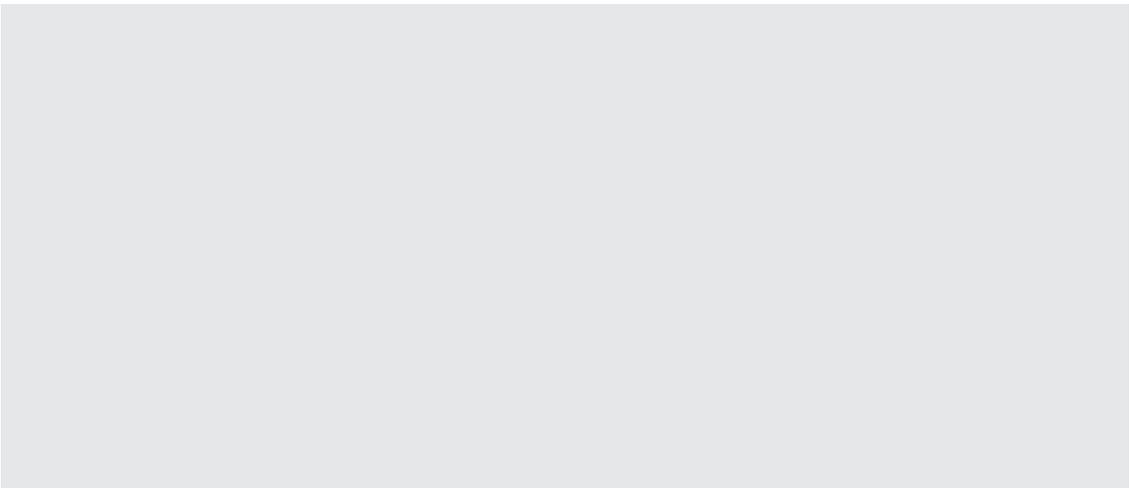
Banca: Joao Ricardo Wanderley Dornelles (orientador), Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, Pedro Cláudio Cunca Brando Bocayuva Cunha, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho e José María Gómez.

Resumo: O presente trabalho se concentra no paradoxo da fundamentação do Estado Mínimo contemporâneo a partir da função punitiva, como forma de preservação de direitos humanos, mesmo ciente de que as ferramentas punitivas disponíveis são constantes fontes de violação de direitos humanos. Em um primeiro momento, descreve uma crise de identidade que vem do nascimento mesmo do Direito Penal como iniciativa de contenção do poder punitivo aos limites das garantias fundamentais dos indivíduos. Na sequência, aponta o desenvolvimento de uma lógica punitiva que passa de uma necessidade de disciplinamento da mão de obra fabril na revolução industrial à gestão de excedentes humanos sem qualquer finalidade, como se tornaram as prisões de hoje. Para pontar a ciência desta estrutura, a análise de casos específicos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos aparece como base empírica para verificação de que mesmo o Direito Internacional dos Direitos Humanos estando ciente de que os sistemas punitivos são fontes constantes de violações a Direitos Humanos, continuam a demandar a utilização de instrumentos punitivos e repressivos para a proteção dos Direitos Humanos. Ao concluir aponta a necessidade da superação de qualquer lógica punitivas na preservação dos Direitos Humanos.

Direito, Estado e Sociedade ■ n. 49 jul/dez 2016



Resumos/*Abstracts*



Duarte, Evandro Charles Piza; Queiroz, Marcos Vinícius Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade

Resumo: O presente artigo pretende ser um duplo movimento de reflexão sobre as categorias utilizadas para tratar da história do constitucionalismo moderno. Primeiramente, apresentará a categoria de “Atlântico Negro” e suas respectivas contribuições para uma “reperiodização” da modernidade, especificamente quanto aos movimentos sociais de reivindicação de direitos. Em seguida toma um evento particular desse Atlântico Negro, a Revolução Haitiana, como prisma hermenêutico e metodológico para pensar as disputas constitucionais. Busca-se, desse modo, adotar o ponto de vista de uma filosofia da história que lide, de maneira integrada, com a modernidade e o colonialismo. Por fim, tecerá breves comentários sobre como esse duplo movimento poderá contribuir para a reflexão sobre o direito constitucional contemporâneo.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Modernidade; Colonialismo; Revolução Haitiana; Atlântico Negro.

The Haitian Revolution and the Black Atlantic: Constitutionalism in face of the Dark Side of Modernity

Abstract: The present paper aims to be a double movement of reflection about the history of modern constitutionalism. Firstly, it introduces the “Black Atlantic” category and its respective contributions to perform a “re-periodization” of modernity, specifically in relation to social movements of human rights. Then, it takes one particular event of this Black Atlantic, the Haitian Revolution, to be a methodological and hermeneutical prism to think the constitutional struggles. Thereby, the paper intends to embrace a point of view of the philosophy of history that deals with modernity and colonialism in an integrated manner. Lastly, it shows how this double displacement can contribute to the contemporary constitutional thought.

Keywords: Constitutionalism; Modernity; Colonialism; Haitian Revolution; Black Atlantic.

Simon, Henrique Smidt. A Tensão entre Constitucionalismo e Exceção: a Ordem Estatal sobreposta aos Direitos Fundamentais

Resumo: Cada vez mais o poder público limita direitos e aumenta a repressão, sem corrigir as falhas que levam ao conflito. Isso indica o uso do direito como garantidor de ordem, não de liberdade. O intento deste artigo é mostrar, discutindo as noções de estado e constituição, o conflito entre liberdade e ordem e como o direito serve para proteger a primeira. Assim, relaciona-se a legalidade no estado contemporâneo com a limitação do poder. Faz-se, então, a relação com a ideia de nação e a prevalência da vontade do estado. Após, trabalha-se o estado de exceção e como a ordem e a coerção estatal são postas acima dos direitos e garantias constitucionais. A prevalência da ordem sobre a proteção constitucional pode ser vista nas manifestações de junho de 2013; nos rolezinhos e na situação do presídio de Pedrinhas, exemplos da lógica do estado de exceção incorporada à vida política brasileira, o que responde à discussão teórica que os antecede. Ademais, o estado brasileiro aumenta seu poder de repressão com estratégias jurídicas que diminuem seus limites ou seu controle. O texto defende a necessidade de retomar as lógicas da legalidade e do constitucionalismo para combater a naturalização do estado de exceção.

Palavras-chave: Teoria política e do direito; nação; constitucionalismo; estado de exceção; limites ao poder do estado.

The Tension between Constitutionalism and Exception: when the State Order Prevails over Fundamental Rights

Abstract: Nowadays is getting usual for the government to limit rights and expand its capacity of repression without correcting the flaws that cause conflicts. This indicates the use of the law as a way to grant order, not liberty. The aim of this article is to show, discussing the ideas of state and constitution, the tension between liberty and order and how the law should work to protect the former. Thus, the contemporaneous state is related to legality, understood as a mean to limit the state power. Then, the concept of state of exception is presented and is shown as the state order and coercion overlap constitutional rights. This overlapping can be seen in the “June 2013” protests; in the flash mob situations and in the

case of “Pedrinhas” Prison. Those are examples of the logic of the state of exception embodied to the Brazilian political life. Furthermore, Brazilian state increases its repression power by using legal strategies that decrease its means of being restrained. The text asserts the need to rethink legality and constitutionalism as a way to fight the naturalization of the state of exception.

Keywords: Political and legal theories; Nation; Constitutionalism; State of Exception; Limitation of State Power.

Ferreira, Otávio Dias. Considerações Políticas sobre a Vedação Legal da Liberdade Provisória: Tensões e Consensos no Julgamento do Habeas Corpus 104.339 e o Contexto da Lei 12.403/2011

Resumo: Entre 1990 e 2006, o Congresso Nacional aprovou cinco Leis Federais dispendo sobre a vedação da concessão do benefício de liberdade provisória para acusados pela prática de diversas modalidades de delitos. Desde o início da vigência, cada um desses dispositivos legais encontrou resistências no Judiciário. Em 2011, foi sancionada uma nova regulação para as medidas cautelares penais, trazendo inovações nessa temática. O objeto central desta pesquisa é o julgamento de 10.05.2012, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, do habeas corpus n. 104.339, sobre a constitucionalidade de dispositivo sobre a liberdade provisória da nova “Lei de Drogas”. Por se tratar da decisão paradigmática mais recente sobre tal celeuma, tendo ocorrido após a reforma processual da Lei 12.403/2011 e pela grande quantidade de pessoas privadas da liberdade acusadas por tais delitos, o estudo desse julgamento ganha relevância especial. Após a reconstituição histórica da celeuma e a consideração sobre os conteúdos jurídicos envolvidos, atenta-se sobretudo para a dimensão política da decisão da Corte, de modo a oferecer uma perspectiva institucional ampliada para a compreensão da temática.

Palavras-chave: Vedação à liberdade provisória; Medidas cautelares penais; Controles democráticos; Controle de constitucionalidade; Instituições políticas.

Political Considerations on the Legal Prohibition of the Provisional Freedom Benefit: Tensions and Consensus in the Trial of Habeas Corpus 104.339 and the Context of the Law 12.403/2011

Abstract: Between 1990 and 2006, the Congress approved five Federal Laws providing for the prohibition of the granting of the provisional freedom benefit to people accused of committing several criminal offenses. Since the effective date, each of these legal provisions found resistance in the judiciary. In 2011, a new regulation for criminal precautionary measures was introduced, bringing innovations in this area. The central object of this research is the judgment that happened in May 10, 2012, in the Plenum of the Federal Supreme Court, of habeas corpus no. 104,339, on the constitutionality of a provision on the provisional freedom benefit of the new "Drug Law". Since this is the most recent paradigmatic decision on this issue, having occurred after the procedural reform in the Law 12.403/2011 and the large number of persons deprived of liberty accused of such crimes, the study of this judgment gains special relevance. After the historical reconstitution of the controversy and the consideration of the legal contents involved, it focuses on the political dimension of the Court's decision, in order to offer an expanded institutional perspective for understanding the issue.

Keywords: Prohibition of the granting of the provisional freedom benefit; Precautionary measures of penal nature; Democratic control; Constitutional control; Political institutions.

Serraglio, Priscila Zilli; Zambam, Neuro José. Democracia e Internet: Pensando a Limitação do Poder na Sociedade da Informação

Resumo: Este artigo avalia as novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), especialmente a internet, como mecanismos efetivos de limitação do poder em tempos democráticos. As TIC, quando visualizadas no seu sentido de expandir a comunicação e o acesso à informação, permitem que cidadãos mais críticos controlem e pressionem o poder público, assegurando uma governança mais justa e transparente, pelo que, a internet, face às inúmeras possibilidades de fiscalização social que oferece, pode ser um mecanismo efetivo de controle da força estatal. Tal análise se utiliza do

método dedutivo e das seguintes técnicas: pesquisa bibliográfica, referente, fichamento, categoria, e conceito operacional.

Palavras-chave: Democracia; Novas tecnologias da informação e comunicação; Internet; Poder; Governança.

Democracy and Internet: Thinking the Limitation of Power in the Informational Society

Abstract: This article assesses the new Informational and Communicational Technologies (ICT), especially the Internet, as effective mechanisms for the limitation of power in democratic times. The new ICT, when comprehended as a means of expanding communication and access to information, enables citizens who are more critical to control and pressure the government, ensuring a more just and transparent governance, from which, the internet, given the numerous possibilities of social surveillance it offers, can be an effective mechanism of controlling the power of State. This analysis utilizes the deductive method and the following techniques: bibliographical research, referent, book report, category, and operational concept.

Keywords: Democracy; New informational and communicational technologies; Internet; Power; Governance.

Costa, Rafael de Oliveira; Buzetti, Bruno Starke; Silva, Lainara da. Raciocínio Moral (Moral Reasoning) e Raciocínio Jurídico (Legal Reasoning) no Exercício da Jurisdição Constitucional

Resumo: O presente estudo pretende analisar a relação existente entre o raciocínio moral e o raciocínio jurídico nos processos de tomada decisão dos Tribunais Constitucionais, objetivando solucionar o embate entre validade e legitimidade no exercício da jurisdição constitucional. Trata-se de pesquisa que faz uso do raciocínio *hipotético-dedutivo*, valendo-se de dados de natureza *primária* (acórdãos e leis) e *secundária* (entendimentos doutrinários), permitindo concluir ser indispensável a construção de uma teoria não meramente descritiva dos processos de tomada de decisão, mas analítico-hermenêutico-argumentativa, no sentido de ser capaz de fixar parâ-

metros para o julgador avaliar a correção do raciocínio adotado na solução de casos concretos, substituindo a arbitrariedade pela justificação racional. *Palavras-chave:* Raciocínio Moral; Raciocínio Jurídico; Legitimidade das decisões judiciais.

Moral Reasoning and Legal Reasoning in the Exercise of Constitutional Jurisdiction

Abstract: This study examines the relationship between moral reasoning and legal reasoning in decision-making processes of Constitutional Courts. The aim is to establish parameters to understand how they occur, resolving the conflict between validity and legitimacy in the exercise of constitutional jurisdiction. This research makes use of hypothetical-deductive reasoning, drawing on primary (judgments and laws) and secondary data (doctrinal understandings). It concludes that it is essential to build not a merely descriptive theory of decision-making processes, but analytic-hermeneutic-argumentative, to be able to set parameters for the judge to assess the correctness of the reasoning adopted in the solution of a concrete case.

Keywords: Moral Reasoning; Legal reasoning; Legitimacy of judicial decisions.

Gasperin, Rafael Modesto de Gasperin; Guadalupe, Enriqueta Guadalupe Del Rio Martínez; Del Rio, María De Gasperin. El Caso en México de “Las Patronas” y el Premio Nacional de Derechos Humanos 2013

Resumen: Partiendo desde las raíces antropológicas de los vulnerables, “Las Patronas” – nombre con el que se identifica a un grupo de mujeres del sureste de México que apoyan en su diáspora al migrante centroamericano y mexicano – no dejan ir la oportunidad de ser solidarias y expresar desde la compasión por el otro, una posibilidad para los derechos humanos, al encarnar en cada rostro una esperanza para quien vive su andar desde la vulnerabilidad jurídica. Las patronas reciben en México el premio Nacional de Derechos Humanos 2013 en el marco de una exacerbada violencia contra aquellos, los otros, los nadie; que ante un futuro que no existe viven el fin de la utopía doméstica por una ciudadanía que les garantice las condiciones mínimas de un estado de derecho.

Palabras clave: “Las Patronas”; Derechos humanos; Compasión; Vulnerabilidad jurídica; Utopía doméstica; Estado de derecho.

O Caso das “Patronas” no México e o Prêmio Nacional de Direitos Humanos 2013

Resumo: A partir das raízes antropológicas dos vulneráveis, as “Patronas” – nome que designa um grupo de mulheres do sudeste do México – apoiam, na sua diáspora, os migrantes mexicanos e da América Central. Elas não abrem mão da possibilidade de expressar sua solidariedade e compaixão para com o outro, tratando-se de uma oportunidade para fazer valer os direitos humanos, representando em cada rosto uma esperança para aqueles cujas vivências se constituem a partir da vulnerabilidade legal. As “Patronas” receberam, em 2013, no México, o Prêmio Nacional de Direitos Humanos num quadro de violência exacerbada contra aqueles, os “outros”, os “ninguém”. Diante de um futuro que não existe, eles vivenciam o fim da utopia interna da cidadania que garante condições mínimas de um Estado de direito.

Palavras-chave: “As Patronas”; Direitos humanos; Compaixão; Vulnerabilidade legal; Utopia interna; Estado de direito.

Pompeu, Gina Vidal Marcilio; Melo, Rafael Veras Castro. A Contraditória Relação entre Livre-Mercado e Desenvolvimento Humano: Possíveis Soluções a partir do Conceito de Capacidades em Amartya Sen

Resumo: Investiga-se, por meio desse artigo, a relação entre livre-mercados e desenvolvimento humano, na perspectiva de coadunar tais mecanismos, com ênfase no pensamento de Amartya Sen. A metodologia aplicada é descritivo-analítica, além de qualitativa. Para tanto, parte da análise do mercado livre, com seu conceito e implicações, além da visão pautada no desenvolvimento. Sublinha-se a competência do mercado em promover o crescimento. Demonstra que o livre-mercado é a possibilidade de as pessoas realizarem trocas livremente, sem ingerência do Estado. Observa que tais interferências estatais na economia, muitas vezes, prejudicam o desenvolvimento, pois os agentes de mercado têm mais perícia para realizarem

os cálculos econômicos. Empós, são estudadas as críticas ao livre-mercado, notadamente a sua incapacidade de combater as mazelas sociais sozinho, especialmente o desemprego, a fome, a pobreza e outros tipos de privação. Aborda a necessidade de coadunar o livre-mercado e o crescimento econômico com desenvolvimento humano, com o fito de proporcionar aos agentes envolvidos no processo de desenvolvimento a participação nos ganhos econômicos, revertendo-os em conquistas sociais. Nessa perspectiva, apresenta a análise de Amartya Sen para essa relação e se enumera os dois polos por meio da concepção de capacidades. Por fim, avalia-se, por intermédio do autor, se o livre-mercado é o melhor meio de crescimento econômico e conclui-se pela incapacidade do mercado, sem a conjunção da atuação estatal, de resolver o desequilíbrio econômico-social. Enfatiza-se a necessidade de uma perspectiva que consiga concatenar livre-mercado e desenvolvimento humano, pelo incremento das capacidades humanas.

Palavras-chave: Livre-mercado; Desenvolvimento humano; Cálculo econômico; Amartya Sen; Capacidades.

The Contradictory Relationship between Free Market and Human Development: Possible Solutions from the Concept of Capabilities in Amartya Sen

Abstract: This article aims to address the issue of relationship between free markets and human development, especially in view of the possibilities of such consistent mechanisms, emphasizing the thought of Amartya Sen. The methodology is descriptive-analytic and qualitative. Therefore, it starts with an analysis of the free market, including its concept and practical implications, as well as its vision based on the perspective of development, stressing the responsibility of the market to promote economic development. It demonstrates that the free market is the possibility for the people to make trade freely, without State interference. It is noted that such State interference in the economy often hinders development, because market participants have more expertise to carry out the economic calculations. After, criticism of the free market will be studied, especially their inability to combat social ills alone, especially unemployment, hunger, poverty and other deprivation which people go through. Address the need for consistent free-market and economic growth with human development,

provided the human agents involved in the development process participation in economic gains, reversing them in social achievements. Within this perspective, Amartya Sen's analysis of this relationship will be presented, linking the two ends through the concept of capabilities. Finally, the paper will evaluate, by means of the work of the aforementioned author, if the free market is the best means of economic development, concluding that, without the conjunction of State action, the market fails to solve all the problems of the economy. The need for a perspective that can connect free market and human development through the analysis of human capabilities is emphasized.

Keywords: Free Market; Human development; Economic calculations; Amartya Sen; Capabilities.

Colombo, Silvana Raquel Brendler; Sparemberger, Raquel Fabiana Lopes.
A Relativização do Conceito de Soberania como Condição para Proteção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente

Resumo: Nas páginas que seguem procede-se um estudo do Estado Moderno e de seu principal atributo: o princípio da soberania. Após uma breve abordagem conceitual do princípio da soberania na teoria de Jean Bodin, o presente artigo convida o leitor a (re)pensar a soberania no plano internacional. Ao final aborda a soberania como poder relativo e histórico no plano internacional como condição para proteção do meio ambiente.

Palavras-chave: Soberania; Estado; Poder; Direito.

The Relativization of the Concept of Sovereignty as a Condition for the Preservation of the Fundamental Right to Environmental Protection

Abstract: In the following pages, there is a study of the Modern State and its main attribute: the sovereignty principle. After a brief conceptual approach of sovereignty principle on Jean Bodin's theory, this article, invites the reader to think again about sovereignty on the international plane. At the end it deals with the sovereignty as power on history and on the international plan.

Keywords: Sovereignty; State; Power; Law.

Parejo-Navajas, Teresa. Achieving a More Sustainable and Fair Society: How Individual and Collective Action Shape the Energy Efficiency of Buildings

Abstract: The behavior of occupants in buildings has an enormous impact on their energy consumption. Despite the efforts to improve the energy efficiency in buildings, there are still many barriers that need to be overcome. Behavior change measures -to improve the energy performance of buildings- are focused on both, the design and the use and operation of buildings. If we are really committed to achieving the sustainable development objective to improve our society's well-being, special attention should be put into energy use behavior as it has been proven to be an effective way for improvement.

Keywords: Behavior change; Energy efficiency; Climate change; Climate justice; Sustainable development goals.

Conseguindo uma Sociedade Mais Sustentável e Justa: Como a Ação Individual e Coletiva Molda a Eficiência Energética dos Edifícios

Resumo: O comportamento dos ocupantes em edifícios tem um enorme impacto no seu consumo de energia. Apesar dos esforços para melhorar a eficiência energética nos edifícios, ainda há muitas barreiras que precisam ser superadas. Medidas de mudança de condutas – para melhorar o desempenho energético dos edifícios – são focadas tanto no design como na utilização e operação de edifícios. Se estamos realmente empenhados em alcançar o objetivo de desenvolvimento sustentável para melhorar o bem-estar da nossa sociedade, uma atenção particular deve ser proporcionada em relação as condutas que influem no uso cotidiano de energia, uma vez que se provou ser um meio eficaz de progresso.

Palavras-chave: Mudança de Comportamento; Eficiência energética; Mudança climática; Justiça climática; Objetivos do desenvolvimento sustentável.

Normas de Publicação

1. Pré-condições: responsabilidade

Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais. O conteúdo expresso é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades. Se sua publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar ao Comitê Editorial assim que receber a aceitação. Não serão aceitos trabalhos produzidos por pesquisadores que não tenham o título de doutor ou estejam cursando o doutorado. Mestres, mestrandos, graduados e graduandos podem publicar apenas em coautoria com doutores ou doutorandos. 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. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol e francês.

2. Encaminhamento

Os trabalhos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser preferencialmente enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/> ou para a Secretária do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marques de São Vicente 225, Ala Frings – 6º andar – Gávea – Rio de Janeiro – RJ – 22453-900.

3. Preparação dos originais

O artigo deve conter folha de rosto com título; nomes completos dos autores; titulação acadêmica; afiliação institucional contendo o nome por extenso da instituição, cidade, estado e país; endereço de email e endereço físico para correspondência.

3.1. Apresentação

A preparação do texto deve obedecer aos seguintes parâmetros: Word for Windows, fonte Times New Roman, tamanho 12, justificado, espaçamento 1,5 entre linhas no corpo do texto, papel tamanho A4 (21 cm x 29,7 cm), margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm e extensão total de no mínimo 15 páginas e no máximo 30, não incluídos na contagem elementos pré (folha de rosto) e pós textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices). 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

1. Título em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, em espaçamento simples entrelinhas.
2. Nome do autor à direita da página, duas linhas abaixo do título.
3. Texto de, no mínimo, 100 palavras e, no máximo, 200, contendo resumo do artigo, que indique seus objetivos, referencial teórico utilizado, resultados obtidos e conclusão, precedido da palavra RESUMO, em caixa alta, duas linhas abaixo do nome do autor, sem adentramento e em espaçamento simples.
4. Palavras-chave, no mínimo três e no máximo de sete, separadas por vírgula, precedidas do termo PALAVRAS-CHAVE, em caixa alta, mantendo-se o espaçamento simples, duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, a Comissão Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho.
5. Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta, bem como o nome dos autores alinhado à margem direita (um autor por linha), duas linhas abaixo do título e com asterisco remetendo a nota de rodapé para apresentação dos metadados do autor (um para cada autor). Esses metadados correspondem às seguintes informações, na ordem: instituição a que o autor está vinculado (nome por extenso e sigla); cidade; estado; país; email; indicação de qualquer financiamento relativo ao trabalho. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do nome do último autor, em espaçamento de um entrelinhas.
6. Subtítulos correspondentes a cada parte do trabalho, referenciados a critério do autor, devem estar justificados, em negrito, com numeração, com um espaço de um depois do texto que os precede e na linha imediatamente acima do texto que os segue, com espaçamento de um.
7. 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 11, espaçamento de um entrelinhas, sem o uso de itálico ou aspas.

As referências em nota de rodapé deverão indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; e ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a citação. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

8. Referências bibliográficas: sob o subtítulo REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS alinhado à esquerda, duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito e sem adentramento, devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas, separadas por espaço simples. As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89. 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; 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 e no processo de submissão (Passo 3: Inclusão de metadados). 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 jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado.

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 Cognitive Psychology of the Potentiality Argument. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021

4. Política e Diretrizes de Avaliação

Os artigos submetidos à revista *Direito, Estado e Sociedade* são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos:

- Originalidade e relevância temática;
- Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio;
- Adequação às normas de formatação;
- Titulação dos autores (pelo menos um coautor com o título de doutor ou cursando o doutorado);
- Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria

Em seguida, os artigos 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. No caso de pareceres conflitantes, o Comitê Editorial poderá encaminhar o artigo a um terceiro avaliador externo.

O tempo médio para conclusão de uma avaliação varia de dois a três meses.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas:

- Pertinência do título e resumo/abstract;
- Clareza na tese central do artigo;
- Clareza e pertinência na argumentação;
- Pertinência e adequação metodológica;
- Pertinência e adequação do embasamento teórico;
- Relevância temática do artigo;
- Correções de ortografia, pontuação e gramática

