



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2018
ISSN 1516-6104

53

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 Michelin (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 Brasileiro de Direito Público; Brasília – DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma – La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Amanda Pimentel (Editora-Assistente); Isaac Porto (Editor-Assistente); Fernanda Abreu (Editor-Assistente); Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida (Editor-Assistente); Mariana Albuquerque (Editor-Assistente); Maila Bianor (Editor-Assistente); viviane Magno (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 e doação.

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

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

Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <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 53 Julho-Dezembro 2018

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 | Organização das nações unidas, democracia e políticas públicas para o desenvolvimento humano brasileiro
United nations, democracy and public policies for brazilian human development
Aline Virgínia Medeiros Nelson e Raquel Araújo Lima
- 40 | A Contribuição do Constitucionalismo Popular para o Fortalecimento da *Accountability Social* sobre o Judiciário
The contribution of popular constitutionalism to strengthening social accountability over the judiciary
Claudia Maria Barbosa e Sylvia Maria Cortês Bonifácio de Araujo
- 62 | *Accountability*, transparência e assimetria das relações de visibilidade virtuais: análise dos aspectos antidemocráticos das novas tecnologias da informação e comunicação a partir da ideia de filtro bolha
Accountability, transparency and asymmetry of virtual visibility relations: analysis of the antidemocratic aspects of the new information and communication technologies from the idea of filter bubble
Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes, Fabrício Germano Alves e Igor da Silva Gomes
- 88 | A Rede Latino-Americana de Justiça de Transição e o desaparecimento forçado em El Salvador: potencializando medidas de justiça de transição por meio de redes transnacionais de atuação
Latin-American Transitional Justice Network and forced disappearance in El Salvador: empowering transitional justice measures through transnational network agency
Emilio Peluso Neder Meyer e Mariluci Cardoso de Vargas

- 115 | O Estado como metadispositivo
State as a metadispositive
Jean-François Yves Deluchey
- 147 | A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil
The ADPF 347 and the “Unconstitutional State of Affairs”: dialogic activism and democratization of the control of constitutionality in Brazil
Katya Kozicki e Bianca Maruszczak Schneider Van Der Broecke
- 182 | O real do direito: sobre a filosofia do direito de Gilles Deleuze
The reality of law: on Gilles Deleuze’s Legal Theory
Murilo Duarte Costa Corrêa
- 206 | Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política
Human dignity in political perspective: Charles Taylor and the rehabilitation of ontological issues in the field of politics
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho e Rafael Tomaz de Oliveira
- 224 | México: Modernidad de 1968. Posmodernidad de 2018: Noche y Día en Tlatelolco
Mexico: 1968’s modernity. 2018’s postmodernity: night and day in Tlatelolco
Rafael Modesto de Gasperin Gasperin
- 238 | Os obstáculos regulatórios decorrentes da concepção positivista de direito autoral ao acesso ao conhecimento
The regulatory obstacles arising from the positivist conception of copyright to access to knowledge
Rogerio Sganzerla e Thiago Bottino
- 265 | **Notícias e informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2018 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.
- 271 | **Resumos/Abstracts**

Carta do editor

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 53 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2018. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da *Direito, Estado e Sociedade*, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

O primeiro artigo desta edição, de Aline Virgínia Medeiros e Raquel Araújo Lima, revisita a nunca esgotada discussão da concretização dos direitos humanos a partir da ordem internacional. Em *Organização das nações unidas, democracia e políticas públicas para o desenvolvimento humano brasileiro*, dialogando e debatendo as correntes universalistas e contextualistas, as autoras tem como enfoque prático a atuação da Organização das Nações Unidas para condução de gestões públicas no Brasil e quais os mecanismos e as tornam mais efetivas.

Em seu artigo, *A Contribuição Do Constitucionalismo Popular Para O Fortalecimento Da Accountability Social Sobre O Judiciário*, Claudia Maria Barbosa

e Sylvia Maria Cortês apresentam a discussão sobre quem detém o poder de significado da Constituição. Refutando a posição de que o judiciário é quem dá a “última palavra” sobre a Carta Magna, as autoras defendem que tal significado pertence ao povo e por meio de uma revisão bibliográfica do constitucionalismo popular e da *accountability* judicial, mostram os limites e tensões que o poder judiciário possui em assegurar o protagonismo do Povo.

Na sequência, em *Accountability, transparência e assimetria das relações de visibilidade virtuais: análise dos aspectos antidemocráticos das novas tecnologias da informação e comunicação a partir da ideia de filtro bolha*, os autores Elias Jacob de Menezes Neto, Jose Luis Bolzan de Moraes, Fabrício Germano Alves e Igor da Silva Gomes buscam demonstrar os efeitos negativos do uso de algoritmos de big data na personalização extrema no cotidiano das atividades das redes sociais e mecanismos de busca. Tomando por base as ideias de filtro bolha e invólucro digital, demonstra que as novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) são uma forma de poder que, atualmente, não está sujeita ao controle democrático.

Emilio Meyer e Mariluci Vargas, no âmbito da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, refletem sobre a cooperação de redes de colaboração entre organizações de direitos humanos para a criação de políticas públicas de justiça de transição, a partir da experiência de El Salvador concernente ao crime de desaparecimento forçado. Os autores concluem que a atuação em rede é mais efetiva para que as organizações da sociedade civil pautem as medidas de justiça de transição.

São as armadilhas dóxicas dos usos mais comuns de “Estado” que dão ponto de partida à reflexão de Jean-François Yves Deluchey em *O Estado como Metadispositivo*. A partir de uma análise apurada destas confusões epistêmicas, o autor mergulha em uma busca etimológica para demonstrar, conceitualmente, os perigos da atribuição de essência a um ente estado. Abordando, na sequência, os modelos de emergência de Estado de Pierre Bourdieu e Max Weber, aponta igualmente os riscos das leituras de Estado na ordem liberal-capitalista para, por fim, propor uma definição epistemológica de Estado em diálogo com a obra de Michel Foucault.

Por sua vez, Katya Kozicki e Bianca Maruszczak Schneider Van Der Brocke, em *A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil*, buscam definir as expectativas para o uso das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal na superação do “Estado de Coisas Inconstitucional”

(ECI), a partir do julgamento da ADPF 347, proposta em virtude da situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos no sistema carcerário brasileiro.

No artigo seguinte, *O real do direito: sobre a filosofia do direito de Gilles Deleuze*, Murilo Corrêa apresenta uma revisão da literatura da filosofia do direito, especialmente o *Critical Legal Studies*, que permitiu a recepção da filosofia de Deleuze no campo jusfilosófico. Para tal, o autor analisa obras de Mussawir, Colebrook, Lefebvre, Patton e Sutter.

Em *Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política*, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho e Rafael Tomaz de Oliveira discutem a concepção de dignidade humana em diálogo com a obra do filósofo canadense Charles Taylor, propondo que a dignidade seja entendida não como passividade, mas como atividade, iniciativa e mobilização.

México: Modernidad de 1968. Posmodernidad de 2018: Noche y Día en Tlatelolco, de Rafael Gasperin Gasperin, explora a significancia histórica e política dos eventos que ocorreram no México em 1968, em particular, o massacre de manifestantes contra o governo na região da cidade do México chamada Tlatelolco. 50 anos depois do evento, os acontecimentos ainda podem ser utilizados para realizar uma leitura da vida política mexicana, conforme explorado na parte final da obra.

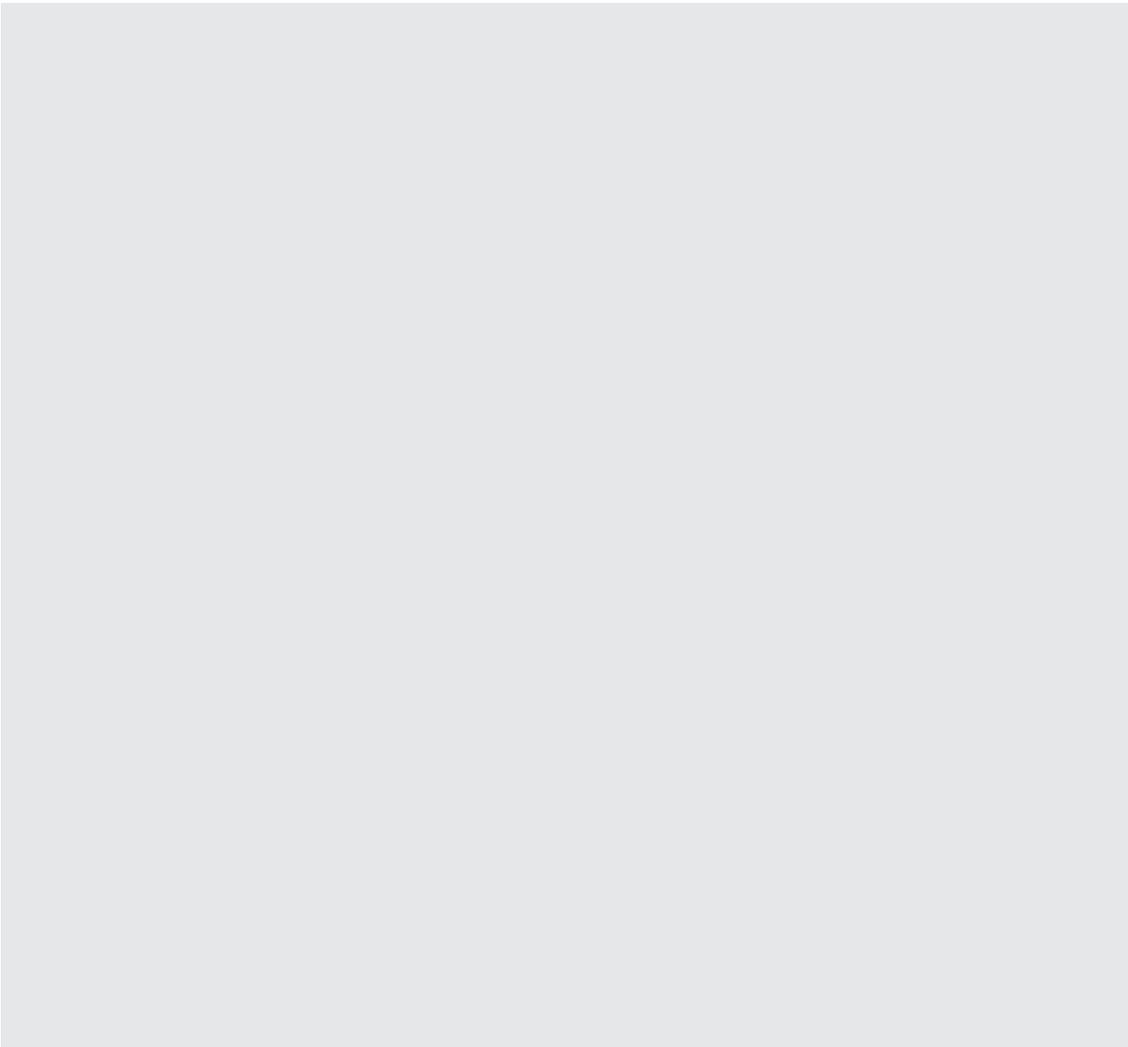
Rogério Sganzerla e Thiago Bottino questionam os mecanismos legalistas do sistema de proteção aos direitos autorais no Brasil à luz do direito ao conhecimento em um contexto no qual as obras se propagam, cada vez mais, nos meios digitais. O artigo, intitulado *Os obstáculos regulatórios decorrentes da concepção positivista de direito autoral ao acesso ao conhecimento*, explora como uma determinada maneira de enxergar o direito pode funcionar na contramão da sua adequação à realidade.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no primeiro semestre de 2018 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

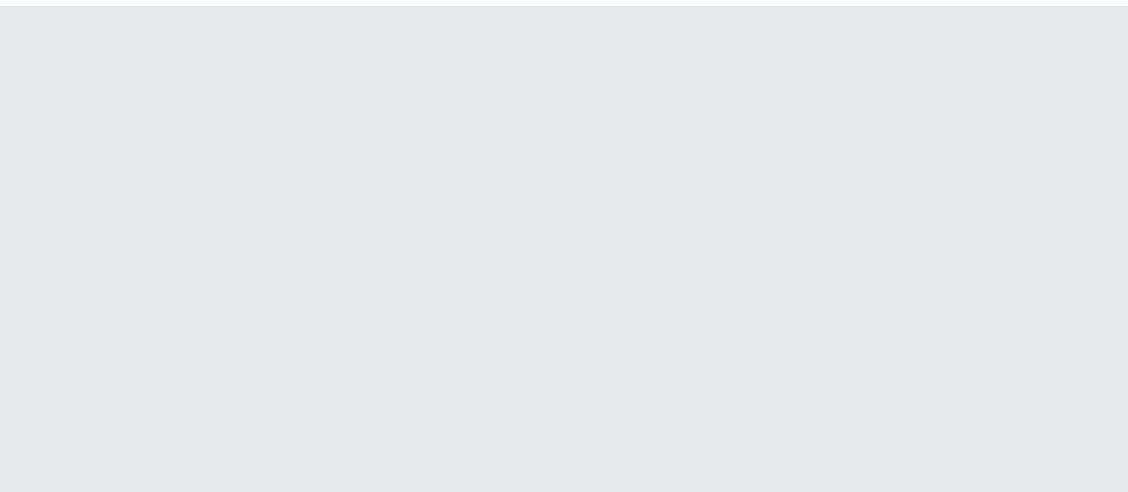
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor-Chefe

Antonio Pele
Editor-Adjunto



Artigos



Organização das nações unidas, democracia e políticas públicas para o desenvolvimento humano brasileiro

United nations, democracy and public policies for brazilian human development

Aline Virgínia Medeiros Nelson*

Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/RN, Brasil.

Raquel Araújo Lima**

Universidade Federal Rural do Semi-árido, Mossoró/RN, Brasil.

1. Introdução

Introdutoriamente, é preciso esclarecer que desenvolvimento humano, abrange cinco eixos centrais de produção em políticas públicas: inclusão cultural, política, social, econômica e ambiental. Por isso, parte-se da delimitação categórica de direitos humanos, como o conjunto de direitos, que formam o desenvolvimento humano em sua plenitude.

Este conceito é adotado pela Organização das Nações Unidas através da Declaração de Direito ao Desenvolvimento, de 1986. Porém, a grande problemática enfrentada pelo artigo é: até que ponto as Nações Unidas atuam como um organismo internacional prescritivo preocupado em concretização de direitos e de suporte na gestão pública dos Estados-Membros que lhe integram?

*Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, Professora Adjunta do Departamento de Ciências Administrativas e membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte E-mail: aline_nelson@hotmail.com

** Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília UNB, Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Semi-árido – UFERSA. Curso de Direito. Centro de Ciências Sociais Aplicadas e Humanas – CCSAH. E-mail: raquel.lima@ufersa.edu.br.

Esta questão envolve a análise sobre a indagação da corrente crítica de que a ONU se limita a declarar o direito ao desenvolvimento e, ao fazer isso, não trata de forma aprofundada as desigualdades sociais existentes nos países pobres. Esse conflito é subsidiado teoricamente, por meio de um intenso e antigo debate acerca da universalidade ou relatividade dos direitos humanos, em que as Nações Unidas são acusadas pelos relativistas de atuarem limitadas a um universalismo abstrato e imperialista.

De logo, alerta-se que o enfoque adotado será o de desenvolvimento humano. Assim, apresenta-se este corte epistemológico, a fim de justificar que toda a pesquisa e foi feita tendo em vista a perspectiva de concretização de políticas públicas, através de ferramentas de monitoramento, da democracia participativa e de documentos internacionais com estes enfoques.

Deste modo, objetiva este artigo analisar a atuação da Organização das Nações Unidas, notadamente quanto às prescrições dos Objetivos do Desenvolvimento para o Milênio, a fim de responder se influencia a produção de política pública nacional, ou se é meramente formal, no sentido de não ter a efetividade pretendida. Como objetivos específicos, pretende esclarecer sobre as correntes, universalista e contextualista ou relativista de direitos humanos; analisar as Nações Unidas conforme estes referenciais, por meio de suas declarações, discriminando as relações estabelecidas entre esta organização internacional e as sociedades nacionais, em prol de produção de política pública e da consolidação de uma gestão participativa, construída sob o esteio da diversidade cultural e verificar no Brasil o impacto social dos Objetivos do Desenvolvimento para o Milênio propostos pela ONU.

Para tanto, a metodologia será preponderantemente hermenêutica¹, em ensaio teórico, com uso de técnica bibliográfica e abordagem interdisciplinar, em decorrência da complexidade envolta ao tema. Ao final, pretende confirmar a hipótese inicial de que a Organização das Nações Unidas atua de modo colaborativo com os governos nacionais como organismo prescritivo, fomentando e realizando trabalho de monitoramento na produção de políticas públicas, com enfoque na gestão participativa, em um cenário de globalização, multiculturalidade e da existência de grupos em situação de vulnerabilidade.

1 Segundo Bhattacharjee, a metodologia hermenêutica pode ser definida como: “Análise hermenêutica é um tipo especial de análise de conteúdo, onde o pesquisador busca “Interpretar” o significado subjetivo de um determinado texto dentro do seu contexto sociohistórico” (tradução livre). (BHATTACHERJEE, 2012, p.116.)

2. Universalismo, contextualismo e a atuação da Organização das Nações Unidas

A polêmica sobre os direitos humanos e, portanto, sobre o direito ao desenvolvimento, funda-se em duas visões centrais: o universalismo e o relativismo ou contextualismo. Esse embate surge, principalmente, após a II Guerra Mundial.

Do embate entre a quebra de barreias de comunicação e universalização de valores e a preservação das tradições, aprofundam-se repercussões à perspectiva dos direitos humanos e seus fundamentos teóricos acerca da natureza contextual ou universal de seus preceitos. O universalismo e o relativismo ou contextualismo, podem ser percebidos da seguinte forma: o universalismo adota uma visão abstrata com racionalidade legalista-formal e adoção de práticas universalistas. Já o contextualismo, faz uso de uma visão localista com racionalidade material-cultural e práticas particularistas. As duas racionalidades apresentam uma seara argumentativa muito forte pelos seus defensores: a primeira almeja garantir a todos direitos embaçados em marcos de convivência comum; a segunda, com olhar centrado no local, busca proteger o diferente, símbolos, conhecimento e valores de cada grupo social.

Na perspectiva contextualista, os direitos humanos são mutáveis conforme os valores de cada grupo social, observando o modo de gestão pública e as normas como produto

da cultura. A força da cultura encontra-se, por isso, relacionada a probabilidades de associações, mostrando-se como uma tela de conhecimentos, sobre o qual o sujeito projeta suas sensações para construir percepções². O somatório de culturas sociais funda-se na do grupo ao qual pertence cada indivíduo, formando a cultura social das comunidades.

Por outro lado, no tocante à universalidade, Lynn³ sintetiza bem essa forma de pensamento e explica três qualidades necessárias aos direitos humanos: “devem ser naturais (inerentes nos seres humanos), iguais (os mesmos para todo mundo) e universais (aplicáveis por toda parte)”, significando que, em sendo direitos humanos, são inerentes à raça humana, pertencem a todos os indivíduos universalmente por natureza.

2 MOLES, 1974, p.22.

3 LYNN, 2009, p.19.

A origem da construção moderna de universalidade de direitos tem como marco histórico as Revoluções Americana e Francesa⁴. Já na contemporaneidade, a II Guerra destaca-se. Arendt⁵ influenciou na construção da teoria universalista dos direitos humanos, defendendo que essas espécies de direitos são próprias da condição humana, ou seja, aquilo com o qual os homens entram em contato imediatamente se torna uma condição de sua existência.

Entretanto, essa força simbólica de direitos, de leis, que consolidou o universalismo, é apontada por alguns autores como perigosa, por servir de véu entre teoria e realidade, encobrendo o desrespeito dos gestores públicos a valores tão importantes. Essa é uma das principais críticas contextualistas ao universalismo: a cíclica viciosa de “direitos a ter direitos”.

A resposta universalista é a de que apesar dos direitos humanos serem universais, um destes é o da diversidade e o da autodeterminação dos povos. Com relação ao formalismo argumenta que o reconhecimento legal é apenas o primeiro passo para construir políticas públicas. Para esta corrente, o exercício da democracia participativa é essencial por possibilitar o empoderamento de direitos - que significa um processo para o entendimento individual e de grupo da função social que cada ator assume em suas relações cotidianas.

Diante das indagações e de análises de divergências concretas, há o esforço de abordagens híbrida entre o universalismo e o relativismo, construindo teorias alternativas, o que parece ser, realmente, o ponto de vista mais adequado, pois apesar das teorias universalistas e contextualistas apresentarem fórmulas teóricas válidas, ambas são

insuficientes para proposta de concretização de políticas públicas efetivas no alcance de desenvolvimento humano.

Barreto⁶, por exemplo, defende um universalismo mínimo, ao qual garante a pluralidade moral, tendo como base diferentes sistemas, avaliados em função de valores universais. A pluralidade moral representa a negação de um mínimo moral comum. Assim, para ele é preciso libertar-se da postura do monismo moral, construindo-se um universalismo não abstrato, ou seja, que esteja conectado às realidades sociais.

4 PAINE, 1964.

5 ARENDT, 1983.

6 BARRETO, 2004, p.280.

Flores⁷, por outro lado, propõe sua teoria híbrida, o do universalismo de resistência, partindo de um monismo moral, um núcleo mínimo comum, o qual para ele, em qualquer contexto social, seria o da dignidade humana. Flores explica que o problema comum do universalismo e do contextualismo surge quando essas visões se entendem como únicas, desdenhando outras propostas. Ambas as correntes são produtos de percepções reducionistas da realidade e sugere outra tese, que supere as correntes anteriores, construída pela seguinte fórmula: uma visão complexa da realidade, embasada em uma racionalidade de resistência, que enseje práticas interculturais.

As visões abstrata e localista enfrentam um problema comum: o do contexto. A visão abstrata padece da perspectiva de qualquer contexto. Na segunda, há um excesso de contexto, provocando a exclusão de outras conotações e limitando a análise situacional no planejamento das políticas públicas. Além disso, ambas correntes levam a uma aceitação cega de discursos especializados. A visão complexa, proposta por Flores^{7,8}, tem a pretensão de buscar na realidade a presença de múltiplas vozes e expressar-se, denunciar e exigir, primando pela participação direta nos atos governamentais e pelas decisões coletivas.

O que importa é enfrentar essa realidade sem, contudo, descartar a importância que as Nações Unidas assumem no cenário internacional, principalmente para o desenvolvimento, tanto em âmbito de produção científica, como também da própria atuação junto aos Estados, a fim de orientar e monitorar os países, divulgar informações e articular com a sociedade avanços para a diminuição da concentração de renda e melhoria na qualidade de vida.

Na perspectiva desse trabalho, não se fecha os olhos para as críticas realizadas pelos contextualistas, mas também não se despreza a importância da ONU na busca pelo desenvolvimento. As duas teorias podem servir para proteger ou para violar direitos humanos, portanto, reitera-se que a questão central é potencializar a concretização das normas por meio da atuação efetiva da Administração Pública, o que envolve a forma de internalizar as diretrizes internacionais pelo Poder Executivo, bem como a necessidade de participação da sociedade no monitoramento dos compromissos assumidos pela Administração internacionalmente.

7 FLORES, 2002, p. 14.

8 FLORES, 2002, p. 16.

Assim, a busca pelo desenvolvimento humano, não pode reduzir-se a uma pugna realizada por uma única esfera governamental, mas somente através de mobilização social para gerar “in puts” ativos ao sistema político, a fim de provocar ações diretas da Administração Pública.

Nesse contexto, Herrera Flores⁹ defende uma racionalidade de resistência, definindo-a como aquela que além de não negar ser possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas à agenda pública, também não descarta a virtualidade das lutas sociais.

Como consequência, o exercício da racionalidade de resistência cria um ambiente propício ao desenvolvimento das potencialidades humanas, de generalidades compartilhadas. Esse processo de interação multicultural é possibilitado pela gestão participativa e ocupação da sociedade em aberturas democráticas ofertadas pela Administração Pública, através de instrumentos, como audiências públicas, orçamento participativo, conferências e consultas públicas. Ratificando-se que cabe a sociedade exigir permanentemente tais espaços de gestão, como condição de legitimação da atuação estatal.

Diga-se que a angustia de Herrera Flores¹⁰ era de concretização de direitos, de realização de políticas públicas, de resolução dos problemas reais que afligem a sociedade e que para ele só podem ser resolvidos por ela mesma. Por isso, entende que não pode se esperar que a Administração Pública torne-se uma instância transcendente, abstrata e sem interesses políticos, o que é crítica extensível a Organização das Nações Unidas, como um órgão que prega uma universalidade formal.

Questão a ser verificada, reiterando-se que a dimensão analisada é a atuação para concretização de direito ao desenvolvimento humano, é investigar se as Nações Unidas estabelecem critérios práticos homogeneizantes ou se há respeito às diferenças. Deve ser dito que ocorreu uma evolução de paradigmas na ONU, o que pode ser constatado pela reformulação de seu principal instrumento mensurador de desenvolvimento humano, que é o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH.

O IDH - indexador que surgiu em 1990, conjugando educação, saúde e renda com o fim de mensurar o desenvolvimento - sofreu uma transformação na década de 2000, como forma de respeitar a diversidade nos países.

9 FLORES, 2002, p. 19.

10 FLORES, 2010, p. 73.

O aprimoramento do indexador ocorreu através da multiplicação de variáveis contextuais, e hoje a aferição do Índice de Desenvolvimento Humano no Brasil ocorre por Município, trazendo um retrato social e econômico muito mais adequado e atento a diferenças¹¹.

Como síntese de tudo o que foi exposto até o momento, assenta-se que a dignidade humana não precisa ser defendida sozinha pela sociedade civil, posto que o cerne da democracia seja o aprendizado e aprimoramento de uma cultura política coletiva e participativa, a qual é sim, estimulada por organismos internacionais.

Ratifica-se, ainda, que o processo para o universal não é formado apenas por diálogo, mas também e, sobretudo, por conflitos, em que o empoderamento de direitos torna-se essencial, numa perspectiva emancipatória, de entendimento da dialética existente na interferência do particular sobre a esfera pública.

3. Democracia e diálogo multicultural como instrumento de convergência entre o universalismo e o contextualismo

Em um contexto multiculturalista, conforme já defendido, as teorias universalistas e contextualistas de direitos humanos são insuficientes para a busca de concretização de direitos se defendidas isoladamente, devendo ser realizada a interseção entre dessas teorias.

Segundo Santos¹², a superação da divergência entre universalismo e relativismo estaria no multiculturalismo capaz de promover uma relação equilibrada entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos para uma política contra-hegemônica de direitos humanos na atualidade.

E aqui se delimita a categoria “multicultural”, explicando que esta representa um termo qualificativo, pois não existem teorias únicas e definidas para explicá-lo, desse modo, descreve tanto características sociais como problemas de governabilidade, apresentados por qualquer sociedade na qual diferentes comunidades culturais convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua identidade¹³.

11 RADOMSKY, 2011, p.09.

12 SANTOS, 2003, p. 18.

13 HALL, 2003, p.52.

Ao defender o diálogo multicultural, Santos converge com a proposta consensualista habermasiana. Segundo Habermas¹⁴ os valores culturais transcendem os fatos a as ações. Assim, esses valores marcam a identidade de grupos e indivíduos que constituem uma parte integrante da respectiva cultura. Por essas razões, as questões morais que movem as condutas individuais, estão intrinsecamente relacionadas às esferas práticas do bem viver, entendido também como autorrealização. Por isso esse autor sustenta a intrínseca relação entre a cultura e a democracia.

Para tanto, porém, é necessário que ocorra a institucionalização de espaços democráticos, em diferentes níveis, demonstrando uma face procedimentalista, que apesar de necessária, tende ao formalismo, principalmente em uma cultura de gestão burocrática como a brasileira, em que somente a partir da década de 1990, demonstra uma preocupação jurídica em legitimar suas decisões através da fiscalização e participação direta da sociedade.

Ocorre que a questão da implantação do “viver em democracia” é algo bastante complexo. A ONU constatou que reparar a exclusão cultural das minorias e de outros grupos marginalizados exige políticas concretas. Propôs, para isso, dentre os princípios informadores para uma estratégia democrática multiculturalista na globalização, que o enfrentamento dos desequilíbrios do poder político e econômico ajuda a prevenir ameaças às culturas de comunidades mais pobres e mais fracas¹⁵.

Na perspectiva atual, a Administração Pública precisa atuar de forma democrática a fim de legitimar as suas decisões, entretanto, quando abre espaços de participação, quanto menor for o interesse e à informação da população, mais fácil ocorrerá a manipulação desta, de forma que apesar de contribuir muito para o empoderamento a cerca dos direitos humanos, o processo de transformação social ocorrerá em ritmo muito mais lento do que seria com o envolvimento da sociedade civil, que assim, de fato, poderia se apropriar das oportunidades participativas institucionais para revertê-las em avanços significativos na busca de justiça social.

O empoderamento através da democracia participativa, por um lado, é alcançável através da abertura de novos espaços de deliberações e de participação democrática na gestão das cidades, por outro, é preciso que a sociedade comprometa-se cada vez mais na agenda e no monitoramento

14 HABERMAS, 2003, p.130-131.

15 ONU, 2004 p.87-94.

de políticas públicas. As associações, movimentos sociais e as entidades internacionais, como as Nações Unidas, tornam-se essenciais no processo de legitimidade e de efetividade dos instrumentos jurídicos de participação.

A experiência democrática é algo construído gradativamente. Assim, ratifica-se que da mesma forma que seria utópica pensar que declarações de direitos bastassem por si mesmas para o empoderamento também seria equivocado não acreditar no potencial transformador dos atores em promover mudanças através de ferramentas legais, previstas para aprimoramento da gestão pública brasileira.

4. Nações Unidas, Desenvolvimento e Monitoramento.

As políticas e os programas de desenvolvimento acarretam para os Estados obrigações de caráter positivo ou negativo para os agentes impelidos a sua efetivação. Porém, grande debate é sobre até que ponto existe legitimidade para que as Nações Unidas possam intervir no planejamento de políticas internas e aplicar sanções. Apesar de tratar-se de uma análise factual, o Índice de Desenvolvimento Humano oferta uma rica fonte de dados, que auxilia nos diagnósticos econômicos e sociais a ser realizado no planejamento, principalmente, para o monitoramento da sociedade, que, em regra, não tem acesso a qualquer referência de indicadores sociais, decorrentes do próprio Estado não construir, não realizar levantamento desse sistema de informações, o que é realidade e verifica-se em todos os níveis de governo.

Outro ponto importante é sobre a existência de articulação das Nações Unidas com associações e movimentos sociais para construção de redes locais de empoderamento. Sob esse aspecto, a Convenção de Viena determinou como órgãos de monitoramento, no tocante ao desenvolvimento relacionado à igualdade de gêneros e o respeito à mulher como sujeito importante na luta pela concretização do desenvolvimento e à proteção da criança e do adolescente, respectivamente, o Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher e o Comitê dos Direitos da Criança, com a assistência do Centro de Direitos Humanos.

Com relação ao cumprimento do estabelecido nos documentos internacionais, deve ser dito que cada convenção internacional realizada pela Organização das Nações Unidas estabelece um órgão de monitoramento, geralmente na própria convenção. Explica Maia¹⁶, que órgãos de monitora-

16 MAIA, 2004, p.25.

mento são previstos em tratados internacionais específicos e são divididos em mecanismos extraconvencionais, baseados na Carta da ONU (“extra-conventional mechanisms”), e mecanismos convencionais (“conventional mechanisms”), que tomam por base os tratados e convenções de direitos humanos. Os principais órgãos da ONU são a Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC – “Economic and Social Council”), o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, e o Secretariado.

No âmbito das Américas, pode ser citado o Protocolo de São Salvador, que infelizmente obteve adesão baixa, quando comparado a outros documentos. Em sendo trinta e cinco o total de países que fazem parte da Organização dos Estados Americanos, significa que apenas 55% (cinquenta e cinco por cento) são signatários do Protocolo de San Salvador, dentre eles o Brasil.

O Protocolo de São Salvador, conforme artigo 1º e subsequentes, traz uma série de obrigações aos Estados signatários tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Protocolo, quais sejam: i) Direito ao trabalho (Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho e Direito sindical); ii) Direito à previdência social; iii) Direito a um meio ambiente sadio; iv) Direito à alimentação; v) Direito à educação; vi) Direito aos benefícios da cultura; vii) Direito à constituição e proteção da família; viii) Direito da criança; ix) Proteção de pessoas idosas; x) Proteção de deficientes.

Os órgãos de Monitoramento principais são o Conselho Interamericano Econômico e Social e o Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura; como órgão secundário, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os organismos especializados do Sistema Interamericano. O monitoramento é realizado, através do dever de apresentação de relatórios de periodicidade anual, pelos Estados Partes, ao Secretário Geral das Nações Unidas sobre as medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Já no tocante ao sistema interamericano de proteção de direitos, este é formado pela Comissão interamericana de Direitos Humanos e pela corte interamericana de Direitos Humanos. As competências estão previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, o qual foi promulgado pelo ordenamento brasileiro, através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

A Comissão, segundo artigos 41 e 42, tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, principalmente, através das seguintes atribuições: i) formular recomendações aos governos; ii) preparar estudos ou relatórios; iii) solicitar informações sobre as medidas adotadas em matéria de direitos humanos; iv) atender às consultas dos Estados-membros. Além disso, cabe à Comissão, conforme Artigo 44, 45 e 47, receber petições escritas por pessoa, grupo ou entidade, que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-Parte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, assim como para Comissão, é necessário que os Estados-Partes reconheçam expressamente a competência em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção. Ao declarar a violação de um direito ou liberdade protegida, a Corte, segundo artigos 66 a 68, determinará que se assegure, ao prejudicado, o gozo de seus direitos ou liberdades violados, prevendo aplicação de sanções o país considerado violador dos direitos assinalados.

No tocante, precisamente, ao direito ao desenvolvimento em âmbito global, no que se refere à implantação de direitos econômicos, sociais e culturais, foi incumbido do monitoramento a Comissão de Direitos Humanos, em cooperação com o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), conforme Declaração de Viena, já anteriormente explicitada. O Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi inserido no ordenamento jurídico interno brasileiro pelo Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992, que o promulgou. Nesse pacto estão reconhecidos os direitos à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de condições de vida, além do reconhecimento à educação, à saúde, à cultura e ao desenvolvimento científico.

Nesse sentido, o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como mecanismo de monitoramento, concebeu o comprometimento pelos Estados para apresentação de relatórios sobre as medidas que tenham adotado para concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, reconhecidos, devendo esses relatórios ser encaminhados, por etapas, – conforme diretrizes do Conselho Econômico e social, o órgão central de monitoramento –, ao Secretário-geral da Organização das Nações Unidas, o qual enviará cópias dos mesmos ao referido Conselho, para exame, bem como às agências especializadas.

O artigo 2º desse Pacto estabelece que cada Estado-Parte deve comprometer-se a agir, especialmente no plano econômico, no máximo de seus recursos disponíveis, a fim de assegurar o progressivo exercício pleno dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A participação das organizações não governamentais é imprescindível em ações, objetivando o empoderamento das populações. Entretanto, essa atuação não é limitada, apesar de parecer um esforço dos organismos internacionais para ter contato com as populações locais. O Conselho Econômico e Social – ECOSOC aprovou resoluções, estabelecendo os mecanismos extraconvencionais de monitoramento e supervisão dos direitos humanos. Os principais são o Procedimento 1503, e a designação de Relatores Especiais, por temas, ou por países¹⁷.

Em 2009, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais emitiu um relatório, o Comentário Geral nº 9º, em que avaliou o Brasil quanto ao cumprimento de direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse documento, foram reconhecidas medidas normativas e de políticas importantes adotadas pelo Brasil, como a promulgação da Lei Maria da Penha, a reforma no título Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual do Código Penal brasileiro, a quebra de patentes de medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS, o Programa Nacional de Merenda Escolar, Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), dentre outros.

Sobre as principais preocupações, o relatório do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (2009) expressou extrema preocupação: i) com a cultura de violência e impunidade, que julgou prevalecer no Brasil, principalmente sobre os relatos de ameaça e agressão dos defensores de Direitos Humanos que atuam para afirmação de direitos diretamente nas comunidades excluídas e o fracasso das Autoridades brasileiras em garantir a segurança dessas pessoas; ii) o lento processo de reforma agrária; iii) persistentes desigualdades nas condições econômicas e as injustiças sociais associadas existentes entre as diferentes regiões, comunidades brasileiras; dentre outros.

Aí surge a grande questão, a constatação desses problemas e as recomendações da ONU, são suficientes para mudar essa realidade de exclusão social que existe no Brasil? Na opinião deste trabalho, as recomendações podem auxiliar a Administração brasileira na elaboração de políticas de

17 MAIA, 2004, p. 28.

desenvolvimento - o que realmente foi fundamental para o avanço legislativo para o combate da violência doméstica e construção de uma rede assistência e proteção a mulher, por exemplo, já que a elaboração da Lei Maria da Penha foi fruto de uma denúncia contra o Brasil no Tribunal Interamericano de Direitos Humanos –, porém sendo tratadas como isoladas e pontuais, elas não são suficientes.

Ainda mais quando se considera que somente a pouco foi construído mecanismos de monitoramentos próprios através do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁸, implantando mecanismos mais sólidos para proteção direitos econômicos, sociais e culturais e que ainda não foi ratificado pelo Brasil. Segundo o documento, comunicação de violações de Direito ao Desenvolvimento podem ser apresentadas por ou em nome de indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a jurisdição de um Estado Parte, que afirmam ser vítimas de violação de qualquer dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Importante ressaltar que se o Brasil já tivesse ratificado esse documento ainda assim ele não seria suficiente para garantir a concretização do direito ao desenvolvimento – mesmo que entidades da sociedade civil possam ser consultadas no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas – ECO-SOC –, porque, conforme racionalidade construída pela própria ONU, o grande elemento do desenvolvimento é o empoderamento. A fiscalização da sociedade civil, em uma gestão pública integrada, significa que medidas advindas somente do Estado ou de Organizações Internacionais são insuficientes; por isso a participação ampla foi eleita pela Declaração do Desenvolvimento como uma das principais diretrizes.

No Relatório de Desenvolvimento Humano¹⁹, as Nações Unidas fizeram uma análise das políticas sociais e econômicas dos países em desenvolvimento, constatando melhorias na qualidade de vida das populações dos países do Sul do Globo, sintetizado por ações impulsionadoras, reveladas mais eficazes, como o comportamento estatal proativo e orientado para o desenvolvimento, a capacidade de integração nos mercados mundiais e a inovação sustentada da política social, compostas por diversificadas opções atuação. Entretanto alerta para a inexistência de soluções universais, pois o sucesso irá depender do contexto econômico, social, político e cultural de cada Estado.

18 ONU, 2008.

19 RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO DA ONU, 2013, p.125.

Sobre o Brasil, constatou o referido Relatório que o país teve um ritmo de crescimento econômico menor do que o da China e da Índia, entretanto, alcançou índices melhores no tocante à redução de desigualdades, através de um programa para a redução da pobreza, o Programa Bolsa Família, ampliando o acesso à educação e aumentando o valor do salário mínimo²⁰.

A fim de demonstrar de forma mais clara a atuação das Nações Unidas, de modo a assentar que suas diretrizes não se limitam a um universalismo abstrato, será apresentado o estudo de caso sobre o avanço no combate à pobreza extrema no Brasil, partindo-se dos Objetivos do Milênio instituídos pelas Nações Unidas²¹, os quais são diretrizes propostas pela ONU para a ampla construção de políticas públicas.

5. Atuação das Nações Unidas através dos Objetivos do Desenvolvimento para o Milênio.

Conforme analisado anteriormente, em 1986 foi construída a Declaração de Direito ao Desenvolvimento e em 2000, esse compromisso foi traduzido de forma mais concreta pela Declaração do Milênio, que previu oito (oito) objetivos, por meio de 18 (dezoito) metas, para o alcance do desenvolvimento. Os objetivos são: 1- Erradicar a extrema pobreza e a fome; 2 - Attingir o ensino básico universal; 3 - Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4 - Reduzir a mortalidade infantil; 5 - Melhorar a saúde materna; 6 - Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7 - Garantir a sustentabilidade ambiental; 8- Estabelecer uma Parceria Mundial para o Desenvolvimento.

Dentre as metas destacam-se as para 2015: reduzir, pela metade, a percentagem da população mundial cuja renda é inferior a um dólar por dia e as pessoas que sofrem de fome; reduzir em cinquenta por cento a percentagem de pessoas sem acesso a água potável ou que não possam por ela pagar; possibilitar às crianças de todo o mundo terminar um ciclo completo de ensino primário; reduzir a mortalidade materna em três quartos e de

20 ONU/PNUD, 2013, p.86.

21 Esclarecesse sobre os Objetivos do Desenvolvimento para o Milênio, ou, simplesmente, Objetivos para o Milênio: "No início do novo milênio, os líderes mundiais reuniram-se nas Nações Unidas para definir uma visão abrangente para combater a pobreza nas suas várias dimensões. Essa visão, que foi traduzida em oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), foi nos últimos 15 anos o quadro de desenvolvimento dominante para o mundo".(ONU, 2015,p.4)

mortalidade de crianças menores de cinco anos em dois terços em relação às suas taxas atuais; não só deter a propagação, mas reverter os índices de crescimento da HIV / AIDS, da malária e de outras doenças graves que afligem humanidade²².

Dentre as formas de atuação para concretização destas metas, a ONU (2015) oferta apoio técnico, principalmente para o monitoramento e a construção de banco de dados locais, através da celebração de parcerias com os governos locais, o setor privado, a sociedade civil, buscando a construção de uma rede para colaboração estreita entre as agências internacionais e os especialistas nacionais.

Além das metas para 2015, a Declaração propõe outras, como que até 2020, ocorrer uma melhoria significativa na vida de pelo menos 100 milhões de moradores de favelas como proposto na iniciativa “Cidades sem Favelas”; promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres; construir estratégias que deem aos jovens uma chance real de encontrar trabalho produtivo; incentivar a indústria farmacêutica para aumentar a disponibilidade de medicamentos essenciais e tornar mais acessível a todos em países em desenvolvimento que deles necessitam²³.

A maioria das metas dos ODM tem um prazo até 2015, tendo 1990 como referência de avaliação do progresso. Observa-se também que os relatórios de acompanhamento estão sendo elaborados a partir de dados dos países, os quais são agregados aos níveis sub-regional e regional. A composição das regiões e sub-regiões dos ODM baseia-se nas divisões geográficas das Nações Unidas, apresentando, entretanto, adaptações necessárias para se criarem, na medida do possível, grupos de países em relação aos quais possa ser realizada uma análise significativa, tendo toda a metodologia organizada e divulgada pela Divisão de Estatística das Nações Unidas. Porém, esclarece que há dificuldades em conseguir dados confiáveis em muitos países pobres, o que dificulta o monitoramento e intervenções adequadas para responsabilizar a comunidade internacional, orientar os Estados, bem como incentivar o apoio público e o financiamento de políticas de desenvolvimento para o cumprimento das metas²⁴.

22 ONU, 2013.

23 ONU, 2013.

24 ONU, 2013, p.58.

Em 2013, as Nações Unidas divulgaram informes acerca do monitoramento dos Estados, a fim de viabilidade do cumprimento das metas para 2015. Assim, para análise do primeiro objetivo, que é o da erradicação da pobreza extrema e da fome, foram analisadas três metas. A primeira, é alcançar, pela metade, o percentual de pessoas cuja renda seja inferior a um dólar por dia; a segunda, é alcançar o pleno emprego para todos, incluindo para jovens e para crianças; terceira, é a redução pela metade das pessoas que passam fome.

Sobre o primeiro aspecto, foi verificado que o objetivo já foi alcançado, cinco anos antes do determinado, o que foi possível, principalmente, em decorrência das políticas de transferência de renda, notadamente, os Programas Bolsa Família e o Programa Brasil sem Miséria, os quais possibilitaram a articulação a outras políticas governamentais sociais, como Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais e o programa Mais Educação, permitindo, ainda, a intersetorialidade e a articulação federativa no planejamento, execução e monitoramento dessas políticas²⁵.

Deve ser ressaltado, ainda, que o Programa Bolsa Família está envolvido pelo princípio da participação democrática ao trazer, no artigo 8º e 5º que a execução e a gestão do Programa Bolsa Família devem ser descentralizadas, conjugando esforços entre os entes federados, observada a intersetorialidade, a participação comunitária e o controle social, a qual deve ser buscada pelo Conselho Gestor Interministerial. Aufere-se, deste modo, que a principal estratégia governamental para o alcance da meta proposta pela ONU de redução da extrema pobreza, apresenta, normativamente, o envolvimento social participativo.

Em termos mundiais, a taxa de extrema pobreza, que era de 47% (quarenta e sete por cento), em 1990, foi reduzida para 22% (vinte e dois por cento) em 2010, significando a retirada de setecentos milhões de pessoas da condição extremamente pobre. O Estado que apresentou progresso mais acentuado foi a China, cujos índices destes dois anos reduziram de 60% (sessenta por cento) para 12% (doze por cento) em 2010. Entretanto, ainda existem mais de um bilhão e duzentos milhões de pessoas viven-

25 IPEA, 2013, p.21: "O Brasil Sem Miséria é organizado em três grandes eixos de atuação. O eixo de garantia de renda é relativo às transferências monetárias para alívio imediato da situação de extrema pobreza; o eixo de inclusão produtiva oferece oportunidades de qualificação, ocupação e renda ao público-alvo do plano, no meio urbano e no rural; e o eixo de acesso a serviços públicos provê e amplia a oferta de serviços, induzindo o atendimento prioritário a quem mais precisa".

do em pobreza extrema, significando que uma, em cada oito pessoas, não come o suficiente ao dia. No tocante ao pleno emprego, foi constatado que a desaceleração do crescimento econômico impactou no volume de geração de empregos e que os mais afetados por essa realidade foram os jovens²⁶.

O segundo objetivo é atingir o ensino básico universal, assegurando que crianças, em todo o mundo, possam terminar o ensino básico. Infelizmente, houve a constatação de que o crescimento alcançado não está em ritmo apropriado para o alcance da meta, devido à falta de políticas públicas efetivas e problemas estruturais no Estado, além do alto índice de pobreza. Neste sentido, cita-se o investimento insuficiente focado na qualidade da educação e na inclusão de infantes em situação de vulnerabilidade, como crianças vítimas de trabalho infantil, de exploração sexual, portadoras de deficiência e que vivem em contextos de conflito, como bairros de elevada violência²⁷. Nesta perspectiva, é importante refletir sobre o aprimoramento da atuação dos conselhos escolares, dos conselhos municipais de proteção à infância, que são importantes instrumentos de participação social para a construção de políticas públicas.

Numa perspectiva mundial, cento e vinte e três milhões de jovens, entre quinze e vinte quatro anos não adquiriram capacidade básica de ler e de escrever e 61% (sessenta e um por cento deles são mulheres). Foi constatado que a pobreza é o fato que mais pesa como obstáculo a escolarização²⁸.

A fim de tentar melhor o alcance desta meta e da anterior, dentre as medidas, foi instituído o Programa Brasil Carinhoso, através da Resolução nº 15/2017 do MEC, integrado ao Bolsa Família, buscando ofertar apoio financeiro suplementar à manutenção e ao desenvolvimento da educação infantil para o atendimento de crianças de zero a 48 meses informadas no Censo Escolar da Educação Básica, cujas famílias sejam beneficiárias do Programa Bolsa Família, em creches públicas ou conveniadas com o poder público, visando ações de cuidado integral, segurança alimentar e nutricional. Por isso, também é objetivo deste Programa alcançar melhoria na meta para ao enfrentamento da mortalidade infantil.

O financiamento do programa é integrado ao FUNDEB e pela Lei Federal nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, que alberga o financiamento

26 ONU, 2013, p.8-9.

27 ONU, 2015, p.27

28 ONU, 2013, p.16.

para ampliação da oferta da educação infantil. Em termos de democracia participativa, ressalta-se que o artigo 24 da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, no artigo 24, institui que o controle social e o acompanhamento sobre a distribuição, a transferência e a aplicação dos recursos é realizado por conselhos constituídos especificamente para esse fim, os quais deverão ser integrados, além de representantes da Administração Pública, por servidores, professores diretores, pais e alunos da educação básica pública.

Além disso, a referida Resolução nº 15/2017 do MEC, ratifica, através do artigo 10, inciso IV, alínea d, o compromisso dos Municípios em prestar contas com respectivo parecer do Conselho de Acompanhamento e Controle Social do Fundeb. Isso demonstra, mais uma vez, que uma importante atuação governamental para alcançar a meta de desenvolvimento proposta pela ONU, está sustentada, em termos normativos internos, em uma proposta de participação democrática, em que se privilegia o protagonismo dos atores locais em seus contextos culturais.

Sobre o terceiro objetivo, promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres, que tem dentro das metas a eliminação das desigualdades de sexo no ensino primário e secundário, preferencialmente para o ano de 2005 e em todos os níveis até 2015, pode ser dito que, apesar de a igualdade entre gêneros esteja na via de ser alcançado, apenas dois dos cento e trinta países comprometidos alcançaram a igualdade em todos os níveis. Além disso, até 31 de janeiro de 2013, apenas 20% (vinte por cento) dos parlamentares eram mulheres. A Ásia oriental é a única região em que, no ensino primário, as meninas têm mais oportunidades de ir à escola do que os meninos; já na América Latina, os índices pairam no limite. A grande vitória está no campo parlamentar, onde, graças a uma política de cotas, países do mundo inteiro tiveram aumento da representatividade feminina em cargos políticos²⁹.

Já no que toca ao quarto objetivo, redução em um terço da mortalidade de crianças de até cinco anos, constatou a ONU que, apesar de melhoras, é necessário dobrar esforços. Segundo as Nações Unidas, em 1990 morriam, em média, 87 (oitenta e sete) crianças, para cada milhão de nascidas vivas; em 2011, a mortalidade reduziu para 51 (cinquenta e um), em torno de quatorze mil crianças deixam de morrer por dia, quando se compara com os números de 1990; ainda assim, quase sete milhões de

29 ONU, 2013, p.17-22.

crianças faleceram, em 2011, por enfermidades advindas de falta de serviços básicos, como coleta de esgoto. A África é o continente com piores números; lá, uma, em cada nove crianças, morreu antes dos cinco anos, significando um número dezesseis vezes maior do que nas demais regiões em desenvolvimento, como América Latina. Outro fator que interfere para agravar a mortalidade infantil é a violência, pois oito, dos dez países com a mortalidade de crianças mais alta, estão marcados por conflitos civis ou caracterizados por governos centrais debilitados³⁰.

Vislumbrando a inversão deste quadro, o UNICEF propôs “Compromisso com a sobrevivência infantil: uma promessa renovada”, a fim de apoiar os países a alcançar a meta da redução da mortalidade infantil, o qual o Brasil aderiu em 2012. Além de promover encontros entre gestores para compartilhamento internacional de experiências em políticas públicas bem-sucedidas. O Brasil buscou a ampliação das coberturas de atenção básica, principalmente por meio da estratégia de Saúde da Família, porém as diferenças regionais, principalmente, no trato aos primeiros meses de vida são os maiores desafios³¹. Isso denota, mais uma vez, a importância da integração dos atores locais para o cumprimento de metas nacionais e internacionais, dentro de uma proposição endógena de desenvolvimento.

Com relação ao objetivo quinto, melhorar a saúde materna, reduzindo, em um terço, a mortalidade de gestantes em comparativos de 1990, até 2015, constatou as Nações Unidas diminuição desses eventos fatídicos, pela metade em todo o mundo; mas, ainda, falta bastante para o alcance do objetivo, principalmente ao verificar que somente metade das mulheres, habitantes das regiões em desenvolvimento, recebe tratamento pré-natal mínimo, que são de pelo menos quatro consultas de acompanhamento durante a gestação. Verificou também a alta taxa de maternidade entre adolescentes, que é arriscado para saúde da mulher e da criança³².

Sobre o sexto objetivo, combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças, deve ser dito que as Nações Unidas verificaram declínio constante na incidência do VIH, caindo 21% (vinte e um por cento), entre 2001 e 2011. A meta sobre acesso universal ao tratamento antirretroviral, para 2010, não foi alcançada; com isso, em 2011, somente 55% (cinquenta e cinco por

30 ONU, 2013, p.24-27.

31 BRASIL, 2013.

32 ONU, 2013, p.28-30.

cento), dos mais de quatorze milhões de pessoas nos países em desenvolvimento, receberam o tratamento necessário. Além disso, a década de 2000 também representou avanços para redução da malária e de tuberculose: aproximadamente um milhão de pessoas deixou de morrer pelo vírus da malária na década; sobre tuberculose, o tratamento adequado salvou mais de vinte milhões de vidas³³.

Em termos nacionais, citam-se como Planos e Estratégias do Governo Federal para alcance desta meta: Plano de Enfrentamento da Epidemia de Aids e das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST), entre gays, Homens que fazem sexo com Homens (HSH) e travestis; Plano de redução de riscos e vulnerabilidades às DST, AIDS e Hepatites Virais para as pessoas que usam álcool e outras drogas, com ênfase ao crack; Plano Global para Eliminar Novas Infecções por HIV em Crianças até 2015 e Manter suas Mães Vivas; Plano Global para o Combate da Tuberculose 2011-2015; Estratégia Consultórios na Rua; Estratégia Saúde da Família e Plano Brasil Sem Miséria³⁴.

Sobre o sétimo objetivo, garantir a sustentabilidade ambiental, representado pela meta de incorporar os princípios do desenvolvimento sustentável nas políticas e programas dos países, as Nações Unidas constataram um alto volume de desmatamento florestal, prejudicando diretamente o acesso ao sustento de populações rurais pobres, que predominantemente vivem de subsistência sustentável. Outro aspecto bastante negativo foi o aumento da emissão de gases com efeito de estufa, o que exige ações drásticas para diminuição das consequências malélicas³⁵.

Outra meta ambiental é a redução, pela metade, até 2015, da percentagem de população sem acesso sustentável a água potável e ao saneamento básico. Ocorreu um cumprimento na meta, significando que mais de dois milhões e cem mil pessoas no mundo obtiveram acesso a fontes melhoradas de água potável, desde 1990, significando que a percentagem da população mundial que utiliza fontes melhoradas passou de 76% (setenta e seis por cento), atingindo o patamar de 89% (oitenta e nove por cento), em 2010. Apesar do grande avanço, mais de setecentas e sessenta milhões de pessoas ainda obtinham água de uma fonte não melhorada em 2011;

33 ONU, 2013, p.34-38.

34 BRASIL, 2013.

35 ONU, 2013, p.43-55.

deste número, 83% (oitenta e três por cento) são de áreas rurais. No tocante ao saneamento, a meta não foi alcançada. Entre os anos de 1990 a 2011, quase dois milhões de pessoas tiveram acesso a instalação de saneamento melhorada, o que perfaz o percentual de 64% (sessenta e quatro por cento) da população com o acesso de tratamento sanitário, entretanto, para alcance da meta, esse número precisa ser estendido a 75% (setenta e cinco por cento)³⁶.

Notadamente, o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), concebido como principal estratégia brasileira para o alcance da meta de tratamento de resíduos sólidos - cujo um dos princípios fundamentais é o controle social e a participação dos usuários na gestão dos serviços - não logrou o êxito pretendido. De acordo com o DIEESE³⁷, dentre os grandes desafios para universalização dos serviços de saneamento básico no Brasil encontra-se: “política econômica recessiva (de ajuste fiscal) aliada aos problemas enfrentados pelas grandes empreiteiras privadas”, que geram imprevisibilidade no acesso aos recursos disponíveis, pequena participação do mercado, devido o retorno financeiro de longo prazo, e ausência de corpo técnico qualificado e de planejamento, gerando baixa capacidade de execução para empresas e municípios.

No tocante à meta ambiental de até 2020 alcançar uma melhoria significativa nas vidas de pelo menos cem milhões de habitantes de favelas, de “bairros de lata”, como se refere às Nações Unidas, pode ser dito que se verificou uma redução de 39% (trinta e nove por cento) em 2000, para 33% (trinta e três por cento) em 2012. Esses números significam que a meta estabelecida foi alcançada, porém, não há o que comemorar, pois o número de moradores nessas espécies de bairros, em termos absolutos, continua aumentando, devido ao ritmo acelerado da urbanização³⁸.

Por fim, o oitavo e último Objetivo do Milênio, é o de estabelecer uma Parceria Mundial para o Desenvolvimento, que consiste em construção de uma rede para o financiamento das ações da ONU, a fim de manter o apoio ao alcance das metas anteriores. A análise aponta que a ajuda pública ao desenvolvimento dos países, do Comitê de Ajuda ao Desenvolvimento

36 ONU, 2013, p.47-49.

37 DIEESE, 2016, p.26-17.

38 ONU, 2013, p.51.

(CAD)³⁹, aumentou na década 2000, atingindo 0,32% (zero vírgula trinta e dois por cento) do rendimento nacional bruto combinado dos doadores em 2010. Porém ocorreu redução sucessiva de índices, diminuindo para 0,31 (zero vírgula um por cento) em 2011 e 0,29% (zero vírgula vinte e nove por cento em 2012). Esta queda afetou também os países menos desenvolvidos (PMD) que receberam aproximadamente um terço do fluxo total de ajuda dos doadores nos últimos anos, diminuindo para 13% (treze por cento), em 2012, significando, em termos reais, para aproximadamente vinte e seis milhões de dólares⁴⁰.

No tocante a acesso a serviços, as assinaturas de telefonia móvel caminham para níveis de saturação e quase 40 % (quarenta por cento) da população mundial está online. No entanto, ainda permanecem discrepâncias regionais, pois os Estados desenvolvidos apresentam percentual de acesso de 77% (setenta e sete por cento), enquanto que os em desenvolvimento apenas 31% (trinta e um por cento)⁴¹.

Após vinte anos de insuficiências sociais com as políticas de desenvolvimento da chamada Era do Ajuste Estrutural, os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio podem servir como um marco, por propor objetivos reais com prazos e suportes para o alcance do desenvolvimento humano no mundo. Analisados aspectos globais, passa-se a verificação do Brasil.

6. Impactos dos Objetivos do Milênio para o Brasil.

O Brasil assumiu o compromisso de alcançar as metas estipuladas pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, utilizando a União de instrumentos indutores, principalmente, de premiações, para conseguir adesão e apoio dos demais Entes Federativos.

Em âmbito nacional, em 2007, foi instituído o Prêmio Objetivos de Desenvolvimento do Milênio Brasil, através do Decreto Federal nº 6.202, de 30 de agosto de 2007, de natureza anual, a ser concedido pelo Governo Federal, com apoio da iniciativa privada e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, concedido em duas categorias: a primei-

39 O Comitê de Ajuda ao Desenvolvimento (CAD) é uma organização multilateral, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a qual tem a função de monitorar as políticas públicas de desenvolvimento surgidas nos países membros.

40 ONU, 2013, p.54-57.

41 ONU, 2013, p.57.

ra, são Municípios; e a segunda direcionada às organizações, premiando práticas de universidades públicas federais e estaduais e de organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, abrangendo atividades finalísticas e atividades meio, que contribuam para o alcance dos ODM.

A União criou também um comitê de acompanhamento das metas, pelo Decreto de 31 de outubro de 2003 e em 2009 foi criado o portal eletrônico ODM, através do qual é possível ter acesso à situação dos indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) de todos os estados e municípios brasileiros, as quais são atualizadas em tempo real, de acordo com os dados oficiais e apresentadas em relatórios dinâmicos que incluem números, gráficos e comparativos com as metas.

Deve ser dito que o Governo Federal construiu uma agenda de compromissos⁴² para o período correspondente entre os anos 2013 a 2016, representando um pacto entre a União e os Municípios que queiram aderir a ele, objetivando o cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio. Na Agenda, é explicado às prefeituras como os planos, programas e projetos do Governo Federal podem ser implantados na cidade, e como o gestor público pode acompanhar a execução, durante os quatro anos de mandato, o que facilita o planejamento e o monitoramento do panorama municipal.

O último relatório de acompanhamento geral sobre o Brasil, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA⁴³, ratificou que o cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento para o Milênio depende, intrinsecamente, de políticas públicas não necessariamente direcionadas, em decorrência da amplitude social que as metas envolvem e cita, como exemplo, o conjunto de ações estruturadas para o combate à fome e à pobreza, que agregadas a outros fatores, como o crescimento econômico e a geração de empregos, possibilitaram não apenas eliminar pela metade a proporção da população pobre no país – uma das metas do primeiro Objetivo – mas também cumprir a meta mais ousada, assumida voluntária, em 2005, em reduzir essa proporção para um quarto da população total. Do mesmo modo organizadas sob o Programa Fome Zero em 2003, foram determinantes para que a fome e a desnutrição de crianças de zero e quatro anos de idade fossem, em termos da média estatística do país, eliminadas já em 2009, apesar deste grave problema permanecer nos grupos sociais mais vulneráveis.

42 BRASIL, 2012.

43 IPEA, 2010, p.11.

Além disso, o Brasil intensificou as políticas sociais. Destaca-se no ano de 2011 o Plano Brasil sem Miséria (Decreto Federal nº 7.492/11), foi instituído pela União em colaboração com Estados, Distrito Federal, Municípios e com a sociedade, com a finalidade de superar a situação de extrema pobreza da população em todo o território nacional, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, sendo considerada em situação de extrema pobreza, sendo assim considerada a que vive com renda familiar per capita mensal de até R\$ 70,00 (setenta reais), em que os eixos de atuação envolvem garantia de renda, acesso a serviços públicos; e inclusão produtiva.

Outro Programa elaborada a fim de alcançar a meta de mortalidade infantil e de gestante foi o Brasil Carinhoso, implementado, em 2012, junto ao Bolsa Família, a fim de aumentar a renda de famílias em extrema pobreza com filhos de até quinze anos de idade, conforme artigo 2º da Lei Federal Lei nº 10.836/04. Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento (2013), em um ano, o Programa conseguiu uma redução em 62% (sessenta e dois por cento) da extrema pobreza em crianças na faixa etária entre zero e seis anos.

Desse modo, o Brasil já conseguiu alcançar as metas de redução pela metade da pobreza extrema para 2015. Assim, constata-se que a ONU direcionou Governo Federal a empreender esforços para alcance desses resultados, dentro uma proposta de gestão gerencial.

Por todo o exposto, considera-se que, inegavelmente, as Nações Unidas assumem uma posição de indutoras do desenvolvimento, não somente pela própria construção teórica do desenvolvimento como direito humano, mas também ao ofertarem pesquisas e quadros estatísticos de diagnósticos, ao debater e consensuar valores e princípios, ao divulgarem iniciativas locais e setoriais de sucesso, bem como ao propor resultados e estimular o alcance destes através de apoio institucional e de articulação ampla.

7. Conclusão

Através de uma pesquisa preponderantemente hermenêutica, o presente trabalho demonstrou a influência do embate teórico entre o universalismo e o contextualismo para a concretização de direitos humanos, demonstrando que essas perspectivas se complementam, através da confrontação sobre a influência e sobre o entendimento do papel da Organização das Nações Unidas para a construção de uma democracia multicultural.

Desse modo, primeiramente, analisou-se o embate entre as correntes universalista e contextualista, expondo as limitações de cada uma e, adotando a o referencial teórico da crítica de Herrera Flores, propôs-se uma conjunção das duas teorias, no qual foi percebido que o universalismo pode ser alcançado através do diálogo, lutas e respeito às diferenças, o chamado universalismo de resistência. Ponderando-se a perspectiva do autor, demonstrou-se que as normas das Nações Unidas, como ponto de partida, pode dialogicamente reconstruir o universalismo, a um ponto hermenêutico consensual de chegada.

Analisando-se as normas e atuação da Organização das Nações Unidas apresenta ou não a natureza da universalidade abstrata, confirmou-se a hipótese de que, apesar das normas conceberem essa proposta, a entidade, através de seus mecanismos de monitoramento, bem como por meio de suas comissões de pesquisa e de articulação com a sociedade civil, busca aperfeiçoar sua atuação, de modo a concretizar os direitos, principalmente, quando se enfoque o desenvolvimento humano.

Desse modo, a Organização das Nações Unidas cada vez mais busca aprimorar a sua atuação a fim de respeitar as diferenças e possibilitar a participação social em seus instrumentos de monitoramento dos Estados para a realização de Direitos. Assim, constatou-se, em termos teóricos, ser importante compreender as insuficiências do relativismo e do universalismo para buscar a concretização de políticas públicas efetivas; perceber as possibilidades de enriquecimento multicultural para busca de uma democracia embasa em emancipação, diversidade e conhecimento sobre a realidade social.

Verificou-se que a participação social não pode ser coadjuvante no processo de luta pelo desenvolvimento humano, muito pelo contrário, já que a democracia e o ativismo social são os mecanismos essenciais ao planejamento e a realização de políticas pública, pelos Estados, em âmbito intergovernamental.

Foram verificadas, ainda, as principais diretrizes das Nações Unidas para o Brasil, através dos relatórios de monitoramento e apresentação dos impactos dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio para o combate da pobreza extrema no Brasil, sendo constatado que a Organização das Nações Unidas, como órgão de monitoramento externo, exerce importante papel para a concretização do desenvolvimento, e que adota como um de seus fundamentos, o empoderamento. Apesar de assumir uma postura

prescritiva, as proposições norteiam o planejamento governamental nacional, o qual busca a integração social, através de aberturas de democracia participativa em seu corpo normativo.

Observou-se, ainda, a Declaração do Milênio das Nações Unidas como uma oportunidade histórica para por fim a pobreza no mundo, concebido em oito Objetivos de Desenvolvimento. O Brasil alcançou as metas estabelecidas para 2015 apenas para a erradicação da pobreza extrema, sendo notado, ainda, o precário avanço de resultados, principalmente, envolvendo a universalização do ensino ao combate de endemias.

Pelo exposto, conclui-se que acima de discussões sobre universalismo ou relativismo, deve estar à busca pela concretização de direitos e atuação da Administração Pública em prol de justiça social. Por isso, cientistas sociais, militantes dos Direitos Humanos e sociedade, de um modo geral, não podem ater-se ao simples reconhecimento do valor dignidade ou da declaração de igualdade perante a lei, pois esse é apenas o primeiro passo para conquista do desenvolvimento humano e, portanto da vivência de uma inclusão social plena.

Referências

- ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- ARENDET, Hannah. *A condição humana*. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e Direitos Humanos: um conflito insolúvel? In BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 279-284.
- BHATTACHERJEE, Anol. *Social Science Research: Principles, Methods, and Practices*. USF Open Access Textbooks Collection. Book3. Tampa: University of South Florida, 2012.
- BRASIL. *Lei Federal nº 10.836 de 9 de janeiro de 2004*. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Publicado no DOU de 12.01.2004.
- _____. *Lei Federal nº 11.494, de 20 de junho de 2007*. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB. Publicado no DOU de 20.06.2007.

- _____. *Decreto Federal nº 6.202, de 30 de agosto de 2007*. Dispõe sobre o Prêmio Objetivos de Desenvolvimento do Milênio Brasil, e dá outras providências. Publicado no DOU de 31.8.2007.
- _____. *Decreto Federal nº 7.492 de 2 de junho de 2011*. Institui o Plano Brasil Sem Miséria. Publicado no DOU de 3.6.2011.
- _____. *Decreto de 31 de outubro de 2003*. Institui Grupo Técnico para acompanhamento das Metas e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Publicado no D.O.U. de 3.11.2003.
- _____. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. *Resolução 15/2017*. Estabelece os procedimentos operacionais para a transferência obrigatória de recursos financeiros aos municípios e ao Distrito Federal, a título de apoio financeiro suplementar à manutenção e ao desenvolvimento da educação infantil para o atendimento de crianças de 0 a 48 meses informadas no Censo Escolar da Educação Básica, cujas famílias sejam beneficiárias do Programa Bolsa Família – PBF, beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada – BPC, na forma estabelecida pela Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993; ou pessoas com deficiência, em creches públicas ou conveniadas com o poder público, referente ao exercício de 2017. D.O.U. de 7 de dezembro de 2017.
- _____. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO. *Erradicação da pobreza*. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/especiais/caderno-destaques/julho-2013/gestao-em-destaque/erradicacao-da-extrema-pobreza>, consulta realizada em 03 de outubro de 2012
- _____. *Agenda de Compromissos dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio: Governo Federal e Municípios: 2013-2016*. Disponível <<http://www.agendacompromissosodm.planejamento.gov.br/agendaCompromisso/PrincipalUC/PrincipalUC.do?Usr=guest&Pwd=guest>>. Consulta realizada em 03 de abril de 2015.
- CIANCARDO, Juan. Los desafios de la universalidad. In: CAMPOS, Amini Haddad (coor). *Constituição, democracia e desenvolvimento, com direitos humanos e justiça*. Curitiba: Juruá, 2009.
- DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. Multiculturalismo versus Interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito. *Desenvolvimento em Questão*. Editora Unijuí, ano 6, n. 12, jul./dez, 2008, pp. 63-86.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS- DIEESE. *Visão geral dos serviços de água e esgotamento sanitário no Brasil*. São Paulo: DIEESE, 2016. Disponível em:

- <<https://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2016/estPesq82Saneamento.pdf>> Consulta realizada em 11 de maio de 2018.
- ESTADOS UNIDOS. *Declaração de Direitos da Virgínia*, Williamsburg, 12 de junho de 1776. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>. Consulta realizada em 25 de março de 2014.
- FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Traduzido por Luciana Caplan e outros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización. In: RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquin Herrera; CARVALHO, Salo de. (org.). *Direitos Humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica: Anuário Ibero-americano de Direitos Humanos (2003/2004)*. 2º ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- _____. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Traduzido por por Carol Proner. Seqüência. UFSC, Florianópolis, V. 23 n. 44 (2002), pp. 9-29
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*, vol.II. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 2003.
- HALL, Stuart. A questão multicultural. In: *Da diáspora*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA- IPEA. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório Nacional de Acompanhamento*. Brasília: IPEA, 2010.
- _____. *Programa Bolsa Família : uma década de inclusão e cidadania*. Brasília: Ipea, 2013.
- LYNN, Alan. *A Invenção dos Direitos Humanos: uma história*. Traduzido por Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- MAIA, Luciano Mariz. *Direitos Humanos Impeachment e Outras Questões Constitucionais*. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2004.
- MOLES, Abraham Antoine. *Sociodinâmica da cultura*. Traduzido por Mauro W. Barbosa Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.
- _____. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial*. Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965.

- _____. *Declaración e programa de acción de Viena*, em 25 de Junho de 1993.
- _____. *Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Resolução A/RES/63/117 adotada em 10 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>> Consulta realizada em 12 de setembro de 2013.
- _____. *Declaración del Milenio*. 13 de septiembre de 2000, p.5. Disponível em <<http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/54/PDF/N0055954.pdf?OpenElement>>. Consulta realizada em 02 de outubro de 2013
- _____. *Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Celebrado em Nova York, em 19 de dezembro de 1966.
- _____. *Relatório de Desenvolvimento humano 2009: ultrapassar barreiras: mobilidade e desenvolvimento humano*. Traduzido pelo IPAD. Coimbra: IPAD, 2009.
- _____. *Relatório do desenvolvimento humano 2004: liberdade cultural num mundo diversificado*. Lisboa: PNUD, 2004.
- _____. *Ficha Informativa n° 18: Os Direitos das Minorias*. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_18.pdf, consulta realizada em 22 de fevereiro de 2014.
- _____. *Objetivos de Desarrollo del Milenio: Informe de 2013*. Nueva York: Naciones Unidas, 2013. Disponível em <<http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/mdg-report-2013-spanish.pdf>>, Consulta realizada em 01 de fevereiro de 2014.
- _____. *Relatório Sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio*. Nova York, Nações Unidas, 2015. Disponível em: < https://www.unric.org/pt/images/stories/2015/PDF/MDG2015_PT.pdf> consulta realizada em 10 de maio de 2018.
- _____. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS-OEA. *Protocolo adicional a la convencion americana sobre derechos humanos en materia de derechos economicos, sociales y culturales "protocolo de san salvador"*. Disponível em <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>>, consulta realizada em 23 de outubro de 2013.
- _____. COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE -CEPAL. *Protección social inclusiva:una mirada integral: um enfoque de derechos*. Santiago de Chile: CEPAL, 2011.

- _____. COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral nº 9 sobre o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Adotado na 19a sessão (51a reunião), em 01 de dezembro de 1998. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>>. Consulta realizada em 12 de setembro de 2013.
- _____. COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Consideração dos relatórios submetidos por países membros conforme artigos 16 e 17 do pacto*. Quadragésima segunda sessão, Genebra, 22 de maio 2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodaeducacao.org.br/images/pdfs/desc.pdf>>. Consulta realizada em 12 de setembro de 2013.
- _____. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado*. Traduzido ao português por Camões – Instituto da Cooperação e da Língua. Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2013.
- _____. United Nations Children’s Fund (UNICEF). *Committing to Child Survival: A Promise Renewed*. New York: UNICEF, 2012.
- PAINE, Thomas. Direitos do Homem. In *Senso Comum e outros escritos*. São Paulo: Ibrasa, 1964.
- RADOMSKY, Guilherme Francisco Waterloo. Pós-desenvolvimento, culturas de auditoria e etnografia de projetos: problemas recentes em antropologia do desenvolvimento. *Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos da II Conferência do Desenvolvimento*. Brasília, CODE-IPEA, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (org.). *Reconectar para libertar*. Os caminhos do cosmopolismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- TAYLOR, Charles. *Multiculturalisme: Différence et démocratie*. Paris: Champs Flammarion, 1994.

Recebido em 26 de janeiro de 2016.

Aprovado em 03 de maio de 2018.

A Contribuição do Constitucionalismo Popular para o Fortalecimento da *Accountability Social* sobre o Judiciário

The contribution of popular constitutionalism to strengthening social accountability over the judiciary

Claudia Maria Barbosa*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

Sylvia Maria Cortês Bonifácio de Araujo**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

1. Introdução

O mundo convive com um fenômeno de expansão do papel do Poder Judiciário que teve início pelo desenvolvimento do modelo de *judicial review* norte-americano, ainda no início do século XIX. Com o Segundo Pós-Guerra, emerge com força um novo tipo de constitucionalismo que atribuiu maior força normativa à Constituição e reconheceu novos e conceitualmente amplos direitos que, associados a uma conjuntura de descrédito na política majoritária (Executivo e Legislativo), levaram a uma hipertrofia do Judiciário que se alastrou pelos diversos continentes.

O poder decisório sobre as questões mais controversas da sociedade encontra-se atualmente nas mãos das cortes constitucionais – a quem é reconhecida a prerrogativa de proferir a “última palavra” sobre a interpretação da constituição. Tal reconhecimento, entretanto, traz consigo um sem número de críticas no campo da Teoria do Direito e da Filosofia Política, especialmente no que diz respeito à chamada tensão contramajoritária, que

* Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

** Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

contesta a legitimidade democrática do protagonismo do judiciário no âmbito de tomada de decisões acerca do significado constitucional.

Uma dessas críticas refere-se à usurpação do papel do povo na determinação do significado da constituição pelo judiciário, fundada na teoria de Larry Kramer, assentada em seu livro *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Tal controle popular parece ter sido perdido com o passar do tempo e do crescimento do controle de constitucionalidade. O desafio imposto à teoria do constitucionalismo popular atualmente, portanto, é demonstrar como referido controle popular da constituição pode se tornar efetivo.

Pretende-se, com o presente artigo indicar caminhos que percorrem teorias concernentes à *accountability social*, espécie de controle dos órgãos do Estado pela pressão popular. Busca-se, nesse sentido, fazer uma aproximação entre as propostas de controle do significado da constituição pelo povo e as ferramentas de exercício da *accountability social*, especialmente a mobilização social e a mídia.

Para tanto, parte-se de um panorama geral da noção de supremacia do Poder Judiciário – também traduzida nos termos *ativismo judicial*, *judicialização da política* e *protagonismo do Judiciário*. Seguem-se as propostas do constitucionalismo popular sobre o tema. Após, apresenta-se a ideia de *accountability social*, buscando ressaltar a possibilidade de seu exercício para fiscalização e interferência nas decisões do Poder Judiciário, ou seja, para realizar as propostas do constitucionalismo popular.

Partindo de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, utiliza-se uma abordagem qualitativa que prioriza fontes teóricas e estudos conceituais e dirige-se ao exame analítico da matéria que constitui seu objeto.

2. O Protagonismo do Poder Judiciário

Inspirados no desenho institucional norte-americano, diferentes países democráticos atribuem atualmente a interpretação e aplicação da Constituição às cortes constitucionais, nas quais os juízes proferem a palavra final acerca do significado da Constituição. Os demais poderes e, especialmente, os cidadãos interpretam a constituição em seu cotidiano, mas não chegam a ter poder decisório sobre ela. Esse desenho institucional está expresso na Carta brasileira, que assegura ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição.

Embora esse desenho constitua-se hoje um dos principais tópicos de discussão e pesquisa na Teoria do Direito e na Filosofia Política, sua origem remonta à experiência constitucional norte-americana ainda no início do século XIX, na formulação do que hoje é conhecido como controle de constitucionalidade. Em 1803, a Suprema Corte norte-americana inovou na jurisprudência ao julgar inconstitucional uma lei federal e declarar sua nulidade frente às normas constitucionais, trazendo para si um poder de *judicial review* sem precedentes e sem previsão expressa na Carta Constitucional de 1787. Por essa razão, Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹ afirma “ter o controle judicial de constitucionalidade já nascido argumentativamente ativista – estrategicamente ativista”, sendo ainda hoje um dos principais objetos de estudo da teoria constitucional norte-americana.

Não obstante, a supremacia das cortes no que tange à interpretação e aplicação da constituição não é mais uma exclusividade norte-americana desde o Segundo Pós-Guerra, quando o Estado constitucional de direito se consolidou na Europa continental². A constituição passou a ter valor normativo e o controle de constitucionalidade das leis foi fortalecido ou criado para garantir sua eficácia. A partir desse período, o modelo de *judicial review* antes restrito aos Estados Unidos da América espalhou-se pelo continente europeu e, mais tarde, pelo mundo, como consequência dos fatores políticos e jurídicos expostos a seguir.

Além disso, verificou-se no Pós-Guerra, como resposta às atrocidades cometidas em nome de regimes totalitários e de leis que negavam o valor da pessoa humana, a superação e até mesmo repúdio à cultura jurídica positivista e o retorno ao pensamento kantiano de dignidade e moralidade do ser humano. Diante dessa reaproximação do direito com a moral e da expansão das soluções jurídicas para além das normas, houve também a superação do formalismo jurídico, e o juiz – antes adstrito a um raciocínio subsuntivo que era tido com técnico – passou a ser coparticipante na produção do significado da norma.

Ademais, com a constituição se tornando centro do sistema jurídico, no século XX, o direito, antes privatista, torna-se cada vez mais publicizado, ou seja, o direito público começa a adentrar na esfera privada, e há uma maior necessidade da atuação do juiz para dirimir os conflitos entre tais categorias de normas.

1 CAMPOS, 2014, p. 30.

2 BARROSO, 2012a.

Referida expansão do poder judiciário constituiu uma mudança drástica no modo de pensar e praticar o direito, uma vez que o modelo anterior, de Estado legislativo de direito, era centrado no parlamento como poder central e na constituição como um documento político, “cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou administrador”³.

Esse movimento de protagonismo dos Poderes foi descrito por Luiz Werneck Vianna⁴ que assinala que após a Segunda Guerra, seja na doutrina ou no âmbito da opinião pública,

(...) à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, (...) seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça.

Referido protagonismo do Poder Judiciário não é uma peculiaridade local, pelo contrário, tem se expressado em todos os continentes e, de maneira geral, encontra sua justificativa histórica na conjuntura política jurisdicional ambientada após o fim da Segunda Guerra Mundial. Por meio dele, a jurisdição constitucional tem avançado sobre a competência dos Poderes Executivo e Legislativo, proferindo decisões por diversas vezes de tendência contramajoritária e despertando a atenção não só dos juristas, mas da mídia e de toda a sociedade.

Embora em expansão, o protagonismo do Judiciário, é fenômeno prevalente apenas em Estados democráticos. É o que ressalta Claudia Maria Barbosa⁵, para quem a forte atuação do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional “retomou sua força nas últimas décadas porque vários países da Europa, América Latina e África que passaram por processos recentes de redemocratização depositaram a esperança da construção de sociedades democráticas e dignas nas suas respectivas Constituições”. Países autoritários, via de regra, não admitem a transferên-

3 BARROSO, 2012a, p. 3.

4 VIANNA, 1993, p. 263

5 BARBOSA, 2013, p. 172.

cia de poder ao Judiciário; países com democracias mais consolidadas e um maior equilíbrio, por seu turno, costumam priorizar os debates em torno do significado da constituição à esfera política, “locus” do debate público qualificado.

O protagonismo do judiciário descreve o fenômeno da judicialização da política, que foi identificado na doutrina jurídica e das ciências sociais a partir dos estudos de C. Neal Tate e Tobjorn Vallinder, em 1995, com o trabalho intitulado *The Global Expansion of Judicial Power*, em que foram lançadas as bases de um estudo comparado da atuação do Poder Judiciário.

Para Tate e Vallinder⁶, a judicialização da política se revela pela utilização de métodos tradicionalmente jurídicos na resolução de controvérsias eminentemente políticas, em dois contextos. O primeiro deles – *from without*, ou seja, “a partir de fora”, em português – estaria relacionado à teoria dos *checks and balances*, e se daria pela ampliação da atuação do Poder Judiciário, através dos tribunais, ao realizar a revisão judicial de atos do Executivo e do Legislativo. O segundo contexto – *from within*, “a partir de dentro” – seria verificado na infiltração de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais nos demais poderes, como, por exemplo, através de tribunais administrativos estabelecidos no âmbito do Executivo, e das Comissões Parlamentares de Inquérito, no âmbito do Legislativo. Aqui se trabalha com o primeiro dos dois contextos.

Alguns fatores tentam explicar esse fenômeno de judicialização do espaço político e social. Entre eles estão o sentimento de desilusão com a política majoritária – a chamada crise de representatividade –, a necessidade de um judiciário forte e independente como elemento da criação de um constitucionalismo democrático, e a transferência do eixo decisório de questões polêmicas do Executivo e Legislativo para o Judiciário, justamente por aqueles temerem a repercussão de tomadas de posições delicadas, mas necessárias, para o futuro de suas carreiras políticas⁷.

Não obstante, a referida mudança de paradigma da centralidade de poder do Executivo e Legislativo para o Judiciário não foi empreendida sem questionamentos, especialmente no que tange à possível tensão entre constitucionalismo e participação democrática, intermediada pela complexidade da interpretação judicial.

6 TATE, VALLINDER, 1995, p. 16.

7 BARROSO, 2012a, p. 6.

A compatibilização entre constitucionalismo e democracia decorreria do reconhecimento de que, apesar de sua rigidez, a Constituição precisa se atualizar, seja pelas vias formais das emendas constitucionais, exercidas através do poder constituinte reformador – cuja escolha é feita por meio do sufrágio universal –, seja através da interpretação pelo Judiciário – uma instituição “removida da direta influência dos políticos e composta por juízes independentes encarregados do trabalho de assegurar que a legislação respeite as fronteiras constitucionais”, como explica Mark Tushnet⁸, um dos expoentes do constitucionalismo popular.

Por outro lado, essa visão de supremacia do judiciário, como afirma Barroso⁹, “apresenta inúmeras insuficiências teóricas e enfrenta boa quantidade de objeções, em uma era marcada pela complexidade da interpretação jurídica e por forte interação do Judiciário com outros atores políticos relevantes”.

Assim, juristas de todo o mundo vêm estudando o aparente conflito contramajoritário da relação entre constitucionalismo e democracia, especialmente no que concerne à legitimidade democrática e capacidade institucional do Poder Judiciário para a tomada de suas decisões.

Em resposta a esta aparente tensão, conhecida como “dificuldade contramajoritária”, através da qual o Judiciário, atuando em prol de direitos constitucionalmente estabelecidos, por vezes decide contra a maioria, um poderoso corpo de literatura jurídica tem emergido nos últimos anos, especialmente nos Estados Unidos, ao qual se faz referência com o nome de “constitucionalismo popular”. Seus defensores reúnem-se pelo pressuposto comum de que há vida constitucional fora das cortes e compartilham especial crítica ao elitismo judiciário¹⁰. Um dos principais expoentes desta nova categoria é Larry Kramer, em sua obra *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*, na qual defende os pressupostos do constitucionalismo popular, analisados a seguir.

8 TUSHNET, 2008, p. 19.

9 BARROSO, 2012a, p. 3.

10 GARGARELLA, 2006.

3. Constitucionalismo popular

Kramer faz um apanhado histórico do constitucionalismo norte-americano – o berço do *judicial review* – remetendo o leitor aos *founding fathers* para esclarecer que o constitucionalismo naquele país nasceu com um caráter precipuamente popular – não em um sentido puramente teórico ou abstrato, mas em termos práticos. A geração que participou da redação da Constituição estadunidense (1787) acolheu a ideologia política que celebrava o papel do povo em orientar o governo, de forma que a constituição seria a expressão direta da maior autoridade existente à época: o próprio povo. O autor explica:

[S]ua constituição permaneceu, fundamentalmente, um ato de vontade popular: uma carta do povo, feita pelo povo. E, como veremos, era ‘o próprio povo’ – trabalhando através de e respondendo aos seus agentes no governo – o responsável por verificar que ela fosse corretamente interpretada e aplicada. A ideia de transferir essa responsabilidade aos juizes era simplesmente impensável¹¹.

Era a comunidade em geral, e não o Judiciário ou qualquer ramo do governo, que decidia sobre a Constituição. Esta é a noção que ele chama de constitucionalismo popular, que difere do atual modelo por não presumir que a interpretação jurídica possa acontecer apenas nos tribunais. Ao contrário, um processo interpretativo igualmente válido pode ser empreendido pelos ramos políticos do governo e pela comunidade em geral¹².

Kramer¹³, assim, entende ser um problema a atual configuração de supremacia do Judiciário. O autor denuncia uma divisão do mundo em dois domínios: o da política e o do direito, e somente o primeiro seria domínio do povo, enquanto o direito seria monopólio de uma elite de juizes e advogados. Segundo ele, essa dicotomia seria um artifício de supervalorização dos tribunais e submissão do povo às suas decisões, como forma de reduzir a importância do constitucionalismo popular.

11 KRAMER, 2004, p.7.

12 CERQUEIRA NETO, 2015.

13 KRAMER, 2004.

Em *The People Themselves*, o autor relaciona a construção da supremacia do Judiciário, e conseqüentemente, a negação do valor do constitucionalismo popular pelo sentimento antipopulista moderno de que as pessoas comuns não são capazes de tomar decisões responsáveis quando se trata de política, pois, na verdade “as pessoas comuns são mais como crianças. E, sendo como crianças, as pessoas comuns são inseguras e facilmente manipuláveis”¹⁴.

Kramer, por sua vez, sugere que a percepção da Suprema Corte em relação ao povo seja como a relação dos tribunais inferiores frente àquela: interpretem a Constituição de forma independente, mas atenta à circunstância de existir uma autoridade superior que pode rever as suas decisões – o povo. A mera possibilidade de que isso ocorra já produz um sentido de responsabilidade e sensibilidade perante a comunidade que frequentemente está ausente no modelo de supremacia judicial¹⁵.

Também defensor da soberania popular, Victor¹⁶ afirma que os *founding fathers* não pensaram a constituição como uma lei cuja aplicação deveria ser feita por juízes, mas como um tipo especial de lei, uma lei popular, feita pelo povo e vinculativa a seus governos. Por essa razão, o autor explica que, para Kramer, “os limites impostos pelo texto constitucional ao governo deveriam ser fiscalizados pelo povo, comprometido com o documento fundante do seu Estado, bem como pelas instituições republicanas”.

Kramer¹⁷ fala, assim, em *judicial review without judicial supremacy* (controle de constitucionalidade sem supremacia judicial), ou seja, ele defende que o controle judicial de constitucionalidade mais efetivo estaria nas mãos do povo e não do Judiciário. Este, por sua vez, não poderia deixar de levar em consideração a opinião pública, mesmo que não possa sofrer sanção direta em virtude de suas decisões.

Ao cabo, a solução de Kramer¹⁸ para uma possível contenção da supremacia do poder Judiciário sobre a constituição envolve a possibilidade de responsabilização dos membros da corte através de processos de *impeachment* ou do descumprimento de suas decisões por membros do Legislativo e Executivo, por exemplo.

14 KRAMER, 2004, p. 241.

15 KRAMER, 2004, p. 253

16 VICTOR, 2015, p. 155/156.

17 KRAMER, 2004, p. 92.

18 KRAMER, 2004.

Rodrigo Brandão¹⁹ resume a posição de Kramer:

A disponibilidade destes instrumentos jurídicos não fomentaria conflitos institucionais, mas os desestimularia, pois o seu efetivo uso deve ser bastante raro – como comprova o seu reduzido emprego na história norte-americana. Todavia, a mera possibilidade do seu exercício mudaria a autopercepção da Corte acerca dos seus poderes, tornando mais factível que ela antecipe eventuais reações políticas e se torne mais sensível às opiniões do povo e dos seus representantes. Em uma só palavra: a possibilidade de reações políticas a decisões judiciais agregaria responsividade judicial ao sistema político norte-americano.

De fato, conforme explica Henry J. Abraham²⁰, em toda a história dos Estados Unidos foi realizado o impeachment de apenas treze e condenação de sete juízes de cortes distritais entre 1803 e 1989 – outros nove pediram demissão antes mesmo de serem acusados. Da mesma forma, relata que as emendas constitucionais, como forma de represália a uma decisão da Suprema Corte, foram pouco utilizadas, apenas entre seis e nove vezes no período de 1789 e anos 2000. Ainda, a Suprema Corte, pressentindo a reação política ou percebendo o erro cometido em decisão prévia, algumas vezes anula seus precedentes de maneira expressa ou tácita²¹.

Outro expoente do constitucionalismo popular, Mark Tushnet também critica o controle constitucional como última fonte de interpretação judicial, encarando o que ele chama de “*Strong-Form Judicial Review*” (controle de constitucionalidade forte) como uma ameaça à democracia, isto porque, neste modelo, a comunidade tem poucos recursos quando considera, pela visão da maioria, que a corte chegou a uma decisão equivocada. O autor explica: “podemos emendar a Constituição ou esperar que os juízes morram ou se aposentem para substituí-los com juízes que detenham uma melhor visão do significado da Constituição”²².

19 BRANDÃO, 2012, p. 193.

20 ABRAHAM, 2001, p. 26.

21 ABRAHAM, 2001, p. 34.

22 TUSHNET, 2008, p. 22.

Gargarella²³ distingue seis características comuns aos teóricos do “constitucionalismo popular”: i) desafiam a supremacia judicial, removendo a constituição das mãos dos tribunais; ii) são contra a chamada “sensibilidade antipopular”; iii) defendem a interpretação extrajudicial da constituição; iv) fazem uma releitura crítica dos efeitos do controle de constitucionalidade; v) defendem a criação do direito pelos cidadãos comuns; vi) preocupam-se em aumentar a participação popular nas estruturas políticas e econômicas.

Em termos gerais, a crítica doutrinária ao atual modelo de supremacia judicial reside no comprometimento da participação dos cidadãos na política e, especialmente, na produção do significado da constituição. A ênfase no Judiciário pode reduzir a mobilização popular e o sentimento de cidadania, essenciais à democracia. Ao mesmo tempo, as soluções para o problema do protagonismo do poder judiciário na interpretação constitucional envolvem sempre algum mecanismo institucional, como o *impeachment* ou o *outrule*, ou seja, a criação de uma nova lei/emenda constitucional, uma vez que a original terá sido derrubada pelo Poder Judiciário.

Este artigo está focado no pressuposto de ampliar-se a participação popular na construção do sentido da constituição a partir do controle dos atos do Poder Judiciário por meio da *accountability social*, objeto de estudo do próximo tópico.

4. *Accountability social*

O termo *accountability* é de difícil conceituação e, como fator complicador, também não há acordo sobre como deva ser feita sua tradução para a língua portuguesa. Diante dessa problemática, as pesquisadoras Medeiros, Crantschaninov e Silva promoveram uma pesquisa denominada *Estudos sobre Accountability no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais*, cujo fim foi justamente procurar uma definição para o termo, fazendo-o a partir de seu uso em artigos científicos de diversas áreas acadêmicas.

Foi observado na pesquisa que a maioria (vinte) dos artigos relacionou o termo a “responsabilização”, outros 16 usaram *accountability* como “prestação de contas”, e os demais variaram entre as noções de “transparência”, “sanções”, “controle político” e “responsabilidade”²⁴.

23 GARGARELLA, 2006.

24 MEDEIROS; CRANTSCHANINOV; SILVA; 2013, p. 763.

Na lição de Anna Maria Campos, a *accountability* deve ser vista como uma responsabilidade objetiva, por meio da qual uma pessoa ou organização é responsabilizada perante outro em razão do seu desempenho, e recebe prêmios ou castigos de acordo com o cumprimento ou não de diretrizes²⁵.

Segundo Peruzzotti e Smulovitz²⁶, *accountability* se refere à “habilidade de garantir que os funcionários públicos são responsáveis por seu comportamento – forçados a justificar e informar os cidadãos sobre as suas decisões e, possivelmente, eventualmente serem sancionados por elas”. Em sua conceituação, a *accountability* pode ser estabelecida em termos legais ou políticos.

Accountability legal se refere a um conjunto de mecanismos institucionais direcionados a assegurar que as ações dos funcionários públicos estejam dentro da legalidade. Tais mecanismos, a fim de restringir a arbitrariedade do poder estatal, são instituídos pelas democracias modernas a partir da separação de poderes, do reconhecimento de direitos fundamentais e de mecanismos de *checks and balances*, além de um sistema legal vinculativo²⁷.

A *accountability* política, por sua vez, refere-se à responsividade das políticas governamentais às preferências do eleitorado. Assim, está intimamente ligada à noção de representação democrática, de modo que as eleições são tomadas como o seu principal mecanismo, reelegendo-se apenas aqueles considerados politicamente *accountable*²⁸.

Dessa forma, segundo lição de Peruzzotti e Smulovitz²⁹, os órgãos governamentais são politicamente e legalmente *accountable*

se os cidadãos possuírem a habilidade de fazer com que os funcionários públicos sejam responsáveis pelo seu comportamento, forçando-os a justificar suas decisões e torna-las públicas, e se os cidadãos puderem eventualmente sancionar os funcionários públicos por suas decisões ou atos ilegais.

O problema está em como se alcançar essa *accountability* legal e política. Em resumo, dois são os tipos de obstáculos que se opõem ao exercício

25 CAMPOS, 1990, p. 4.

26 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.5.

27 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.5.

28 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p. 6.

29 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p. 6.

desses tipos de *accountability*: (i) intrínsecos, derivados da natureza imperfeita das relações de representação e (ii) extrínsecos, derivados da ausência de certas pré-condições institucionais necessárias ao funcionamento efetivo de agências de controle³⁰.

O cientista político argentino Guillermo O'Donnell³¹, ao tratar do tema, distinguiu os mecanismos de *accountability* em verticais e horizontais. Essa classificação segue uma metáfora espacial, ou seja, indica o eixo de ação da operação do controle. Assim, horizontalmente se fala em operações dentro dos aparelhos estatais e verticalmente se fala na existência de controle social externo ao Estado, principalmente por meio do eleitorado e seu voto.

Segundo O'Donnell³², o conceito de *accountability* vertical envolve “ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada e/ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não”.

A partir dessas noções, pode-se caracterizar a *accountability* social como um tipo de *accountability* política centrada em mecanismos de controle vertical da sociedade em relação aos órgãos e servidores da administração pública. Esse tipo de *accountability* esteve tradicionalmente centrada no processo eleitoral e por essa razão costuma ser ignorada e desprestigiada em estudos que tratam do judiciário. Uma vez que magistrados em regra não são eleitos, ela seria imprestável para asseverar legitimidade à atuação dos órgãos de justiça. Esse é um panorama que propostas assentadas no constitucionalismo popular pretendem reverter.

Tomio e Robl Filho³³ ao tratarem especificamente da *accountability* voltada ao Poder Judiciário como objeto de controle desenvolveram uma interessante tipologia para tratar da *accountability* horizontal ou institucional, na qual a fiscalização é exercida entre agentes estatais. Os autores distinguem quatro tipos de *accountability*: (i) *accountability judicial decisional*, referente à possibilidade de requerer justificações dos magistrados acerca de suas decisões, podendo sancioná-los; (ii) *accountability judicial comportamental*, significando a possibilidade de requerer justificações sobre o comportamento do magistrado em aspectos como moralidade, integridade-

30 PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2006.

31 O'DONNELL, 1998.

32 O'DONNELL, 1998, p. 28.

33 TOMIO, ROBL FILHO, 2013, p. 30.

de, entre outros; (iii) *accountability judicial institucional*, a qual diz respeito à prestação de informações e justificação sobre atos de administração ou relação com demais poderes e, por fim, (iv) *accountability judicial legal*, que remete a justificações acerca do cumprimento da lei. Embora extremamente interessante para discutir a *accountability judicial*, essa tipologia pouco avança em termos de controle social, de resto enterrada pelo modelo de Conselho Nacional de Justiça aprovado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Ao contrário da proposta que previa sua criação, uma pressão enorme e um grande acordo entre os poderes acabou por sepultar, a um só tempo, tanto o controle externo quanto o controle social sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro.

Vê-se que, de fato, a doutrina pensa em algum tipo de responsabilização ou controle dos atos do Poder Judiciário apenas quando realizado em nível institucional, mas não em níveis verticais, isso porque majoritariamente identifica-se a *accountability vertical* apenas com os processos eleitorais. Como os juízes, regra geral, não são eleitos, não haveria que se falar em relação de controle social.

O conceito tradicional de *accountability*, assim, ignora a contribuição da sociedade civil no controle das autoridades – justamente o objeto de estudo da *accountability social*, a qual analisa quais consequências a relação de fiscalização entre atores sociais e a agentes estatais pode trazer para o fomento de funcionários públicos mais responsáveis³⁴.

Para Joshi e Houtzager³⁵ “a *accountability social* representa um avanço no pensamento sobre as formas pelas quais os cidadãos podem exercer controle sobre a autoridade pública em contextos onde os mecanismos tradicionais de *accountability política* falharam amplamente”.

Assim, a *accountability social* atua por meio de associações da sociedade civil, Organizações Não Governamentais (ONG's), movimentos sociais e organizações midiáticas a fim de exercer influência no sistema político a partir do monitoramento das ações de agentes públicos.

Dentre as vantagens da *accountability social*, Peruzzotti e Smulovitz³⁶ destacam o fato de que independe do período eleitoral para seu exercício e pode ser direcionada a um problema, situação, política pública ou fun-

34 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.4.

35 JOSHI, HOUTZAGER, 2012, p. 146.

36 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p. 10/11.

cionário público específicos: “como os mecanismos horizontais, os sociais podem vigiar os procedimentos seguidos pelos políticos e funcionários públicos enquanto criam a política”. Como desvantagem, explicam que as sanções possivelmente impostas ao poder público como resultado da *accountability* social são, em muitos casos, simbólicas e não formais. Esta é uma realidade que precisa mudar.

O objetivo da *accountability* social é fazer com que as instituições sejam legalmente *accountable* e busca alcançar esse fim ao expor e denunciar casos de transgressão dos agentes estatais em suas ações, ativar mecanismos horizontais (agências) de controle e monitorar a efetivação desses mecanismos horizontais³⁷.

Os atores sociais referidos, novos na política, possuem como principal recurso disponível para o controle “a intensidade e visibilidade da ‘voz’”³⁸, de modo que a maioria dos “controles sociais expõem as transgressões, mas não possuem efeitos compulsórios”, razão pela qual são acusados de serem mecanismos “de fachada” e não controle real.

Desse modo, os mecanismos de *accountability* social impõem suas sanções, primeiramente, ao expor e denunciar atos ilegais do poder público, colocando-os na pauta da agenda pública de discussão. Tal ação pode levar a dois resultados: (i) o controle de problemas ou reclamações específicas; (ii) o aumento dos casos em que agentes públicos podem responder e ser responsabilizados, diante de uma agenda pública com um número crescente de discussões. Isso demonstra como a exposição pode acabar por fortalecer também mecanismos de controle vertical ou horizontal, “na medida em que podem resultar na extensão do escopo de conflitos e questões que agentes públicos são obrigados a informar os cidadãos sobre”³⁹.

Em segundo lugar, os mecanismos sociais impõem penalidades por meio da ativação de mecanismos horizontais, o que pode se dar em três situações: (i) quando um movimento social se organiza e mobiliza em torno de uma demanda particular; (ii) quando a mídia dá cobertura a essa mobilização, ou quando realiza sua própria investigação; (iii) quando indivíduos ou associações dão início a procedimentos judiciais nacionais ou internacionais ou fiscalizam agências de controle.

37 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006.

38 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.16.

39 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.17.

Por fim, em terceiro lugar, mecanismos sociais de controle podem resultar no estabelecimento de organizações paralelas de controle que monitorem a *performance* de agentes públicos ou oficiais específicos. Após reiteradas denúncias sobre o mesmo tema, podem ser desenvolvidas organizações permanentes para fiscalizar as ações do poder público na área, reforçando a *accountability* social⁴⁰.

Peruzzotti e Smulovitz⁴¹ chegaram à conclusão, observando o contexto social dos países latino-americanos, que o exercício da *accountability* social acontece em três áreas principais: (i) judiciário, (ii) mobilização social e (iii) mídia.

A primeira, a judicialização, tornou-se “um instrumento de que se valem cidadãos individuais e atores sociais para forçar o Estado a intervir nas disputas sociais e políticas que os agentes públicos querem evitar ou ignorar”⁴², e serve a dois propósitos: (i) confere um selo de legitimidade aos requerimentos sociais; (ii) obriga o Estado a tomar uma posição sobre as alegações dos atores sociais.

Essa estratégia faz parte de um amplo processo de judicialização da política que acontece globalmente – como explicado no *Tópico 2*, acima –, caracterizado pelo aumento do número de demandas judiciais, pelo desenvolvimento de novos instrumentos legais que expandem as formas dos cidadãos reivindicarem seus direitos e pela multiplicação do número de atores sociais legitimados a peticionar perante o Poder Judiciário, especialmente, perante as cortes constitucionais⁴³.

Mobilização social é o controle atingido quando atores sociais organizados conseguem chamar atenção para um problema ou reclamação particular em relação a algum ato do poder público. Para que a estratégia seja bem sucedida é necessário que o problema ganhe visibilidade e mobilize a opinião pública, ameaçando causar danos à reputação dos agentes públicos, o que pode, ou não, fazer com o que estes se tornem mais responsáveis, dependendo dos riscos que sejam impostos à manutenção dos seus cargos⁴⁴.

40 PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2006, p.19.

41 PERUZZOTTI; SMULOVITZ, 2006.

42 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p.20.

43 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006.

44 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006.

Essa estratégia está relacionada com a emergência, nas sociedades modernas contemporâneas, de novas organizações da sociedade civil e atores não coordenados que se mobilizam não apenas para exigir a realização de seus direitos, mas também para assegurar que os agentes públicos sigam o devido processo legal e os procedimentos adequados aos seus cargos. Assim, o mundo da política pressupõe a mobilização social, como *locus* no qual se identifica e se faz a mediação de conflitos e se promove a *accountability*. É a mobilização desses atores sociais que traz à luz os problemas que atingem grupos distintos, assim como seus reflexos, e é a partir dela que se pode constituir saídas. Essa estratégia difere do processo de judicialização, por meio do qual os conflitos são “traduzidos” em demandas técnico-jurídicas que, com a tomada de decisão, apaziguam os conflitos, mas não conseguem resolvê-los em suas raízes.

Por fim, como a *accountability* social requer visibilidade, a mídia é o melhor instrumento para se atingir esse objetivo, impondo custos à reputação dos agentes públicos. Dois desenvolvimentos foram importantes nessa seara: (i) a emergência de um jornalismo mais agressivo e (ii) o exercício de um papel central da mídia na exposição de abusos pelo governo. Por outro lado, também a sociedade civil descobriu o poder da mídia em criar uma agenda pública, influenciar agentes públicos, acelerar decisões e condenar violadores da lei. Assim, demandas sociais de *accountability* apenas começaram a exercer considerável pressão sobre os governos quando obtiveram significativa cobertura midiática⁴⁵.

Não obstante, os riscos da ampliação do papel da mídia no exercício da política não podem ser ignorados, pois mesmo que suas acusações não tenham substância, criam a percepção de culpa do investigado⁴⁶. Outra preocupação, ainda mais importante, envolve o fato de que a capacidade investigativa da mídia e a seleção de casos a serem apurados por ela dependem de fatores econômicos, isso porque a mídia é formada por grandes conglomerados financeiros que representam interesses próprios, elitizados e, comumente, contrários aos anseios populares. Daí a necessidade, nas sociedades contemporâneas, de democratização da informação e, acima de tudo, de responsabilização da mídia pelo que é veiculado, no sentido de impor sanções proporcionais aos danos que podem causar aos interesses da sociedade.

45 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006, p. 24.

46 PERUZZOTTI, SMULOVITZ, 2006.

Vê-se, dessa forma, que o próprio Poder Judiciário é considerado uma ferramenta de exercício da *accountability social* em relação aos demais poderes. Na contramão desse empoderamento, entretanto, poucas vezes ele é a instituição objeto de algum tipo de fiscalização social, possuindo total independência para decidir.

Robert F. Utter⁴⁷, em artigo intitulado *State Constitutional Law, the United States Supreme Court, and Democratic Accountability: is there a crocodile in the bathtub*, reconhece que o papel do Judiciário em uma sociedade democrática envolve necessariamente a tensão entre independência e o ideal de *accountability* democrática do servidor público. Para Utter, “quanto mais independente de pressões o judiciário for, maior o risco do judiciário se afastar de valores populares fortemente estabelecidos”, não obstante, “quanto mais o judiciário é *accountable* a pressões populares, maior o risco que ele perca seu papel de protetor independente de interesses e direitos não majoritários”⁴⁸. Assim, o autor conclui que a *accountability* judicial requer, na realidade, que os juízes tenham consciência “da necessidade de serem sensíveis às preocupações públicas e cuidadosamente explicarem as escolhas valiosas que devem ser feitas na tomada de decisão”⁴⁹. Essa consciência, contudo, parece não encontrar agasalho no panorama de empoderamento judicial que caracteriza algumas democracias contemporâneas. Assim como ocorre no Brasil, o protagonismo político do Judiciário não parece encontrar freios em uma autocontenção, desejada mas não estabelecida, de respeito ao equilíbrio dos demais poderes estatais.

Nesse sentido é que Russel⁵⁰ afirma que a democracia liberal e a ciência política necessitam de uma teoria da independência judicial, isso porque ao mesmo tempo em que ela precisa ser minimamente assegurada em democracias em transição, necessita ser limitada em democracias liberais consolidadas. Nesse ponto o autor ressalta o papel da *accountability*.

Como visto, o constitucionalismo popular denuncia a completa liberdade do Poder Judiciário em dar significado à constituição, reclamando o controle da interpretação e aplicação da constituição pelo povo por meio da possibilidade de responsividade dos juízes aos seus anseios.

47 UTTER, 1989.

48 UTTER, 1989, p. 20.

49 UTTER, 1989, p. 48.

50 RUSSEL, 2001, p. 2.

As ferramentas de exercício da *accountability* social – especialmente a mobilização social e a mídia – se mostram aptas a realizar a pressão necessária nas cortes de decisão constitucional para que essas não sejam descoladas da vontade popular, fonte última do texto constitucional, indo além de mecanismos institucionais tradicionais de controle do órgão, como o *impeachment*. Ademais, aumentam a participação popular e o sentimento de cidadania nas tomadas de decisões tão importantes para o Estado, como as que o Poder Judiciário vem concentrando em suas mãos. Seus riscos, contudo, são a ineficácia e a seletividade.

A judicialização, apesar de ser considerada uma das estratégias de exercício da *accountability* social, não é reputada aqui uma ferramenta adequada ao fortalecimento das propostas do constitucionalismo popular. Isso porque esta teoria postula a diminuição do protagonismo do Poder Judiciário e promoção de uma maior participação popular na atribuição de significado à constituição e a judicialização de demandas – mesmo que com o escopo de promover o controle dos agentes públicos e suas decisões, incluindo-se, nesta seara, os membros do Poder Judiciário – acabaria por conferir mais poder a este órgão.

5. Conclusão

O fenômeno da expansão do poder do Judiciário sobre a interpretação da constituição tornou-se global, implicando na preocupação para juristas de todas as partes do mundo sobre como conter essa supremacia anômala das cortes constitucionais, especialmente em razão dos possíveis prejuízos ao arranjo democrático de separação de poderes, além da falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir questões sociais e políticas de importância inequívoca ao Estado Democrático de Direito.

Uma das correntes críticas à chamada supremacia do Judiciário é o constitucionalismo popular, tendo Larry Kramer como principal representante, por meio de sua obra *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. O chamado constitucionalismo popular, tomando como ponto de partida a criação da Constituição e da nação norte-americana, repreende a atual configuração do Judiciário como detentor da “última palavra” acerca da interpretação e aplicação da constituição, afirmando que esta foi criada a partir do povo e para o povo e que, portanto, é ele o responsável último pela atribuição de qualquer significado a esse documento tão importante.

O autor sugere, assim, que as cortes não podem se mostrar alheias à vontade popular, pelo contrário, devem incorporá-la em suas decisões, sob pena de carecerem de legitimidade. O significado atribuído à constituição pelas cortes deveria ser fiscalizado pelo povo, comprometido com esse documento, fundador de seu Estado.

Nesse sentido, os mecanismos da *accountability* social apresentados podem ser úteis. A *accountability* se refere, como visto, à possibilidade de responsabilização do poder público pelos seus atos, envolvendo mecanismos de controle e fiscalização. Referida fiscalização é estudada na doutrina especialmente em seus aspectos legais e políticos. O primeiro deles se dá a partir do controle de um Poder pelos demais, em respeito ao sistema de *checks and balances*. Politicamente, fala-se em fiscalização por meio do voto, de modo que os agentes políticos só seriam reeleitos caso seus atos fossem aprovados pelo povo, o que seria verificado nas eleições.

Esses mecanismos se mostram insuficientes quando se trata do Poder Judiciário, pois em termos legais ele funciona como um controlador do Legislativo e Executivo, por meio do *judicial review*, mas suas próprias decisões, por sua vez, são pouco controladas. Isso se deve à carência de mecanismos institucionais de controle, os quais se resumem ao *impeachment* de juízes e à superação legislativa de suas decisões, por meio da reedição de normas declaradas inconstitucionais. Ainda, como visto, é possível falar em espécies de controle interno dos atos dos juízes.

Não há, assim, um mecanismo de controle vertical do Judiciário, uma vez que, em regra, os seus membros não são eleitos. Desse modo, mesmo que suas decisões estejam descoladas da vontade popular, não haverá qualquer represália e, portanto, razão para que os juízes reconsiderem suas decisões a partir dos anseios do povo, de quem deriva a força e significado último da constituição.

Desse modo é que entram em cena as ferramentas apresentadas de exercício da *accountability* social, especialmente a mobilização em massa e o uso da mídia para chamar atenção das cortes constitucionais para a vontade popular nos casos de relevância social e política. Dessa forma é que se pode perceber uma aproximação entre as propostas do constitucionalismo popular e as ferramentas de exercício da *accountability* social: estas complementam aquelas, contribuindo para sua realização.

Permite-se, assim, o controle indireto da interpretação e aplicação da constituição a partir da pressão popular em prol de um Judiciário mais responsivo aos seus anseios.

Referências

- ABRAHAM, Henry J. The Pillars and Politics of Judicial Independence in the United States. In: RUSSELL, Peter H. *Toward a general theory of judicial independence. In: Judicial Independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. University Press of Virginia, 2001, pp. 25-36.
- BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F e SCHWARTZ, G. *Direito da Sociedade Policontextural*. Curitiba: Appris, 2013. <https://doi.org/10.18366/fcd.0206.2017>.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 21, pp.1-50, 2012a. <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>.
- _____, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, pp.23-32, 2012b.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 24, pp.1-23, fev./abr. 1990.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CERQUEIRA NETO, José Nunes de. *O discurso de supremacia judicial e a resposta do constitucionalismo popular*. Disponível em: <<http://www.fd.unb.br/pt/o-discurso-de-supremacia-judicial-e-a-resposta-do-constitucionalismo-popular>>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- GARGARELLA, Roberto. *El nacimiento del constitucionalismo popular*. Disponível em: <<http://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular#note6>>. Acesso em: 26 jun. 2017.
- JOSHI, Anuradha; HOUTZAGER, Peter P. Widgets or Watchdogs? *Public Management Review*, Vo. 14, Issue 2, 2012. <https://doi.org/10.1080/14719037.2012.657837>.
- KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

- _____, Larry D. Judicial supremacy and the end of judicial restraint. *California Law Review*, Vo. 100, Issue 3, 2012. <http://dx.doi.org/doi:10.15779/Z38871V>.
- MEDEIROS, Anny Karine de; CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky; SILVA, Fernanda Cristina da. Estudos sobre accountability no Brasil: meta-análise de periódicos brasileiros das áreas de administração, administração pública, ciência política e ciências sociais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 47, n. 3, pp. 745-775, jun. 2013. <https://doi.org/10.1590/s0034-76122013000300010>.
- MENDES, Conrado Hübner. Neither dialogue nor last word – deliberative separation of powers 3. *Legisprudence*, Vo. 5, Issue 1, pp. 1-40, 2011. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1911852>.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998. <https://doi.org/10.1590/s0102-64451998000200003>.
- PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. Social Accountability: An Introduction. In: PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies*. Pittsburgh: University Of Pittsburgh Press, 2006. pp. 3-33.
- RUSSELL, Peter H. Toward a general theory of judicial independence. In: RUSSELL, Peter H. *Judicial Independence in the age of democracy: critical perspectives from around the world*. University Press of Virginia, 2001, pp. 1-24.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Revista Sociologia Política*, Curitiba, vol. 21, n. 45, mar. 2013. <https://doi.org/10.1590/s0104-44782013000100004>.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. <https://doi.org/10.1515/9781400828159>.
- UTTER, Robert F. State Constitutional Law, the United States Supreme Court, and Democratic Accountability: Is There a Crocodile in the Bath tub. *Washington Law Review*, Washington, Vol. 19, Issue 64, 1989.

VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “Positivção” do Direito Natural e Política. *Estudos Históricos*, vol. 9, n. 18, 1996.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido em 25 de julho de 2017.

Aprovado em 14 de outubro de 2018.

Accountability, transparência e assimetria das relações de visibilidade virtuais: análise dos aspectos antidemocráticos das novas tecnologias da informação e comunicação a partir da ideia de filtro bolha

Accountability, transparency and asymmetry of virtual visibility relations: analysis of the antidemocratic aspects of the new information and communication technologies from the idea of filter bubble

Elias Jacob de Menezes Neto*

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Natal/RN, Brasil

Jose Luis Bolzan de Moraes**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo do Sul/RS, Brasil

Fabício Germano Alves***

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) Caicó/RN, Brasil

Igor da Silva Gomes****

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) Natal/RN, Brasil

* Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor adjunto do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, campus de Caicó/RN. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e do Laboratório de Governança Pública, ambos da UFRN. E-mail: contato@eliasjacob.com.br.

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – Nível 1D. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Mestrado e Doutorado. E-mail bolzan@hotmail.com

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutor em Direito pela Universidad del País Vasco. Professor adjunto do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, campus de Caicó/RN. E-mail: fabriciodireito@gmail.com

**** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Laboratório de Governança Pública da UFRN. E-mail: igor_sgomes1210@hotmail.com

1. Introdução

As novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) permitem o estabelecimento de novas relações sociais, assim como o surgimento de problemas igualmente novos, o que, conseqüentemente, faz surgir um espaço vazio de regulamentação que não pode ser preenchido pelo tradicional direito, que, historicamente ligado a uma perspectiva centrada no Estado, se encontra incapaz de preencher essa lacuna.

Nessa linha de raciocínio, em virtude desse vácuo regulatório, ocorre a apropriação do espaço digital pelo poder privado, o que amplia, ainda mais, a coleta, armazenamento e processamento de dados em larga escala (*big data*). Essa situação, conforme será visto neste artigo, atinge, especificamente, a democracia, que necessita de visibilidade e de *accountability*, elementos que não são encontrados no atual cenário de uso privado das tecnologias da informação.

Desse modo, buscar-se-á demonstrar que, embora o acesso de dados pessoais por entidades esteja baseado em uma relação de transparência, trata-se de um tipo de visibilidade que é completamente distinta daquela relacionada aos regimes democráticos. Tal fenômeno ocorre porque as TICs possibilitam a formação de uma visibilidade assimétrica, como acontece com um espelho falso: de um lado, Estados e empresas coletam e analisam, cada vez mais, dados sobre as pessoas com finalidades diversas; de outro, aumenta a opacidade sobre como esses dados são capturados e processados.

Assim, em virtude da sua obscuridade, os critérios para utilização desses dados permanecem fora do debate democrático, além de serem elaborados por indivíduos que não foram eleitos democraticamente. Isto torna ainda mais grave o fato de que não existe uma distinção entre quem cria e quem aplica a “lei” desse direito paralelo – nesse caso, simbolizado pelos códigos de computador.

A incerteza gerada por um código de *modus operandi* desconhecido e que possui autoexecutoriedade, sem a mínima possibilidade de resistência é, sem dúvida, um risco para a democracia.

Além desse problema de visibilidade, as análises de *big data* viabilizadas pelas novas TICs permitem a criação do chamado “filtro-bolha”, que consiste na construção de um espaço de experiência virtual pasteurizada, onde não há lugar para a construção de perspectivas que divirjam do mundo criado para o usuário. Isso se faz possível através da personalização extrema viabilizada pelas técnicas de *data-mining* e *big data*.

Essas técnicas permitem que entidades diversas consigam avaliar os interesses dos indivíduos, objetivando criarem uma experiência prazerosa e sem atritos no uso da Internet. No entanto, esse “filtro” impede que as pessoas se conectem às outras, inviabilizando a oxigenação de ideias e a pluralidade de perspectivas, tão essenciais à formação de uma esfera pública diversa, o que tem efeitos deletérios para a democracia.

No mesmo sentido, será visto que a proliferação de espaços privados na Internet – invólucros digitais – destrói o seu potencial democrático, uma vez que toda interação do usuário passa a ser feita em ambientes sofisticadamente desenhados para, cada vez mais, coletar informação e exercer contínua influência sobre os indivíduos. Ainda que, em muitos casos, se queira dar um falso ar de democratização desses espaços, trata-se, na realidade, de um simulacro. A democracia passa a ser apenas um produto comercializado pelas empresas de tecnologia como parte integrante do seu portfólio de serviços.

Por essa razão, ficará visível que as relações assimétricas de poder, a ausência de transparência e de *accountability* – todos eles elementos essenciais à democracia – fazem com que a Internet seja um ambiente antidemocrático, que, ao invés de redistribuir, reforça as relações de poder, concentrando-as nas mãos de entidades privadas, as quais são responsáveis por gerir os mais diversos sistemas operacionais de código fonte fechado, as redes sociais de *software* proprietário e os e-mails que são utilizados pela maioria dos indivíduos.

2. Democracia, *accountability* e visibilidade

As maiores disputas de poder da história, afirma Manuel Castells¹, tiveram, como objetivo, a conquista da mente das pessoas. Considerando que a revolução da sociedade contemporânea é caracterizada, especialmente, pela revolução na tecnologia da informação e, também, que o modo de fazer política na sociedade contemporânea² está diretamente associado ao tipo e à quantidade de informações disponíveis sobre os indivíduos, as instituições democráticas tradicionais passam, simultaneamente, tanto a

1 CASTELLS, 2010.

2 Por todos, remete-se ao extensivo uso de bancos de dados digitais na campanha presidencial dos EUA em 2012, como pode ser visto no seguinte trabalho: NICKERSON; ROGERS, 2013.

sofrer com os influxos de novos processos políticos, quanto a utilizar as novas tecnologias da informação para atingir os seus objetivos.

A democracia tem a visibilidade e a *accountability* como elementos essenciais para a sua existência. A tendência atual das tecnologias da informação demonstra que elas são utilizadas mais como ferramenta de manipulação política e econômica do que como instrumento de emancipação democrática. Tal fato se dá porque a “transparência” democrática, que permite a *accountability* dos detentores de poder, é diametralmente oposta à visibilidade proporcionada pelas TICs.

Nesse sentido, embora a democracia esteja sendo constantemente reinventada em virtude das mudanças do tecido social, ela não pode evitar a *accountability* dos detentores do poder, que é primordial para a existência de qualquer regime democrático representativo. Sob tal aspecto, Deborah Johnson e Kent Wayland, ao tratarem sobre o tema, afirmam que, embora as relações proporcionadas pelas TICs e a transparência envolvam a visibilidade, a ideia por trás de cada uma delas é diametralmente oposta.

Assim, a visibilidade das TICs não possui, ao contrário da transparência democrática, uma conotação positiva. Isso porque, diferentemente das TICs, “[...] a transparência sugere a operação da democracia, dos poderosos sendo responsabilizados”³.

Como resultado, ainda que seja frequente a aposta na democratização como solução para o crescente número de problemas associados às relações assimétricas de visibilidade proporcionadas pelas TICs – já que a visibilidade democrática poderia, em tese, conter seus impulsos autoritários –, existem diversos fatores que limitam as possibilidades de uma significativa invasão da *accountability* democrática para dentro das tecnologias da informação.

O primeiro desses fatores limitantes está ligado ao caráter eminentemente técnico dos avanços nessa área, uma vez que eles não surgem no espaço público, mas dentro de laboratórios. Tais avanços dificilmente são debatidos publicamente, sendo diretamente implementados nos diversos âmbitos da vida social sem a possibilidade de controle democrático prévio. Essa situação decorre, também, da menor velocidade do direito, da política e da democracia, incapazes, por sua natureza, de acompanhar a rapidez do desenvolvimento científico e das inovações tecnológicas.

3 JOHNSON; WAYLAND, 2010, p. 26. No original: “[...] transparency suggests the operation of democracy, of the powerful being held accountable.”

Nesse sentido, é possível afirmar que a democracia “chega tarde”, pois o debate só é oportunizado quando as tecnologias já foram inventadas, implementadas e, portanto, “normalizadas” no âmbito social. Isso ficou claro, por exemplo, no caso da alta aceitação, por parte do eleitorado estadunidense, do *Patriot Act* como instrumento na luta da suposta “guerra contra o terror”. Essa legislação demonstra que é questionável a possibilidade de formação de um consenso não manipulado dos eleitores a respeito das relações de visibilidade propiciadas pelas TICs, pois, normalmente, a implementação de novas técnicas de coleta e análise de dados ocorre em períodos de forte comoção popular, como foi o caso dos atentados de 11 de setembro de 2001.

Sob tal aspecto, uma das maiores alavancas para a “legitimação pública” das relações de visibilidade assimétricas é o combate ao medo incerto e líquido gerado pelo terrorismo. A legislação de exceção estadunidense após os atentados contra o *World Trade Center* sofreu poucos questionamentos públicos, uma vez que surgiu como um remédio que, embora amargo, seria imprescindível na suposta luta por um “bem maior”. Os reflexos disso são visíveis, por exemplo, na opinião, extremamente comum nos EUA, de que Edward Snowden é um traidor e deve ser julgado e condenado à morte por divulgar os segredos da NSA⁴.

Infelizmente, a história demonstra que, em períodos de considerável medo, é mais provável que apareçam posturas nacionalistas e radicais do que debates fundamentados a respeito dos riscos de utilização da infraestrutura estatal para controlar os indivíduos. O exemplo da “guerra contra o terror” acentua o antagonismo entre a visibilidade democrática e os segredos de Estado – ainda que justificado para fins de “segurança nacional”.

A sociedade contemporânea organiza-se através dos regimes de visibilidade, cada um com as suas assimetrias. Se a tecnologia da informação tem o poder de aumentar a visibilidade da coisa pública na democracia – veja-se, por todos, os avanços relacionados aos portais de transparência e as políticas de dados abertos nas diversas esferas do governo –, por outro lado, ela também possibilita a diminuição de algumas visibilidades, especialmente nas sociedades do controle⁵.

No entanto, a única promessa não cumprida da modernidade que denota incompatibilidade total com a democracia é a manutenção e o fortale-

4 Na pesquisa feita pela agência Reuters, 23% dos entrevistados consideravam Snowden um traidor; 31% um patriota e 46% não souberam opinar. Para maiores detalhes, conferir SULLIVAN, 2013.

5 DELEUZE, 1992.

lecimento de poderes invisíveis. A grande proposta dos primeiros regimes democráticos foi desvelar o núcleo duro e oculto do poder exercido por pequenos grupos. Essa foi, inclusive, uma das razões da superioridade desses regimes em relação ao Estado absoluto, em que eram defendidos os poderes ocultos – *arcana imperii*⁶.

Ao contrário das outras promessas não cumpridas, o segredo é o único tema que Norberto Bobbio considera ter sido pouco abordado pelos cientistas políticos. Para o autor, dentro do Estado visível, a tendência é que exista sempre um outro Estado, paralelo ou superior, invisível. Com isso, é possível afirmar que “o tema mais interessante, com o qual é possível realmente colocar à prova a capacidade do poder visível debelar o poder invisível, é o da publicidade dos atos de poder que [...] representa o verdadeiro momento de reviravolta na transformação do estado moderno”⁷.

Nessa premissa, a existência de subgovernos e criptogovernos divide o poder não mais vertical ou horizontalmente, mas em relação à profundidade da sua ocultação, de modo que é possível classificar os poderes com base nesse critério. Paradoxalmente, tais poderes operam sob o argumento de proteção da privacidade que, na relação entre TICs e democracia, tem o condão de reforçar formas não recíprocas de visibilidade, em que os detentores do poder se escondem ao mesmo tempo em que as massas se tornam cada vez mais visíveis⁸.

Como resultado, os avanços da tecnologia da informação estão diretamente relacionados à ideia de visibilidade. Essa, por óbvio, não pode ser reduzida àquilo que pode ser captado pela visão, mas como um

[...] campo simbólico de significação social: ver e ser visto não correspondem simplesmente a determinadas posições de poder. As relações de visibilidade são também constituídas por outras formas – não diretamente perceptuais – de perceber, gerenciar a atenção e determinar a significância de eventos e sujeitos. Em síntese, a visibilidade corresponde à intersecção entre a estética – relações de percepção – e a política – relações de poder.⁹

6 BOBBIO, 1997.

7 BOBBIO, 1997, p. 103.

8 HAGGERTY; SAMATAS, 2010.

9 BRIGHENTI, 2010, p. 52. No original: “[...] a symbolic field of social meaning: seeing and being seen do not simply correspond to given power positions. Visibility relationships are also constituted by many other, not directly perceptual, forms of noticing, managing attention, and determining the significance of events and subjects. In short, visibility lies at the intersection of aesthetics (relations of perception) and politics (relations of power).”

Por essa razão, Norberto Bobbio afirma que uma ideia mais ampla de visibilidade e de controle do poder deve estar diretamente relacionada à democracia. O autor afirma que “o Estado democrático é aquele em que a opinião pública deve ter peso decisivo na formação e controle das decisões políticas [...]”¹⁰. Não se deve confundir, portanto, as autocracias – nas quais os detentores do poder fazem questão de demonstrá-lo – com a visibilidade dos regimes democráticos, que exige a publicidade dos atos de poder, o que possibilita o seu controle.

Essa visibilidade, quando contaminada por relações de poder não democráticas, tende a ser assimétrica, já que os detentores do poder tendem a tornar visível apenas aquilo que lhes for interessante. Protegidos pela “vantagem do pequeno número”, os detentores do poder podem sustentar a sua posição através do controle da visibilidade dos seus atos. Isso os fortalece ainda mais e dificulta a quebra do seu “núcleo duro”, de maneira que é possível afirmar que “toda dominação que pretenda continuidade é, em algum ponto decisivo, dominação secreta”¹¹.

Um tema central na tentativa de proporcionar visibilidade democrática para as TICs diz respeito à dinâmica entre os Estados e as entidades privadas. Isso porque um dos aspectos centrais do processo de globalização é a modificação das estruturas de soberania nacional em virtude da pluralidade de poderes, públicos e privados, que surgem no cenário contemporâneo. Essa descentralização, especialmente quando ocorre na esfera privada – onde, para lembrar a denúncia de Norberto Bobbio, nem mesmo a democracia como procedimento foi implementada¹² –, retira das regras e dos usos das TICs a possibilidade de controle democrático por parte daqueles que sofrerão as consequências da sua implementação.

10 BOBBIO, 1985, p. 21. No original: “El estado democrático es el estado donde la opinión pública debería tener un peso decisivo para la formación y el control de las decisiones políticas [...]”.

11 WEBER, 1999, p. 196.

12 Nesse sentido, Norberto Bobbio (1997, p. 55) já advertia que, com relação ao processo de democratização, “[...] não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem da democracia representativa para a democracia direta quanto na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social, ou melhor, consiste na extensão do poder ascendente, que até agora havia ocupado quase exclusivamente o campo da grande sociedade política (e das pequenas, minúsculas, em geral politicamente irrelevantes associações voluntárias), para o campo da sociedade civil nas suas várias articulações [...] Em outras palavras, podemos dizer que o que acontece hoje quanto ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático.”

Esse controle passa a ser feito por quem não foi eleito democraticamente, uma vez que os critérios de coleta e uso das informações de grandes empresas de tecnologia da informação não são passíveis de legitimação por parte dos usuários, cabendo, quando muito, apenas a possibilidade de se recusar a usufruir determinados serviços. Essa opção, no entanto, não existe de modo substancial, uma vez que a exclusão do mundo da informação e da comunicação não é, realmente, uma possibilidade para a grande maioria das pessoas¹³. Afinal, “[...] quando a submissão ao monitoramento torna-se a condição para o acesso não apenas ao trabalho, mas aos bens e serviços (desde comida até telefonia), as relações de acesso e de controle sobre os recursos estruturam os termos de entrada”¹⁴.

Por essa razão, é de extrema relevância retomar Norberto Bobbio, para quem o processo de alargamento da democracia política contemporânea atingiu uma situação limítrofe, visto que há pouco espaço para ampliação dos direitos políticos dentro da estrutura estatal. No entanto, o limite de crescimento da democracia representativa não significa que o próximo passo seja um retorno à democracia direta proporcionada pela tecnologia da informação.

Para Bobbio, isso ocorre em razão da relação entre a evolução democrática e a expansão participativa para além da esfera estatal, ou seja, por força da extensão do método democrático – indireto e, quando possível e desejável, direto – para áreas distintas daquela da tradicional arena política. Dessa maneira,

13 Na opinião de Tim Wu, professor da *Columbia Law School* e um dos mais renomados especialistas sobre o tema nos Estados Unidos, os usuários devem deixar de utilizar os serviços das empresas envolvidas no escândalo *PRISM/Upstream/XKeyscore*. O pesquisador sugeriu, em entrevista ao jornalista Chris Baraniuk, o seguinte: “Quit Facebook and use another search engine. It’s simple. It’s nice to keep in touch with your friends. But I think if you find out if it’s true that these companies are involved in these surveillance programs you should just quit.”

Contudo, considerando que, além das empresas mencionadas por ele, foram comprometidas informações de usuários de uma infinidade de outros serviços, inclusive de telefonia móvel, seria muito simplista acreditar que os usuários pudessem simplesmente abandonar o uso de ferramentas tão importantes como e-mails, sistemas de busca e telefone celular. Veja-se, por exemplo, o caso brasileiro: o Ministério do Desenvolvimento Social incentiva o cadastramento de um telefone celular até mesmo para aqueles que recebem o “bolsa família” e que, portanto, são oficialmente reconhecidos como miseráveis. Maiores detalhes em BARANIUK, 2013.

14 ANDREJEVIC, 2007, p. 132. No original: “[...] when submission to monitoring becomes a condition of access not just to work, but to goods and services (from food to telephony), relations of unequal access to and control over resources structure the terms of entry.”

[...] através de todas aquelas formas de ‘socialização do poder’ [...] que permitem um controle a partir da base da direção pública da economia, ou através de outra fórmula, a instauração de um sistema de ‘programação descentralizada e participada’.¹⁵

Nessa esteira, pode-se afirmar que a evolução democrática consiste na passagem da democracia da esfera política para a democracia social. Existe tal necessidade, porque, após a conquista do direito de participação política, os integrantes das democracias avançadas perceberam que as relações de poder estabelecidas na esfera política correspondem apenas a uma parte, condicionada pelo todo que compõe a sociedade civil, de forma que se passou a sentir necessidade de democratizar, também, a vida social, avanço indispensável à manutenção do Estado democrático de direito.

Logo, torna-se evidente que a democracia política, limitada ao Estado-nação, tem se demonstrado insuficiente para proteger os indivíduos contra o despotismo dos poderes privados. Disso resulta a clássica afirmação, feita por Norberto Bobbio¹⁶ segundo a qual o desenvolvimento da democracia não deve mais estar relacionado apenas aos legitimados para votar – quem vota –, mas, especialmente, deve verificar em quais espaços o voto democrático pode ser exercido – ou seja, onde se vota.

Torna-se nítido, portanto, que a principal característica dos regimes de visibilidade proporcionado pelas TICs nas sociedades contemporâneas é a incerteza gerada pelo desconhecimento sobre quais as regras a serem usadas para coletar e tratar os dados dos grupos e indivíduos. O risco para a democracia, nesse caso, está relacionado ao fato de que tais tecnologias tornam visível uma quantidade maior de dados das pessoas e, ao mesmo tempo, não oferece *accountability* sobre o uso desses dados. Por essa razão, percebe-se que “[...] existe um risco maior do que a criação de perfis das pessoas por agências (relativamente) invisíveis: é o fato de que os próprios critérios de criação desses perfis são invisíveis”¹⁷.

No entanto, a assimetria das relações de visibilidade constitui apenas um risco trazido, para a democracia, pela apropriação privada das TICs. A seguir, serão analisados outros problemas dessa complexa relação.

15 BOBBIO, 1999, p.70.

16 BOBBIO, 2007, p.157.

17 BRIGHENTI, 2010, p. 64. No original: “There exists a greater threat than the fact that people are profiled by (relatively) invisible agencies: it is the fact that profiling criteria themselves are invisible.”

3. Democracia e pluralismo político: o problema do filtro-bolha

Com base no exposto até o momento, é de se perguntar: será possível compatibilizar as TICs e as análises de *big data* com a democracia. Por um lado, essa tecnologia tem muito a oferecer à democracia, como é o caso dos portais de transparência ou das tecnologias que permitem aprofundar o conhecimento sobre a saúde da população e sua situação econômica. Por outro, essas mesmas ferramentas podem ser utilizadas para aumentar o poder daqueles que controlam as tecnologias. Trata-se, enfim, de uma questão aberta, delicada e tênue, extremamente dependente do contexto em que é feita a análise e da forma como são utilizados esses sistemas.

Para alguns, os computadores interconectados representam uma nova era de participação democrática, visto que tais máquinas possibilitariam, simultaneamente, a manutenção da visibilidade dos detentores de poder e o *feedback* imediato dos governados. A era da interatividade, sob esse aspecto, seria marcada, também, pela coleta de dados por parte do Estado, agora capaz de criar políticas públicas mais adequadas aos cidadãos¹⁸. Nesse sentido, por exemplo,

[...] a Internet é vista por muitos como um meio revolucionário que oferece igualdade de vozes a todos os cidadãos, especialmente quando comparada aos meios pré-existentes (por exemplo, televisão, jornal e rádio), que são comumente caracterizados como top-down, canais de comunicação unilaterais controlados pelas elites das medias. As capacidades técnicas da Internet são colocadas como prova de que a Internet é, pela sua essência, uma ameaça às relações de poder centralizadas e hierárquicas [...]¹⁹.

Por outro lado, é preciso ter cautela no tocante aos efeitos das TICs nos regimes democráticos, tendo em vista que a dinâmica das relações de poder no mundo real é fundamental para as tecnologias. Assim, ao invés de permitir a ampliação da democracia, alterando as hierarquias sociais de po-

18 HAGGERTY; SAMATAS, 2010.

19 WHITSON, 2010, p. 232. No original: “[...] the internet is seen by many as a revolutionary medium that gives equal voice to all citizens, especially when compared to pre-existing media forms (e. g. television, newspaper, and radio networks), that are commonly characterized as top-down, one-way communication channels controlled by media elites. The technical capabilities of the internet are held as proof that the internet is an inherent threat to centralized, hierarchical power relations [...]”.

der, as novas tecnologias acabam, muitas vezes, por reforçá-las. Um exemplo disso é a personalização dos serviços, que tem consequências negativas para a democracia e torna mais fácil manipular a formação da opinião na esfera pública²⁰. Nesse aspecto, conforme Gunther Teubner,

considerando que, no seus primórdios anárquicos, a Internet foi construída sobre os princípios da inclusão de todos, do anonimato, da liberdade contra controle e da heterarquia, cresce cada vez mais a tendência atual, motivada pela política e pela economia, de surgimento das chamadas intranets, ou seja, de redes fechadas, baseadas na exclusão, no controle, na hierarquia e na orientação restrita a determinados objetivos²¹.

Essa ambiguidade das novas tecnologias da informação é bem colocada por Antonio-Enrique Pérez Luño²² através do contraste entre “cibercidadania@” e “cidadania@.com”. A primeira seria a dimensão “positiva”²³, capaz de viabilizar a maior participação política dos indivíduos e, portanto, fortalecer o regime democrático. Já a “cidadania@.com” simbolizaria o lado negativo das novas tecnologias da informação, visto que está relacionada à desconstrução da esfera pública e ao fortalecimento das relações de poder e submissão existentes. Na síntese do próprio autor,

[...] se, em suma, pode-se conceber as novas tecnologias e, em particular, a Internet, como um novo tecido comunitário para a sociedade civil ou como

20 ANDREJEVIC, 2007.

21 TEUBNER, 2004, p. 23. “Whereas in its anarchical beginnings the internet was built up on the principles of the inclusion of all, of anonymity, freedom from control and heterarchy, today the politically and economically motivated tendencies towards the emergence of so-called intranets, i.e. closed networks, based on exclusion, control, hierarchy, and strict goal-orientation, are growing stronger.”

22 PÉREZ LUÑO, 2003. Adepto do positivismo jurídico, Pérez-Luño move-se em um nível completamente diferente da proposta deste trabalho. Embora não se concorde com as soluções por ele apontadas – o retorno ao Estado como protetor dos direitos humanos violados pelas novas tecnologias da informação – a análise das premissas do problema feita pelo autor espanhol é de extrema relevância para os juristas.

23 Aqui vale a crítica ao que Pérez Luño considera “[...] las experiencias más estimulantes para la afirmación de la polaridad positiva [...]”. Segundo o autor, faz parte desse grupo “el Manifiesto por el ejercicio de una ciber ciudadanía activa, responsable y comprometida. Dicha declaración fue elaborada por el primer Congreso ONLINE del Observatorio para la Ciber-Sociedad, celebrado en septiembre de 2002, donde fue aprobada mayoritariamente y en todos sus puntos. El Congreso reunió a 700 cibernautas de todo el mundo.” (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 82-83). A importância que Pérez Luño dá ao referido documento demonstra a fragilidade das matrizes teóricas tradicionais que, na ausência de uma “declaração” de direitos cibernéticos de um Estado ou de organização internacional, buscam socorro em documentos de baixa relevância no contexto geral.

um instrumento de submissão universal, são alternativas sobre o emprego dessa nova técnica de conhecimento e poder sobre as quais se coloca o destino social do homem de hoje²⁴.

Por seu turno, essa dualidade é bastante nova no imaginário teórico, até porque a Internet, até pouco tempo atrás – e, para muitos, ainda hoje –, era considerada uma forma de conectar-se com o outro, ouvi-lo e deixar-se ouvir. Essa “alteridade”, extremamente importante para a democracia, seria estimulada pela Internet.

No entanto, ocorreu uma mudança invisível nesse ideal. Em 04 de dezembro de 2009²⁵, uma nova era para a democracia começou silenciosamente. A partir daquele dia, o *Google* passou a utilizar quase sessenta indicadores eletrônicos individuais para prever os resultados que seriam de maior interesse para o usuário. Como resultado, caso duas pessoas diferentes façam exatamente a mesma pesquisa no sistema de buscas, os resultados obtidos podem ser absolutamente diversos.

Pouco tempo depois, diversas outras empresas passaram a utilizar algoritmos similares para categorizar informações que fossem mais “adequadas” para o usuário. É o caso, por exemplo, da “linha do tempo” da rede social *Facebook* que, ao invés de mostrar as postagens em ordem cronológica, prioriza aquelas que poderão ser de maior interesse do usuário, com base em todas as interações dele e dos seus amigos na rede social²⁶.

Essa personalização dos serviços “gratuitos” de Internet permite a criação de modelos preditivos (viabilizados pelas análises de *big data*), o que

24 PÉREZ LUÑO, 2012, p. 82. No original: “[...] si, en suma, puede concebirse a las NT y, en particular, a Internet como un nuevo tejido comunitario para la sociedad civil o como un instrumento de sujeción universal, son alternativas sobre el empleo de esta nueva técnica de conocimiento y poder sobre las que se juega el destino social del hombre de hoy.”

25 Em 2009, sob o título de “busca personalizada para todos”, o *Google* passou a oferecer resultados personalizados de pesquisa inclusive para aqueles usuários que não tinham feito o *login* com a sua conta do *Google*. Através da inserção de um arquivo *cookie* no computador do usuário, a empresa passou a monitorar as pesquisas realizadas em cada dispositivo, independente da expressa manifestação de vontade do usuário para fazer parte deste serviço. A postagem de Bryan Horling e Matthew Kulick, empregados do *Google*, no blog da empresa, embora ensine como o usuário pode desativar este serviço, informa que tal desligamento só ocorrerá para aqueles que seguirem um procedimento que, para a maioria, é demasiado completo. Trata-se, pois, de um sistema *opt-out*, não *opt-in*. Para mais detalhes, ver HORLING; KULICK 2009.

26 Em 30 de março de 2016, o *Instagram*, rede social que pertence ao *Facebook*, anunciou que também utilizaria algoritmos para selecionar as fotos que seriam exibidas para os seus usuários. Segundo entrevista de seu presidente, “what this is about is making sure that the 30 percent you see is the best 30 percent possible”. Para maiores detalhes, ver: CARAN, 2016.

afeta diretamente os regimes democráticos. Afinal, esses regimes exigem simetria comunicativa e de visibilidade na formação da esfera pública, o que não ocorre quando algoritmos determinam o que será exibido para cada usuário. Dessarte, Craig Calhoun lembra que a democracia requer tanto a inclusão quanto a conexão entre os indivíduos, ou seja, que eles se tornem capazes de acessar informações relevantes e de comunicar-se entre si para além dos limites impostos pelas associações privadas. Segundo o referido autor,

os públicos conectam pessoas que não fazem parte da mesma família, comunidades, clubes; pessoas que não são iguais às outras. A vida urbana é pública, logo, de certa forma, a vida em um vilarejo não é. Os meios de comunicação modernos amplificam essa capacidade de comunicar com estranhos. E a própria comunicação é vital, pois ela tanto cria uma cultura compartilhada quanto possibilita o debate²⁷.

Essa necessidade de pluralismo de ideia é essencial para a democracia. Com o mesmo fundamento, Norberto Bobbio entende que o pluralismo político é uma proposta que visa a manter um modelo centrífugo de sociedade, em que o poder é distribuído em diversos pontos, mesmo que conflitantes. Essa divisão permite a limitação da criação de um centro de poder dominante, tradicionalmente vinculado ao Estado²⁸

Assim, o pluralismo é o traço diferenciador da democracia dos modernos, para usar a terminologia de Bobbio. Para ele, o dissenso, desde que mantido dentro dos limites das regras do jogo democrático, possui a capacidade de promover a democracia, de modo que “[...] uma sociedade em que o dissenso não seja admitido é uma sociedade morta ou destinada a morrer”²⁹. Obviamente, não se está afirmando que a democracia necessita sempre do dissenso – afinal, exige uma concordância final na tomada de decisões. O que se pretende afirmar é que a democracia não existe nos regimes que, ao invés de aceitar o dissenso, buscam pasteurizar o pensamento divergente.

27 CALHOUN, 2005, p. 5. No original: “Publics connect people who are not in the same families, communities, and clubs; people who are not the same as each other. Urban life is public, thus, in a way village life is not. Modern media amplify this capacity to communicate with strangers. And communication itself is vital, for it both creates shared culture and enables debate.”.

28 BOBBIO, 1997.

29 BOBBIO, 1997, p. 61.

Da mesma forma, o conflito, oriundo da diversidade do pensamento, é um traço marcante dos regimes democráticos na acepção de Robert Dahl. Corroborando tal ideia, o autor americano lembra que, já na Constituição dos EUA do ano de 1787, James Madison defendia que a diversidade e o conflito de pontos de vista eram traços inerentes da sociedade democrática³⁰. De acordo com ele, já que a existência de “organizações independentes pode ser suprimida apenas pela supressão das instituições da poliarquia, [...] não é acidente que pluralismo e poliarquia andem juntos”³¹. O conflito, muito mais que o consenso, é considerado por Dahl como característica imprescindível para as sociedades modernas, dinâmicas e pluralistas – “MDP”³².

Sob a mesma perspectiva, John Rawls entende que a pluralidade de opiniões completamente divergentes é o traço delineador dos regimes democráticos. Para ele, “[...] uma pluralidade de doutrinas razoáveis, ainda que incompatíveis, é o resultado normal do exercício da razão humana no contexto das instituições livres de um regime constitucional democrático”³³.

Dessarte, são três os fatores que compõem a cultura política de uma sociedade democrática: 1) a possibilidade de dissenso; 2) a inexistência de uma doutrina única amparada pela força (Rawls refere-se, expressamente, ao poder estatal, mas, para os fins deste artigo, deve-se ampliar a sua concepção de modo a abranger qualquer poder, público ou privado) e 3)

30 DAHL, 1984.

31 DAHL, 1984, p. 234 No original: “Independent organizations can be suppressed only by suppressing the institutions of polyarchy [...] it is no accident that pluralism and polyarchy go together [...]”.

32 DAHL, 2012. A sociedade “moderna, dinâmica e pluralista” (MDP), definida por Dahl (2012, p. 396), “[...] pode ser resumida em duas características gerais: (1) uma sociedade MDP dispersa o poder, a influência, a autoridade e o controle para além de um único centro e os aproxima de uma variedade de indivíduos, grupos, associações e organizações. E (2) ela promove atitudes e convicções favoráveis às ideias democráticas. Embora essas duas características sejam geradas independentemente, elas também se reforçam mutuamente. O que é crucial numa sociedade MDP é que, por um lado, ela inibe a concentração de poder num só conjunto unificado de atores e, por outro, ela dispersa o poder entre uma série de atores relativamente independentes. Devido a seu poder e autonomia, esses atores podem resistir à dominação unilateral, competir entre si por certas vantagens, envolver-se em conflitos e negociações e buscar ações independentes por si mesmos. São características de uma sociedade MDP: a dispersão dos recursos políticos, tais quais o dinheiro, o conhecimento, o status e o acesso às organizações; a dispersão das localizações estratégicas, particularmente em assuntos econômicos, científicos, educacionais e culturais; e a dispersão das posições de negociação, tanto manifestas quanto latentes, nos assuntos econômicos, na ciência, nas comunicações, na educação e em outras áreas”.

33 RAWLS, 1996, p. xvi. No original: “[...] a plurality of reasonable yet incompatible comprehensive doctrines is the normal result of the exercise of human reason within the framework of the free institutions of a constitutional democratic regime”.

a necessidade de suporte da democracia pela maioria dos seus cidadãos politicamente ativos.

Com efeito, Rawls entendia que a manutenção de uma única opinião somente poderia ocorrer através da opressão do poder estatal. Para ele, “se considerarmos uma sociedade política como uma comunidade unida na afirmação de uma única doutrina, então o uso opressivo do poder estatal será necessário para a comunidade política”³⁴.

No entanto, como se pretende demonstrar com este artigo, o uso dos algoritmos que fornecem conteúdo personalizado é, também, uma interferência de um poder – só que, desta vez, privado e sedutor – capaz de diminuir o dissenso, pedra angular das sociedades democráticas.

Esses algoritmos funcionam de maneira relativamente simples: eles analisam a atividade *online* do usuário – páginas que visita, e-mails que recebe, pessoas com quem tem amizade – e cria um modelo computacional prevendo quem é aquele usuário e o que ele gostará de acessar. Esses algoritmos criam os chamados “filtros-bolha” – *filter bubble* – e oportunizam a manutenção de um universo de informação único para cada usuário, alterando as formas como os indivíduos obtêm conhecimento sobre o mundo³⁵.

Por um lado, existe algo positivo no filtro-bolha. Afinal, a quantidade de informações na Internet demanda formas de organizá-las, sob risco de as pessoas nunca encontrarem aquilo que desejam. Por outro, esse filtro-bolha é invisível aos indivíduos. Uma vez que não existe transparência nenhuma sobre a origem das fontes de dados sobre os usuários e de que maneira esses dados são processados, é impossível saber o que o sistema exclui de cada bolha individual. Além disso, é extremamente problemático o fato de que o usuário não possui a opção de sair ou entrar na bolha.

De maneira similar, Cass Sunstein entende que essa revolução da customização é incrível, já que as recomendações de serviços como *Amazon* e *Netflix* são magicamente adequadas aos gostos dos usuários e, provavelmente, uma infinidade de pessoas já descobriu um novo filme, ou música, ou livro favorito por conta dessas recomendações. Por outro lado,

34 RAWLS, 1996, p. 37. No original: “[...] can be maintained only by the oppressive use of state power. If we think of political society as a community united in affirming one and the same comprehensive doctrine, then the oppressive use of state power is necessary for political community”.

35 PARISER, 2011.

[...] isso pode ser também perturbador se sua consequência for encorajar as pessoas a estreitar os seus horizontes, ou alimentar os seus gostos atuais ao invés de permiti-las formar outros novos. Isto é um problema real para filmes e música, mas é provavelmente muito mais sério para o campo democrático. Suponha, por exemplo, que pessoas com certas convicções políticas encontram-se aprendendo cada vez mais sobre autores com o mesmo ponto de vista e, com isso, fortalecendo os seus julgamentos preexistentes, somente porque a maior parte do que eles encontraram para ler possui o mesmo conteúdo. Em uma sociedade democrática, não poderia isto ser preocupante?³⁶

Para entender esse problema, Sunstein analisa a ideia de fórum público a partir do conceito de liberdade de expressão. Em 1939, a Suprema Corte dos EUA³⁷, ao proibir que ruas e parques fossem fechados para o acesso do público, delimitou o que ficou conhecido como “teoria do fórum público”, que consiste, basicamente, na liberdade de reunião em locais públicos como forma de proteção da liberdade de expressão.

Posteriormente³⁸, ao julgar sobre a aplicabilidade da referida teoria aos aeroportos, a Suprema Corte reconheceu que a participação política depende, cada vez mais, dos meios eletrônicos. Ainda que não tenham decidido sobre a aplicação da referida teoria à Internet, essa decisão é importante por diversos motivos, em especial, por garantir que os participantes do debate democrático tenham acesso a um leque amplo e heterogêneo de pessoas e opiniões.

O filtro-bolha impossibilita o encontro casual com opiniões e interesses diversos, diminuindo a oxigenação de ideias, o que é extremamente prejudicial para a democracia. Isso porque os

encontros não planejados e não escolhidos frequentemente acabam tendo efeitos positivos para os indivíduos e para a sociedade em geral. [...] talvez

36 SUNSTEIN, 2007, p. 21. No original: “[...] it might well be disturbing if the consequence is to encourage people to narrow their horizons, or to cater to their existing tastes rather than to allow them to form new ones. The problem is a real one for movies and music, but it is probably most serious in the democratic domain. Suppose, for example, that people with a certain political conviction find themselves learning about more and more authors with the same view and thus strengthening their preexisting judgments, only because most of what they are encouraged to read says the same thing. In a democratic society, might this not be troubling?”

37 *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939).

38 *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727, 803 (1996).

leve-o a reavaliar os seus próprios pontos de vista e até mesmo revisá-los. No mínimo, você terá aprendido sobre o que os seus concidadãos pensam e porque pensam desta forma³⁹

Por esse motivo, o filtro-bolha, ao retroalimentar opiniões e pontos de vista preexistentes, acaba por enfraquecer o debate plural exigido pela democracia⁴⁰. O pluralismo político, necessário para os regimes democráticos, só pode ser obtido através da fertilização cruzada de ideias.

Nesse contexto, vale a máxima de John Stuart Mill, que considerava impossível “[...] superestimar o valor, no atual baixo estado do aperfeiçoamento humano, de colocar os seres humanos em contato com outras pessoas diferente deles, com modos de pensar e agir diversos daqueles com os quais está familiarizado”⁴¹.

Infelizmente, a personalização viabilizada por algoritmos preditivos – o filtro-bolha – permite que indivíduos vivam em universos paralelos, porém separados – ou seja, suas vidas, por mais que coexistam, nunca se tocam. Tal situação é extremamente prejudicial à democracia, que só funciona quando os seus participantes conseguem pensar fora das suas esferas individuais. Esse nível de interação com o outro se torna extremamente difícil sem uma visão de mundo compartilhada, conhecendo o outro e as suas necessidades. O que ocorre é exatamente o contrário, ou seja, o filtro-bolha cria a ilusão de que os interesses do indivíduo correspondem à totalidade do mundo. A vida torna-se pasteurizada, autorreferenciada em um movimento centrípeto ao redor do indivíduo. Destrói-se, assim, o potencial democrático da Internet, tão aplaudido na década de 1990 e, ainda hoje, festejado por alguns teóricos.

39 SUNSTEIN, 2007, p. 30. No original: “Unplanned and unchosen encounters often turn out to do a great deal of good, for individuals and society at large. [...] it might prompt you to reassess your own view and even to revise it. At the very least, you will have learned what many of your fellow citizens think and why they think it.”

40 No mesmo sentido, Zygmunt Bauman, em recente entrevista, afirmou que “o diálogo real não é falar com gente que pensa igual a você. As redes sociais não ensinam a dialogar porque é muito fácil evitar a controvérsia. Muita gente as usa não para unir, não para ampliar seus horizontes, mas ao contrário, para se fechar no que eu chamo de zonas de conforto, onde o único som que escutam é o eco de suas próprias vozes, onde o único que veem são os reflexos de suas próprias caras. As redes são muito úteis, oferecem serviços muito prazerosos, mas são uma armadilha.” Para detalhes, ver: QUEROL, 2016.

41 MILL, 1909, Livro III, Capítulo XVI, §5º. No original: “[...] overrate the value, in the present low state of human improvement, of placing human beings in contact with persons dissimilar to themselves, and with modes of thought and action unlike those with which they are familiar.”

4. Democracia e invólucro digital

Uma ideia similar à do filtro-bolha e que possui extrema relevância na análise da relação entre as novas relações de visibilidade proporcionada pelas TICs e democracia é a de invólucro digital – *digital enclosure*⁴². Essa proposta faz alusão aos cercamentos legais das terras – *land enclosure* – que ocorreram na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII e que marcaram o começo da revolução industrial. Antes desse movimento, a terra era entendida como um bem comum onde todos poderiam cultivar.

Com a transição do modo de produção feudal para o capitalista, a terra passou a ser vista como um bem de produção, o que fez com que os senhores feudais passassem a construir cercas delimitando suas terras e exigindo pagamento daqueles que tivessem interesse em cultivá-las.

De forma similar, o conceito de invólucro digital – que também pode ser chamado de “cercamento digital” – parte da ideia de que o espaço virtual era um lugar que pertencia a todos, especialmente se considerada a inexistência de governos eleitos no âmbito virtual. Esse tipo de espaço desregulamentado acaba se tornando ambiente propício para a colonização pelos detentores dos poderes, o que aconteceu com a Internet através da apropriação, cada vez maior, dos espaços digitais por empresas de tecnologia. Por isso,

como no caso do movimento de cercamento da terra, aqueles que controlam os recursos dentro do invólucro digital, – neste caso, as tecnologias de coleta de informações e os bancos de dados – podem se apropriar do valor gerado por aqueles que “livremente” entram no invólucro⁴³

Agora, com os novos “cercamentos” realizados pelas empresas de tecnologia, as pessoas têm que pagar para participar – seja com dinheiro, seja com os seus dados. Uma vez considerado ambiente livre do controle, esse novo “cercamento digital” fez com que a Internet se tornasse ambiente privatizado. Na realidade,

42 ANDREJEVIC, 2007, p. 2.

43 ANDREJEVIC, 2007, p. 132. No original: “As in the case of the land enclosure movement, within the digital enclosure, those who control the resources – in this case, informationgathering technologies and databases – can lay claim to the value generated by those who enter ‘freely’ into the enclosure.”

é uma piada cruel que espaços desregulados, idealizados pelos tecno-libertários dos anos 1990, tenham se tornado lugares de vigilância e controle. O espaço deixado pelos governos eleitos, especialmente aqueles dos Estados-nação, permitem que corporações online conquistem espaço. Diferente dos governos eleitos, estas corporações não são responsáveis pelos seus “cidadãos”, não podem ser depostas e suas práticas e modos de funcionamento interno são opacos.⁴⁴

Com efeito, passa a ser insustentável a manutenção da ideia, famosa na década de 1990, de que a internet é um local de livre circulação de ideias, aberta ao debate. Afinal, existem regras que são impostas por entidades que não foram eleitas democraticamente e cuja única legitimidade é a propriedade da tecnologia que viabiliza a comunicação. Utilizando-se da estrutura descentralizada da rede, as empresas instalaram espaços privados sob o seu controle absoluto.

Tal situação é facilmente ilustrada no embate ocorrido, em 2015, entre o *Facebook* e o Ministério da Cultura brasileiro. No dia 16 de abril daquele ano, a rede social decidiu bloquear uma foto postada pelo Ministério por entender que ela continha nudez⁴⁵, o que seria contrário à política da empresa. Na conversa inicial entre o representante do *Facebook* e o Ministro da Cultura, a rede social insistiu que a fotografia permaneceria bloqueada e que o *Facebook*, por ser uma empresa global, não estava sujeito às legislações nacionais de liberdade de expressão. Com efeito, o *Facebook* demonstrou que, dentro das suas fronteiras tecnológicas, não havia espaço para as leis nacionais, que pertencem às fronteiras físicas.

Essa rede social é um exemplo nítido da existência de invólucros digitais, cujo traço fundamental a assimetria de visibilidade do poder. Isso significa dizer que o seu funcionamento se dá como uma espécie de falso espelho – ou *one way mirror*, para utilizar a expressão de Frank Pasquale⁴⁶.

44 WHITSON, 2010, p. 231. No original: “It is a cruel joke that the unregulated spaces idealized by techno-libertarians of the nineties have now become sites of surveillance and control. The gap left by elected governments, especially nation-state governments, allows corporations to conquer online spaces. Unlike elected governments, these corporations are not accountable to their ‘citizens’, cannot be disposed of, and their practices and internal workings are opaque.”

45 Tratava-se de um ensaio fotográfico feito por Walter Garbe em 1909 que mostrava uma índia com os seios expostos. Somente após diversas ameaças de judicialização do problema e em virtude da pressão pública, a rede social resolveu autorizar a publicação da fotografia. Para detalhes, ver LEAL, 2015.

46 PASQUALE, 2015.

Além das empresas serem pouco transparentes, a própria natureza digital do espaço onde operam permite alcançar níveis de coleta de dados muito maiores que nos espaços físicos, menos propícios à coleta de metadados. Como todas as ações *online* ocorrem de modo digital, todas elas geram metadados. Por isso, Mark Andrejevic⁴⁷ considera que esses invólucros digitais permitem o acúmulo, nas mãos de poucas empresas, de uma quantidade enorme de dados e, portanto, de controle sobre os indivíduos através de práticas de visibilidade assimétrica e, por consequência, antidemocrática.

Ainda que existam discursos alegando que o usuário é livre para abster-se dos invólucros digitais caso esteja insatisfeito com a dinâmica de (in)visibilidade do sistema – como visto anteriormente em nota sobre Tim Wu –, essas estruturas virtuais – sejam redes sociais, serviços de e-mail, mecanismos de busca – são essenciais para as atividades cotidianas nas sociedades contemporâneas. É impossível escapar de, pelo menos, algum tipo de invólucro digital e, por isso, é necessário repensar as relações entre o poder e a propriedade das TICs, seja da estrutura física (*hardware*), seja da parte lógica (*software*).

Em razão dessa assimetria das relações de poder entre usuários e empresas, Jennifer Whitson entende que os invólucros digitais são espaços totalitários; afinal,

[...] a ausência de governo cria oportunidades para a exploração. A democracia, em parte, depende da simetria das relações. Em troca dos votos dos cidadãos, os governos eleitos são obrigados a concretizar a vontade do público, permanecendo responsáveis perante ele. Existe uma simetria de visibilidade, onde os governantes fornecem ao público o acesso às suas deliberações e das regras que são criadas. As regras corporativas, por outro lado, são assimétricas: as decisões e ações das entidades privadas permanecem opacas mesmo que os usuários sejam cada vez mais transparentes aos publicitários e anunciantes.⁴⁸

47 ANDREJEVIC, 2007.

48 WHITSON, 2010, p. 240. No original: “absence of government creates opportunities for exploitation. Democracy, in part, relies on a symmetry of relations. In exchange for citizens’ votes, elected governments are mandated with carrying out the will of the public and remain accountable to the public. There is a symmetry of visibility wherein rulers provide the public with access to their deliberations and the policy they form. Corporate rule is, by contrast, asymmetrical: the decisions and actions of corporate entities remain opaque even as users are rendered increasingly transparent to marketers and advertisers.”

Um dos componentes fundamentais da produção dessa assimetria é o código, ou seja, a estrutura lógica que determina as regras de funcionamento de um sistema e que, salvo raros casos de erros, são tão inescapáveis quanto as leis da física. Tanto a produção quanto o conhecimento exclusivo sobre o modo como o código opera permitem que as empresas de tecnologia exerçam poder desproporcional sobre os indivíduos. A manutenção dos códigos como *segredo*, contudo, remete novamente ao debate bobiano sobre o núcleo duro do poder e os *arcana imperii*.

Por fim, é preciso ter cuidado para evitar confundir democracia com o seu simulacro – como ocorre, por exemplo, com a criação de uma página de governança e as “votações” que o *Facebook* realiza antes de algumas alterações dos seus termos de uso. Para tanto, é preciso entender a diferença que Mark Andrejevic⁴⁹ faz entre “interatividade cibernética” e “interatividade democrática”.

Sob tal aspecto, as “votações” do *Facebook* servem para auxiliar publicitários, já que o objetivo da rede social não é criar propostas de deliberação coletiva, mas tornar a coleta de dados em massa mais “palatável” em virtude da falsa ideia de que o usuário participa da definição dos parâmetros do sistema. É possível afirmar, na esteira do que Andrejevic fala sobre o programa *American Idol*, que as votações no *Facebook* são

[...] um convite à participação na própria manipulação através do fornecimento de informações cada vez mais detalhadas sobre preferências sociais, atividades e históricos [entregando-lhes] para quem utiliza esse conhecimento com a finalidade de gerenciar o consumo. [...] as pessoas não apenas pagarão para participar no espetáculo da sua própria manipulação, mas também, graças à promessa de participação, elas irão, às suas próprias expensas, ratificar políticas que beneficiam os interesses das elites no poder. É como se, de alguma forma, o suporte interativo transformasse em seus aqueles interesses⁵⁰

49 ANDREJEVIC, 2007, p. 241.

50 ANDREJEVIC, 2007, p. 242. No original: “[...] the invitation to participate in one’s own manipulation by providing increasingly detailed information about personal preferences, activities, and background to those who would use the knowledge to manage consumption. [...] people will not only pay to participate in the spectacle of their own manipulation, but that, thanks in part to the promise of participation, they will ratify policies that benefit powerful elites and vested interests at their own expense, as if their (inter)active support might somehow make these vested interests their own.”

Com isso, é possível concluir que a assimetria nas relações de poder, a ausência de *accountability* e de transparência fazem com que o ambiente virtual, longe daquilo que é pregado pelas posturas mais otimistas, seja eminentemente antidemocrático. Ao invés de redistribuir o poder na sociedade, a Internet reforça a sua concentração nas mãos de poucos, o que anula o potencial democratizador da tecnologia da informação. Diante desse contexto, cabe ao jurista pensar quais são os efeitos dessa falta de democracia na proteção dos direitos humanos.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou demonstrar que o filtro bolha e as análises preditivas com técnicas de *big data* oferecem sérios riscos ao potencial democrático das novas TICs, especialmente em virtude da possibilidade de extrema personalização de informações.

Pode-se concluir que o direito à informação é, muito além da mera não proibição – liberdade de informação –, uma expectativa positiva, indispensável aos regimes democráticos. Por isso, deve ser protegido contra a manipulação das informações através da garantia de independência política e econômica, bem como da pluralidade de opiniões na esfera pública. Por filtrarem as informações e permitirem que cheguem até os indivíduos apenas aquilo que seja do seu interesse e conforme a sua visão do mundo, os sistemas de computadores inviabilizam a fertilização de ideias necessária para a evolução do pensamento humano.

Como resultado, a democracia fica condicionada às iterações de um sistema cujos critérios de funcionamento são extremamente opacos. Essa opacidade está relacionada à predominância dos poderes privados vinculados às TICs – ou, nos poucos casos envolvendo poderes estatais, dos *arcana imperii* a que se referia Norberto Bobbio. Por isso, pode-se afirmar que o problema das TICs diz respeito, sobretudo, à questão da assimetria de visibilidade democrática que elas proporcionam. Isso se agrava ainda mais, porque, nos espaços privados, retomando Norberto Bobbio, a democracia não chegou sequer como procedimento.

Essa colonização pela iniciativa privada decorre, de modo especial, da incapacidade do modelo estatal tradicional para lidar com os fenômenos desterritorializados, como é o caso dos fluxos de dados. Cria-se, assim, um vácuo normativo, que passa a ser preenchido pelos poderes privados que se desenvolvem no mundo virtual sem restrições.

Dessarte, os critérios para coleta e tratamento de dados permanecem fora do debate democrático, pois elaborados por indivíduos que não foram eleitos. Para tornar a situação ainda mais grave, não existe, nesses sistemas, um equivalente à teoria de separação dos poderes. Em outras palavras: criadores e executores da “lei” – neste caso, os códigos de computador – são os mesmos. A incerteza gerada por um algoritmo cujo modo de funcionamento é desconhecido e que possui auto-executividade, sem a mínima possibilidade de resistência, é kafkiana, o que a torna inaceitável do ponto de vista da democracia.

Por tal razão, falham, novamente, as abordagens tradicionais, uma vez que o Estado – salvo raras exceções – não participa do desenho desses novos sistemas legais, composto por algoritmos computacionais. Essa nova “lei” não encontra precedentes históricos e, como resultado, não é percebida como tal pela teoria do direito, que está habituada a lidar com leis derivadas do Estado nacional.

Forma-se, assim, um vácuo da teoria do direito e da constituição, que se vêem incapazes de proteger os direitos humanos das violações desse novo tipo de instrumento com características de lei. Por essa razão, é possível, parafraseando Paulo Bonavides, afirmar que ontem vigoravam os códigos, hoje, as constituições e, amanhã, novamente, os códigos – agora, claro, digitais e elaborados segundo critérios ignorados pelos seus destinatários.

Sem as restrições típicas do constitucionalismo democrático na elaboração desses códigos, fica fácil perceber como a tecnologia da informação ganha a capacidade de violar direitos humanos, o que reforça a ideia de que o Estado é um palco fragilizado para a sua proteção. Disso não se deve concluir que se trata de uma “falha” do modelo estatal, possível de ser sanada através do seu redesenho. O que ocorre é exatamente o oposto, ou seja, trata-se de um limite intransponível que demonstra a insuficiência desse formato de organização política para, sozinho, proteger a democracia e os direitos humanos na era do *big data*.

Para solucionar esse imbróglio, são necessárias propostas teóricas que reconheçam o poder normativo dos códigos de computadores gestados dentro do segredo da iniciativa privada. Essas teorias devem ser capazes de propor soluções para garantir que aquele primeiro vácuo – relativo à ausência de poder legitimado democraticamente no meio virtual – seja preenchido por normas constitucionais, protetoras dos direitos humanos.

O surgimento de tais teorias, contudo, só pode ocorrer através do correto dimensionamento do problema, o que se pretendeu com este trabalho. Diante do cenário posto, os teóricos do direito devem pensar instrumentos de participação democrática na gestão das TICs, o que pode ser viabilizado de diversas formas (como, por exemplo, a abertura dos códigos utilizados pelas empresas privadas – com a respectiva proteção jurídica contra uso indevido por terceiros). Afinal, este é o papel do direito: garantir a proteção e evolução da democracia, mesmo diante das intensas mudanças da sociedade.

Referências

- ANDREJEVIC, M. *iSpy: Surveillance and Power in the Interactive Era*. Lawrence: University Press of Kansas, 2007. 325 p.
- BARANIUK, C. 'Quit Google, Facebook' suggests tech expert as surveillance scandal deepens. *Wired*, London, 10 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.wired.co.uk/article/tim-wu-google-boycott>>. Acesso em: 05 jul. 2017.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. 171 p..
- _____, N. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. 240 p.
- _____, Norberto. *La crisis de la democracia y la lección de los clásicos*. In: BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano; VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia*. Tradução de Jordi Marfà. Barcelona: Ariel, 1985. p. 5-25.
- BRIGHENTI, A. M. Democracy and its visibilities. In: HAGGERTY, K.; SAMATAS, M. *Surveillance and democracy*. London: Routledge, 2010. p. 51-68.
- CALHOUN, C. Rethinking the Public Sphere. Presentation to the Ford Foundation. *Social Science Research Council*, 07 fev 2005.
- CARAN, A. Instagram will start showing posts out of order, like Facebook. [s.l.], London, 15 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2016/3/15/11241184/instagram-new-feed-sort-algorithm>>. Acesso em: 05 jul. 2017.
- CASTELLS, M. *The power of identity: The information age – economy, society and culture*. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 2, 2010a. 538 p.

- DAHL, R. Polyarchy, Pluralism, and Scale. *Scandinavian Political Studies*, [S.l.], 7, n. 4, 1984. 225-240.
- DAHL, R. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. 625 p..
- DELEUZE, G. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, G. *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 1992. p. 219-226.
- HAGGERTY, K. D.; SAMATAS, M. Surveillance and democracy: an unsettled relationship. In: HAGGERTY, K. D.; SAMATAS, M. *Surveillance and Democracu*. New York: Routledge, 2010. p. 1-16.
- HORLING, B.; KULICK, M. Personalized Search for everyone. *Google Official Blog*, Mountain View, 04 dez. 2009. Disponível em: < <https://googleblog.blogspot.com.br/2009/12/personalized-search-for-everyone.html> >. Acesso em: 05 jul. 2017.
- JOHNSON, D.; WAYLAND, K. Surveillance and transparency as sociotechnical systems of accountability. In: HAGGERTY, K.; SAMATAS, M. *Surveillance and democracy*. London: Routledge, 2010. p. 19-33.
- LEAL, A. *Facebook desbloqueia foto de índios botocudos*. EBC, Brasília, 17 abr. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/cultura/noticia/2015-04/facebook-desbloqueia-foto-de-indios-botocudos>>. Acesso em: 05 jul. 2017.
- NICKERSON, D; ROGERS, T. Political Campaigns and Big Data. *Harvard Kennedy School Faculty Research Working Paper Series (RWP13-045)*, 14 nov. 2013. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/todd-rogers/files/political_campaigns_and_big_data_0.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.
- PÉREZ LUÑO, A. E. ¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com? Barcelona: Gedisa, 2003. 142 p.
- _____, A. E. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial Universitas, 2012. 140 p..
- PARISER, E. *The filter bubble: What the Internet is Hiding from You*. New York: The Penguin Press, 2011. 294 p.
- PASQUALE, F. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. 311 p.
- QUEROL, R. Zygmunt Bauman: “As redes sociais são uma armadilha”. *El País*, Madrid, 09 jan. 2016. Disponível em: < <https://brasil.elpais.com/>

- brasil/2015/12/30/cultura/1451504427_675885.html?id_externo_rsoc=FB_CC >. Acesso em: 04 maio 2016.
- RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996. 464 p..
- SUNSTEIN, C. R. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. New York: Oxford University Press, 2006. 273 p..
- _____, C. R. *Republic.com 2.0*. Princeton: Princeton University Press, 2007. 251 p..
- SULLIVAN, A. More Americans see man who leaked NSA secrets as ‘patriot’ than traitor – poll. *Reuters*, London, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://uk.reuters.com/article/uk-usa-security-poll-idUKBRE-95B15H20130612>>. Acesso em: 05 jul. 2017.
- TEUBNER, G. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*. Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School, [s.l], p. 24, 2004. Disponível em: < https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852793/societal_constitutionalism.pdf >. Acesso em: 05 jun. 2017.
- WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, v. 2, 1999. 586 p.
- WHITSON, J. R. Surveillance and democracy in the digital enclosure. In: HAGGERTY, K.; SAMATAS, M. *Surveillance and democracy*. London: Routledge, 2010. p. 231-246.

Recebido em 07 de julho de 2017.

Aprovado em 25 de agosto de 2018.

A Rede Latino-Americana de Justiça de Transição e o desaparecimento forçado em El Salvador: potencializando medidas de justiça de transição por meio de redes transnacionais de atuação

Latin-American Transitional Justice Network and forced disappearance in El Salvador: empowering transitional justice measures through transnational network agency

Emilio Peluso Neder Meyer *

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Mariluci Cardoso de Vargas **

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil.

1. Introdução

El Salvador possui atualmente uma população que ultrapassa os 6 milhões de habitantes. Está localizado na América Central e sua história política insere-se no contexto do poder colonial da Europa Ocidental, assemelhando-se, portanto, com a formação dos demais países da região. Em meados do século XVI, El Salvador passou a ser povoada por espanhóis e sua independência da Espanha foi alcançada apenas no século XIX, quando proclamou a República em 1841. O café foi o produto econômico que impulsionou a economia desde o final do século XIX até os anos 30 do

* Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD/UFMG. Pós-Doutorado no King's College Brazil Institute. Fellow no King's College Transnational Law Summer Institute (2016). Coordenador do CJT/UFMG e da Secretaria Executiva da RLAJT (2016-2017). E-mail: emiliopeluso@gmail.com

** Mestre em História pela UNISINOS (2010). Doutora em História (UFRGS). Consultora da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (2016). Analista de Pesquisa da CNV (2014) E-mail: mcvhistoria@gmail.com

século XX. Após a crise econômica estadunidense de 1929, a oligarquia salvadorenha, por meio de uma ditadura calcada na violência repressiva aos indígenas e camponeses da região, dominou uma sucessão de governos militares autoritários. O último governo do período, com o general Carlos Humberto Romero no comando de julho de 1977 a outubro de 1979, foi destituído por um golpe da *Junta Revolucionaria de Gobierno* (JRG), em 15 de outubro de 1979. O terror e a violência assolaram a vida dos trabalhadores e camponeses, sobretudo os que estivessem vinculados aos grupos de oposição às forças estatais. De acordo com o informe *De la locura a la esperanza*, relatório final da Comissão da Verdade de El Salvador:

Entre octubre y noviembre de 1980 los cinco grupos de oposición armada: Fuerzas Populares de Liberación (FPL), Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), Fuerzas Armadas de Liberación (FAL), Fuerzas Armadas de Resistencia Nacional (FARN) y el Partido Revolucionario de los Trabajadores de Centroamérica (PRTC), forman el Frente Farabundo Martí para la Libertación Nacional (FMLN).¹

Este grupo guerrilheiro, FMLN, juntamente com outras forças, formaram uma posição reativa aos *Cuerpos de Seguridad* (*Policía Nacional, Guardia Nacional y Policía de Hacienda*) e outros agrupamentos, levando o país em mais de uma década de conflito armado interno (1980-1992) e vitimando milhares de pessoas, incluindo a população civil não combatente. Estima-se que 1,4% da população tenha sido dizimada. Agentes do Estado salvadorenho são os responsáveis pela maioria das graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade, os quais foram obra, ainda, de grupos paramilitares e grupos ilegais, como esquadrões da morte.² Os deslocamentos forçados fizeram com que cerca de 1 milhão de pessoas buscassem refúgio em outros países. Estima-se que a guerra civil interna deixou um saldo de aproximadamente 75 mil mortos e 8 mil pessoas vitimadas pelo desaparecimento forçado. Na época a população era de 4,5 milhões e o conflito armado interno significou, para aquele país, um extermínio populacional.³

1 EL SALVADOR, COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR, 1993, pp. 21.

2 EL SALVADOR, PDDH, 2005, pp. 4.

3 IDHUCA in CARVALHO; GUIMARÃES; GUERRA, 2015, pp. 115.

Em 16 de janeiro de 1992, no México, foram firmados os *Acuerdos de Paz (Acuerdos de Chapultepec)* entre o governo de El Salvador e o FMLN, cuja consequência foi cessar o conflito armado interno que já durava 12 anos. O apoio das Organizações das Nações Unidas (ONU) foi direto, como organismo internacional de suporte, cooperação e supervisão. Dentre as iniciativas para o acordo de paz em El Salvador foi aprovada a *Comisión de la Verdad*, criada pelo Decreto Legislativo nº 147, em 23 de janeiro de 1992, a qual iniciou seus trabalhos em 13 de junho de 1992 para investigar as graves violações desde 1980. Este acordo foi fundamental para dar início ao enfrentamento social sobre o legado das graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade.

A fim de verificar como o processo de justiça de transição tem se desdobrado no país salvadorenho e especificamente em relação aos crimes de desaparecimento forçado, tanto através de ações governamentais como por meio de práticas de associações da sociedade civil, este artigo se desdobra sobre os seguintes pontos: a) a justiça de transição como uma experiência em rede; b) o desaparecimento forçado no ordenamento jurídico de El Salvador; b) o crimes de desaparecimento forçado nos contextos latino-americanos e salvadorenho; c) a transnacionalidade da justiça de transição a partir das condenações do Estado na Corte IDH; d) o envolvimento de atores sociais na judicialização e recente declaração de inconstitucionalidade da anistia salvadorenha.

Indispensável salientar que este artigo é produto do trabalho realizado ao longo de 2016 pela consultoria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT) sobre “Desaparecimento Forçado: Judicialização e Arquivos”. O estudo contou com variadas fontes e metodologias: questionários, entrevistas, jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), decisões judiciais domésticas, legislação, relatórios produzidos por organizações de direitos humanos, entre outros, além de contribuições dos representantes dos países membros da RLAJT. Os dados levantados para o estudo seguem os métodos gerais aplicados a relatórios da RLAJT. Eles são fruto de intercâmbio de conhecimentos, os quais foram disponibilizados por meio de questionários respondidos por representantes dos países membros, concomitantemente à realização de entrevistas com especialistas na matéria. A experiência empírica moldou o direcionamento do enfoque trabalhado adiante, contando com o suporte de diversos estudos provenientes das ciências humanas e das ciências sociais aplicadas, além de jurisprudência e normativas sobre o desaparecimento forçado.

Dessa forma, o artigo parte de marcos teóricos que reconhecem a justiça de transição como sendo, essencialmente, fruto de redes de atores da sociedade civil engajados na definição de políticas públicas concernentes à matéria. Por ser a América Latina uma região em que a temática transicional é comum a diversos contextos (todos eles com suas peculiaridades), o trabalho depende da aceitação de uma ideia de transnacionalidade que evite o domínio de uma racionalidade específica; pelo contrário, como será visto, é fundamental a construção de “pontes de transição”. Cumpre-se, assim, com o diagnóstico apresentado por Ruti Teitel, no sentido de que uma segunda fase da justiça de transição é muito mais dependente da performance de atores da sociedade civil do que propriamente do Estado.⁴

Para o tema do desaparecimento forçado e as abordagens de judicialização e arquivos, a consultoria da RLAJT buscou refletir sobre como os países têm lidado com as normativas internacionais para a proteção das pessoas para este crime específico; como tal crime está definido nos tratados e convenções do Direito Internacional; quais são as formas de eventual conversão do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) para o Direito doméstico; quais as estratégias criadas pelos órgãos públicos ou autônomos para fazer avançar o processo da justiça de transição. Neste artigo será destacado o caso de El Salvador, país que se faz representar na RLAJT pelo *Instituto de Derechos Humanos de la UCA* (IDHUCA)⁵, como membro afiliado na RLAJT. Destaque-se, por fim, o ineditismo da temática face ao número reduzido de publicações sobre a situação desse país em específico no Brasil. Por meio desse estudo de caso, será possível verificar o potencial de redes transnacionais para a efetivação e difusão de medidas de justiça de transição.

2. Justiça de transição em rede

Neste artigo, parte-se da noção de que a transnacionalidade diz respeito à possibilidade de um tráfego de informações, políticas e modos de interpretar o direito que funcionam à maneira de uma “racionalidade transversal”, principalmente a partir do sentido proposto por Neves⁶ a partir (e

4 TEITEL, 2014, pp. 62.

5 Para mais informações sobre o IDHUCA, cf. <http://www.uca.edu.sv/idhuca/>. Acesso em: 26 abr. 2017.

6 2009, pp. 34 e ss.

para além) de Wolfgang Welsch. Assim, não haveria uma metanarrativa ou razão transversal abrangente, mas possíveis racionalidades transversais que atuam como “pontes de transição” entre racionalidades particulares. A racionalidade transversal aqui é aquela concebida a partir de uma noção que tem se difundido de uma justiça de transição como “caixa de ferramentas”, ou seja, como estrutura básica (mas também holística) que exige a implementação de memória e verdade, justiça, responsabilização e reformas institucionais. Assim, uma rede se torna possível e, ao mesmo tempo, necessária porque incentiva o intercâmbio de políticas públicas sem, ao mesmo tempo, impor um modelo à cada um dos diversos contextos de cada país latino-americano.

Este trabalho aparece como um dos resultados da atuação da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT). A RLAJT foi criada em 2011 a partir de um projeto da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça do Brasil (CA/MJ), estruturado pelo *International Center for Transitional Justice* (ICTJ) e financiado com recursos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). A ideia original era a de possibilitar uma rede de intercâmbio de experiências entre países da América Latina que tinham em comum – sob diversos contextos, é claro – a necessidade de enfrentamento de um passado autoritário de ditaduras. Processos transicionais passaram a demandar políticas transicionais que pudessem tanto fugir de canais ainda fechados nas democracias ainda formais desenhadas quanto possibilitar a troca de frutos exitosos. Tanto quanto as ditaduras superaram fronteiras para reprimir, como, por exemplo, por meio da Operação Condor,⁷ seria necessário percorrer caminhos transicionais por meio da transnacionalidade.⁸

A RLAJT passou a abranger 17 organizações de direitos humanos de 9 países diferentes, sendo organizada em uma assembleia, um comitê gestor e uma secretaria executiva.⁹ A Secretaria Executiva da RLAJT permaneceu

7 BRASIL, CNV, 2014, pp. 175.

8 Sobre esse aspecto em relação aos direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cf. TORELLY, 2016. Em relação à transnacionalidade jurisdicional no processo transicional chileno, cf. ROHT-ARRIAZA, 2005.

9 Fazem parte da RLAJT as organizações: *Centro de Análisis Forense y Ciencias Aplicadas* (CAFCA) – Guatemala; *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS) – Argentina; Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (CTJ/UFGM) – Brasil; Comissão de Anistia – Brasil; *Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos* – México; *Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario* – Colômbia; Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (IDEJUST) – Brasil; *Instituto de Democracia*

no Brasil após sua efetiva implementação. Em 2014 e 2015, a Universidade de Brasília (UnB) e a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) permaneceram com essa atribuição. Após decisão da assembleia, para os anos de 2016 e 2017 foram escolhidos como sede da Secretaria Executiva o Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da Universidade Federal de Minas Gerais (CJT/UFMG) e a própria UnB. Eventos, assembleias, congressos, consultorias temáticas, publicações, assessorias a projetos, manutenção de uma página na internet e difusão em redes sociais fizeram parte das principais atividades. Em 2014, um relatório geral foi produzido a respeito das condições transicionais em toda a América Latina.¹⁰ Em 2015, dois relatórios temáticos, um sobre judicialização da justiça de transição¹¹ e outro sobre arquivos de direitos humanos¹², foram publicados. Em 2016, permaneceu o interesse dos membros da RLAJT nas temáticas de judicialização e arquivos, mas com foco em dois temas: crimes sexuais e desaparecimento forçado, também publicados.¹³

A RLAJT insere-se nas iniciativas transnacionais criadas por mobilizadores de direitos humanos e pesquisadores da temática da justiça de transição, os quais são membros de associações sobre a matéria ou ativistas que residem em países latino-americanos (atuando na condição de membros individuais da RLAJT). Como dito, desde 2014, a Secretaria Executiva da RLAJT, localizada no Brasil, realizou diversos estudos de acesso público e três congressos internacionais sobre o tema com a participação de representantes de entidades públicas e organizações da sociedade civil integrantes da rede. Com isso, foi possível concretizar o propósito de intercâmbio de conhecimentos sobre a justiça de transição. Contribuições e opiniões diretas dos membros sobre o conteúdo dos relatórios os aperfeiçoaram,

y *Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú* – Peru; *Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (IDHUCA)* – El Salvador; Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos do Centro de Estudos Superiores de Santa Catarina – Brasil; *Memoria Abierta* – Argentina; Núcleo de Preservação da Memória Política – Brasil; *Observatorio de Justicia Transicional de la Universidad Diego Portales* – Chile; *Observatorio Latinoamericano para la investigacion en Politica Criminal y en las Reformas en el Derecho Penal, Universidad de la Republica* – Uruguai; *Observatorio Luz Ibarburu* – Uruguai; Secretaria-Executiva da RLAJT (UnB/UFMG) – Brasil; *Universidad de Lanus* – Argentina. Mais informações em www.rljt.com. Acesso em: 26 abr. 2017.

10 PAIXÃO, 2014.

11 OSMO, 2016.

12 SANTOS, 2016.

13 CARVALHO, 2016; VARGAS, 2016.

permitindo estimular ações no meio político por intermédio do diálogo entre atores e academia. Insumos puderam fomentar políticas públicas na área e a apropriação dos valores democráticos e de direitos humanos.

A observação do processo de aprofundamento da justiça de transição nos países da América Latina tem sido objeto de organizações e mobilizadores políticos locais que procuram compreender o desenvolvimento de práticas, programas e políticas de verdade e memória, reparação, justiça e reformas institucionais.¹⁴ Por exemplo, um dos mecanismos institucionais utilizados pelas sociedades latino-americanas para lidar com as consequências geradas pelos períodos ditatoriais ou de conflitos armados internos são as comissões da verdade, que também podem estar sujeitas a questionamentos se pensadas regionalmente. De acordo com a genealogia proposta por Teitel,¹⁵ tais comissões pertencem a uma cronologia que corresponde ao final da guerra fria e podem ser consideradas, segundo a proposta, como dispositivos de uma segunda fase da justiça de transição. A instalação de comissões na região latino-americana variou muito, pois dependeu dos desdobramentos políticos e jurídicos de cada país.¹⁶

14 É antiga a avaliação acadêmica de como se formam as redes de atuação estratégica no campo dos direitos humanos. Cf., por exemplo, KECK e SIKKINK, 1998. No campo da justiça de transição, vale conferir o trabalho de ARTHUR in REÁTEGUI, 2011, pp. 73-134.

15 TEITEL in REÁTEGUI, 2011, pp. 135-170.

16 Isabelle Chehab, 2016, em estudo de consultoria para a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça no Brasil, analisou as comissões da verdade criadas pelos países que possuem organizações membros da RLAJT, destacando-se que o México é o único país que ainda não adotou esta medida. Com base nesta pesquisa segue a lista de comissões constituídas no âmbito governamental. Na Argentina, a *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP) foi criada por meio do Decreto nº 187, em 15 de dezembro de 1983, para esclarecer os fatos relacionados ao desaparecimento de pessoas durante a ditadura militar na Argentina. No Brasil, a Comissão Nacional da Verdade (CNV), por meio da Lei nº. 12.528/2011, instalada em 16 de maio de 2012, teve como finalidade examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos ocorridas de setembro de 1946 a outubro de 1988; no Chile, a *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Informe Rettig) foi criada pelo Decreto Supremo nº 355, em 25 de abril de 1990, para examinar as graves violações de direitos humanos perpetradas entre 11 de setembro de 1973 e 11 de março de 1990. Posteriormente, em 11 de novembro de 2003, por meio do Decreto Supremo nº 1.040, foi criada a *Comisión sobre Prisión Política y Tortura*, também conhecida como *Comisión Valech*. Na Colômbia, criou-se a *Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia*, pela Lei nº 975, de 25 de julho de 2005, especificamente para tratar do episódio traumático de violações ocorrido em 1985, durante retomada de posse do Palácio da Justiça, ocupada por guerrilheiros de oposição ao governo. Em El Salvador, a *Comisión de la Verdad para El Salvador* (relatório Da Loucura à Esperança: a guerra dos Doze Anos em El Salvador) foi criada por Decreto Legislativo nº 147, em 23 de janeiro de 1992, iniciou seus trabalhos em 13 de junho de 1992 para investigar as graves violações desde 1980. Na Guatemala, a *Comisión para el Esclarecimiento Histórico (Informe Memoria del Silencio)*, de 23 de junho de 1994, objetivou investigar as graves violações de direitos humanos ocorridas entre 1962 e 1996. No Peru, a *Comisión de la Verdad y Reconciliación* (CVR) se fez por meio da Resolução Suprema nº 314, de 27 de fevereiro de 2001, sendo posteriormente instalada pelo Decreto Supremo nº 065, de 04 de

Segundo os representantes locais em entrevistas para este estudo ou mesmo nas exposições de trabalhos durante os congressos promovidos pela RLAJT, embora os trabalhos realizados pelas comissões da verdade sejam importantes como marco de reconhecimento estatal sobre os crimes cometidos, estas não são capazes de solucionar os problemas na sua totalidade. Tais experiências são repletas de limites, tais como: o tempo determinado de investigação, o acesso restrito a documentos produzidos pela repressão, as querelas institucionais com as forças armadas e de segurança, a baixa disponibilidade de recursos e pessoal etc. Soma-se aos fatores mencionados o caráter e o objetivo das comissões que variam entre propulsionar reconciliação, reparação e responsabilização, mas sem que esses sejam seus objetivos centrais: o encontro com a verdade e a memória lhe são mais afetos.

Daí que um trabalho em rede tenha a possibilidade de intercambiar avanços contextuais com outras experiências domésticas mais limitadas: é notório, por exemplo, que a Argentina tenha avançado mais no manejo da responsabilização e das comissões da verdade, ao passo que o Brasil dedicou-se a consolidar um processo mais forte de reparação e implementou um comissão da verdade nacional muito tardiamente. O Chile passou por duas comissões da verdade, mas tem um processo de responsabilização mais limitado que o argentino. Diferentes contextos podem estimular o modo como se enfrenta os diversos problemas abarcados pela justiça de transição. Foquemos no caso salvadorenho e seu tratamento do desaparecimento forçado.

3. O crime de desaparecimento forçado como marco transicional na América Latina e em El Salvador

O crime de desaparecimento forçado é estruturado em uma ampla complexidade que desafia as variadas comissões de Estado e os trabalhos das or-

junho de 2001 e complementada pelo Decreto Supremo nº 101, de 4 de setembro de 2001, para tratar das violações de direitos humanos ocorridas desde maio de 1980 a novembro de 2000. No Uruguai, a *Comisión para la Paz* (COMPAZ), criada pela *Resolución de la Presidencia de la República* nº 858, de 9 de agosto de 2000, visou investigar os desaparecimentos durante a ditadura militar uruguaia, que perdurou de 27 de junho de 1973 a 28 de fevereiro de 1985. Recentemente, em 19 de maio de 2015, por meio do Decreto nº 118, o Uruguai criou o *Grupo de Trabajo por Verdad y Justicia*, sucessor dos trabalhos implementados pela *Comisión para la Paz*, que se propõe, nos termos do seu art. 1º, a investigar os crimes de lesa humanidade cometidos pelos agentes do Estado – ou por aqueles que em seu nome ou sob sua aquiescência agiram – no período entre 13 de junho de 1973 a 26 de junho de 1973 e 27 de junho de 1973 a 28 de fevereiro de 1985.

ganizações da sociedade civil. Ao longo das últimas décadas, diversas instituições e organizações criaram estratégias para denunciar os Estados que consentiram, fomentaram ou concretizaram a prática deste crime. Assim, além do por vezes difícil reconhecimento estatal, familiares de vitimados pelo desaparecimento forçado travaram uma forte batalha para o esclarecimento das circunstâncias do crime, identificação e restituição da pessoa ou de seu corpo para um digno enterramento. No âmbito jurídico, são necessários avanços legislativos para que o desaparecimento forçado seja conceituado como um delito autônomo a fim de que a tipificação permita uma responsabilização penal adequada à gravidade do crime.

Desde o final dos anos setenta do século XX, a temática do desaparecimento forçado passou a ser pautada por alguns grupos para que fosse absorvida pelas agendas políticas dos países latino-americanos. Em nível mundial, a Resolução nº 33/173 de 20 de dezembro de 1978, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, criou o Grupo de Trabalho sobre os Desaparecimentos Forçados ou Involuntários de Pessoas (GTDIF). O documento demonstrava preocupação com as realidades nacionais em relação à ascendência do desaparecimento forçado e involuntário de pessoas.

Em nível interamericano e da sociedade civil, uma das primeiras associações que se formou em torno do drama do desaparecimento forçado foi a *Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos* (FEDEFAM).¹⁷ Fundada em 1981 na Costa Rica, esta organização humanitária e não governamental foi impulsionada por familiares de pessoas vitimadas pelo crime. A FEDEFAM, desde a sua origem, busca criar estratégias conjuntas entre representantes de vários países para a solução do paradeiro das vítimas de desaparecimento forçado, o esclarecimento sobre o destino dado a suas vidas (especialmente no caso de crianças) ou de suas mortes, a responsabilização dos envolvidos nos crimes e a promoção de medidas para a tipificação específica deste crime contra a humanidade. Este grupo transnacional contribuiu fortemente para a divulgação da realidade da sistemática do desaparecimento forçado como prática de coerção política e social. O espaço criado pela ONU, contendo um grupo de trabalho específico (GTDIF), proporcionou uma acolhida formal a denúncias elaboradas por grupos vinculados a FEDEFAM ou mesmo de outras organizações. Registre-se que El Salvador possui associação vinculada à FEDEFAM.

17 Cf. <http://www.desaparecidos.org/fedefam/#pa>. Acesso em: 1 set. 2016.

A normativa internacional do desaparecimento forçado foi ampliada pelo DIDH a partir, principalmente, de dois tratados ao longo da década de 1990 e dos anos 2000: a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP), aprovada em 1994 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (AG/OEA), passando a vigorar em 1996; e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (CIPTPDF), adotada pela Assembleia Geral da ONU em 2006, passando a vigorar em 2010. Cabe, entretanto, aos países ratificarem e regulamentarem tais convenções por meio de legislações nacionais.

Uma verificação das informações disponíveis nos sítios eletrônicos da OEA e da ONU sobre os países vinculados às convenções leva à conclusão de que não há informações sobre El Salvador. Essa pesquisa foi confirmada pelos membros da RLAJT. Desse modo, este é o único Estado, dentre os países que possuem membros associados à RLAJT, que não aderiu ou ratificou as convenções por meio de legislação doméstica. Veja-se as tabelas que comparam as adesões dos países aos tratados e as incorporações às suas normativas nacionais:

País	Assinatura*	Ratificação*	Legislação nacional incorporadora da CPPDF**
Argentina	6 de fevereiro de 2007	14 de dezembro de 2007	Lei nº 26.298 (2007)
Brasil	6 de fevereiro de 2007	29 de novembro de 2010	Decreto nº 8.767 (2016)
Chile	6 de fevereiro de 2007	8 de dezembro de 2009	Decreto nº 280 (2010)
Colômbia	27 de setembro de 2007	11 de julho de 2012	Lei nº 1.418 (2010)
El Salvador	Não consta*	Não consta*	Não identificado**
Guatemala	6 de fevereiro de 2007	Não consta*	Não identificado**
México	6 de fevereiro de 2007	18 de março de 2008	Entrada em vigor no México em 2010
Peru	Não consta*	26 de setembro de 2012	Não identificado**
Uruguai	6 de fevereiro de 2007	4 de março de 2009	Lei nº 18.420 (2008)

VARGAS (2016).

* Tabela construída com base nas informações disponíveis na página virtual da ONU.¹⁸

** As informações para esta coluna foram retiradas dos questionários respondidos pelos representantes das organizações na RLAJT ou foram objeto de pesquisa.

18 Cf. a listagem completa dos países que assinaram a Convenção Internacional em *Ratification Status for CED – Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?Treaty=CED&Lang=en. Acesso em: 1 set. 2016.

Países	Assinatura	Ratificação, Aceitação ou Adesão*	Depósito	Legislação nacional incorporadora a partir da ratificação**
Argentina	10/06/1994	31/10/1995	28/02/1996	Lei nº 24.556 (1997) y Lei nº 24.820 (1997)
Brasil	10/06/1994	*não consta	*não consta	Decreto nº 8.766 (2016)
Chile	10/06/1994	*não consta	*não consta	Decreto nº12 (2010)
Colômbia	05/08/1994	01/04/2005	12/04/2005	Lei nº 707 (2001)
El Salvador	Não consta*	Não consta*	Não consta*	Não identificado**
Guatemala	24/06/1994	27/07/1999	25/02/2000	Não identificado**
México	04/05/2001	28/02/2002	09/04/2002	Entrada em vigor no México em 2002
Peru	08/01/2001	08/02/2002	13/02/2002	Não identificado**
Uruguai	30/06/1994	06/02/1996	02/04/1996	Lei nº 16.724 (1995)

VARGAS (2016).

* Tabela construída com base nas informações disponíveis na página virtual da OEA.¹⁹

** As informações para esta coluna foram retiradas dos questionários respondidos pelos representantes das organizações na RLAJT ou foram objeto de pesquisa.

No âmbito do Direito Penal Internacional, El Salvador ratificou em 03 de março de 2016 o Estatuto de Roma (ER) de 1998, cuja jurisdição contribui para a prevenção de crimes contra a humanidade, uma vez que o tratado prevê, ao menos textualmente, o fim da impunidade para seus autores e a sua imprescritibilidade para a sua responsabilização.²⁰ O Estado adotou uma legislação específica para a sua incorporação, indicando o seu reconhecimento e submissão ao Tribunal Penal Internacional.²¹ É preciso lembrar que ER considera que a responsabilização penal por uma conduta somente pode ser objeto da jurisdição do Tribunal se o crime ocorrer posteriormente a entrada em vigor do Estatuto no Estado-parte (art. 11, n. 1). A competência *rationae temporis* do TPI, contudo, ganha novos contornos

19 Listagem completa dos países que assinaram e posteriormente ratificaram, aceitaram ou adotaram a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em Belém do Pará, no Brasil, em 09 de junho de 1994: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/1.Desaparecimento.Rati..htm>. Acesso em: 1 set. 2016.

20 Listagem completa dos Estados-partes do Estatuto de Roma, link para os Estados Latino-Americanos e Caribe: https://asp.icc-cpi.int/EN_Menu/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/pages/latin%20american%20and%20caribbean%20states.aspx. Acesso em: 1 set. 2016.

21 Cf. sobre a ratificação do país ao ER: <http://www.asamblea.gob.sv/noticias/archivo-de-noticias/ratifican-estatuto-de-roma-de-corte-penal-internacional>. Acesso em: 1 set. 2016.

ante o caráter permanente dos crimes de desaparecimento forçado, havendo quem defenda sua jurisdição nesses casos mesmo se os atos de execução se iniciaram antes da entrada em vigor do tratado,²² à vista do que a Corte IDH firmou em sua jurisprudência.²³

Embora El Salvador precise avançar na sua legislação para a regulamentação das normativas sobre desaparecimento forçado, algumas modificações importantes no Código Penal do país indicam mudanças: i) foi fixada a imprescritibilidade do desaparecimento forçado (art. 99); ii) dentre os homicídios agravados, considera-se o homicídio precedido de desaparecimento forçado (art. 129, n. 9); iii) foi tipificado o desaparecimento forçado como crime contra a humanidade se cometido por agentes públicos, particulares ou os que o praticaram culposamente (tit. XIX, arts. 364, 365 e 366).²⁴ Ainda que tais regulamentações referentes ao crime expressem importante alteração, até o ano de 2016 a interpretação parecia ter validade apenas para os crimes ocorridos após o conflito armado interno, pois a lei de anistia vigente seguia como impedimento para que a justiça acolhesse denúncias.

A *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993*, sancionada logo após a divulgação pública do informe da Comissão da Verdade, vinha sendo o grande obstáculo jurídico para o recebimento das denúncias sobre os crimes ocorridos durante o conflito armado interno. Em 13 de julho de 2016, a esperança sobre as possibilidades de responsabilização penal para os autores de crimes desta natureza renasceu. A *Corte Suprema de Justicia* declarou a anistia inconstitucional e com isso renovou as expectativas sobre uma virada da justiça a favor das vítimas do estado de exceção, como será detalhado mais adiante.

Destaca-se que na falta de possibilidades para a responsabilização penal, desde 2009 o *Tribunal Internacional para la Aplicación de la Justicia Restaurativa*, impulsionado pelo IDHUCA e pelo *Comités de Víctimas del Conflicto Armado*, proporciona um espaço de acolhida por juízes renomados das denúncias e de oitivas das memórias dos traumas sociais decorrente dos anos de terror estatal. Parte das denúncias realizadas pelos participantes dos

22 ZIERO, 2015, pp. 162-167.

23 MEYER, 2012.

24 O Código Penal em vigência em El Salvador pode ser consultado em: <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo%20penal>. Acesso em: 1 abr. 2017.

tribunais são encaminhados à *Fiscalía General de la República* (FGR), a qual verifica as possibilidades de uma definição de responsabilização jurídica.²⁵

Vale sublinhar a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para as cortes supremas latino-americanas que, nas últimas décadas, passaram a se confrontar com os impactos gerados pela jurisprudência da Corte IDH. Destarte, ainda que as decisões da Corte não sirvam imediatamente como parâmetro de referência em todos os casos sobre a matéria, ao menos obrigam os Estados e seus tribunais domésticos a destinarem uma maior atenção ao DIDH.²⁶ Nesta linha, o próximo tópico tratará das ações e iniciativas tomadas pelos agentes políticos de El Salvador no processo de casos de desaparecimentos forçados. Tais causas, estagnados frente à justiça nacional, obtiveram reconhecimento na Corte IDH e suas sentenças de mérito geraram uma série de obrigações destinadas ao país. Com isso, a supervisão sobre as ações de direitos humanos se ampliou e a observação para o cumprimento dos pontos resolutivos passaram a exigir respostas jurídicas e políticas dos governos.

4. Transnacionalidade e Sistema Interamericano de Direitos Humanos: El Salvador e as condenações da Corte IDH

Parte da sociedade salvadorenha vitimada pelo conflito armado interno buscou se organizar politicamente logo após os acordos de paz e a retomada da reconstrução das instituições públicas. Com cerca de 1,4% da população morta durante o conflito armado interno, as condições de pressão para a realização dos trabalhos de uma comissão da verdade em El Salvador estavam presentes. Casos como a morte de seis jesuítas em 1989 impulsionaram ainda mais as pressões internacionais por um fim do conflito, mediado pela ONU, e a subsequente implementação de medidas transicionais.²⁷ A criação da comissão fora prevista nos *Acuerdos de Paz*, com

25 Sobre a participação do IDHUCA no Tribunal para Aplicação da Justiça Restaurativa, cf.: <http://www.uca.edu.sv/noticias/texto-2572> e <http://idhuca.blogspot.com.br/2009/03/tribunal-de-justicia-restaurativa-en-el.html>. Acesso em: 1 abr. 2017.

26 Veja-se, por exemplo, as situações de resistência doméstica à jurisprudência da Corte IDH no Brasil em 2010, no Uruguai em 2013 e, mais recentemente, a posição indicativa de mudança na Argentina, neste mesmo ano de 2017. Cf. MEYER, 2017a, pp. 10-22, e GARGARELLA, 2017.

27 O caso apresenta mais uma interessante faceta da transnacionalidade da justiça de transição. Após uma condenação de 17 agentes pela morte dos jesuítas por um tribunal espanhol, foi solicitada a extradição de Inocente Morales, um dos acusados, junto ao governo estadunidense. A juíza federal Kimberly Swank

expressa menção de que violações ocorridas desde 1980 de forte impacto deveriam ser trazidas a conhecimento público.²⁸ Atuando com autonomia funcional, a comissão receberia financiamento de Estados-membros da ONU, com prazo curto (6 meses com uma prorrogação por mais 2 meses), sendo integrada por membros de renome indicados pelo Secretário-Geral: Belisario Betancur, Thomas Buergenthal e Reinaldo Planchart. Com preocupações de imparcialidade, nem mesmo a equipe de suporte chegou a ser integrada por indivíduos salvadorenhos.

Duas mil (2.000) vítimas e testemunhas foram ouvidas, assim como sete mil (7.000) casos de execuções, desaparecimentos forçados, torturas, estupro e massacres foram apurados. Uma equipe de antropologia forense argentina participou de exumações em notórios casos de massacre, como na localidade de El Mozote. Quarenta (40) agentes públicos, incluindo militares e juízes, foram nomeados na autoria de crimes, levando-se em consideração que 95% das atrocidades envolviam participação estatal. Cinco dias após o lançamento do relatório *De la Locura a la Esperanza: la guerra de los Doce Años en El Salvador*, foi aprovada a *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz*, Decreto Legislativo 486 de 1993.²⁹ Esta lei vinha na sequência de um decreto anistiador mais restrito (Decreto 147 de 1992) e era o único exemplo de uma lei latino-americana que explicitamente excluía a responsabilização civil.³⁰

Frente a publicação das milhares de denúncias pela Comissão da Verdade, os grupos de afetados pelo terror e violência de Estado foram surpreendidos pela impunidade imposta pela aprovação da Lei de Anistia. Uma das matérias que demandavam urgência para o seu esclarecimento e que, segundo familiares de atingidos pelo desaparecimento forçado, foi ignorado pelos acordos de paz e pouco explorado pelo relatório *De la locura a la esperanza* é o tema da apropriação forçada de crianças.

Diante de iniciativas governamentais insuficientes para lidar com a problemática mencionada, desde 1994 centenas de famílias estruturaram uma sistemática de ação para a busca, identificação e restituição de crianças. A *Asociación Pro-Búsqueda de Niñas e Niños Desaparecidos*, atualmente

deferiu o pedido de extradição em fevereiro de 2016. Cf. THE GUARDIAN, 2016, pp. 1.

28 HAYNER, 2011, pp. 50.

29 HAYNER, 2011, pp. 51.

30 BARAHONA e SALAZAR in SKAAR; GARCÍA-GODOS; COLLINS, 2016, pp. 184.

consolidada, agrega em torno de 860 famílias que trabalham para o reencontro com as crianças, já adultas, vítimas de desaparecimento forçado. As denúncias recebidas pela associação apontam que mais de 920 crianças foram vitimadas pelo crime durante o conflito armado interno. Esses são números oficiais que, no entanto, não revelam a totalidade dos casos. Até o ano de 2016, esta organização solucionou 425 casos. A *Pro-Búsqueda* tornou-se uma referência na promoção da busca pela justiça e no exercício de cidadania, pois fortaleceu a comunidade afetada pelas graves violações, permitindo requererem seus direitos frente à justiça local ou aos tribunais internacionais.

Os três casos que levaram El Salvador à condenação por consentir com o crime de desaparecimento forçado na Corte IDH foram propostos pelo *Pro-Búsqueda*.³¹ O trabalho desenvolvido pela associação é apoiado por uma rede de organizações com trajetórias reconhecidas mundialmente, como o *Centro para la Justicia y el Derecho Internacional* (CEJIL); *Centro de Derechos Humanos de la Universidad de California*; *Equipo Argentino de Antropología Forense*; *Comisión Internacional de Personas Desaparecidas* (Bosnia); *Fundación de Antropología Forense de Guatemala*; *Chromosomal Labs Bode Technology*. A importância do trabalho em rede para a identificação e restituição familiar se dá não só pelos especialistas e pelas variadas metodologias forenses e genéticas, como também pela difusão e divulgação dos casos para outros países. A *Pro-Búsqueda* encampa a busca de crianças salvadorenhas também nos Estados Unidos e já obteve a solução de alguns casos. Contudo, devido ao grande número de famílias que migraram forçadamente para o país vizinho, há chances de que outros países também tenham recebido crianças de El Salvador que foram enquadradas em sistemas de adoção não consentida pelos familiares.

Os três casos julgados pela Corte IDH sobre o crime de desaparecimento forçado envolvem crianças. A primeira decisão, em 2005, foi no caso *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, resultando em condenação do Estado pelo desaparecimento forçado. A segunda sentença foi proferida em 2011, no caso *Contreras y otros Vs. El Salvador*. Em 14 de outubro de 2014, o caso *Rochac Hernández y otros* gerou mais uma condenação ao Estado

31 *Pro-Búsqueda* e IDHUCA, juntamente com o *Centro Madeleine Lagadec*, são consideradas as organizações mais pró-ativas no auxílio de vítimas ou familiares, na busca por justiça (BARAHONA e SALAZAR in SKAAR; GARCÍA-GODOS; COLLINS, 2016, pp. 188).

salvadorenho. O caso *Hermanas Serrano* foi apresentado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no final do século XX, em 1999; os demais foram denúncias dos anos 2000.

Com base nos dados fornecidos pelas denúncias, os indícios revelam que o desaparecimento forçado de crianças pode destiná-las às seguintes situações:

Los posibles destinos de las niñas y los niños después de la separación de su familia y de su desaparición, pueden clasificarse de la siguiente forma: 1) adopciones en las que existe un proceso formal dentro del sistema judicial, siendo que la mayoría se asignaron a familias extranjeras, principalmente de Estados Unidos, Francia e Italia; 2) adopciones “de hecho” o “apropiaciones”, consistentes en casos en que familias salvadoreñas se hicieron cargo de los niños y niñas pero jamás formalizaron la adopción del niño o niña; 3) casos de “apropiación” por parte de militares, quienes los incluyeron en sus familias como hijos, aunque en la mayoría de casos los niños y niñas fueron utilizados para trabajos domésticos o agrícolas; 4) niños y niñas que crecieron en orfanatos sin acompañamiento, en los cuales los encargados no intentaron encontrar a los parientes; y 5) niños y niñas que crecieron en instalaciones militares. Por otra parte, se ha recopilado evidencias que indicarían que algunos niños y niñas desaparecidos fueron víctimas del tráfico ilegal. Por último, se habían localizado casos de niños y niñas fallecidos. f) Existió una práctica de alteración de las identidades de los menores de edad, siendo que muchos fueron registrados de hecho como hijas e hijos, es decir, sin necesidad de la alteración de registros, mientras que en otros casos se cambió el nombre o los apellidos y se alteró la edad de las niñas y niños.³²

A caracterização do destino das crianças vitimadas pelo desaparecimento forçado demonstrado em casos julgados pela Corte IDH é produto de anos de sistematização de informações que subsidiam as denúncias e auxiliam na elaboração de protocolos para a solução de crimes desta natureza. Assim, as condenações da Corte IDH são fundamentais para impulsionar a justiça de transição, mas elas advêm ou são resultado de um trabalho incansável das organizações da sociedade civil.

32 CORTE IDH, Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador, 2014, pp. 20.

Embora El Salvador ainda esteja em dívida com o cumprimento integral das obrigações ordenadas pelas sentenças dos casos julgados pela Corte IDH, algumas medidas foram atendidas. Em 2005, o Decreto Legislativo nº 829 declarou o dia 29 de março de cada ano como um *Día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado*. Em 26 de abril de 2010, por meio do Decreto Executivo nº 5/2010, reformado pelo Decreto nº 45 do Executivo, o Presidente da República criou a *Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el Conflicto Armado Interno* (CNB). Em 2011, a CNB iniciou seus trabalhos e até o ano de 2016 resolveu mais de 70 casos, promovendo 28 reencontros familiares. Observa-se que nem todos os casos considerados resolvidos referem-se à localização das crianças (hoje adultas) com vida, pois há investigações que apontam o assassinato.

Elsy Flores, assessora da *Comisión Nacional de Búsqueda*, em entrevista para este estudo, avalia que os resultados das sentenças condenatórias da Corte IDH em desfavor de El Salvador respaldaram a implementação de uma série de medidas que resultam na judicialização doméstica da justiça de transição. Ela acredita que, embora a justiça penal não tenha conseguido alcançar a responsabilização individual, outros tipos de reparações obrigaram o Estado a transformar políticas para atender a demandas relativas aos desaparecimentos forçados.

Em 2013, o *Diario Oficial* publicou o Decreto nº 204 que trata do *Programa de Reparaciones a las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado interno*. Em 2015 e 2016, dois pronunciamentos oficiais de pedidos de perdão foram realizados em atos públicos. O primeiro foi feito pelo Ministro das Relações Exteriores, Hugo Martínez, durante a celebração do *Día dedicado a los niños y niñas desaparecidos durante el conflicto armado*, cujo discurso dialoga formalmente com as obrigações das sentenças da Corte IDH:

A consecuencia de los hechos aquí reconocidos, en razón de la práctica de la desaparición forzada de niños y niñas durante el conflicto armado interno, en mi calidad de Ministro de Relaciones Exteriores de la República de El Salvador y con instrucciones precisas del señor Presidente de la República, Salvador Sánchez Cerén, en nombre del estado salvadoreño, pido perdón. [...]

El Gobierno de El Salvador tiene presentes sus obligaciones para con las víctimas y sus familias, así como la misma Corte lo expresa, reconoce que el

esclarecimiento de la verdad es un derecho indispensable para los afectados por las desapariciones forzadas. Por ello, el día de ayer se publicó en un periódico de circulación nacional el resumen oficial de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Rochac Hernández y otros vs. El Salvador” documento cuya misma publicación es aceptada como una de las medida de reparación a las víctimas y les invito a que lo conozcan, a que lo lean y a que lo difundan ese documento para que como decía nuestra compañera en el testimonio, estos hechos no vuelvan a ocurrir nunca más en este país.³³

O segundo pronunciamento foi do Presidente salvadorenho, Salvador Sánchez Cerén, durante as comemorações dos 24 anos da assinatura dos *Acuerdos de Paz*. O chefe do Poder Executivo participou do grupo guerrilheiro FMLN e também das negociações para firmar a paz em 1992. Na ocasião recente, como Presidente, reafirmou o compromisso estatal com “a verdade, justiça e perdão”.

As iniciativas demonstram que as demandas da sociedade civil e as decisões da Corte IDH levaram o Estado a criar estruturas administrativas para lidar com o passado recente. A justiça de transição vem se construindo pelas variadas ações impulsionadas pela sociedade civil e incorporadas por pressões internas ou externas pelos governos, a depender do comprometimento com direitos humanos e com a não repetição dos crimes por agentes públicos. Uma das evidências das experiências analisadas é a produtividade do diálogo em rede, o intercâmbio interinstitucional e transnacional produtivo para a justiça de transição.

5. Atores da sociedade civil e engajamento na judicialização doméstica da justiça de transição: a CSJ e a inconstitucionalidade da anistia salvadorenha

A Constituição de El Salvador de 1983 direciona o modelo de controle de constitucionalidade para um perfil misto. Em seu art. 183, a Constituição de El Salvador de 1983 estabelece o controle concentrado de constitucionalidade atribuindo à Sala Constitucional da *Corte Suprema de Justicia* (CSJ) a competência exclusiva para a declarar a inconstitucionalidade de leis,

33 EL SALVADOR, Ministerio de las Relaciones Exteriores, 2015, pp. 1.

decretos e regulamentos com eficácia geral e vinculante, sob provocação de qualquer cidadão. Já o art. 185 delimita a competência de quaisquer tribunais para, dentro do exercício da jurisdição, reconhecer a inaplicabilidade de qualquer lei ou dispositivo de outros órgãos que violem preceitos constitucionais. Essa configuração remonta à inserção do controle concentrado, a partir da década de 1950 (*proceso de inconstitucionalidad*), e ao advento do controle difuso (*potestad judicial de inaplicabilidad*) apenas a partir de 1996.³⁴ À CSJ cabe também exercer o controle difuso e ela pode fazer isto inclusive com o manejo de processos de amparo e habeas corpus.

Foi no contexto de exercício do controle concentrado via *procesos de inconstitucionalidad* que a CSJ julgaria os incidentes 43 e 44 de 2013 para declarar a inconstitucionalidade da *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz* salvadorenha, aprovada via Decreto Legislativo 486 de 1993.³⁵ A CSJ rechaçou os argumentos dos legitimados no sentido de que teria havido pouco tempo para a deliberação legislativa que levou à produção da lei, o que importaria em vício formal ou procedimental capaz de produzir inconstitucionalidade. A Corte entendeu que se, por um lado, a anistia poderia servir para possibilitar condições de paz após um conflito armado, ao se buscar unidade nacional e reconciliação, por outro lado, ela pode comprometer esses fins ao delimitar um sistema de impunidade de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, além de colocar obstáculos para as reparações.

34 ANAYA, s/d, pp. 303.

35 EL SALVADOR, CSJ, 2016. Em um dos processos, participou do seu ajuizamento o membro individual da RLAJT José Benjamín Cuéllar Martínez. A RLAJT tem, hoje, como membros individuais: Antonio Coelho Pereira – Uruguai; Andres Del Rio Roldan – Universidade Federal Fluminense (Brasil); Catalina Vallejo – CRITICTJ – Universidad de Los Andes (Colômbia); Carlos Bravo Ramírez – CRITICTJ – Comisión Nacional de Derechos Humanos (México); Eric Wiebelhaus-Brahm – University of Arkansas at Little Rock (Estados Unidos); Francesca Lessa – University of Oxford (Reino Unido); George Radics – CRITICTJ – National University of Singapore (Singapura); Jo-Marie Burt – George Mason University (Estados Unidos) e Washington Office on Latin America – WOLA (EUA e Peru); José Benjamín Cuéllar Martínez – Universidad Centroamerica José Simeón Cañas (El Salvador); Nina Schneider – Universität Konstanz (Alemanha); Noemi Perez Vasquez – CRITICTJ – SOAS (Inglaterra/Venezuela); Olga Prado Carcovich – Consultora da Comissão Nacional da Verdade, 2013-2014 (Brasil); Ram Natarajan – CRITICTJ – University of Arkansas (Estados Unidos); Rogelio Agustín Goiburú – Oficina de Memoria Histórica y Reparación (Paraguai); Rosely A. Stefanés Pacheco – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (Brasil); Simone Rodrigues Pinto – Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade, UnB (Brasil); Vanessa Dorneles Schinke – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Brasil). Cf. <http://rlajt.com/quem-somos/afiliados/>. Acesso em: 27 abr. 2017.

E mais: dado o caráter amplíssimo da anistia salvadorenha, mesmo aqueles nunca investigados restariam incólumes à responsabilização (bem no estilo de uma anistia latino-americana em branco), o que corresponderia apenas a uma atitude de esquecimento. Como a própria Constituição salvadorenha já tratava da anistia, seria preciso lembrar que a mesma não pode depor contra a proteção da integridade pessoal e da vida, além da própria impossibilidade de anistiar atos frontalmente contrários ao mesmo texto constitucional. Em uma palavra, uma anistia irrestrita seria impensável. Mesmo os acordos de paz assinados em 16 de janeiro de 1992 não chegaram nem a fazer alusão a uma anistia, pelo contrário, exigiram o combate à impunidade de violações de direitos humanos.

Para um país que não aderiu a tratados internacionais de combate ao desaparecimento forçado, é significativo que a CSJ tenha se esforçado para compreender a dimensão normativa de dispositivos integrantes do Direito Internacional Humanitário (DIH) e DIDH. Por exemplo, a anistia mencionada no art. 6.5 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativas à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados sem Caráter Internacional não seria ampla o bastante para alcançar crimes contra a humanidade e crimes de guerra lesivos de disposições do DIH. E mais, tais crimes devem ser considerados, ante sua gravidade, como imprescritíveis.

No âmbito do DIDH, pode-se verificar que tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos como a Convenção Americana de Direitos Humanos firmara uma proteção de integridade pessoal e da vida que passou a integrar o conjunto normativo de *jus cogens* ou direito imperativo internacional.³⁶ Esta força cogente aparece na jurisprudência internacional de órgãos como a Corte IDH rechaçando a validade de leis de anistia em casos que envolveram especificamente El Salvador (os já mencionados casos *El Mozote* e *Hermanas Serrano Cruz*). O mesmo se daria com leis próprias de países como Peru (*Barrios Altos* e *la Cantuta*), Uruguai (*Gelman*) e Brasil (*Gomes Lund* e *Herzog*).³⁷

A CSJ ainda discorreria sobre as inúmeras violações de direitos fundamentais que os crimes contra a humanidade gerariam no contexto da ordem constitucional salvadorenha, principalmente contra a dignidade da pessoa humana. Em um verdadeiro diálogo constitucional com cortes la-

36 EL SALVADOR, CSJ, 2016, pp. 16.

37 Para uma análise de todos esses casos, cf. AUTOR, 2012.

tino-americanas (ou, se se preferir, um empréstimo constitucional, para Choudhry,³⁸ ou uma governança transversal, para Torelly³⁹), a CSJ salvadorenha faria alusão a julgados da Corte Suprema de Justiça argentina (caso *Simon*) e da Corte Constitucional Colombiana (sentença C 578-02). Também o direito de acesso à justiça (art. 2, inc. 1º, da Constituição de El Salvador) restaria violado pela barreira criada pela anistia. É curioso que ela também aluda a uma ponderação entre os interesses de paz eventualmente buscados por uma anistia e a obrigação estatal irrenunciável de investigar e punir graves violações de direitos fundamentais, entendendo que é preciso avaliar com que medidas se socorre o legislador ao determinar a “margem de apreciação” (conceito da Corte Europeia de Direitos Humanos) na qual caberia a anistia:⁴⁰

[...] en el delicado esfuerzo de armonización entre las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado, y el interés público de lograr una adecuada transición política hacia la paz y la reconciliación nacional, en situaciones de postconflicto como la experimentada en nuestro país, el legislador debe en toda circunstancia garantizar la vigencia efectiva de la Constitución y del derecho internacional, pudiendo conservar un “margen de apreciación” adecuado para definir la forma de ejecución de las sanciones aplicadas, según el grado de responsabilidad de los autores, e incluso tomando en cuenta parámetros de la justicia transicional, pero en ningún caso está habilitado para desconocer los compromisos y obligaciones fundamentales del Estado salvadoreño en materia de protección y tutela judicial de los derechos protegidos por el orden constitucional e internacional vigente.⁴¹

Em uma compreensão holística da justiça de transição, a CSJ salvadorenha ainda determinaria as balizas de um direito à reparação, com restabelecimento ou restituição de direitos, ressarcimento, compensação de danos, indenização, reabilitação ou readaptação da vítima, satisfação de reivindicações das vítimas também em campos simbólicos, garantias de não repetição e acesso pleno à verdade.

38 2006.

39 2016.

40 Cf. GREER, 2000, e FRANTZIOU, 2014.

41 EL SALVADOR, CSJ, 2016, pp. 26.

Assim, foi possível à CSJ declarar inconstitucional a expressão contida no art. 1 da Lei de Anistia salvadorenha de 1993, que estabelecia a anistia em branco: “*Se concede amnistía amplia, absoluta e incondicional a favor de todas las personas que en cualquier forma hayan participado en la comisión de delitos [...]*”, por violações à Constituição de 1983, ao DIH e ao DIDH. Também foi declarada inconstitucional a extensão para a responsabilidade civil buscada pela lei em seu art. 4, “e”. Os dispositivos que buscavam revogar disposições legais impeditivas de anistia para graves violações de direitos humanos e concretizavam de algum modo a anistia também foram declarados inconstitucionais. Todos os atos que correspondessem a o que o DIDH e o DIH determinam como crimes de guerra e como crimes contra a humanidade foram excluídos da anistia; a CSJ recorre ao informe da Comissão da Verdade para ilustrar quais seriam esses atos.

Consignando que a contagem da prescrição não poderia se dar em períodos de exceção, a CSJ estipulou que todos os fatos estariam fora do alcance do benefício temporal, assim como aqueles ocorridos entre 1/6/1989 e 16/1/1992.

6. Conclusões

O caso de El Salvador é um interessante exemplo ilustrativo dos contornos transnacionais que a justiça de transição assumiu na América Latina nos últimos anos. Mais do que isso, ele aponta para um cada vez mais consolidado entrelaçamento das ações de organizações da sociedade civil e práticas estatais. Procurou-se verificar como esse enredamento se apresenta não só no nível de judicialização doméstica, por meio da CSJ de El Salvador, como supranacional, por intermédio da Corte IDH. O país foi condenado por três vezes por casos de desaparecimentos forçados nesta última corte; em julho de 2016, a *Corte Suprema de Justicia* declarou inconstitucional a *Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz de 1993*, o que gerou uma expectativa sobre a possibilidade de responsabilização penal para os envolvidos nos desaparecimentos forçados e demonstrou a linha de engajamento com o que a corte supranacional vem decidindo em termos transicionais.⁴²

42 Jackson (2010, pp. 72) diferencia a relação de cortes domésticas com cortes supranacionais ou estrangeiras por resistência, convergência e engajamento. No último caso, isto pode acontecer de modo “delibe-

A atuação transnacional no campo transicional não se produz sem direto envolvimento de organizações de direitos humanos interessadas. Verificou-se que desde 1994, familiares de vítimas de desaparecimentos forçados concentram seus trabalhos na *Asociación Pró-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos*. Desde 2011, como resultado de uma demanda social e cumprimento de um dos pontos resolutivos da decisão da Corte IDH no caso das irmãs Serrano Cruz, a sociedade passou a contar com uma política pública para esta questão na *Comisión Nacional de Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos durante el conflicto armado interno* (CNB). Mas é a atuação de grupos como o *Pró-Búsqueda* e o IDHUCA que tem procurado se sobrepôr às dificuldades criadas por políticas partidárias limitadoras de avanços transicionais, assim como a uma crítica ausência de maior independência judicial – ainda que diante do êxito na CSJ em julho de 2016.⁴³

A existência de uma rede como a RLAJT permitiu aferir a preocupação para além de fronteiras com a investigação e responsabilização de um dos principais instrumentos de atuação repressiva durante os anos de ditadura: o desaparecimento forçado. Sem tipificação específica no Brasil, ele segue como prática aqui e em outros países que integram a RLAJT. O diálogo entre as várias organizações que compõem a rede permitiu avançar no sentido de definir pautas concretas em termos de políticas públicas, promovendo um produtivo círculo entre academia e luta por direitos humanos. Esse círculo ganha especial relevo em um momento de forte crescimento de práticas regressivas de direitos humanos, no mais das vezes com um uso não problematizado do direito para legitimá-las.⁴⁴ É contra tais perspectivas que o presente trabalho se apresenta.

Referências

ANAYA, S. Enrique. La justicia constitucional en El Salvador. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. S/d. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/15.pdf>. Acesso: 27 abr. 2017.

rado”, quando as cortes avaliam se desejam ou não tratar do material internacional ou estrangeiro, ou de modo “relacional”, quando elas se sentem compelidas a referencia-lo, ainda que para opor-se a ele.

43 BARAHONA e SALAZAR in SKAAR, GARCÍA-GODOS, COLLINS, 2016, pp. 194.

44 MEYER, 2017b, pp. 1.

- ARTHUR, Paige. Como as “transições” reconfiguram os direitos humanos. In REÁTEGUI, Félix (coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 73-134.
- BARAHONA, Elena; SALAZAR, Martha. El Salvador: the difficult fight against impunity. In: SKAAR, Elin; GARCÍA-GODOS, Jemima; COLLINS, Cath. *Transitional justice in Latin America: the uneven road from impunity towards accountability*. Nova Iorque: Routledge, 2016, p. 178-202.
- BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório final*. Volume I, Tomo I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014.
- CARVALHO, Cláudia. *Crimes sexuais e justiça de transição na América Latina: judicialização e arquivos*. Versão bilíngue. Trad. Nathaly Ordenes e Camila Guedes. Florianópolis: Tribo da Ilha; Belo Horizonte: Projeto Memorial da Anistia; Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT); Centro de Estudos sobre Justiça de Transição, Universidade Federal de Minas Gerais (CJT/UFMG), Universidade de Brasília (UnB), 2016.
- CARVALHO, Cláudia; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (orgs). *Justiça de Transição na América Latina - Panorama 2015* (versão bilíngue). Revisão do português e espanhol: Laetícia Jensen Eble & Paulo César Thomaz. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.
- CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. *Produto nº 03 – Relatório contendo análise sobre as comissões da verdade criadas nos países membros da RLAJT, seu mandato, forma de atuação, seus legados, produtos e consequências no país em questão*. Brasília: Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, maio de 2016.
- CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Contreras y Otros Vs. El Salvador*. Sentença de 31 de agosto de 2011. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf. Acesso: 27 abr. 2017.
- CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Sentença de 1º de março de 2005. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf. Acesso: 27 abr. 2017.
- CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herzog e outros Vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso: 20 jul. 2018.

- CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*. Sentença de 14 de outubro de 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf. Acesso: 27 abr. 2017.
- EL SALVADOR. COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR. *Informe “De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador”*, <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/elsalvador/informe-de-la-locura-a-la-esperanza.htm>. Acesso: 27 abr. 2017.
- EL SALVADOR. CSJ. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. *Sentença 44-2013/145-2013*. Sentença de 13 de julho de 2016. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/PDF/44-2013AC.PDF>. Acesso: 27 abr. 2017.
- EL SALVADOR. Ministerio de las Relaciones Exteriores. *Palabras del Ministro de Relaciones Exteriores, Hugo Martínez, en ocasión del acto de reconocimiento de responsabilidad estatal en el Caso “Rochac Hernández vs. El Salvador”, en razón de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14*. http://www.rree.gob.sv/index.php?option=com_k2&view=item&id=4084:palabras-del-ministro-de-relaciones-exteriores-hugo-martinez-en-ocasion-del-acto-de-reconocimiento-de-responsabilidad-estatal-en-el-caso-rochac-hernandez-vs-el-salvador-en-razon-de-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-del-14&Itemid=942. Acesso: 27 abr. 2017.
- EL SALVADOR. PPDH: Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. *Informe Especial de la señora Procuradora para la Defensa de los Derechos humanos sobre la práctica de Desapariciones Forzadas de personas en el contexto del conflicto armado interno ocurrido en El Salvador entre 1980 y 1992*. Março de 2005. http://www.pddh.gob.sv/component/jdownloads/send/6-infesp/48-informe-sobre-desapariciones-forzadas?option=com_jdownloads. Acesso: 1 set. 2016.
- FRANTZIOU, Eleni. The margin of appreciation doctrine in European human rights law. *UCL Policy Briefing*, 2014, https://www.ucl.ac.uk/public-policy/for-policy-professionals/research-insights/European_human_rights_law.pdf. Acesso: 27 abr. 2017.
- GARGARELLA, Roberto. “La Corte Suprema y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana”. *Seminario de Teoría Constitucional e Filosofía Política*, 2017, <http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2017/02/la-corte-suprema-y-los-alcances-de-las.html>. Acesso: 27 abr. 2017.

- GREER, Stephen. The interpretation of the European Convention on Human Rights: universal principle or margin of appreciation? *UCL Human Rights Review*, vol. 3, 2010, p. 1-14.
- HAYNER, Priscilla. *Unspeakable truths: transitional justice and the challenge of truth commissions*. 2ª ed. Nova Iorque: Routledge, 2011.
- IDHUCA. Instituto de Derechos Humanos de la UCA. Justiça transicional para El Salvador. In CARVALHO, Cláudia; GUIMARÃES, José Otávio Nogueira; GUERRA, Maria Pia (orgs). *Justiça de Transição na América Latina - Panorama 2015* (versão bilíngue). Revisão do português e espanhol: Laetícia Jensen Eble & Paulo César Thomaz. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016, p. 113-118.
- JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transnational era*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.
- KECK, Margaret. SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond borders: advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1998.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- _____. El constitucionalismo democrático en América Latina: la lucha de los movimientos sociales guiando la justicia de transición. *SSRN Electronic Journals: The English & Commonwealth Law Abstracts Journal*, v. 1, p. 1-26, 2017a.
- _____. (org.). *Justiça de transição em perspectiva transnacional*. Belo Horizonte: Initia Via, Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG e Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2017b.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- OSMO, Carla. *Judicialização da justiça de transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.
- PAIXÃO, Cristiano (org.). *Relatório 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2015.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi. *The Pinochet effect: transnational justice in the age of human rights*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2005.

- SANTOS, Shana. *Tratamento de Arquivos de Direitos Humanos na América Latina*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição, 2016.
- TEITEL, Ruti. Genealogia da Justiça Transicional. In: REÁTEGUI, Felix (Orgs.). *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, (artigo original publicado em 2003), pp. 135-170.
- TEITEL, Ruti G. *Globalizing transitional justice*. New York: Oxford University Press, 2014.
- THE GUARDIAN. US judge approves extradition of Salvadoran war crimes suspect to Spain. *The Guardian*, 2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/feb/05/el-salvador-war-crime-extradition-inocente-orlando-montano-morales-spain>. Acesso: 27 abr. 2017.
- TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- VARGAS, Mariluci Cardoso de. *Desaparecimento forçado e justiça de transição na América Latina: judicialização e arquivos*. Florianópolis : Tribo da Ilha; Belo Horizonte: Projeto Memorial da Anistia; Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT); Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da Universidade Federal de Minas Gerais (CJT/UFMG), Universidade de Brasília (UnB), 2016.
- ZIERO, Gabriel Webber. The crime of enforced disappearance under the Rome Statute: the possibility for Prosecution of the crimes committed during the Brazilian Dictatorship. *Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, 2015, pp. 162-167.

Recebido em 14 de setembro de 2017.

Aprovado em 20 de julho de 2018.

O Estado como metadispositivo

State as a metadispositive

Jean-François Yves Deluchey*

Universidade Federal do Pará, Belém-PA, Brasil

1. Introdução

Ao iniciar esta reflexão, vale frisar o quanto estudar universais como o “Direito” e o “Estado” envolve um exercício intelectual complexo que, no intuito de chegar a algum efeito válido de conhecimento, obriga o pesquisador a passar por vários estágios de ruptura epistemológica. Como disse o Bourdieu no texto “Espíritos de Estado”.

Tentar pensar o Estado é expor-se a assumir um pensamento de Estado, a aplicar ao Estado categorias de pensamento produzidas e garantidas pelo Estado e, portanto, a não compreender a verdade mais fundamental do Estado. [...] *Quando se trata do Estado, nunca duvidamos demais*¹

No Estado, através da escola e outros dispositivos que o Althusser chegou a designar como Aparelhos Ideológicos de Estado², se constroem nosso raciocínio e nossa maneira de enxergar o mundo. Por outro lado, o Estado não é apenas o lugar de expressão de um governo de cima para baixo. Este adentra cada minúcia de nossas experiências diferenciadas de vida, e serve

* Doutor em Ciência Política pela Universidade da Sorbonne Nouvelle – Paris 3 (França). Professor associado da Universidade Federal do Pará – UFPA (Belém, Pará, Brasil). Email: jeanfrancois@pq.cnpq.br.

1 BOURDIEU, 2008. pp 91-92, grifo nosso

2 ALTHUSSER, 1976

de quadro normativo à definição discursiva e identitária de quem somos ou, melhor, onde nos situamos em relação às categorias de diferenciação construídas no espaço social. Lembremos dos ensinamentos de Michel Foucault:

vemos que o governador, as pessoas que governam, a prática do governo, por um lado, são práticas múltiplas, já que muita gente governa: o pai de família, o superior de um convento, o pedagogo, o professor em relação à criança ou ao discípulo; há portanto muitos governos em relação aos quais o do príncipe que governa seu Estado não é mais que uma das modalidades. Por outro lado, *todos esses governos são interiores à própria sociedade ou ao Estado*. É no interior do Estado que o pai da família vai governar sua família, que o superior do convento vai governar seu convento, etc³.

Na tentativa de pensar o Estado, acaba sendo difícil se desprender de certo *conformismo lógico* referente às nossas estruturas fundamentais de pensamento. Para Bourdieu, este conformismo lógico se impõe nas nossas construções intelectuais, tanto quanto um *conformismo moral*, que “*confere todas as aparências do natural a um arbitrário cultural*”⁴. Estejamos prevenidos: no que se refere ao Estado, temos de ser ainda mais vigilantes na nossa caminhada epistemológica, para não ficarmos reféns da violência simbólica exercida sobre nosso pensamento pelo conformismo lógico e pelo conformismo moral construídos através do Estado.

Como dizia Gaston Bachelard, nada é dado, tudo é construído⁵. Importa, nessas condições, desconstruir o objeto de pesquisa “Estado” para finalmente construí-lo e tratá-lo para fins epistemológicos. Por isto, reconstruir objetos como “Direito” ou “Estado” não é tarefa fácil. Sem nenhuma pretensão de exaustividade, este trabalho tem como objetivo facilitar a

3 FOUCAULT, 2009. p. 124, grifo nosso

4 BOURDIEU, 2011. p. 95 O “conformismo lógico” e o “conformismo moral” são conceitos usados por Émile Durkheim no seu estudo *As formas elementares da vida religiosa*. Para Durkheim, “*a sociedade não pode abandonar as categorias ao livre arbítrio dos particulares sem se abandonar ela própria. Para poder viver, ela não necessita apenas de um suficiente conformismo moral: há um mínimo de conformismo lógico sem o qual ela também não pode passar*”. DURKHEIM (E.), *As formas elementares da vida religiosa. O sistema totêmico na Austrália*, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. XXIV.

5 Bachelard tem nos avisado: “*Antes de qualquer coisa, temos que saber colocar os problemas. E, por mais que se fale, na vida científica, os problemas não se colocam por si mesmos. É precisamente este sentido do problema que dá a marca do verdadeiro espírito científico. Para um espírito científico, todo conhecimento é uma resposta a uma pergunta. Caso não tenha tido pergunta, não pode ter-se conhecimento científico. Nada vem por si. Nada é dado. Tudo é construído*” BACHELARD, 2011. p. 16, grifo do autor, tradução nossa).

caminhada de qualquer estudante ou pesquisador que queira tratar cientificamente de tais universais. O estudo aqui proposto tenta realizar uma síntese, a partir dos estudos de Pierre Bourdieu e Michel Foucault – em diálogo com Thomas Hobbes e Max Weber – de como poderíamos definir epistemologicamente o “Estado”, no intuito de poder estudá-lo com as melhores ferramentas possíveis. Para garantir algum sucesso para tal empreitada percebi a necessidade de passar por cinco etapas: primeiro, é preciso desprender-se do senso comum (doxa) que nos leva a usar da palavra “Estado” como se este fosse um ente, uma pessoa. Segundo, a partir de uma análise etimológica do verbete “estado”, me perguntarei se, na ânsia de dar uma definição fechada ao conceito, não estaríamos necessariamente levados a procurar dar uma “essência” ao Estado, impedindo assim abordar este objeto com o recuo necessário à análise crítica-científica. Num terceiro momento, analisarei o modelo de emergência do Estado construído por Pierre Bourdieu, que propõe uma abordagem mais agnóstica de seu estudo a partir da crítica feita à definição (clássica) de Max Weber. Em seguida, analisaremos o Estado enquanto ficção jurídica, e mostraremos as principais armadilhas dóxicas das quais os estudiosos do Estado têm de se precaver em relação ao ordenamento jurídico do Estado na ordem liberal-capitalista. Finalmente, tentarei dar ao “Estado” uma definição epistemológica que possa nos ajudar a evitar as principais armadilhas que este conceito impõe aos seus estudiosos. O objetivo deste trabalho, finalmente, é de enfrentar duas perguntas de difícil resolução: o que é esse “X” que chamamos de Estado, e qual definição conceitual nos permitiria desenvolver um pensamento mais crítico, anti-dóxico, sobre o Estado?

2. A *persona* do Estado

A definição do “Estado” traz problemas claros ao cientista social. Na sua definição clássica e sempre retomada, o sociólogo alemão Max Weber define o Estado como

aquela comunidade humana que, dentro de determinado território - este, o “território”, faz parte da qualidade característica -, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é

considerado a única fonte do “direito” de exercer coação⁶.

Vale de início observar que Max Weber retoma aqui parte da definição hobbesiana do Leviathan (Common-Wealth ou Civitas), o qual seria a unidade depositária da convenção passada entre si pelos membros de uma sociedade, a “pessoa” que reúne a multidão para garantir o bem comum de todos, através da paz interna e da defesa externa:

É mais do que consentimento ou concórdia, é uma real Unidade de todos, em uma mesma Pessoa, operada por Convenção de cada homem com cada homem, de tal maneira que cada um deveria dizer para cada um, *Eu Autorizo e abro mão de meu Direito a me Governar, para este Homem, ou para esta Assembléia de homens, na condição de que você abra mão de seu Direito para ele, e Autorize todas suas ações da mesma forma*. Isto feito, a Multidão assim unida em uma Pessoa, é chamada do ESTADO [ou REPÚBLICA, COMMON-WEALTH], em latim CIVITAS. Essa é a geração do grande LEVIATHAN, ou melhor (para falar com maior reverencia) deste *Deus Mortal*, a quem devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa. [...] E nele consiste a Essência do Estado [*Common-wealth*]; o mesmo sendo (para defini-lo) Uma Pessoa, nos atos da qual a grande Multidão, por Convenções mútuas um com o outro, fez de cada um deles o Autor, com o objetivo de poder usar a força e recursos de todos, de forma que ele achar adequada, para garantir sua Paz e sua Defesa Comum⁷.

Encontramos aqui a referência em uma pessoa una, reunindo a multidão dos cidadãos (comunidade humana), representando-a ou, até, transcendendo-a para, por sua vez, se tornar pessoa. Na ordem da defesa externa, a ideia do Estado como pessoa coletiva vai ao encontro de uma definição puramente jurídica do Estado como “pessoa jurídica de direito internacional”. Deste ponto de vista, podemos entender a proposta de Michel Foucault expressa no *Nascimento da Biopolítica*: “O Estado só existe como os Estados, no plural”⁸. Por outro lado, esta verdade jurídica é circunscrita ao único campo do direito internacional. Por este motivo, assimilar o Estado a uma “pessoa” ofusca o que é e representa o Estado na

6 WEBER, 2004. pp. 525-526

7 HOBBS, 1929. pp. 131-132. Tradução nossa. Grifo do autor

8 FOUCAULT, 2008. p.7

ordem jurídica interna (“paz interna”), no território de seu *ressort* político, na sua relação com a comunidade política correspondente.

Esta primeira armadilha epistemológica se apoia em uma consideração de senso comum, uma *doxa*⁹ que nos incita a usar a palavra “Estado” como se esta designasse uma pessoa, um sujeito. Esta definição dóxica do Estado tende a confundir o Estado com a fundação de uma nação ou de qualquer grupo instituído de indivíduos. Por meio desta definição, trata-se indistintamente do vetor (Estado) e do receptor (comunidade política) da obra de legitimação. Por isto, tendemos a dar uma personalidade ao Estado e falar “dele” como se fosse uma pessoa ou um grupo de pessoas: o Estado cobra demais impostos, o Estado mata, o Estado garante direitos, etc.. Essa personificação do Estado acaba nos levando a incorporar um forte conformismo lógico sobre este objeto de estudo, que dificulta o nosso pensamento sobre este objeto.

Bourdieu tem nos avisado claramente desta perigosa tentação, e chegou a associar o Estado a uma entidade teológica:

O Estado é essa ilusão bem fundamentada, esse lugar que existe essencialmente porque acreditamos que existe. [...] Essa realidade misteriosa existe por seus efeitos e pela crença coletiva na sua existência, o qual é o princípio de seus efeitos. É alguma coisa que não podemos tocar com as mãos, ou tratar da maneira de um agente oriundo da tradição marxista quem diz “o Estado faz isso”, “o Estado faz aquilo”. Eu poderia citar quilômetros de textos tendo a palavra “Estado” como sujeito de ações, de proposições. Isto é uma ficção bastante perigosa, que nos impede pensar o Estado. [O] Estado é uma entidade teológica, ou seja, uma entidade que existe por meio da crença.¹⁰

Seria um erro, não entanto, pensar o Estado como se fosse uma abstração sem conteúdo. A crença no Estado como entidade teológica é justamente o que dá ao Estado sua materialidade. Logo transformada em um poder mágico estatal, a crença no Estado é a fonte da legitimação da coerção física

9 Para Bourdieu, “A *doxa* é um ponto de vista particular, o ponto de vista dos dominantes, que se apresenta e se impõe como ponto de vista universal; o ponto de vista dos que dominam dominando o Estado e que constituíram seu ponto de vista em ponto de vista universal ao criarem o Estado” (BOURDIEU, 2011.p. 120. Tradução nossa)

10 BOURDIEU, 2012. p. 25. Tradução nossa

e simbólica exercida sobre a população que recebe sua autoridade como natural, evidente, desejável, positiva.

Isto significa que temos de procurar por além da “pessoa jurídica” para tentar qualificar o que seria esse “X” estatal na ordem interna. Afinal de contas, tratar do que é *verdadeiramente* e *definitivamente* o Estado é um exercício ainda repleto de sombras e incertezas. A indefinição sobre o *como* determinar com precisão uma “natureza” ou uma “essência” ao Estado não é uma precaução demasiada de intelectual; é um problema teórico forte em relação ao qual as ciências sociais ainda balbuciam. A rigor, podemos perguntar se esta seria a boa pergunta a fazer sobre o objeto “Estado”, e se as perguntas “o que é” e “porque” não ganhariam, no plano epistemológico, em ser substituídas pela pergunta “como”, da mesma forma que Michel Foucault pensou o “poder”. Diz o Foucault:

interrogar-se sobre o “como” do poder seria limitar-se a descrever seus efeitos, sem nunca relacioná-los nem a causas nem a uma natureza. [...] Se provisoriamente atribuo um certo privilégio à questão do “como”, não é que eu deseje eliminar a questão do *quê* e do *porquê*. É para colocá-las de outro modo; [...] é desconfiar que deixamos escapar um conjunto de realidades bastante complexo, quando engatinhamos indefinidamente diante da dupla interrogação: “O que é o poder? De onde vem o poder?”. A pequena questão, direta e empírica: “Como isto acontece?” não tem por função denunciar como fraude uma “metafísica” ou uma “ontologia” do poder; mas tentar uma investigação crítica sobre a temática do poder.¹¹

A mesma proposta epistemológica poderia ser adotada para pensar o Estado. Por isto proponho observar em que medida poderíamos definir uma “essência” ao Estado e, logo após, ver de que forma podemos atribuir uma palavra para substituir o “X” que Bourdieu utilizou com precaução na sua tentativa de definir o Estado.

3. Estado tem “essência”?

Etimologicamente, o léxico “Estado” vem do latim *status*, que designa uma posição, uma condição, e as primeiras derivações para as línguas modernas de origem latina (português, espanhol, francês, italiano, etc.) priorizam o caráter momentâneo do “estado”. Fazendo isto, pensar a partir desses idiomas

11 FOUCAULT, 1995. pp. 239-240

supõe que enfrentamos teoricamente a questão da mutabilidade do conceito de Estado. O “estado” com minúscula define, antes de tudo, uma qualificação contingente, temporária e, logo, mutável, atribuída a uma pessoa ou uma coisa a partir de uma observação empírica (estado febril, por exemplo). Em latim, *statu* (estado, condição) é parente de *stare* (estar, estar de pé, ficar).

Nos idiomas de origem ibérica, a associação é ainda mais interessante: o “estado” é parente de o verbo *estar* (condição contingência), não do verbo *ser* (atributo, essência). Penso que devemos levar a sério a polissemia da palavra. Vejamos: estação, estágio, estada, estabilizar, estábulo, são verbetes que buscam qualificar elementos fixados dentro de uma linha temporal em evolução constante¹². O “estado” designa uma condição mutável, um momento ao mesmo fixado e dinâmico de um presente entre passado e futuro, entre uma tradição – o que não somos mais – e um devir – o que ainda não somos. Ainda assim, o estado é um presente que pode ser identificado, fixado na linha que vai da tradição ao devir, do futuro ao passado. Dentro do movimento temporal, o presente é um momento fixo cuja condição é bastante institucionalizada para constituir um marco histórico referencial. O Estado, me parece, pode ser identificado como um desses marcos referenciais do movimento histórico.

Nas suas pesquisas, o Centro Nacional francês sobre Recursos Textuais e Lexicais atribui à palavra francesa “état” três antônimos, 1. *action* (ação), 2. *devenir* (devir) e 3. *successivité* (sucessividade), e os três principais sinônimos da palavra são 1. *situation* (situação), 2. *condition* (condição) e 3. *position* (posição)¹³. Podemos observar que estamos, com o “Estado”, em face de um conceito que tem por função principal fixar momentaneamente o mutável. O “Estado” fixa

- 1) uma *situação* (que consiste em uma ordem social específica, que pode ser de dominação social);
- 2) uma *condição* (que fixa os referenciais da diferenciação social e da dominação);

12 Como exemplos, podemos dizer que o estagiário não tem vocação a ficar permanentemente no estágio, mas estará apenas temporariamente fixado neste “estado”. O estágio não é uma condição permanente mas, por corresponder a uma condição específica em um espaço temporal identificável, esta pode ser fixada e qualificada como tal. A estação tem características próprias que a fixa no tempo, mas sempre vai passar para deixar outra estação se fixar no seu lugar. A estação de trem também é o lugar onde as pessoas se fixam temporariamente antes do movimento do trem reiniciar. Sem o movimento do trem, a estação de trem não tem razão de ser.

13 Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales – CNRS – UMR ATLIF Disponível no: <http://www.cnrtl.fr/synonymie/état>. Acessado em 29 de outubro de 2018.

3) uma *posição* (que indica o lugar preciso onde cada um deve se situar em relação à ordem da dominação)¹⁴.

Do ponto de vista etimológico, o estado se opõe conceitualmente à ação. A ação busca uma projeção para um devir ou uma sucessividade (dois modos distintos de projeção no futuro), mas esta pode também visar contrariar um devir, por sua obra de fixação, geralmente se apoiando na defesa de uma ‘tradição’ ou de uma “ordem”.

Devemos relacionar o estado como situação/condição/posição que oferece um universo de possíveis, tanto no sentido da fixação da ordem, da tradição ou dos costumes, quanto no sentido da realização contínua de um devir. Levando em consideração de um lado essa mutabilidade do “estado” e, por outro lado, o caráter de fixador de situações, condições e posições, poderíamos avançar no sentido de apreender o Estado como o resultado da fixação momentânea de determinadas relações sociais e determinados dispositivos de poder em um agenciamento institucional característico (fixado), ao mesmo tempo que continuamente adaptativo (mutável). Esta intuição já tinha sido exposta por Michel Foucault em 1979. Para o filósofo francês, “*O Estado é ao mesmo tempo o que existe e o que ainda não existe suficientemente*”¹⁵. Leitor assíduo do Foucault, Stephen W. Sawyer aponta que

Tirando [o Estado] do centro da história, [Foucault] revelou sua permeabilidade e capacidade de reação a outros locais de poder como subjetividade individual, família, sociedade civil, asilos, escolas e várias outras instituições e práticas. Ele se recusou a postular o Estado como um conceito universal ou uma coisa com propriedades essenciais¹⁶.

Para Foucault, acrescenta Sawyer, a forma-Estado “*não teve nenhuma estrutura teórica a ser descoberta ou diagnosticada*”, e deve ser abordada como um “*processo histórico de incorporação de certos efeitos*”¹⁷. Não se trata, portanto, de definir o Estado por uma suposta essência ou natureza, composta por direitos ou leis naturais de um divino que se encontraria, de certo modo,

14 Usamos o termo “dominação” no sentido dado por Michel Foucault: “uma situação estratégica mais ou menos adquirida e solidificada num conjunto histórico de longa data entre adversários” (FOUCAULT, 1995. p. 249).

15 FOUCAULT, 2008. p. 6.

16 SAWYER, 2015. p. 136. Tradução nossa

17 SAWYER, 2015. pp. 142-144. Tradução nossa

vulgarizado na organização profana das relações materiais. Deste ponto de vista metodológico, o Estado, como diz o Bourdieu, permanece uma construção teológica¹⁸. Cabe-nos evitar o risco epistemológico que consiste em naturalizar ou fixar intelectualmente o mutável da vida mundana como se esta não fosse pura variação. Para enfrentar esse risco e afastar-se da armadilha, temos de ter a coragem de tentar desvendar metodicamente os processos complexos que nos envolvem e nos moldam. A análise destes processos, como Foucault comentou em relação ao “poder”, passa pela urgência de enfrentar o “como” antes de enfrentar o “quê” e o “por que”.

Definir o Estado da reivindicação de uma tradição, de uma natureza ou de uma identidade nos levaria com toda certeza a naturalizar expressões ideológicas que justamente a forma-Estado serve a tornar invisível ao olho nu, i. e., à qualquer observação desprovida de rigor intelectual. Para ter firmes pretensões epistemológicas, a proposta intelectual deve passar por uma rigorosa analítica do poder. Para este fim, o “Estado” é melhor apreendido pelo seu conteúdo, pelas práticas e normas que o estruturam e povoam, assim como pela estratégia que estrutura este conteúdo no intuito de fixar instituições e práticas governamentais em um determinado estado e momento, entre tradição e devir.

Podemos concluir parcialmente que o que se fixa por meio do “Estado” é um agenciamento particular, juridicamente fundamentado, do espaço social, em determinado momento, referente a determinada população e determinado território. Neste sentido, Pierre Bourdieu nos ensina que o Estado é um produto histórico de concentração/condensação de vários capitais cuja organização corresponde a uma estratégia específica fixada em ordem social. Para retomar os termos de Alysson Mascaro, o Estado seria a forma-política, normatizada juridicamente, que corresponde a uma ordem específica, e que opera uma obra de legitimação dos discursos normativos sobre universais e instituições permitindo a determinada ordem reproduzir-se no tempo.

18 Neste aspecto, Karl Marx tinha razão ao afirmar que “a crítica da religião é o pressuposto de toda crítica” e, portanto, da compreensão de qualquer fenômeno social (MARX, 2010^a. p. 29). Por além da crença religiosa, isto significa que a crítica de todos os nossos dogmas íntimos que, sem análise, tomamos por serem “verdades”, é o pressuposto de qualquer construção intelectual honesta. Caso não enfrentarmos criticamente nossos conformismos lógicos e morais, podemos vir a provar até a existência de Deus partindo de postulados inverificáveis, como Descartes o fez nas suas *Meditações Metafísicas*.

4. O modelo da emergência do Estado de Pierre Bourdieu

Para o sociólogo Pierre Bourdieu, é necessário reconstruir a gênese do Estado para conhecer os fundamentos da crença que o estrutura:

ao fazer com que ressurgam os conflitos e os confrontos dos primeiros momentos e, concomitantemente, os possíveis excluídos, ela reatualiza a possibilidade de que houvesse sido (e de que seja) de outro modo e, por meio dessa utopia prática, recoloca em questão o possível que se concretizou entre todos os outros. Rompendo com a tentação de análise da essência, mas sem renunciar à intenção de distinguir invariantes, gostaria de propor um *modelo de emergência do Estado*.¹⁹

É o que ele propõe no texto *Esprits d'État*, no qual descreve o Estado moderno como o resultado de um processo contingente de concentração de diferentes tipos de capital: capital de coerção física (forças armadas, polícias), capital econômico, capital simbólico, capital cultural ou informacional. Para Bourdieu, a coerção que funda o reconhecimento do monopólio da violência física e simbólica apenas pode se expressar por meio da concentração de relações de poder específicas que constituem uma série de capitais que, uma vez reunidos, conjugam *espaço social e instituição instituída* para criar este objeto particular que chamamos de Estado. Por isto, Bourdieu diz que o Estado é “detentor de uma espécie de metacapital, com poder sobre os outros tipos de capital e sobre seus detentores”²⁰.

Se, por um lado, podemos concordar com a capacidade diferenciada que o espaço / instituído estatal tem de determinar outros campos e espaços sociais, por outro lado, o sociólogo francês repete aqui certa personificação de um Estado “detentor” de um capital, o que contribui a naturalizar a visão mitológica de um leviatã guardião da comunidade, imparcial e cuidador. Mais interessante nos parece ser o que Bourdieu chama de seu *modelo da emergência do Estado*. O sociólogo parte da constatação que a maioria das teses explicativas do surgimento do Estado dá a prioridade à concentração de um capital de força física (Max Weber, Norbert Elias,

19 BOURDIEU, 2008. p.98. Grifo do autor

20 BOURDIEU, 2008. p. 99.

Charles Tilly)²¹. Parcialmente, Bourdieu constrói sua análise com base no trabalho *O Processo Civilizador* de Norbert Elias, obra que apresenta o surgimento do Estado Moderno à luz de um processo civilizatório que pode ser compreendido a partir do monopólio fiscal de arrecadação nas mãos de um só reino²².

O interesse heurístico do trabalho de Bourdieu reside na proposta que este capital de força física não surgiu *ex nihilo*. Este deve ser relacionado com a concentração de vários capitais simbólicos que permitiram a concentração do capital de força física. Este processo de concentração, finalmente, contribuiu na instituição jurídica de uma unicidade chamada “Estado” tanto em relação a elementos externos (outros *Estados* ou potências), quanto internamente “*em relação aos contra-poderes (príncipes) e a resistências (classes dominadas)*”²³.

Para Pierre Bourdieu, não se poderia ter reunido um capital de força física (forças armadas) sem a instauração de uma estrutura fiscal eficiente e sem a unificação de um espaço econômico e de um capital cultural-informacional associados a determinada população e a determinado território. A concentração de um capital de força física e de um capital econômico hegemônicos apenas podia ser alcançada por meio da consolidação de um capital simbólico forte. A partir da construção de uma progressiva hegemonia cultural e linguística, se consolidou um capital simbólico que facilitou o reconhecimento de uma única autoridade (rei, príncipe) em um único território percebido como uno, e no qual o soberano encontrou-se legitimado em cobrar impostos e “fazer justiça” sobre uma população que, aos poucos, acabou se “reconhecendo” e, muitas vezes, se projetando miticamente na figura da Nação.

21 Charles Tilly procurou saber por que a forma Estado-nacional se tornou hegemônica na Europa dos séculos XIV e XV. Utilizando-se do método do neoinstitucionalismo histórico, Tilly examinou como os formadores dos Estados agiam, ou procuravam agir, naquilo que dizia respeito ao uso da coerção e da concentração do capital. Concluiu que os Estados foram vitoriosos porque foram capazes de organizar forças armadas permanentes e prontas para fazer guerra, o que gerou uma cadeia de fatores que concorreram para a sua permanência e consolidação (*path dependence*): (1) com a expansão e mudança na forma de fazer a guerra e se produzir armas, conseguiu-se, (2) extrair-se mais recursos da população, (3) a necessidade do desenvolvimento de novas burocracias e de administração inovadora, (4) a necessidade de modos mais eficientes de resistir ao descontentamento da população, e (5) renovar a coerção, a fim de (6) ampliar a durabilidade do conjunto de extração de poder em prol do Estado – na justificativa de estar sempre a postos para a guerra (TILLY, 1996).

22 ELIAS, 1993

23 BOURDIEU, 2008. p. 101

Ao lado de outros recursos simbólicos e tecnologias de poder (nomeação, diplomas, emergência de uma burocracia, etc.), a criação de um capital de “reconhecimento” ou de “legitimidade” do soberano, na tese de Pierre Bourdieu, foi em grande parte alcançada graças ao instituto jurídico da *apelação*, o qual firmava a autoridade do soberano em um território que, tradicionalmente, era controlado direta e exclusivamente por outro senhor feudal. Por meio de um capital jurídico (informacional, cultural, simbólico), encerra-se o movimento de concentração de vários tipos de capitais que levariam primeiro ao Estado dinástico e, a partir do final do século XVIII, ao Estado moderno²⁴. Passamos assim, nos diz Bourdieu, da “casa do rei” à progressiva consolidação de uma “razão de Estado”. Para ter uma “razão de Estado”, por além da forte concentração de capital de força física e de capital econômico, o soberano devia reunir um capital simbólico tão consolidado e tão reconhecido que a autoridade – expressa neste território e sobre esta população – não levantasse dúvidas significativas referentes à sua legitimidade²⁵.

Bourdieu tende a observar o Estado como um espaço social diferenciado, unindo vários campos distintos (jurídico, científico, etc.) que, uma vez reunidos, formam um “campo estatal”, espaço de concentração de um “capital estatal”²⁶. Esse “campo estatal” constitui um espaço social diferenciado²⁷ que reúne ou determina um conjunto de outros campos e espaços sociais, e a partir do qual a “magia estatal” se expressa (consagração escolar, nomeações de “autoridades”, imposição de um calendário ou de uma or-

24 BOURDIEU, 2012. p. 309 et ss

25 Escreve o Bourdieu: “As relações de força as mais brutais são ao mesmo tempo relações simbólicas, e os atos de submissão, de obediência, são atos cognitivos que, por si mesmos, mobilizam estruturas cognitivas, formas e categorias de percepção, princípios de visão e de divisão: os agentes sociais constroem o mundo social por meio de estruturas cognitivas [...] suscetíveis se serem aplicadas a todas as coisas do mundo e, particularmente, às estruturas sociais” (BOURDIEU, 2011. p. 124. Tradução nossa).

26 “A concentração de diferentes tipos de capital (que vai junto com a construção dos diversos campos correspondentes) leva, de fato, à emergência de um capital específico, propriamente estatal, que permite ao Estado exercer um poder sobre os diversos campos e sobre os diferentes tipos específicos de capital, especialmente sobre as taxas de cambio entre eles (e, concomitantemente, sobre as relações de força entre seus detentores)” (BOURDIEU, 2008. p. 99. Grifo do autor).

27 Na definição de Pierre Bourdieu, lembramos que um *espaço social* designa: “um conjunto de posições sociais, vinculado por uma relação de homologia a um conjunto de atividades [...] ou de bens [...] relacionamente definidos. O espaço social é construído de tal modo que os agentes ou os grupos são aí distribuídos em função de sua posição nas distribuições estatísticas de acordo com os dois princípios de diferenciação que [...] são, sem dúvida, os mais eficientes – o capital econômico e o capital cultural” (BOURDIEU, 2008. pp. 18-19. Grifo do autor).

tografia, etc.). Para poder ser apresentado como o espaço social legitimado e reivindicar a exclusividade da produção e da expressão de normas governamentais com efeitos coercitivos sobre uma referida população e um referido território, o espaço social estatal tem de se tornar um espaço social *sobredeterminante*.

Para qualificar o “espaço social estatal”, em relação dialógica com os conceitos de ressonância (Hirsch), condensação (Poulantzas) ou concentração (Bourdieu), aqui uso o conceito de *sobredeterminação* por entender que a capacidade de determinação do “Estado” enquanto espaço social demonstra algum excesso em relação à capacidade de outros espaços sociais²⁸. Enquanto espaço social *sobredeterminante*, o Estado contribui especificamente na determinação dos espaços sociais para estes formarem campos distintos com *habitus* distintos²⁹, estes sendo arranjados ou “manipulados” de forma a maximizar as estratégias que a formação do Estado sustenta.

Na minha avaliação, a “*sobredeterminação*” seria o resultado material do processo de concentração progressiva de vários capitais, descrito por Bourdieu. A concentração de capitais potencializa os atores do campo estatal na sua capacidade de influir normativamente sobre as relações sociais no intuito de ordená-las e, portanto, de hierarquizá-las segundo determinada ordem social. Podemos dizer, a partir de Bourdieu, que a “instituição instituída” que chamamos Estado significa a tradução institucionalizada da expressão *sobredeterminante* e legitimada da violência física e simbólica no espaço social, a tal ponto que o mesmo serve de vetor privilegiado de produção de nossas próprias subjetividades, estas sendo construídas a partir de nossa experiência dóxica do social. Neste sentido, Bourdieu diz:

O Estado estrutura a própria ordem social [e], logo, nosso pensamento. [...] O pensamento de Estado constitui – no sentido de faz parte de – a organização do tempo, a vida escolar. [...] Esses atos constitutivos do Estado [...] contribuem a produzir uma experiência do mundo social como evidente, o

28 A *sobredeterminação* aqui mencionada não deve ser confundida com a concepção althusseriana da mesma, a qual, de forma certamente mais precisa, designaria a expressão de uma multiplicidade de determinações superestruturais na determinação histórica da contradição capital-trabalho (ALTHUSSER, 1986).

29 Quanto ao *habitus*, Pierre Bourdieu oferece várias definições de seu conceito na sua obra intelectual, mas podemos propor rapidamente a definição seguinte: “podemos encontrar no *habitus* o princípio ativo, irreduzível as percepções passivas, de unificação das práticas e das representações” (BOURDIEU, 2011 p. 77. Grifo do autor. Tradução nossa). Para Bourdieu, existe uma “cumplicidade ontológica” entre o *habitus* e o campo, de tal forma que o primeiro é elemento fundamental na estruturação e consolidação do segundo.

que eu chamo de experiência dóxica do mundo social [...]. O mundo social se apresenta sob o modo da *doxa*, aquele tipo de crença que não se percebe enquanto crença. [...] O Estado é mal conhecido historicamente e reconhecido por um reconhecimento absoluto que é o reconhecimento da ausência de conhecimento. Não há reconhecimento mais absoluto que o reconhecimento da *doxa* porque ela não se percebe como reconhecimento. A *doxa*, é responder sim a uma pergunta que eu não fiz³⁰.

Afinal, o que há de mais importante no Estado, ou o que levou de forma mais urgente à sua estruturação, é o reconhecimento de sua capacidade de incorporação dóxica das práticas e normas sociais em determinado espaço social instituído. Neste sentido, com Pierre Bourdieu, o Estado seria *ao mesmo tempo*: 1) o *espaço social* de expressão desta capacidade de incorporação dóxica, 2) um *campo* estatal que reúne vários outros campos (jurídico, científico, tributário, etc.), 3) o *conjunto institucional e normativo* que dá materialidade à capacidade de produção, expressão, e regulação (através diversos meios coercitivos físicos e simbólicos) de determinadas práticas e normas sociais. O problema teórico agora posto seria encontrar um conceito que possa levar em considerações todos esses elementos que o “Estado”, de uma forma ou outra, contempla. Max Weber já o tinha presente, e Pierre Bourdieu confirma a intuição do pensador alemão:

Se o Estado pode exercer uma violência simbólica é porque ele se encarna tanto na objetividade, sob a forma de estruturas e de mecanismos específicos, quanto na “subjetividade” ou, se quisermos, nas mentes, sob a forma de estruturas mentais, de esquemas de percepção e de pensamento. Dado que ela é resultado de um processo que a institui, ao mesmo tempo, nas estruturas sociais e nas estruturas mentais adaptadas a essas estruturas, a instituição instituída faz com que se esqueça que resulta de uma longa série de atos de instituição e apresenta-se com toda a aparência do *natural*.³¹

O Estado seria o vetor de consagração de um “ponto de vista dos pontos de vista”. Este parece ser o sentido dado à definição do Estado por Weber e complementada por Bourdieu segundo a qual que o Estado, para

30 BOURDIEU, 2012. pp. 291-292. Grifo do autor. Tradução nossa.

31 BOURDIEU, 2008. pp. 97-98. Grifo do autor.

ser Estado, deve reivindicar com sucesso o monopólio do uso da violência física e simbólica. Assim, diz Bourdieu

Poder-se-ia dizer que o Estado [...] reforça um ponto de vista entre outros sobre o mundo social, o qual é o lugar de luta entre todos os pontos de vista. [...] E para isto, ele deve dar a crer que ele próprio não é um ponto de vista. Para isto, é imprescindível que ele dê a crer que ele é o ponto de vista sem ponto de vista. [...] Ele deve fornecer o espetáculo do universal, aquilo sobre o que todo mundo, em última análise, concorda, aquilo sobre o que não pode haver desacordo porque está inscrito na ordem social em determinado momento do tempo (BOURDIEU, 2012: 53-54).

Eis o motivo pelo qual, para Bourdieu, a magia estatal se expressa com toda a sua força dóxica. Através da imposição, da condensação, da concentração e, em todo caso, da naturalização de certas estruturas cognitivas e práticas institucionais que governam as condutas dos indivíduos, o Estado consiste na instituição jurídica de um espaço sobredeterminante de produção e expressão institucional e normativa de uma visão consensual do mundo. Isto significa que “*O Estado é dotado de um instrumento de constituição das condições da paz interior, uma forma de evidência coletiva [cela-va-de-soi collectif], de um taken-for-granted universal à escala de um País* (BOURDIEU, 2012: 266-268. Grifo do autor. Tradução nossa). Por este motivo, em referência constante ao Estado enquanto espaço social sobredeterminante, nosso pensamento se estrutura em relação ao jogo de forças hegemônicas e contra-hegemônicas na ordem social. Dada a força dóxica e legitimadora das estruturas hegemônicas de pensamento, somos levados a naturalizar conflitos e normatizações em relação às quais, sem a sobredeterminação estatal, teríamos maior capacidade de nos emancipar. Devemos então nos perguntar de que forma esta sobredeterminação age enquanto vetor dóxico do capital simbólico concentrado no Estado.

5.O Estado como *fictio juris*: a consagração do ponto de vista dominante como universal

Pierre Bourdieu nos ensina que os vetores da *doxa* estatal são numerosos. Apoiam-se na formação de um campo burocrático que envolve e sobredetermina vários campos sociais a partir dos quais se estrutura nossa ex-

periência dóxica do mundo social: campo educacional, campo jurídico, campo jurídico, etc. Neste sentido, Bourdieu acaba sendo mais preciso de que Althusser quando este descreveu os vetores da *doxa* estatal a partir do conceito de “aparelhos ideológicos de Estado”³². A ideia de “aparelhos” remete a ferramentas nas mãos de um ator individual ou coletivo, quando a ideia de campo envolve a participação de todos na estruturação da capacidade teológica e dóxica do Estado, deixando assim a entender a necessária e ativa contribuição dos dominados ao sistema dóxico de legitimação da dominação.

A construção de um monopólio legitimado da violência física e simbólica, para Bourdieu “*só pode ser obtido ao preço de uma submissão (pelo menos aparente) ao universal e de um reconhecimento universal da representação universalista da dominação, apresentada como legítima, desinteressada*”³³. Na estruturação das estruturas dóxicas, Pierre Bourdieu insiste na importância dos juristas. Para o sociólogo francês, a concentração do capital jurídico é um aspecto central de um processo mais amplo de concentração do capital simbólico, o qual, por sua vez, é o fundamento da autoridade específica reivindicada com sucesso pelo detentor do poder estatal³⁴. Nas suas aulas no Collège de France em 1991, Bourdieu nos explica que o Estado é uma *fictio juris*:

O Estado, já se falou bastante, é uma *fictio juris*. É verdade, mas é uma ficção de juristas, atribuindo à *fictio* o sentido mais forte da palavra, de *ingere* [“construir”, “fabricar”]: é uma fabricação, uma construção, uma concepção, uma invenção³⁵.

Com efeito, o estudioso do Estado ou do Direito que não passar por uma ruptura em relação ao processo histórico que levou à construção jurídica do universal “Estado” (*fictio juris*) se condena a enxergar o mundo moderno através das “*coloridas lentes jurídicas*”, como diriam Engels e Kausky³⁶.

32 ALTHUSSER, 1976

33 BOURDIEU, 2008. p.122

34 BOURDIEU, 2008. pp. 108-110

35 BOURDIEU, 2012. p. 521. Tradução nossa

36 Por isso, seguindo Friedrich Engels e Karl Kausky (2012/1887), Bourdieu reconhece que para estudar tanto o Direito quanto o Estado, é necessário interessar-se pelos juristas: “É preciso deter-se especialmente na estrutura do campo jurídico, examinar os interesses genéricos do corpo de detentores dessa forma

No final do século XVIII, para inaugurar uma nova ordem social e acabar com a ordem feudal, não se podia continuar com os mesmos processos de representação/legitimação das relações dissimétricas de poder que tinham caracterizado uma ordem feudal teologicamente fundamentada. Com uma leve transformação na razão de Estado, os juristas conseguiram fazer do Direito a nova teologia laica do Estado moderno, transformando-se, no mesmo processo, no novo clérigo da nova ordem, donos da nova palavra, hermeneutas incontornáveis.

Para Engels e Kausky, foi no século XVII que apareceu uma nova concepção do mundo, a concepção jurídica do mundo:

Tratava-se da secularização da visão teológica. O dogma e o direito divino eram substituídos pelo direito humano, e a Igreja pelo Estado. As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado³⁷.

Para Bourdieu, a contribuição dos juristas na formação do Estado moderno nos coloca à frente de um exemplo típico do interesse privado ao universal. Com efeito, a categoria dos juristas contribuiu na construção de uma ampla teoria do universal, teoria que visava à legitimação da autoridade do poder central (soberano) sobre os particularismos feudais. Por meio da ação técnico-ideológica dos juristas, as noções de “universalidade” e de “bem comum” (e também de “direito”, outro universal) foram colocadas no centro da criação do Estado moderno.

Enquanto princípios e institutos jurídicos permitindo assentar o regime capitalista de desigualdades, a nova “igualdade” e os novos “direitos universais” (atribuídos à humanidade inteira porque nada custava) foram

particular de capital cultural, predisposto a funcionar como capital simbólico, que é a competência jurídica, e os interesses específicos que se impuseram a cada um deles em função de sua posição em um campo jurídico ainda fragilmente autônomo [...]. *Compreende-se assim que esses agentes tinham interesse em dar uma forma universal à expressão de seus interesses particulares, em criar uma teoria do serviço público, da ordem pública, e também em trabalhar para autonomizar a razão de Estado em relação à razão dinástica, à “casa do rei”, em inventar a “res publica” e, logo, a república como instância transcendente aos agentes – ainda que se tratasse do rei – que são sua encarnação provisória: em virtude de seu capital específico e graças a ele, e a seus interesses particulares, eles foram levados a produzir um discurso de Estado que, oferecendo-lhes justificativas de sua posição, constituiu e instituiu o Estado, fictio juris que, pouco a pouco, deixou de ser uma simples ficção de juristas para tornar-se uma ordem autônoma capaz de impor amplamente a submissão de suas funções, e a seu funcionamento, e o reconhecimento de seus princípios*” (BOURDIEU, 2011. pp. 121-122, grifos do autor).

37 ENGELS/KAUSKY, 2012. p. 18.

úteis ao mesmo tempo para fixar e para esconder os novos recursos e os novos palcos de manifestação das relações de poder. A nova dissimetria nas relações sociais e a nova desigualdade socioeconômica consolidada pela nova ordem liberal-capitalista podiam permanecer invisíveis ao olho nu, mascaradas pela nova ordem jurídica que instituíra um regime legal de igualdade e de direitos universais “inalienáveis” (porém alienados), bem como declarava (com uma suspeita ênfase) uma liberdade para todos. Eis a retórica da nova alienação juridicamente consolidada no regime de dominação liberal/capitalista. Eis a estratégia ou, como diria Michel Foucault, a “urgência” que levou à criação do Estado moderno.

Na passagem da “persona” física do soberano dinástico para a “persona” abstrata e “imparcial” de um Estado supostamente garantidor da soberania popular de uma sociedade de iguais, situa-se justamente o coração do *dirty little secret* da fundação do Estado liberal-capitalista moderno. Ao determinar, a partir dos filósofos contratualistas, que o Estado é a tradução do fim do conflito constituído no pacto civil, os novos donos do poder (os detentores de capital), com o apoio firme dos juristas, conseguiram resolver ao mesmo tempo dois problemas postos à renovação da teoria da soberania: 1) deslegitimar a individuação do poder na qual o regime feudal se fundamentava, e 2) criar a ilusão de um Estado imparcial garantidor das liberdades individuais de cidadãos “iguais perante a lei”, soberanos. Fundamentado nesta retórica, o novo ordenamento jurídico estatal conseguiu esconder o regime de desigualdades consagrado pela nova ordem capitalista instituída por meio do Estado moderno. Como bem lembrou Alysson Mascaro no livro *Estado e forma política*:

... ao contribuir para tornar explorador e explorado sujeitos de direito, sob o único regime político e um território unificado normativamente, o Estado constitui ainda afirmativamente, o espaço de uma comunidade, no qual se dá o amálgama de capitalistas e trabalhadores sob o signo de uma pátria ou nação³⁸.

Inovação significativa do novo regime capitalista de desigualdades, a consagração jurídica de uma esfera pública separada da esfera privada serviu também a legitimar a centralidade política e jurídica do direito individual à propriedade privada na nova ordem de dominação, inclusive apresentando-

38 MASCARO, 2013. p. 19

-o como essencial aos não-proprietários. Neste instituto jurídico, cria-se um ponto de vista universal a partir do ponto de vista particular da nova classe dominante. A distinção jurídica público/privado legitimava também práticas governamentais de preservação da desigualdade social e de reprodução de uma nova ordem pretensamente igualitária, cuja igualdade podia permanecer limitada ao aspecto formal jurídico. Assim sendo, esta forma de institucionalização jurídica do Estado e da comunidade política permitia justificar o regime privado de desigualdades e seu convívio com um regime público de igualdade formal. Por este motivo, a igualdade é apresentada no espetáculo liberal-capitalista como “igualdade perante a lei”, princípio jurídico que circunscreve teoricamente qualquer contradição prática com o regime material de desigualdade no qual se fundou a ordem liberal-capitalista.

O princípio de “igualdade perante a lei” também foi necessária para apresentar o contrato como uma relação simétrica entre indivíduos iguais, invisibilizando a profunda desigualdade deste instituto. A “liberdade” de vender a sua força de trabalho permitia passar sob silêncio a posição de dominado do trabalhador assalariado no contrato: a relação entre quem necessita garantir o sustento de sua família e quem apenas entra no contrato com o objetivo de lucro não pode proporcionar as condições necessárias à instituição de uma relação simétrica entre indivíduos iguais. Com muitas lutas sociais, essencialmente no início do século XX, visou-se reequilibrar por um tempo a relação contratual, por meio de leis trabalhistas que buscavam proteger o trabalhador assalariado da desigualdade criada na dissimetria do contrato.

Finalmente, a distinção jurídica público/privado também serviu na instituição de outra dimensão da separação; separava o campo de luta de sobrevivência (o econômico) de um campo de luta consideravelmente mais restrito, apresentado como uma esfera específica de vida social diferenciada do campo econômico: o “sistema político”. Graças a esta separação, escreve Alysson Mascaro, “*o Estado não processa o conflito social em termos de classe, mas, pelo contrário, maneja por excelência a célula indivíduo-cidadão, a contradição de classe se resolve nos termos restritos das demandas individuais*”³⁹.

A separação jurídica moderna entre esfera econômica e a esfera política teve dois efeitos principais. Primeiro, conseguiu reduzir o político a um receituário estatal-governamental quase que integralmente controlado pelos detentores do capital (receituário ao qual deu-se o nome impróprio

39 MASCARO, 2013. p. 49

de “a política”). Esta separação foi útil para tirar da centralidade do espectro político o campo de luta pela igualdade social, substituindo-o por uma competição eleitoral sob o controle político da elite socioeconômica – competição pouco arriscada em vista aos interesses vitais e à reprodução da posição social dissimétrica ocupada pela nova classe dominante. Por este motivo, não raro confundimos o “Estado de Direito” que visava deixar aparente uma abstrata horizontalidade das relações jurídicas, com a organização democrática representativa do sistema político que funda uma abstrata soberania popular, na qual o “demos” apenas serve de árbitro às lutas da classe dominante para conquistar a hegemonia no campo estatal⁴⁰.

Caso a gente se referir, como o filósofo Jacques Rancière, ao pensamento grego antigo, uma das questões centrais no estudo da democracia é descobrir se essa unidade é *demos*, “poder do povo” ou *okhlos*, “ajuntamento turbulento das turbulências individuais”⁴¹. Com Rancière, podemos pensar que a “igualdade perante a lei” não visa tanto a unificar todos sob uma lei superior; ao contrário, ela pode visar desclassificar a parte mais numerosa do “povo”.

O “Estado de Direito”, na ordem liberal-capitalista, aparenta instituir a horizontalidade das relações jurídicas, bem como a pacificação e tecnicização das mesmas. Esta aparência invisibiliza os conflitos que estão na origem da promulgação de uma lei. Ora, a fonte de legitimação da lei é muito distante da adesão a um pacto ou a um contrato social: ela é conquistada por meio da força e da ameaça do uso da mesma. Na sua famosa conferência na Universidade da Califórnia “*Força de lei: o fundamento místico da autoridade*”, Jacques Derrida tinha nos advertido:

... o direito [*law*] é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável. Não há direito sem força, Kant o lembrou com o maior rigor. A aplicabilidade, a “*enforceability*” não é uma possibilidade exterior ou secundária que viria ou não juntar-se, de modo suplementar, ao direito. Ela é a força essencialmente implicada no próprio conceito da *justiça enquanto direito*, da justiça na medida em que ela se torna lei, da lei [*law*] enquanto direito [*droit*]. [...] A palavra “*enforceability*” chama-nos

40 WOOD, 2003.

41 RANCIÈRE, 2007. p. 66

pois à letra. Ela nos lembra, literalmente, que não há direito que não implique *nele mesmo, a priori, na estrutura analítica de seu conceito*, a possibilidade de ser “enforced”, aplicado pela força⁴².

A lei traz consigo a ameaça de coerção. Não existe lei sem coerção, e a coerção, numa “sociedade de iguais” só pode se exercer legitimamente sob a vestimenta da lei e de sua implementação (*enforcement*). Caso contrário, estaríamos em situação de “dominação pura” ou “relação física de coação”, como nos ensinou Foucault⁴³. A lei, e a capacidade coercitiva que a sustenta, têm como objetos a legitimação e a sustentação de uma série de privilégios sociais, isto é, a consolidação de um conjunto instituído de relações de poder, ou seja, de dominação social de “iguais” sobre “iguais”.

Por isto, não é suficiente apresentar o Estado enquanto espaço social sobredeterminante sobre os outros espaços sociais. Isto levaria a um erro epistemológico frequentemente cometido: considerar que o espaço estatal não é compenetrado por outros espaços sociais, dando a pensar que o espaço estatal está acima ou separado das lutas sociais (quando este, ao contrário, é sobredeterminado, penetrado e arquitetado por estas). Dizer que o Estado é apenas sobredeterminante é esquecer que se o Estado *institui*, este também é **instituído** pelas lutas entre campos, grupos e indivíduos. Neste sentido, podemos dizer que o espaço social estatal é, ao mesmo tempo, *sobredeterminante* em relação às práticas e normas sociais e *sobredeterminado* pelas expressões históricas das lutas sociais.

6. Pensar o Estado como metadispositivo

Para fins epistemológicos, podemos tentar ir além da proposta de Bourdieu segundo a qual foi a concentração de capitais que estruturou o espaço / instituído estatal. No objetivo de estudar o Estado, acredito que os conceitos de estratégia e de dispositivo, tais como Michel Foucault os definiu, vêm nos prestar a assistência teórica que necessitamos para avançar na definição do Estado a partir de seu “como”. Para concluir este estudo, pretendemos desenhar um caminho epistemológico de apreensão do Estado (e do Direito) que possa ser potencialmente livre das principais armadilhas dóxicas acima evocadas.

42 DERRIDA, 2010. pp. 7-8. Grifos do autor

43 FOUCAULT, 1995. p. 244

Caso o que se expressa no e por meio do Estado for uma luta permanente, institucionalizada, regrada normativamente, e circunscrita a um território, uma população, uma racionalidade e uma estratégia, devemos procurar identificar esses quatro últimos elementos para melhor qualificar o “X” estatal. É geralmente mais fácil identificar o território e a população em guerra a partir da associação clara entre o Estado e a comunidade política que o corresponde, muitas vezes definida por uma identidade nacional (o Brasil, a França, etc.) e por seu território de reconhecido domínio. Esses elementos são os que mais facilmente são normatizados juridicamente, na organização territorial administrativa interna, e por meio do reconhecimento jurídico internacional (o que pode excluir da categoria “Estado” as comunidades nacionais que carecem de reconhecimento internacional, com os palestinos, os curdos ou os “povos indígenas”, por exemplo).

Mais difícil é identificar a(s) racionalidade(s) e a(s) estratégia(s) hegemônicas que estruturam e dão o seu sentido ao “como” do Estado. Por isto Michel Foucault propõe concentrar-se no estudo da governamentalidade para conseguir pensar o Estado a partir de seu “como”, e assim escapar às considerações dóxicas impostas pelo regime de saber dominante que reina nas definições clássicas do Estado no campo científico⁴⁴. Para Foucault:

E é possível que, se o Estado existe tal como ele existe agora, seja precisamente graças a essa governamentalidade que é ao mesmo tempo exterior e interior ao Estado, já que são as táticas de governo que, a cada instante, permitem definir o que deve ser do âmbito do Estado e o que não deve, o que é público e o que é privado, o que é estatal e o que é não-estatal. Portanto, se quiserem, o Estado em sua sobrevivência e o Estado em seus limites só devem ser compreendidos a partir das táticas gerais da governamentalidade⁴⁵.

O exame da *governamentalidade*, proposto por Foucault, me parece o caminho epistemológico mais interessante, por este se concentrar no estudo das práticas governamentais que constroem uma arte específica de

44 Por exemplo, se os manuais de ciência política e de direito constitucional citam frequentemente a definição do Estado por Max Weber citada no início deste trabalho, o regime de saber vigente geralmente não menciona os outros aportes, mais críticos, sobre a teoria do Estado, contidos no mesmo texto *A política como vocação*, i.e., “o Estado é uma relação de homens dominando homens, relação mantida por meio da violência legítima (isto é, considerada como legítima). Para que o Estado exista, os dominados devem obedecer à autoridade alegada pelos detentores do poder” (WEBER, 2004. p. 526).

45 FOUCAULT, 2009. p. 146

governar, historicamente e racionalmente determinada. O desafio reside na identificação das *estratégias* que dão à governamentalidade seus princípios organizadores⁴⁶.

Esta proposta nos leva a considerar uma possibilidade epistemológica que pode nos ajudar a melhor definir o objeto (não identificado) que chamamos de “Estado”: abordar o estudo do Estado a partir do conceito foucaultiano de “dispositivo”, o qual, nos diz o filósofo francês, tem uma função eminentemente “estratégica” (FOUCAULT, 1994 [1977]: 299).

Michel Foucault definiu de forma precisa o conceito de “dispositivo” em uma entrevista de 1977 junto aos psicanalistas do campo freudiano parisiense⁴⁷. Neste texto, Foucault define o “dispositivo” da seguinte forma:

um conjunto absolutamente heterogêneo. Comportando discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, enfim: o dito, assim como o não dito, eis os elementos do dispositivo. O dispositivo em si, é a rede que podemos estabelecer entre esses elementos⁴⁸.

Mais tarde na entrevista, Foucault deixa transparecer a definição de dois outros conceitos que poderiam significar alguns dos elementos discursivos e não discursivos que compõem o dispositivo: a *épistèmè* (elementos discursivos) e a instituição (elementos não discursivos). A *épistèmè*, para Foucault:

é um dispositivo especificamente discursivo, [...] o dispositivo estratégico que permite separar dentre todos os enunciados possíveis os que poderão ser aceitáveis dentro [...] de um campo de cientificidade, e do qual poder-se-á dizer: este é verdadeiro ou falso. É o dispositivo que permite separar, não o verdadeiro do falso, mas o inqualificável cientificamente do qualificável⁴⁹.

Quanto à instituição, significaria: “*todo comportamento mais ou menos constrangido, aprendido*”. E Foucault conclui: “*todo o social não discursivo, é*

46 Esta proposta epistemológica foucaultiana pode ser articulada com a proposta de Nicos Poulantzas de abordar o Estado como a condensação material de uma relação de forças, isto é, lembramos, como um *campo e um processo estratégicos* (POULANTZAS, 1981.p 149).

47 Esta entrevista foi publicada em português do Brasil em 1979, no livro *A microfísica do poder*, sob o título: “*Sobre a história da sexualidade*”.

48 FOUCAULT, 1994. p. 299. Tradução nossa.

49 FOUCAULT, 1994. p. 301

a instituição”⁵⁰. A épistemè corresponde a um “regime de saber” que define “a maneira pela qual o saber circula e funciona, suas relações com o poder”⁵¹. Assim, a cada discurso corresponde o seu próprio regime do saber, a sua “cientificidade”⁵², e Michel Foucault insiste na importância de resgatar os saberes que em certa época foram “assujeitados”, isto é, rotulados como impróprios a compor o rol dos saberes reconhecidamente científicos e que, por via de consequência, foram esquecidos ou estigmatizados.

Importa situar os saberes em relação à sua historicidade (em um presente estruturado entre tradição e devir) e, sobretudo, em referência à sua inserção nas lutas pelo reconhecimento que fundam os campos propícios a transformar esses saberes em relações dissimétricas de poder. Assim, a qualquer elemento discursivo de um dispositivo corresponde uma épistemè particular, que coloca este discurso na posição que o jogo próprio das relações de poder o atribui. Este lugar, aliás, encontra-se em constante mutação e contingente às flutuações dos jogos relacionais expressos dentro de seu campo e/ou dispositivo. Tanto as épistemès (o dito) quanto as instituições (o não dito) são partes fundantes dos dispositivos e das relações de poder que os constroem e que eles “coordenam”.

Além desta primeira característica do dispositivo (conjunto de elementos discursivos e não discursivos), o filósofo acrescenta uma segunda: a ligação dos elementos por meio de uma *rede*. Entre esses elementos heterogêneos, diz Foucault, “existe um tipo de jogo, trocas de posições, modificações de funções que também podem ser muito diferentes” (e ao mesmo tempo podem envolver elementos expostos, publicizados e outros invisibilizados). Isto significa que temos em Foucault uma proposta de desvio metodológico das dinâmicas sociais, fugindo do modelo que parte do estudo de instituições normatizadas para nos concentrar na análise empírica das redes de poder que se articulam entre si para produzir determinados efeitos nos processos de diferenciação social. Como bem o sociólogo francês observou Pierre Sauvêtre:

50 FOUCAULT, 1994. p. 301

51 FOUCAULT: 1995. p. 235.

52 Se, por um lado, parece claro a Foucault que todo dispositivo não discursivo significa uma instituição, nada indica *a priori* que o conceito épistemè recubra o conjunto dos elementos discursivos compondo um dispositivo. A épistemè, no entanto, não deve ser reduzida ao campo do discurso científico: há de relacioná-la com a produção dos saberes e às relações de poder que esta produção cria, por além da simples consolidação de um “campo de cientificidade”.

Foucault não deduz a continuidade das instituições de uma norma social (problemática sociológica) ou do aparelho de Estado (problemática jurídica), mas, partindo de sua descontinuidade, ele estabelece sua continuidade disciplinar mais profunda por meio de um estudo detalhado da circulação em redes do poder⁵³.

Finalmente, a terceira característica que define um dispositivo é que este designa uma espécie “de formação”, que num certo momento histórico, teve por função essencial responder a uma *urgência*. O dispositivo, portanto, tem uma função eminentemente “estratégica”⁵⁴. Caso quisermos resumir esta definição, talvez possamos definir o dispositivo como uma rede de elementos heterogêneos (discursivos e não discursivos, expostos e invisibilizados) cuja formação corresponde a uma função estratégica específica⁵⁵.

A *estratégia* é provavelmente o mais importante componente do dispositivo, porque esta reina na estruturação da rede formada pelos elementos do dispositivo. Poderíamos dizer que a estratégia é duplamente a razão do dispositivo: ela é ao mesmo tempo o motivo originário e a grade racional que estrutura o dispositivo, ou se quisermos nos referir a um termo grego, a estratégia estrutura a *arkhè* do Estado, seu princípio originário organizador. Reside aqui, a meu ver, a principal dificuldade da identificação de um dispositivo: determinar a estratégia que efetivamente sustenta e orienta a sua formação. Como reivindica o próprio Foucault: “Quando eu falo de estratégia, eu levo o termo a sério: para que certa relação de forças possa não apenas se manter, mas também se acentuar, se estabilizar, ganhar maior espectro, é necessário que tenha uma manobra [manœuvre]”⁵⁶.

Isto significa que, na procura pelas estratégias, o pesquisador tenha de tentar desvendar ao mesmo tempo estratégias publicizadas ou explícitas, e outras veladas ou implícitas. As estratégias mais explícitas são na maioria das vezes traduzidas em discursos, regimes de saberes e exposições mais ou menos assumidas de valores morais ou éticos. Por sua vez, as manobras das estratégias mais veladas se escondam nas práticas sociais governamentais que as sustentam. A partir de Foucault, Pierre Sauvêtre observa o seguinte:

53 SAUVETRE, 2009. p. 172. Tradução nossa.

54 FOUCAULT: 1994. p. 299

55 DELUCHEY, 2016.

56 FOUCAULT: 1994. p. 309. Tradução nossa.

Por mais que as estratégias sejam racionais, elas geralmente permanecem não formuladas, e os programas que externalizam a finalidade justificadora da instituição servem de máscara para a mesma, o que garante que elas perdurem sem ser contestadas⁵⁷.

Por isto Foucault dedicou tanta energia a estudar as práticas que fundavam determinada arte de governar, no sentido de governar aos outros e a si próprio (*governamentalidade*). Apenas o estudo dessas práticas nos oferece a possibilidade de transbordar a mensagem autojustificadora da finalidade da instituição, permitindo observar o que ela se dispõe, materialmente, a consolidar nas relações de poder. Através deste exercício metodológico, podemos realizar a crítica da instituição como “*noção autojustificadora que leva consigo a evidência de sua naturalidade*”⁵⁸.

Nessas condições, melhor vale pensar o Estado: 1) a partir do estudo da *governamentalidade* que estrutura continuamente, entre oscilações e mudanças, a racionalidade que sustenta e dá sentido ao “Estado”, 2) a partir do estudo das estratégias que provocam fixações e transformações na governamentalidade. A este respeito, o fato de que um dispositivo, como diz Foucault, é marcado tanto por uma *sobredeterminação* quanto por um *preenchimento estratégico contínuo* nos dá duas pistas epistemológicas suplementares para estudar e qualificar o objeto “Estado”⁵⁹. Também nos oferece uma proposta de definição do Estado a partir de uma sugestão epistemológica: o Estado poderia ser definido como um *metadispositivo*. Estudar o Estado como metadispositivo permitiria 1) dar conta da concentração de capitais que reinou na sua gênese, e que Bourdieu associa à detenção de um *metacapital*, e 2) levar a sério a estratégia (manobra) que levou à fundação do Estado, como o sugere Michel Foucault.

Nesta ótica, o “X” que chamamos de Estado poderia designar um *meta-dispositivo* juridicamente consolidado (composto por instituições e regimes de saber ou *épistémès*) que, por meio de um processo de *sobredeterminação* das relações sociais em um campo social definido como “estatal” e de um processo de *preenchimento estratégico contínuo* (garantindo sua relativa estabilidade frente às constantes lutas sociais), visa estrategicamente

57 SAUVETRE, 2009, p. 172. Tradução nossa.

58 SAUVETRE, 2009, p. 176. Tradução nossa.

59 FOUCAULT, 1994; DELUCHEY, 2016

te ao reconhecimento de seu monopólio na definição dos usos sociais da violência física e simbólica sobre determinado território e sobre determinada população, no objetivo de fixar e garantir determinado regime de diferenciação social das formas de vida.

Pensar o Estado como metadispositivo não deve nos deixar cair na armadilha dóxica de buscar encontrar uma essência ao Estado. Pelo contrário, impõe que prestemos atenção nos dispositivos que estruturam a ficção estatal, e logo, que estudemos as estratégias que levam a reivindicar o monopólio legitimador da coerção física e simbólica necessária à realização dos objetivos estratégicos visados. Pensar o Estado como metadispositivo implica focar o estudo do Estado na governamentalidade, nos dispositivos e nas estratégias que atravessam esse espaço / instituído que chamamos de Estado em busca de sua consolidação. Mais de que determinar uma essência, a noção de metadispositivo deixa aberto o “X” estatal; de tal forma que possamos dar conta ao mesmo tempo do estudo da obra de fixação do presente representada pelo Estado, como também levar em consideração a mutabilidade constante do Estado, marcado por um preenchimento estratégico contínuo extremamente complexo de ser identificado racionalmente ou empiricamente. Este preenchimento estratégico contínuo do metadispositivo estatal nos impõe um estudo dos jogos sociais de força que povoam e estruturam o Estado para constantemente modificá-lo.

Antes mesmo da crítica realizada por Foucault à instituição carcerária, Karl Marx percebeu, no seu estudo “Sobre a questão judaica”, como um ou outro preenchimento estratégico pode mudar e transformar o espaço / instituído estatal. No referido texto, Marx nos mostra o quão delicado e o quão importante é identificar a estratégia que serve de princípio estruturante ao Estado, isto é, à sua organização institucional, às suas normatividades, aos seus atores e às suas práticas:

O Estado como Estado anula, p. ex., a *propriedade privada*; o homem declara, em termos *políticos*, a propriedade privada como *abolida* assim que abole o caráter censitário da elegibilidade ativa e passiva [...]. No Entanto, a anulação política da propriedade privada não só não leva à anulação da propriedade privada, mas até mesmo a pressupõe. O Estado anula à sua maneira a diferenciação por nascimento, estamento, formação e atividade laboral ao declarar nascimento, estamento, formação e atividade laboral como diferenças apolíticas, ao proclamar cada membro do povo, sem consideração dessas diferen-

ças, como participante igualitário da soberania nacional, ao tratar todos os elementos da vida real de um povo a partir do ponto de vista do Estado. Não obstante, o Estado permite que a propriedade privada, a formação, a atividade laboral atuem à maneira delas, isto é, como propriedade privada, como formação, como atividade laboral, e tornem efetiva a sua essência particular. Longe de anular essas diferenças fáticas, ele existe tão somente sob o pressuposto delas, ele só se percebe como Estado político e a sua universalidade só torna efetiva em oposição a esses elementos próprios dele⁶⁰.

Para acrescentar à dificuldade de identificar uma estratégia específica, a sobredeterminação do espaço / instituído estatal: 1) não é nunca pré-determinada, 2) não tem uma materialidade fixa e nem corresponde a uma estratégia constante. Melhor vale observar o Estado pelo vazio que ele oferece às forças sociais: a sobredeterminação estatal não é nada senão o que os atores buscam no ou em relação ao Estado na esperança de retirar algum ganho na consecução de suas estratégias particulares.

Ao procurar a essência do Estado, apenas poderíamos encontrar um emaranhado complexo de relações estratégicas que fixam no Estado os traços, discursos e práticas de governamentalidade que os atores sociais procuram valorizar no intuito de ver seus objetivos estratégicos vencerem nas lutas sociais. Por conseguinte, é uma definição por defeito que ofereço aqui; uma definição agnóstica que apenas determina o que é o Estado a partir do estudo de como e em que medida os atores sociais atribuem ao Estado a capacidade de mediar, consolidar, ofuscar os discursos e instituições que mais poderiam lhes convir na busca de sucesso para suas estratégias. Como observa Michel Foucault:

... o Estado, sem dúvida, não mais hoje em dia do que no curso da sua história, nunca teve essa unidade, essa individualidade, essa funcionalidade rigorosa e, diria até, essa importância. Afinal de contas, o Estado talvez não seja mais que uma realidade compósita e uma abstração mitificada cuja importância é bem mais reduzida do que se imagina.⁶¹

60 MARX, 2010. pp.39-40

61 FOUCAULT, 2009. p. 144

Não diria, como Foucault, que a importância do Estado seja tão supervalorizada quanto ele propõe. Repito: seria equivocados pensar o Estado como uma abstração sem conteúdo. O caráter mítico da abstração estatal, a sua identidade como entidade teológica, é o que dá ao Estado sua materialidade. A partir desta abstração, os atores sociais em busca de recursos capitalísticos para suas estratégias lutam entre si para ver reconhecidos o seu ponto de vista particular como ponto de vista universal e, se possível, traduzir este ponto de vista em norma jurídica. O que está em jogo, no metadispositivo chamado Estado, é a universalização dos pontos de vista particulares a partir de uma fixação temporária das lutas sociais em determinada institucionalidade e determinado regime de saber.

É a partir do Estado e da imposição como universais dos valores e práticas sociais particulares que se consegue, por um tempo, que suas estratégias sejam vencedoras nas lutas sociais. Por isto, como preconiza Foucault, pensar o Estado significa levar o termo “estratégia” a sério, e tentar descobrir qual a manobra (*manœuvre*) que consegue, em relação a cada estratégia visada pelos grupos sociais dominantes, fixar, manter e consolidar a relação de forças em um metadispositivo estatal suscetível de consagrar juridicamente a vitória que consiste em impor seu ponto de vista particular em universal.

7. Considerações finais

A este ponto final da reflexão, podemos voltar ao Max Weber e afirmar que se recusarmos a definição clássica do sociólogo alemão como “essência” do Estado, esta definição tem o mérito de definir o que há de mais contingente no Estado, isto é, em determinado momento ele é usado para fixar, em regimes de saber e instituições, a reivindicação universalista dos pontos de vistas dominantes. Nesta condição contingente e temporária (e apenas nesta condição), podemos afirmar com Weber que o Estado pode ser associado a uma comunidade humana que, “reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima”. Existe, de fato, uma comunidade humana ou grupo social que, num momento determinado (presente), consegue impor as suas estratégias como universais e vencer a luta social que visa à consagração jurídica monopolística dos regimes de saber e instituições que atendem da melhor forma a defesa dos seus interesses e estratégias. Agora, esta comunidade humana não pode ser confundida com um “povo”: esta

é uma classe dominante que ganhou a guerra de transformação de seus interesses particulares em interesses universais consagrados juridicamente no campo estatal. Talvez seja o que Max Weber quis significar mais claramente quando ele afirma, no mesmo texto *A política como vocação*, i.e., “o Estado é uma relação de homens dominando homens, relação mantida por meio da violência legítima (isto é, considerada como legítima). Para que o Estado exista, os dominados devem obedecer à autoridade alegada pelos detentores do poder”⁶².

A proposta agnóstica de definição do Estado como metadispositivo, evidentemente, não pretende resolver inúmeros problemas pendentes: se existe manobra ou manipulação das estratégias e interesses no Estado, esta vem de quem? Como esta manobra se expressa nos processos de subjetivação dos indivíduos? Como esta manobra se situa em relação à estrutura social da dominação? Por quais manobras um ponto de vista particular consegue se impor como universal? Como manobras contra-hegemônicas podem encontrar sucesso no metadispositivo estatal? Estas perguntas têm de ser tratadas para confirmar a riqueza do uso dos conceitos de governamentalidade, de dispositivo e de estratégia ao serviço do estudo do “Estado”.

Referências

- ALTHUSSER, Louis. Contradiction et Surdétermination (notes pour une recherche). In : ALTHUSSER, Louis. *Pour Marx*. Paris: La Découverte, p. 85-128, 1986 [1962].
- ALTHUSSER, Louis. Idéologie et Appareils Idéologiques d’État (notes pour une recherche). In : ALTHUSSER, Louis. *Positions (1964-1975)*, Paris: Éditions Sociales, p. 67-125, 1976.
- BACHELARD, Gaston. *La formation de l’esprit scientifique*, Paris: J. Vrin, 2011 [1938].
- BADIOU, Alain. L’emblème démocratique. In : AGAMBEN, Giorgio. BADIOU, Alain. (et al.). *Démocratie, dans quel état ?* Paris : La Fabrique, p. 15-26, 2009.
- BLACKBURN, Ronald (Org.). *Ideologia na Ciência Social*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

62 WEBER, 2004. p. 526.

- BOURDIEU, Pierre. Introdução a uma Sociologia Reflexiva. In BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: B. Brasil, 1989.
- BOURDIEU, Pierre. *Meditações Pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001 [1997].
- BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas. Sobre a teoria da ação*. Campinas (SP): Papirus, 2008 [1994].
- BOURDIEU, Pierre. *Sur l'Etat. Cours au Collège de France (1989-1992)*, Paris: Éditions Raisons d'agir / Éditions du Seuil, 2012.
- DELEUZE, Gilles. *Conversações 1972-1990*. São Paulo: Ed. 14, 1992.
- DELUCHEY, Jean-François. Sobre estratégias e dispositivos normativos em Foucault: considerações de método. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 40, n.2, p. 175-196, jul/dez 2016.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DURKHEIM, Emile. *As formas elementares da vida religiosa. O sistema totêmico na Austrália*, São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1912].
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*, vol. 2: "Formação do Estado e Civilização", Rio de Janeiro: Zahar, 1993 [1939].
- ENGELS, Friedrich. KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. São Paulo: Boitempo, 2012 [1887].
- FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. Le jeu de Michel Foucault. In : Foucault, Michel. *Dits et Écrits 1954-1988, Vol. III "1976-1979"*. Paris : Éditions Gallimard, p. 298-329, 1994. Originalmente publicado em *Ornicar? Bulletin périodique du champ freudien*. n.10, p. 62-93, julho 1977.
- FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS H., RABINOW P. *Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 231-249, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*, São Paulo: Martins Fontes, 2009 [1978].
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [1979].
- FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu*, Rio de Janeiro: Imago Editora, 2006 [1913].
- GRAMSCI, Antônio. *Cadernos do cárcere. Vol. 3. Maquiavel: Notas sobre o Estado e a Política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011/1932-1934 (4a ed.).

- HOBBS, Thomas. *Leviatã*, São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1651].
- HOBBS, Thomas. *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill*. Oxford, Clarendon Press, 1929 [1651].
- MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel: Introdução*. São Paulo: Expressão Popular, 2010a [1844].
- MARX, Karl. *Le 18 Brumaire de Napoléon Bonaparte*. Paris: Éditions Science Marxiste, 2010b [1869].
- MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo. 2010 [1843].
- MASCARO, Alysson L. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- NIETZSCHE, Friedrich. *La Généalogie de la Morale*. Paris: Librairie Générale Française, 2000 [1887].
- PASCAL, Blaise. *Les Pensées*. Paris: P. Lethielleux, 1896 [1669].
- POULANTZAS, Nicos. *L'État, le pouvoir, le socialisme*. Paris: PUF, 1981 [1978].
- RANCIÈRE, Jacques. *Aux bords du politique*, Paris: Éditions La Fabrique, 2007 [1998].
- SAUVÊTRE, Pierre. Michel Foucault : problématisation et transformation des institutions. *Tracés*. Vol. 17, n.2, pp. 165-177. 2009.
- SAWYER, Stephen W. Foucault and the State. *The Tocqueville Review / La Revue Toqueville*. Vol. XXXVI, n.1, pp. 135-164. 2015.
- TILLY, Charles. *Coerção, capital e Estados europeus (990-1992)*, São Paulo: EDUSP, 1996.
- WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. organização, edição e introdução por H. H. Gerth e C. Wright Mills, Rio de Janeiro: LTC, 1982 [edição original inglesa de 1946, conferência de Weber de 1919].
- WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia Contra Capitalismo. A renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2003 [1995].

Recebido em 16 de novembro de 2017.

Aprovado em 23 de outubro de 2018.

A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil

The ADPF 347 and the “Unconstitutional State of Affairs”: dialogic activism and democratization of the control of constitutionality in Brazil

Katya Kozicki *

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil

Bianca Maruszczak Schneider Van Der Broecke **

Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba-PR, Brasil

1. Introdução

Recentemente restou declarado pelo Supremo Tribunal Federal o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, quando da análise da medida cautelar suscitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/2015. Referido instituto, originário da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, tem sido empregado nesse país para a solução de demandas que visam dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos, a partir da adoção de “medidas estruturais”.

* Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da Universidade Federal do Paraná. Doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Mestra em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993). Graduada em Ciências Econômicas pela Faculdade Católica de Administração e Economia (1998). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1986).

** Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na PUC-PR, bolsista CAPES/PROEX. Mestra em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (2007). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba (2003).

O emprego desse novo tipo de mecanismo procedimental faz parte de uma tendência observada tanto em países da América Latina, como em outras nações em desenvolvimento, que tem como pano de fundo uma intervenção judicial criativa em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de “litígios estruturais”. Contudo, a origem desse modelo de ativismo judicial remonta ao julgamento do emblemático caso *Brown v. Board of Education* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em que, diante do persistente descumprimento da sentença que punha fim à segregação racial nas escolas públicas da região sul, foi proferida nova decisão (*Brown II*), contendo ordens estruturais para a reforma em larga escala das instituições que se encontravam em mau funcionamento, a partir do pressuposto de uma relação de colaboração entre as esferas de poder envolvidas.

Na Colômbia, a *sentencia* T-025 de 2004, proferida a partir da declaração do ECI dos deslocados internos em razão do conflito armado (*desplazados*), é tida como paradigmática em razão do sucesso na efetiva resolução do litígio estrutural. Neste caso, a Corte Constitucional emitiu ordens flexíveis, deixando para os entes representativos do Estado a formulação das políticas públicas para amparo da população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de Audiências Públicas periódicas, com a participação dos atores governamentais, organismos da sociedade civil e cidadãos interessados sobre o tema, para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as ações tomadas e o sucesso da sua implementação.

Ao que se vê, além da interação e cooperação institucional, a superação do ECI pressupõe a participação popular e a deliberação democrática na tomada de decisão, o que remonta às bases do “novo constitucionalismo latino-americano” em que se insere a ordem constitucional colombiana. Ademais, traz a lume o diálogo desse modelo com o do constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel, que vislumbram no Poder Executivo, no Poder Legislativo e, principalmente, na sociedade, foros igualmente autorizados e relevantes para a interpretação da Constituição, a legitimar democraticamente a última palavra das Cortes Constitucionais.

Levando-se em conta as feições emprestadas ao procedimento do ECI pela jurisprudência da Colômbia, incumbirá ao STF, na superação do quadro de inconstitucionalidade em que se encontra há muito o sistema penitenciário brasileiro, não apenas atuar em cooperação com os demais poderes estatais, mas também com representantes do povo, na formulação e

consequente fiscalização da efetivação de medidas estruturais condizentes com a salvaguarda dos direitos fundamentais violados.

Diante desse quadro, a questão que se coloca no presente artigo é se existem meios processuais adequados no sistema jurídico brasileiro para a adoção de um modelo dialógico pelo Supremo Tribunal Federal, que priorize a deliberação pública, na superação do “Estado de Coisas Inconstitucional” arguido e reconhecido na ADPF 347, em prol de um constitucionalismo democrático.

Tendo em vista que o instrumento da Audiência Pública, utilizado com êxito no monitoramento do cumprimento das ordens contidas na *sentencia* T-025/2004 na Colômbia, também tem previsão no sistema jurídico brasileiro, pode-se dizer que o meio processual adequado e compatível com um constitucionalismo democrático existe. No entanto, a partir da análise da forma como as audiências públicas se desenvolvem no contexto do controle judicial de constitucionalidade, verifica-se que não há espaço para o diálogo e a deliberação.

A proposta deste trabalho é traçar o caminho para que se definam as expectativas para o uso das audiências públicas pelo STF na superação do ECI, mediante o emprego do método lógico dedutivo, visto que a pesquisa teve por base a investigação dedutiva da doutrina e jurisprudência sobre o tema, utilizando-se, principalmente, o material bibliográfico. Para tanto, no primeiro tópico, procura-se contextualizar a judicialização da política e o ativismo do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais na América-Latina e no Brasil, reconhecendo a declaração do ECI como um dos seus desdobramentos. A fim de definir os contornos desse novo mecanismo procedimental, empreende-se o estudo das suas origens, sediadas no conceito “litígio estrutural”.

No segundo tópico do artigo, passa-se à análise do emprego da declaração do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia, que tem papel de destaque no desenvolvimento de uma jurisprudência ativista na América Latina, principalmente no que tange à concretização dos direitos sociais, sendo um dos componentes para esse avanço em prol do desenvolvimento social colombiano, a atuação desse tribunal em litígios estruturais. Nessa toada, apresenta-se como razões para o seu sucesso na *sentencia* T-025/2004, a promoção da prática dialógica entre os ramos do Poder, bem como o processo de monitoramento contínuo do cumprimento da sentença com o favorecimento do debate a uma ampla variedade de atores governamentais

e não governamentais sobre os procedimentos a serem adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos sociais envolvidos, que têm como paradigma um “constitucionalismo dialógico”, associado a um concepção de democracia deliberativa.

Partindo-se dessas premissas, no terceiro tópico intenta-se demonstrar os pontos de convergência entre o “novo constitucionalismo latino-americano”, no qual o ECI se insere, e o constitucionalismo democrático, no que tange à deliberação pública na tomada de decisão. Este modelo preza o papel essencial que a participação popular exerce direcionando e legitimando os institutos e práticas do controle judicial de constitucionalidade.

E, por fim, no quarto tópico, expõem-se as nuances da recente declaração de ECI do sistema carcerário brasileiro no bojo da ADPF 347/20015, em que até o momento só houve decisão em sede de cautelar, para então adentrar-se na análise da atuação do STF em outros casos em que houve audiências públicas. Embora haja uma tendência de promoção do diálogo, inaugurada com a Audiência Pública convocada no caso da Lei de Biossegurança, atualmente trata-se este mecanismo de participação popular como expediente meramente informativo, nos termos da sua previsão legal.

São as audiências Públicas de monitoramento que conferem legitimidade às medidas estruturais propostas a partir da declaração do ECI em sede de controle judicial de constitucionalidade, na medida em que promovem rodadas deliberativas sobre as questões públicas envolvidas, em que há uma ampla discussão entre atores governamentais e não-governamentais. Destarte, longe de ser um instituto meramente informativo, a metodologia adotada pelo STF nas audiências públicas merece ser revisitada, abrindo a possibilidade de adoção de um modelo dialógico, compatível com o constitucionalismo democrático, no Brasil.

2. Litígios estruturais e a concretização de direitos fundamentais

Um dos desdobramentos mais significativos do período pós Segunda Guerra Mundial, observado nos governos democráticos do fim do século XX e início do século XXI, em inúmeros países, é a expansão da atuação do Poder Judiciário em detrimento das esferas representativas do Estado, por meio do fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade, o que tem resultado no desempenho de um papel cada vez mais preponderante por parte das Cortes Superiores na tomada de decisões políticas, em

oposição à autocontenção, enquanto forma consagrada de atuação. Aliada a este modelo de empoderamento judicial, vislumbra-se uma nova noção de democracia, vinculada à proteção de direitos e liberdades fundamentais e sua consequente constitucionalização, numa tentativa de salvaguardar indivíduos e grupos vulneráveis da potencial tirania da maioria.¹

Como pontua Ran Hirschl, tais mudanças, observadas como uma tendência global após a Segunda Guerra Mundial, foram empreendidas em países como Japão, Itália, França e Alemanha, enquanto subproduto da reconstrução política. Na Índia, assim como em outras antigas colônias britânicas, foram parte do processo de descolonização. Já em países como a África do Sul, Grécia, Portugal e Espanha, bem como na maior parte da América Latina, a constitucionalização de direitos e o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade advieram da transição de regimes semidemocráticos ou autoritários para democracias.²

Em países pós-comunistas e pós-soviéticos como Polônia, Hungria e Rússia, foram parte da transição tanto para um modelo de democracia ocidental, como para o de uma economia de mercado. Em outros casos, deram-se no cenário da incorporação de normas legais internacionais aos sistemas jurídicos domésticos, como ocorreu com a introdução da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos na Dinamarca, na Suécia e na Grã-Bretanha. E, em países como Nova Zelândia, Israel e Canadá, as reformas constitucionais e o correspondente estabelecimento de um controle judicial ativo de constitucionalidade não se deram como resultado aparente de alguma mudança fundamental nos regimes políticos ou econômicos³.

Na América Latina o constitucionalismo do final do século XX foi resultado da crise política e de direitos humanos decorrente das ditaduras dos anos sessenta e setenta, bem como da crise econômica relacionada com a implementação dos programas de ajuste estrutural característicos da década de noventa. E, em linhas gerais, as novas Constituições fortaleceram os compromissos sociais dos documentos anteriores, ao mesmo tempo em que mantiveram a tradicional estrutura de poder verticalizada, mediante sistemas presidencialistas fortes. Além disso, muitos países da região como Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile e El Salvador outorgaram

1 ELY, 2010, p. 12.

2 HIRSCHL, 2007, p. 7.

3 HIRSCHL, 2007, p. 8.

um status legal especial aos diferentes compromissos internacionais por eles assumidos em matéria de direitos humanos, a fim de assegurar maior proteção aos direitos afetados pelos governos autoritários recentes.⁴

Nesse contexto e diante da necessidade de se atender às crescentes demandas sociais, antes ignoradas, de uma classe trabalhadora cada vez mais forte e organizada, as Constituições latino-americanas começam a anexar novas preocupações sociais à velha matriz liberal-conservadora, introduzindo um novo constitucionalismo com “perfil social em matéria de derechos, pero todavia demasiado conservador em matéria de organización del poder”.⁵

Partindo da premissa de que as reformas operadas na seção dos direitos exercem influências na seção dedicada à distribuição de poder entre os distintos ramos do governo, entende Roberto Gargarella⁶, que uma das implicações da introdução dos direitos sociais nas Constituições latino-americanas, foi a transferência de poderes adicionais ao Judiciário, cujos membros passaram a ter a faculdade de tomar medidas ativas na implementação desses direitos constitucionais, quando demandados.

Embora a previsão desses direitos nas novas Constituições latino-americanas não tenha significado a sua conversão de pronto em realidade, o seu reconhecimento dotou de legitimidade a sua reivindicação. Por conseguinte, como aponta o autor argentino, tais cláusulas constitucionais que antes se encontravam adormecidas, consideradas como direitos “meramente programáticos”, começaram a despertar do seu longo sono no final do século XX e “fueron ganando vida propia, mediante una paulatina erosión de las barreras que enfrentaban para tornarse efectivas”⁷.

A assunção de uma posição de destaque dos direitos fundamentais de segunda dimensão nos textos constitucionais, visando atribuir aos poderes constituídos comportamento ativo na realização da justiça social, representou uma mudança no paradigma jurídico do Estado liberal, a partir da modificação da postura estatal abstencionista para o enfoque prestacional, no sentido da concretização desses direitos por meio das políticas públicas e da consequente intervenção do Estado na vida econômica e social.⁸

4 GARGARELLA, 2014a, pp. 270-274.

5 GARGARELLA, 2014a, pp. 201-202.

6 GARGARELLA, 2014a, pp. 252

7 GARGARELLA; COURTIS, 2009, p. 33.

8 BUCCI, 2006, pp. 3-4.

Destarte, em situações em que estas políticas estatais não se concretizam de forma plena e satisfatória, ou seja, quando os Poderes Legislativo e Executivo não são capazes de implementar os direitos econômicos, sociais e culturais constitucionalmente previstos, verifica-se a possibilidade de demandar judicialmente a efetivação desses direitos, e nesta atuação das Cortes se põe em evidência a dimensão política da jurisdição constitucional. O Poder Judiciário passa a ter uma atribuição residual em matéria de políticas públicas, devendo intervir em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais.⁹

As decisões para a efetivação e implementação desses direitos, além de caracterizarem-se pela gradualidade de seu processo de concreção, mostram-se, muitas vezes, dependentes das possibilidades orçamentárias dos Estados e da respectiva conjuntura política e tais dificuldades acabam por apontar “para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais”.¹⁰

No Brasil, a Constituição de 1988 adveio como uma forma de reação aos graves retrocessos consagrados constitucionalmente durante o governo militar, bem assim como resposta às aspirações relativas à superação da profunda desigualdade socioeconômica produzida ao longo da história do país. Para tanto, dentre outras mudanças, trouxe a previsão acerca da proibição da tortura, restabeleceu o voto direto e secreto, fixou penas severas contra as restrições às liberdades civis, dispôs sobre o acesso à justiça, incluiu mecanismos de participação política e estabeleceu um amplo rol de liberdades e direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, definindo inclusive os seus modos de concretização. Além disso, para o monitoramento eficiente do Estado enquanto concretizador de políticas públicas, consagrou o texto constitucional um Supremo Tribunal Federal ativo e independente, armado com um forte sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

A adoção de um catálogo constitucional de direitos e o fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade trouxeram como consequência a judicialização da política no país, passando algumas questões de grande repercussão política ou social a serem levadas ao Poder Judiciário e não ao

9 CANELA, 2011, p. 148.

10 SARLET, 2011, p. 54.

Estado-Legislador ou ao Estado-Administração, enquanto representantes eleitos do povo. Imposição da “fidelidade partidária” aos parlamentares, validade e aplicabilidade da “Lei da Ficha-Limpa”, greve do servidor público, demarcação de terras indígenas, autorização de pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias, casamento de pessoas do mesmo sexo, além da descriminalização do aborto de fetos anencefálicos, são alguns exemplos de atuação do STF sobre terreno em que deveria ter atuado o Estado-Legislador e a Administração, ambos legitimados pelos princípios formais da democracia.

Diante deste quadro de expansão do papel do judiciário verifica-se uma mudança de comportamento por parte dos agentes judiciais, no sentido de atuarem com uma maior autonomia no processo de tomada de decisão¹¹, mediante “interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes”¹², o que se entende por “ativismo judicial”.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, esse protagonismo institucional por parte das Cortes Constitucionais e Supremas, verificado em várias partes do mundo, manifesta-se por diferentes dimensões, bem como sofre influência de múltiplos fatores de natureza política, institucional, social e jurídico-cultural, sendo por ele assim definido:

Exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.¹³

Dentre as diferentes dimensões do ativismo judicial do STF, aponta o autor como dimensão processual aquela em que o tribunal amplia a própria participação na construção da ordem jurídica a partir da amplificação

11 KOENER, 2013, p. 71.

12 CAMPOS, 2014, p. 354.

13 CAMPOS, 2014, p. 348-349.

dos instrumentos processuais, como as hipóteses de cabimento das ações e dos recursos, bem como os efeitos das decisões.¹⁴ E, como dimensão de direitos, descreve a atuação da Corte para exigir do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhe deveres negativos e positivos de atuação. Nessa última perspectiva, prestacional, insere-se a interferência do STF na formulação e execução de políticas públicas, para assegurar a validade concreta de direitos sociais e econômicos.¹⁵

É nesse contexto que recentemente o STF declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro, abrindo as portas para a aplicabilidade de um novo mecanismo procedimental, que pressupõe a adoção de “medidas estruturais”¹⁶, a fim de dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos. Essa nova classe de ativismo judicial faz parte de uma tendência incipiente em países da América Latina e em outras nações em desenvolvimento, podendo ser ilustrada pela intervenção judicial em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁷, denominados de “litígios estruturais”.¹⁸ Conforme leciona César Rodríguez Garavito, estas ações se caracterizam por:

Afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre; b) involucrar a vários organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, por ejemplo, órdenes de cumplimiento inmediato en las que se instruye a diversos organismos administrativos para que tomen acciones coordinadas a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los denunciantes específicos del caso.¹⁹

14 CAMPOS, 2014, p. 356.

15 CAMPOS, 2015a, p. 357-358.

16 Os autores brasileiros que escrevem sobre o tema utilizam tanto o termo “remédios estruturais” (CAMPOS, 2015, p. 22), como a designação “medidas estruturantes” (JOBIM, 2013, p. 30), para nomear o mesmo instituto que, na doutrina comparada, também se denomina de “*medidas estructurales*” (GARAVITO, 2014, p. 213), tendo sido a tradução deste último nome a forma de identificação escolhida no presente trabalho.

17 GARAVITO, 2014, p. 213.

18 César Rodríguez Garavito utiliza o termo “casos estructurales”, que aqui traduziu-se como “litígios estruturais”, designação utilizada por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015, p. 42) na sua tese de doutoramento sobre o tema.

19 GARAVITO, 2014, p. 213.

Essa nova classe de tutela processual foi pioneiramente identificada e descrita em 1979, por Owen M. Fiss, que a partir da análise do provimento mandamental (*injunction*) proferido em 1955 no caso *Brown versus Board of Education II*, apontou um novo tipo de *Civil Rights Injunction*, a por ele denominada *structural injunction*.²⁰

Em 17 de maio de 1954, no caso *Brown versus Board of Education*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a segregação racial no sistema público de ensino do Sul inferiorizava os negros e feria a *Equal Protection Clause* contida na Décima Quarta Emenda à Constituição. Referida decisão objetivava o fim do Apartheid e foi emblemática na jurisdição constitucional norte-americana por se filiar a um ativismo judicial considerado progressista, a partir de uma interpretação desta cláusula de proteção no sentido de uma igualdade procedimental e também substancial, a ser norteadas por ações afirmativas em busca da invalidação das consequências prejudiciais da dominação hierárquica de alguns grupos sociais sobre outros.²¹

Um ano depois, em 31 de maio de 1955, diante das dificuldades para a implementação da decisão e sua conseqüente ineficácia, a Corte, em decisão unânime, revisitou a paradigmática sentença anterior, estabelecendo regras em relação ao decurso temporal e etapas necessários a alcançar o fim da segregação nas escolas públicas. O decreto judicial procurou regulamentar a reorganização do sistema de ensino, delegando responsabilidade para as autoridades escolares e Cortes locais no cumprimento dos princípios estabelecidos na decisão original, de 1954, nos seguintes termos:

Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles (...).²²

Como aponta Robert Cover, as Cortes federais distritais foram transformadas em entidades quase-administrativas para supervisionar o fim da segregação nas escolas e outras tarefas ocasionais envolvidas no desman-

20 FISS, 1978, pp. 9-10.

21 WEST, 1990, p. 693-695.

22 Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/BrownII.html><http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/cnlaw/BrownII.html>. Acesso em: 22/06/2016.

telamento do Apartheid, o que “may appear from one perspective to have been a radical institutional step at the borderland of legitimacy, and surely it did change the courts and their relations to their milieu”.²³ Mas, partindo de outra perspectiva, considera o autor ter sido a opção menos intrusiva, tendo se concretizado aos poucos, ao longo de um período de tempo e com diferentes velocidades de Estado para Estado, município para município e distrito escolar para distrito escolar. Segundo ele:

Any legislatively imposed program creating or extending the administrative apparatus necessary for success would have been quicker, less sensitive to variations, and overwhelmingly coercitive. When legislative programs finally did come, long after the ground had been broken and the wrost shocks absorbed by the judiciary, they were more prevasive, evenhanded, and effective than the courts had been.²⁴

Para Fiss, as ordens estruturais originadas deste tipo de litígio consubstanciam-se em um dos legados mais importantes da defesa dos *civil rights* norte-americanos em juízo, sendo o seu propósito a reorganização de uma instituição social a fim de evitar que uma ilegalidade se repita.²⁵ Além disso, devem ser entendidas como precursoras de um relacionamento entre a Suprema Corte e os entes governamentais²⁶, visto que a emissão de uma decisão dessa natureza significa menos um ato coercitivo, um comando, e mais um ato de colaboração, consubstanciado na declaração de que, doravante, “the Court will direct or manage the reconstruction of the social institution, in order to bring it into conformity with the Constitution”.²⁷

Como pontua o autor norte-americano, tais litígios estruturais inovam ao ocasionar uma mudança de postura do juiz, bem como uma relação de longa duração entre ele e a instituição envolvida, mediante uma série de intervenções, seja aprimorando a especificidade ou modificando as deci-

23 COVER, 1982, p. 46.

24 COVER, 1982, p. 47.

25 FISS, 1978, pp. 11-12.

26 Conforme destaca Owen M. Fiss (1978, p. 10-11), a partir da experiência com o fim da segregação racial no sistema público de ensino, as Cortes se atentaram para a reorganização estrutural de outras instituições que operavam de forma a violar a Constituição, como hospitais psiquiátricos e prisões, para a proteção do direito contra punições cruéis e desumanas, bem como do direito ao tratamento médico-hospitalar adequado.

27 FISS, 1978, pp. 36-37.

sões previamente emitidas, seja convidando ou permitindo a participação de *amici curiae*, ou mesmo incentivando a criação de novas agências para ajudar no controle do cumprimento da decisão judicial.²⁸

Ademais, o propósito preponderante transformador inerente às sentenças estruturais se justifica diante da especial natureza substantiva da reivindicação, qual seja, a sistemática negação de direitos fundamentais a um determinado grupo social. Nesse sentido, esclarece Fiss que “procedure is not independent of substance. In the context of injunctive remedies, and perhaps other contexts as well, the civil rights era teaches that procedure is, and should be, ineluctably tied to the merits and nature of the underlying substantive claim”.²⁹

Contemporaneamente, esse modelo de ativismo judicial tem sido observado em países como África do Sul, Índia, Argentina e Colômbia, onde as Cortes Constitucionais tem vislumbrado a necessidade de adoção de uma nova postura procedimental a fim de dar efetividade a direitos fundamentais de segunda dimensão.

Em relação ao Brasil, a recente “migração constitucional”³⁰ do procedimento adotado pela Corte colombiana em litígios estruturais, a partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário pelo Supremo Tribunal Federal, pressupõe uma intervenção judicial por meio de práticas dialógicas, que originem a emissão de ordens flexíveis e a retenção de jurisdição para o monitoramento do cumprimento da decisão, a fim de promover a efetiva reforma dos conjuntos instrumentais-governamentais envolvidos na violação massiva e sistemática de direitos fundamentais e, também, como acréscimo a deliberação democrática.

3. O Estado de Coisas Inconstitucional na jurisprudência colombiana

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em sede de controle judicial de constitucionalidade pela Corte colombiana traz a lume a relevância pública que o ativismo judicial com relação aos direitos econômicos,

28 FISS, 1978, pp. 92-93.

29 FISS, 1978, pp. 97.

30 Aqui utilizando o conceito de Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 519-524), no sentido da migração (ou “empréstimo”) de ideias constitucionais, que propicia a integração horizontal entre ordens jurídicas nacionais, por meio do diálogo entre tribunais, ou seja, do livre comércio de experiências, ideias, teorias.

sociais e culturais tem adquirido nas últimas décadas na América Latina³¹, inserindo-se no quadro das novas conformações decorrentes da mudança da forma de se pensar a Constituição na região. A série de reformas constitucionais promovidas em boa parte desses países desde o final do século XX, a que se dá o nome de “novo constitucionalismo latino-americano”, deu origem a novas Constituições que além de fortalecerem os compromissos sociais, a partir da incorporação de largas listas de direitos sociais, econômicos e culturais, introduziram cláusulas de participação popular.³²

Como aponta Rodrigo Uprimny³³, a partir da metade da década de oitenta a América Latina vivenciou um intenso período de mudanças constitucionais, tendo quase todos os países ou adotado uma nova Constituição (Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1993, Equador em 1998 e em 2008, Peru em 1993, Venezuela em 1999, e Bolívia em 2009, dentre outros) ou introduzido alterações importantes nas Constituições já existentes (Argentina em 1994, México em 1992 e Costa Rica em 1989).

Tendo em conta as desigualdades sociais e econômicas que afetavam e ainda hoje afetam a região, bem como da ausência de identidade entre os interesses dos representantes políticos e os representados, e a necessidade de melhora das condições de vida que, “em xeral, em América Latina non cumpren coas expectativas esperadas nos tempos actuais”³⁴, a maioria dessas reformas compartilha alguns pontos em comum. Nesse sentido, menciona-se o reconhecimento da diversidade étnica e cultural e da igualdade entre as diferentes religiões, incluindo as indígenas; a abertura ao direito internacional dos direitos humanos; e a proteção especial a grupos tradicionalmente discriminados, tendo muitas constituições expressado um forte compromisso com a igualdade, não só a partir da proibição da discriminação com base na raça, sexo, e outros fatores, mas também por meio da previsão de políticas de ação afirmativa especiais para tornar a igualdade real e eficaz.³⁵

Praticamente todas as nações latino-americanas foram bastante gerosas no reconhecimento constitucional de direitos aos seus cidadãos, por

31 GARAVITO, 2014, p. 214.

32 GARGARELLA, 2014a, pp. 281-283.

33 UPRIMNY, 2011, p. 1587.

34 DALMAU, 2008, p. 8.

35 UPRIMNY, 2011, pp. 1590-1591.

meio da incorporação dos direitos civis e políticos, bem como do estabelecimento de uma larga lista de direitos econômicos, sociais e culturais, no escopo de colocar o Estado a serviço da construção da igualdade e da justiça social. No intento de assegurar que tais direitos fundamentais teriam efeitos práticos em vez de ser meramente retórica, além de fortalecerem a jurisdição constitucional, muitas reformas criaram formas de proteção judicial direta, como a *acción de tutela*³⁶ prevista na Constituição Colombiana de 1991.³⁷

A Corte Constitucional da Colômbia tem papel de destaque no desenvolvimento de uma jurisprudência ativista na América Latina, principalmente no que tange à concretização dos direitos sociais, a partir da ampla possibilidade de acesso a sua jurisdição por meio da referida *acción de tutela*, que pode ser proposta por qualquer cidadão para a defesa dos seus direitos constitucionais fundamentais, quando estes resultem ameaçados ou violados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública.³⁸

Como anota Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a Corte tem empregado uma interpretação criativa da Constituição “para dar conta da relevância em preservar os comandos constitucionais diante da realidade socioeconômica do país e, assim, garantir as liberdades individuais, reduzir as desigualdades sociais e proteger minorias vulneráveis e marginalizadas”.³⁹

Um dos componentes para o avanço dos direitos fundamentais em prol do desenvolvimento social dos colombianos foi o ativismo da Corte em litígios estruturais, por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Este mecanismo procedimental passou a ser utilizado pela

36 No título II da Constituição Colombiana encontram-se estabelecidos os direitos fundamentais (políticos e civis), os direitos sociais, econômicos e culturais, e os direitos coletivos e do meio ambiente, bem como os mecanismos de proteção e aplicação desses direitos, dentre os quais há a previsão da ação de tutela, nos seguintes termos:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

37 UPRIMNY, 2011, p. 1593.

38 CAMPOS, 2014, pp. 122-123.

39 CAMPOS, 2014, p. 124.

jurisprudência constitucional da Colômbia a partir da constatação da existência de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais (ações ou omissões persistentes por parte do Poder Público), cuja superação somente é possível mediante a adoção de um conjunto coordenado de medidas governamentais de natureza legislativa, executiva, administrativa e orçamentária, ou seja, de políticas públicas que envolvam uma pluralidade de atores públicos. Conforme conceitua Luis Carlos Alzate Ríos:

El Estado de Cosas Inconstitucional, es un conjunto de hechos, acciones u omisiones que dan como resultado una violación masiva de los derechos fundamentales. Estos hechos pueden emanar de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales, o de un problema estructural que no sólo compromete una autoridad en particular sino que incluye consigo la organización y funcionamiento del Estado, y que por tanto se puede calificar como una política pública, de donde nazca la violación generalizada de los derechos fundamentales.⁴⁰

A declaração do ECI é realizada em sede de controle concreto de constitucionalidade, quando da revisão das decisões judiciais proferidas nas *acciones de tutela*⁴¹ e foi utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia pela primeira vez em 1997, em razão de demandas judiciais envolvendo a não filiação de professores municipais ao sistema de seguridade social.⁴² Desde então, a Corte passou a desenvolver e aperfeiçoar o procedimento em uma série de decisões similares, como em relação à superpopulação carcerária⁴³, à falta de proteção para os defensores dos direitos humanos⁴⁴, à negativa de

40 RÍOS, 2004, p. 9.

41 A Corte Constitucional Colombiana exerce o controle de constitucionalidade concreto em sede de revisão das decisões judiciais tomadas nas *acciones de tutela*, conforme se depreende da leitura do art. 86 da Constituição (v. nota 36) e do art. 241, inciso 9, *in verbis*:

“ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...)

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.”

42 *Sentencia* SU-559/1997.

43 *Sentencia* T-153/1998.

44 *Sentencia* T-590/1998.

realização de concurso público para o provimento de cargos de notários⁴⁵ e a falhas no sistema de saúde pública.⁴⁶

Todavia, foi na paradigmática *sentencia* T-025 de 2004, concernente à emergência humanitária causada pelo deslocamento forçado de famílias em meio ao conflito armado colombiano, que se obteve maior êxito na resolução do litígio estrutural. A Corte Constitucional emitiu ordens flexíveis, deixando para o Poder Público a formulação das políticas públicas para o amparo dessa população vulnerável, bem como reteve a jurisdição e determinou a realização de Audiências Públicas periódicas para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as medidas tomadas e o sucesso da sua implementação.⁴⁷

Garavito, a partir de um detalhado estudo de caso das três principais sentenças estruturais da Corte Constitucional Colombiana, realiza uma comparação acerca do impacto relativamente profundo da mencionada decisão T-025 de 2004 em relação aos efeitos muito mais modestos das demais, quais sejam, a T-153 de 1998, que versou sobre a superpopulação carcerária, e a T -760 de 2008, sobre o direito à saúde.⁴⁸ Norteando

45 *Sentencia* SU-250/1999.

46 *Sentencia* T-760/2008. Neste caso, embora a Corte Constitucional da Colômbia não tenha declarado formalmente o ECI, ordenou uma série de medidas estruturais provisionais, bem como um processo de monitoramento com o fim de obrigar o governo a resolver os atrasos legislativos e administrativos que debilitavam gravemente o sistema de saúde pública e sobrecarregavam os tribunais com demandas judiciais de pacientes que reclamavam medicamentos e tratamentos básicos.

47 Nessa sentença a Corte Constitucional Colombiana emitiu três ordens principais: a) a formulação de um plano coerente de ação pelo governo para resolver a emergência humanitária dos deslocados internos e superar o estado de coisas inconstitucional; b) o cálculo pela administração do recurso financeiro necessário para se pôr em prática um plano de ação como esse e explorar todas as vias possíveis para investir, na prática, a quantia calculada para os programas dirigidos aos deslocados internos; e c) a garantia de proteção pelo governo, no mínimo, do núcleo essencial da maioria dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas, quais sejam, a alimentação, a saúde, a educação, a moradia e a terra. A Corte estipulou prazos para avaliar o progresso no cumprimento destas ordens, que envolviam tanto entidades administrativas nacionais como autoridades locais, bem como promoveu a coordenação tanto entre esses organismos administrativos, como entre as agências relacionadas indiretamente com o caso. Um ano após a sentença, como resposta direta à primeira ordem, o governo aprovou um Plano Nacional de Atenção Integral para a População Deslocada pela Violência. Além disso, formaram-se organizações e coalisões da sociedade civil com o propósito de contribuir para a execução da decisão da T-25, culminando com a criação da Comissão de Seguimento da Política Pública sobre o Deslocamento Forçado, que teve a tarefa, reconhecida pela Corte, de supervisionar o cumprimento da sentença. No curso de sete anos foram convocadas vinte e uma audiências públicas de monitoramento, e a Corte tomou mais de cem decisões de monitoramento mediante as quais restaram ajustadas as suas ordens às necessidades esboçadas pelas informações recebidas sobre o avanço no cumprimento da sentença (GARAVITO, 2014, pp. 222-235).

48 GARAVITO, 2014, p. 217-219.

a sua pesquisa a partir das características das sentenças que contemplam o cumprimento dos direitos socioeconômicos que identificou como determinantes para a efetividade de suas consequências, analisou o jurista colombiano, o grau de força das declarações de exigibilidade judicial dos direitos em questão, das medidas judiciais adotadas e do monitoramento do cumprimento das respectivas decisões⁴⁹.

Concluiu o autor que as sentenças dialógicas como a T-025 – caracterizadas pelo monitoramento do cumprimento e pela declaração de exigibilidade dos direitos fortes, e por medidas judiciais moderadas – têm um maior potencial para produzir efeitos gerais mais profundos no cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afirma ele que “esas sentencias tienen mayores efectos porque se ocupan de los obstáculos prácticos fundamentales para la ejecución de las decisiones estructurales: la resistencia política y la capacidad institucional”.⁵⁰

O sucesso dessa decisão na superação das falhas estruturais, vinculadas aos bloqueios políticos e institucionais que norteavam a situação de emergência humanitária dos deslocados internos⁵¹, deveu-se ao ativismo dialógico da Corte Constitucional Colombiana, que, além de adotar as medidas transformadoras do sistema em mau funcionamento, promovendo a colaboração e o diálogo entre os diferentes entes governamentais, possibilitou a deliberação democrática sobre problemas públicos.

A promoção da prática dialógica entre os ramos do Poder, a fim de superar a inação e a falta de coordenação entre as instituições relevantes, bem como o processo de monitoramento contínuo do cumprimento da sentença com o favorecimento do debate – a uma ampla variedade de atores governamentais e não governamentais – sobre os procedimentos a serem

49 GARAVITO, 2014, p. 233.

50 GARAVITO, 2014, pp. 236-239.

51 Bloqueios políticos no que diz respeito ao fato de a população *desplazada*, até então, não ter sido alcançada pela agenda política, ou seja, não constar na pauta do governo a previsão de uma política coerente para a proteção dos direitos dos deslocados internos em razão da violência civil na Colômbia, havendo a necessidade de uma ordem judicial para aplacar a inércia institucional. Bloqueios institucionais no que se refere à falta de coordenação entre as instituições relevantes para a formulação e implementação de uma política pública relacionada com essa situação de emergência humanitária, tendo sido estabelecido um *Comité de Coordinación Interadministrativo* a fim de promover a necessária colaboração entre os entes. Como assevera Garavito: “La sentencia T-025 ha tenido efectos notables en el diseño de una política nacional a largo plazo para las PID, y también para establecer mecanismos para ejecutarla, financiarla y supervisarla. De hecho, un año después de la sentencia, como respuesta directa a la primera orden de la Corte, el gobierno aprobó un Plan Nacional de Atención Integral para la Población Desplazada por la Violencia” (GARAVITO, 2014, p. 225).

adotados e a implementação das políticas públicas para concretização dos direitos sociais envolvidos, têm como paradigma o que Gargarella denomina de “constitucionalismo dialógico”.⁵² Tal modelo é associado à concepção de democracia deliberativa de Jürgen Habermas, de caráter procedimental, que visa garantir “formalmente igual participação em processos de formação discursiva da opinião e da vontade e estabelece, com isso, um procedimento legítimo de normatização”.⁵³

Como aponta Roberto Gargarella, esse sistema pretende assegurar que o processo de tomada de decisão se assente em um “diálogo inclusivo”, a partir da noção habermasiana de que as decisões legítimas são as que resultam de processos de discussão em que intervém em posição de igualdade todos os potenciais afetados.⁵⁴ Por meio do procedimento de normatização e da deliberação, que constitui para Habermas o cerne do processo democrático, proporciona-se a racionalização discursiva das decisões⁵⁵.

A esse respeito, elucida Katya Kozicki, que essa concepção de democracia pretende conciliar a ideia de soberania popular com o resgate dos valores do liberalismo, especialmente no que tange ao seu componente moral. Neste sentido, a deliberação deve ser entendida como um método de tomada de decisão assentado na ideia “de um livre debate, ou discussão, a ser realizado entre cidadãos livres, iguais e racionais, com vistas à obtenção de um resultado com o qual todos possam concordar, uma vez que todos serão por ele afetados”⁵⁶, bem como no ideal de justificação política, isto é, um processo “que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder político”.⁵⁷

O constitucionalismo dialógico tem sido recentemente celebrado por parte da doutrina que se centra na reivindicação do papel do Poder Legislativo, enquanto representante do povo, nos processos de tomada de decisões, marcados pela presença de um Poder Judiciário hiperativo e um Poder Executivo hiperpoderoso, bem como por aqueles que criticam a apropriação judicial da “última palavra” institucional em sede de controle

52 GARGARELLA, 2014b, p. 124.

53 LUBENOW, 2010, p. 234.

54 GARGARELLA, 2014b, p. 124.

55 LUBENOW, 2010, p. 234.

56 KOZICKI, 2004, p. 45.

57 KOZICKI, 2004, p. 48.

de constitucionalidade de leis.⁵⁸ Todavia, a recuperação de um papel central para o Legislativo não se traduz automaticamente em uma recuperação do lugar e da voz do povo. Para a efetiva concretização dos ideais igualitários de um modelo deliberativo há que se levar em conta na tomada de decisões as necessidades, prioridades e particulares interpretações da coisa pública que possuem os cidadãos.⁵⁹ Nesse passo, as audiências públicas, enquanto instrumentos de deliberação popular, podem representar uma aproximação entre os representantes dos poderes públicos e as expectativas da população de representados.

A superação do ECI traz em seu bojo o diálogo entre os Poderes⁶⁰ e, principalmente, destes para com o povo. E, com isso, a interação do controle de constitucionalidade com essas práticas deliberativas legitima democraticamente a atuação da Corte Constitucional. Por meio desses mecanismos de participação popular no processo de interpretação da Constituição, o novo constitucionalismo latino-americano – que abriga a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional – “dialoga” com o constitucionalismo democrático, como será pontuado a seguir.

4. Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Constitucionalismo Democrático e a participação popular na tomada de decisão

A série de reformas constitucionais promovidas em boa parte dos países da América-Latina desde o final do século XX, tem como cerne, além do fortalecimento dos compromissos sociais, a busca da legitimidade democrática, vislumbrada a partir da participação política e da ativação da cidadania, bem

58 Sobre o tema, ver: MENDES, 2008a.

59 GARGARELLA, 2014b, pp. 149-151.

60 Em relação ao tema, cabe mencionar o precursor estudo de Rosalind Dixon (2007, p. 391-418) que, a partir de uma detalhada análise da decisão da Corte Constitucional Sul Africana no paradigmático litígio estrutural *South Africa v. Grootboom* (2000), apresentou uma teoria dialógica como modelo de cooperação entre as Cortes e os Parlamentos, aplicada diretamente aos direitos socioeconômicos e, com enfoque no potencial constitucional do Poder Judiciário para promover uma democracia constitucional inclusivista e responsiva, neutralizando obstáculos específicos do processo político. Sobre o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir da deliberação e do diálogo entre poderes, sobretudo no âmbito dos direitos sociais e políticas públicas, conferir: SILVA, 2009, pp. 197-227. E, em complementação, sobre uma perspectiva da corte constitucional como catalizador deliberativo, ou seja, da revisão judicial como um mecanismo que propulsiona a existência de uma maior e melhor deliberação entre os poderes na concretização dos direitos fundamentais, a partir de uma concepção dinâmica e mutável da Separação de Poderes, mediante uma distribuição de funções fluída e não estática, em que os poderes negociam, a cada passo, seus respectivos limites, conferir: MENDES, 2014, pp. 159-185; e MENDES, 2008b.

como da primazia da soberania popular. Nesse sentido, as novas Constituições latino-americanas trouxeram alterações significativas nos mecanismos de participação popular, impulsionadas pela ideia de expansão e fortalecimento da democracia. Como pontua Uprimny, “the reforms sought not only to restore representative democracy—itsself momentous in overcoming military dictatorship—but also to create new spaces for citizen participation”.⁶¹

As reformas alcançaram esses objetivos por intermédio do reconhecimento e da expansão de mecanismos de democracia direta, como consultas populares, referendos e iniciativa popular; da consagração de formas de controle dos cidadãos sobre políticas públicas; da incorporação do instituto do Conselho Popular; e da inclusão do procedimento de revogação de mandatos⁶². Como acentua Uprimny:

The transformative nature of recent Latin American constitutionalism has generally taken two tracks. First, the constitutions are rights rich, given that the recognition of collective, economic, social, and cultural rights— especially if they have legal protection—contributes to greater social equality and democratic transformation. Second, the constitutions also posit that the transformation to a more just society is made through an extension of democratic participation mechanisms, for which they have built—in addition to representative democracy—new spaces for democratic deliberation and mobilization.⁶³

Aponta o jurista colombiano que estas duas vocações transformadoras explicam dois novos recursos do recente constitucionalismo latino-americano, quais sejam: por um lado o esforço de repensar e reformular a democracia; e, por outro, a adoção de formas constitucionais fortes na América Latina. Destarte, a maioria das Constituições abrem novos espaços e preveem novas instituições para a concretização de uma democracia participativa. Além disso, incluem mecanismos de controle judicial de constitucionalidade, “to ensure that the rights and welfare promises they make are not mere rhetoric, but are regulatory mandates with practical efficiency”.⁶⁴

61 UPRIMNY, 2011, p. 1594.

62 GARGARELLA, 2014, p. 282.

63 UPRIMNY, 2011, p. 1600.

64 UPRIMNY, 2011, p. 1601.

Nesse contexto, as Constituições surgidas a partir da década de 1990 são as que demonstram a feição mais forte do constitucionalismo na região. As reformas deste período foram engendradas via processos constituintes por iniciativa popular, a começar pela Colômbia em 1991, passando pela Venezuela (1999) e Bolívia (2006), e culminando no processo equatoriano de 2008.⁶⁵ Esse movimento teve origem em levantes sociais e movimentos cívicos do final do século XX, em busca de um melhor quadro jurídico, político, econômico e social, mais adaptado às realidades regionais. Como elucidada Rubén Martínez Dalmau:

O novo constitucionalismo, fruto das assembleas constituintes comprometidas com processos de *rexeneración* social e política, expón un novo paradigma de Constitución forte, orixinal e vinculante, necesaria nunhas sociedades que confiaron na mudanza constitucional a possibilidade dunha verdadeira revolución.⁶⁶

O novo paradigma constitucional que diferencia este modelo do “velho constitucionalismo”, está na genuína dinâmica participativa e legitimadora que acompanha os processos constituintes, que passam ter como elementos característicos o referendo ativador, o referendo de aprovação do texto constitucional e a rigidez para a reforma constitucional.⁶⁷ Enquanto no modelo anterior “se constatava um acordo entre as elites políticas e econômicas alheio à natureza soberana essencial do poder constituinte”, no novo constitucionalismo latino-americano “se evidencia uma dinâmica participativa e popular”.⁶⁸

É partindo dessas premissas de participação e deliberação democrática e, levando-se em conta o cenário de constitucionalização de direitos e do empoderamento do Estado-Juiz vivenciado no contexto latino-americano, que se vislumbram pontos de convergência entre o novo constitucionalismo latino-americano e o “constitucionalismo democrático” proposto por

65 Consoante aponta Rubén Martínez Dalmau (2008, p. 6), no contexto deste novo constitucionalismo somente o povo pode se sentir progenitor da Constituição, por meio da genuína dinâmica legitimadora que acompanha a ativação do poder constituinte através de referendo, bem como a votação final do projeto de Constituição, para a sua entrada em vigor, antecedida pela introdução participativa dos seus conteúdos.

66 DALMAU, 2008, p. 5.

67 DALMAU, 2008, p. 6.

68 VIEIRA, 2013, p. 126.

Robert Post e Reva Siegel. Esse modelo propõe que, embora os juízes detenham um papel fundamental na interpretação da Constituição, o Poder Legislativo, a Administração Pública e a sociedade também devem ser considerados foros igualmente autorizados e relevantes para a construção de sentidos do texto constitucional. Isto é, os juízes devem atuar em conjunto com os atores políticos e os movimentos sociais a fim de “codificar los valores progresistas de la Constitución”.⁶⁹

Nesse sentido, a legitimidade democrática do direito constitucional residiria no “diálogo construtivo”⁷⁰, que se forma a partir de interações entre o Poder Judiciário os outros ramos do poder público e o povo. Como preceitua Leonardo García Jaramillo, na abordagem do constitucionalismo democrático:

La forma más adecuada en la cual los tribunales desempeñan su función institucional es articulándose como partes em un extenso diálogo, en virtud del cual responden no sólo al estado de derecho y los principios de legalidade y seguridade jurídica, sino también ante las perspectivas populares de los valores constitucionales. Contribuyen así a la incorporación de tales valores al derecho.⁷¹

Para Post e Siegel⁷², a interpretação jurídica de previsões constitucionais que estabelecem os direitos civis norte-americanos convida a uma tomada de decisão que expresse valores nacionais, como a igualdade, a liberdade, a dignidade, a família ou a fé, estabelecendo um *nomos*, enquanto representação de uma identidade nacional. Essa expressão, cunhada por Robert Cover⁷³, significa um “universo normativo”, que inclui as instituições e prescrições jurídicas, bem como as narrativas que as situam e lhes dão significado, constituindo, portanto, o “nosso mundo” tanto quanto a realidade material, sensível, o faz.

Segundo os autores norte-americanos, esse *nomos* revela-se repleto de controvérsias, porque o povo estadunidense é heterogêneo em seus valores e visões acerca do que se entende por uma boa sociedade. A diversidade de

69 GARGARELLA; BERGALLO, 2013, pp. 9-10.

70 JARAMILLO, 2013, p. 12.

71 JARAMILLO, 2013, p. 12.

72 POST; SIEGEL, 2013.

73 COVER, 1983, pp. 95-97.

narrativas contida nesse conceito é facilmente verificável nos debates acerca de ações afirmativas. Decisões judiciais sobre estes temas provocam a resistência popular, pois são tópicos sobre os quais os americanos discordam e se importam de forma passional. Este desejo de aplicar a Constituição de forma que reflita a sua compreensão dos ideais constitucionais não pode ser ignorado, e o distanciamento entre a compreensão dos profissionais do direito e a do povo acerca dos significados da Constituição, em questões cruciais, pode ameaçar a legitimação democrática do texto constitucional⁷⁴.

Nesse contexto, descrevem Post e Siegel que nos Estados Unidos o povo tem lutado continuamente para configurar a concepção da Constituição, por meio, por exemplo, de greves, protestos, mobilização política, do processo legislativo e de demandas judiciais, sendo que tais lutas têm como premissa a crença de que a Constituição deve expressar um *nomos* que os estadunidenses possam reconhecer como seu⁷⁵.

O constitucionalismo democrático vê a discordância interpretativa como uma condição normal de desenvolvimento do direito constitucional, tendo como premissa o fato de que a autoridade da Constituição depende da sua legitimação democrática, a partir da habilidade da própria Constituição de inspirar os americanos a reconhecê-la como “sua” Constituição. Desta crença derivam as tradições de engajamento popular por meio do qual os cidadãos reivindicam significados ao texto da Constituição em oposição aos representantes do governo, bem como sobre as interpretações das Cortes quando da análise de importantes valores sociais.

Como destaca Reva Siegel⁷⁶, tendo em vista que a modificação de normas constitucionais é muito pouco frequente nos Estados Unidos, o ordenamento constitucional parece basear-se nas práticas de engajamento participativo para dar lugar a formas de responsividade democrática que são frequentemente associadas às práticas formais de criação ou mudança das normas constitucionais. Nessa toada, assevera a autora:

In the United States, popular confidence that the Constitution is the People’s is sustained by understandings and practices that draw citizenry into engagement with questions of constitutional meaning and enable communication between engaged citizens and officials charged with enforcing the Consti-

74 POST; SIEGEL, 2013, pp. 50-51.

75 POST; SIEGEL, 2013, p. 52.

76 SIEGEL, 2006, p. 1342.

tution. In the absense of constitutional lawmaking, these practices engender the understanding that citizens can influence officials in the exercise of interpretative power (...). Popular engagement in constitutional deliberation sustains the democratic authority of original acts of constitutional lawmaking and supplements constitutional lawmaking as a source of the Constitution's democratic authority.⁷⁷

O conteúdo do significado da Constituição é o resultado das lutas em torno da sua interpretação, sendo a atuação dos juízes e das Cortes na aplicação do direito constitucional primordial para a manutenção de uma perspectiva que reflita os ideais dos estadunidenses. O constitucionalismo democrático não se opõe à possibilidade de que os juízes exerçam um poder considerável ao controlar a conformidade das leis expedidas pelo Congresso e, em geral, dos atos dos poderes públicos, com a Constituição, garantindo assim a sua integridade e supremacia, bem como a vinculação dos entes estatais aos direitos fundamentais.⁷⁸

No entanto, as práticas que facilitam uma comunicação constante e contínua entre os tribunais e o povo têm que ser suficientemente fortes “para prevenir la alienación constitucional y para mantener la solidariedad en una comunidad normativamente heterogénea”⁷⁹. O modelo proposto por Post e Siegel preza o papel essencial que a participação popular exerce direcionando e legitimando os institutos e práticas do controle judicial de constitucionalidade, reconhecendo que o sistema jurídico estadunidense se encontra fundado numa ordem constitucional que convida ao diálogo atores políticos e sociedade civil, acerca das questões envolvendo a interpretação constitucional.

No mesmo intuito, o engajamento deliberativo que deve ter lugar no procedimento de monitoramento do cumprimento das ordens judiciais flexíveis exaradas para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), promove a legitimação democrática da ordem constitucional num contexto de pluralismo sócio-político e cultural, a partir da construção da “última palavra” por meio do diálogo. Como assevera Jaramillo:

77 SIEGEL, 2006, p. 1342 – 1343.

78 JARAMILLO, 2013, p. 18.

79 POST; SIEGEL, 2013, p. 53.

En una democracia, el constitucionalismo limita y empodera al gobierno para garantizar los fines del Estado. En lugar de definir la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales desde una torre de Babel donde los tribunales no hablan con los organismos estatales, el constitucionalismo democrático propugna una concepción conforme a la cual la realización de las provisiones constitucionales adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de un diálogo progresivo.⁸⁰

Na perspectiva da democracia deliberativa, levando-se em conta a heterogeneidade arraigada nas diferentes concepções de bem comum e de determinados valores, que norteia as complexas sociedades modernas, verifica-se “a necessidade de se buscar um acordo, ou consenso, não quanto a estes valores, ou tentando a obtenção de um ideal que possa por todos ser compartilhado, mas sim quanto à forma que deve obedecer a tomada das decisões políticas”.⁸¹

Neste sentido, são as Audiências Públicas de monitoramento que conferem legitimidade às medidas estruturais propostas pela Corte Constitucional em sede de ECI, na medida em que, como visto, promovem rodadas deliberativas sobre as questões públicas envolvidas, em que há uma ampla discussão entre os entes governamentais e os representantes e organismos da sociedade civil interessados no tema.

Diante do exposto até aqui, passa-se, por fim, à análise da possibilidade de adoção de um modelo dialógico, compatível com o constitucionalismo democrático, pelo STF na superação do ECI recentemente declarado no Brasil.

5. O STF e o diálogo na superação do ECI do sistema carcerário brasileiro

O Estado de Coisas Inconstitucional foi recentemente aventado como causa de pedir na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347⁸², ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que

80 JARAMILLO, 2013, p. 19.

81 KOZICKI, 2004, p. 55.

82 A ADPF 347 foi protocolizada em 27/05/2015, pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), com base em representação elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ. O autor da ADPF, em síntese, busca que o STF reconheça e declare o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promo-

tem como objetivo, reparar o atual quadro de violações generalizadas de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, no tocante à dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, além da assistência judiciária e resguardo dos direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Ao apreciar os pedidos de medida cautelar formulados na inicial⁸³, os Ministros reconheceram a existência de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente da falência de políticas públicas e de falha estrutural, representada pela ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, cuja modificação depende de um conjunto de soluções que envolva a atuação coordenada de entes públicos dos diferentes níveis federativos, declarando o ECI do sistema penitenciário nacional.

Especificamente a respeito da situação carcerária, percebe-se que não há deficiência de proteção normativa, haja vista que a Lei de Execuções Penais e, em especial, os tratados internacionais de que é signatário o Brasil,⁸⁴ conferem, de maneira geral e abstrata, resguardo aos direitos dos presos. Todavia, por conta da desídia da Administração, não se emprestou concretude aos direitos abstratamente salvaguardados nos diplomas normativos já mencionados, dada a ineficácia das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo. Como aponta Campos, “os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestado verdadeira falta de vontade política em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade”.⁸⁵

ção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.

83 Em 09/09/2015, o STF, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu parcialmente a cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Além disso, determinou-se à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. O Tribunal, também por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, de concessão de cautelar de ofício, para que fosse determinado à União e ao Estado de São Paulo, que encaminhassem ao STF informações sobre a atual situação prisional nos sistemas penitenciários inseridos em suas respectivas esferas de atribuição.

84 Cumpre mencionar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros.

85 CAMPOS, 2015, p. 40.

A atuação do STF neste caso, portanto, vai além de procurar superar as deficiências na consecução de políticas públicas já existentes, mas sim pretende dar concretude a direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. A injustificável inércia governamental em viabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência aos detentos exige a intervenção do Poder Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurado.

Nesse sentido, no bojo do litígio estrutural em questão, cabe ao Supremo atuar para a superação dos bloqueios políticos e institucionais⁸⁶, promovendo a cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo nos processos de formulação e implementação das soluções necessárias, bem como o diálogo com a sociedade e o monitoramento do cumprimento e eficiência das medidas adotadas.

E, ao que parece, é este o modo de atuar que o STF pretende empregar quando do julgamento do mérito da ADPF 347, consoante se extrai do Voto do Relator, Min Marco Aurélio, ao apreciar a medida cautelar:

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada (...).

Para tanto, no que tange à abertura para a deliberação política e social na superação do ECI, que interessa aos objetivos deste artigo, mostra-se necessária a mudança de postura do Tribunal com relação ao instituto da Audiência Pública, para que esta passe a ser o meio processual adequado

86 Bloqueios políticos no sentido de não haver qualquer iniciativa por parte dos poderes públicos para a superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais dos presos, por se tratar de uma minoria desprezada socialmente e sem representatividade política, gerando a sua defesa mais custos do que benefícios políticos para os representantes eleitos pelo povo. E, bloqueios institucionais, no que concerne à falta de coordenação e de alinhamento das capacidades institucionais dos poderes políticos para a formulação e implementação de políticas públicas viáveis e eficazes com relação à situação do sistema carcerário brasileiro.

e compatível com um constitucionalismo democrático, ou seja, para que efetivamente influencie as decisões dos Ministros do STF e promova a responsabilidade destes aos argumentos das autoridades públicas envolvidas e dos diferentes setores da sociedade civil interessados no tema.

Embora haja uma reconhecida tendência de promoção do diálogo, inaugurada com a Audiência Pública convocada no caso da Lei de Biossegurança⁸⁷, em 2007, atualmente, em consonância com a sua regulamentação legal⁸⁸, trata-se este mecanismo de participação popular como expediente meramente informativo, no qual os julgadores buscam esclarecer dúvidas ou ouvir a opinião de especialistas na matéria *sub judice*.

Neste passo, cabe mencionar a pesquisa realizada por Miguel Gualano de Godoy⁸⁹, em sua recente tese de doutoramento, a partir da análise detalhada de todos os casos definitivamente julgados pelo STF até 2015, em que houve audiências públicas⁹⁰, a fim de aferir se estas, juntamente com os *Amici Curiae* (quando aceitos em conjunto), estão sendo encaradas como instrumentos de abertura ao diálogo e à participação popular. Para tanto, utilizou-se da comparação entre as razões e argumentos expostos nas audiências públicas e pelos respectivos *amici curiae*, e as razões e argumentos dos votos dos Ministros do STF.⁹¹

87 A primeira audiência pública realizada pelo STF foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007.

88 Nos termos do artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei n.º 9.882/1999, que regulamenta o processo e julgamento da ADPF, após apreciado o pedido de liminar, poderá o relator, se entender necessário, “ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. No mesmo sentido, o artigo 9º, parágrafo 1º e artigo 20, parágrafo 1º, da Lei n.º 9.968/1999, que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, dispõe que, “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Além disso, mais recentemente, as audiências públicas no âmbito do STF foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal.

89 GODOY, 2015, pp. 193-201.

90 Lei de Biossegurança (ADI 3.510), Importação de Pneus usados (ADPF 101), Interrupção da Gestaçao de Feto Anencefálico (ADPF 54), Cotas (ADPF 186) e as já mencionadas ações envolvendo o direito à saúde.

91 Na avaliação dessa comparação, utilizou-se o autor de dois critérios, um objetivo e outro subjetivo. O

A partir dos resultados obtidos, o autor verificou que em todos os casos a grande maioria dos Ministros valeram-se, expressamente ou não, das razões e dos argumentos expostos em audiência pública ou pelos *amici curiae*, demonstrando que a participação da sociedade civil e de outros atores políticos por meio desses instrumentos processuais efetivamente influencia as decisões da Corte. Para Godoy, restou demonstrada “a efetiva permeabilidade do Supremo Tribunal Federal à participação de pessoas e instituições que se somam à análise dos casos sob julgamento”.⁹²

Não obstante, consoante conclui Godoy, tanto a forma de utilização desses instrumentos, como a performance deliberativa do STF, precisa ser aperfeiçoada em prol de uma “abertura democrático-deliberativa e dialógica”.⁹³ Isso por dois motivos, e aqui ater-se-á às razões vinculadas ao instituto da Audiência Pública, concernente ao escopo do presente estudo.

Primeiro, porque a escolha das pessoas com notória experiência e autoridade no assunto que participarão das Audiências Públicas é um ato discricionário do Ministro Relator, assim como a decisão acerca dos requerimentos de participação apresentados por iniciativa própria de especialistas nos assuntos trazidos à baila.⁹⁴ Segundo, porque esse instituto tem sido somente palco para a exposição de diferentes posições em relação ao caso, a fim de dar complementação informativa aos Ministros, o que não tem permitido que as Audiências Públicas “sejam efetivo espaço de deliberação, com a apresentação, troca e debate de informações e argumentos”.⁹⁵

Nessa toada, conforme leciona Carolina Elisa Suptitz, a audiência pública jurisdicional tem reconhecida importância enquanto oportunidade

primeiro, a partir da verificação de referências expressas às audiências públicas e aos *amici curiae* na fundamentação dos votos dos Ministros. O segundo, a partir da análise se na fundamentação desses votos há a invocação de razões e argumentos iguais ou semelhantes àqueles apresentados nas audiências públicas e pelo *amici curiae*, ainda que inexistente referência expressa a eles, para o embasamento das decisões.

92 GODOY, 2015, p. 202.

93 GODOY, 2015, p. 203.

94 Conforme se depreende do Regimento Interno do STF:

Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante.

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria.

95 GODOY, 2015, p. 204.

concedida à comunidade para intervir nos julgamentos da mais alta Corte do país, contudo, “na forma como concretizada, não corresponde integralmente aos intuitos democráticos tratados pelas teorias políticas contemporâneas, apresentando limites no que diz respeito aos modelos de democracia plural, deliberativa e substancial”.⁹⁶

O diálogo entre os representantes dos poderes estatais e os cidadãos em busca dos significados da Constituição, almejado pelo constitucionalismo democrático, não se harmoniza com a tradicional supremacia judicial, ou seja, não se concretiza em meio a situações em que as distintas partes não se encontrem em posição de igualdade, estando uma delas, na verdade, em um lugar de dominação.⁹⁷ Para serem reconhecidas como uma instância de diálogo na perspectiva de uma democracia deliberativa, as Audiências Públicas a serem realizadas no bojo dos litígios estruturais devem expressar um cenário em que a sociedade e os poderes políticos efetivamente interajam, em que haja argumentos e contra-argumentos para a construção de uma linguagem comum, que remeta a uma estrutura de princípios coletivamente eleitos, numa sociedade complexa e plural.⁹⁸

Destarte, no bojo da recente declaração do Estado de Coisas Inconstitucional em sede de controle judicial de constitucionalidade, longe de ser um instituto meramente informativo, a metodologia adotada pelo STF nas audiências públicas merece ser revisitada, enquanto meio de abertura deliberativa à sociedade, mediante a utilização de instrumentos dialógicos, a fim de se promover o debate entre iguais e a legitimação democrática das ordens estruturais flexíveis a serem proferidas em prol da efetividade dos direitos fundamentais dos presos.

6. Conclusão

Para além de uma decisão paradigmática de viés liberal progressista, o caso *Brown v. Board of Education* trouxe a lume um novo modo de atuar para a jurisdição constitucional, concebido ante a necessidade de se dar efetividade a uma decisão concretizadora de direitos fundamentais de uma minoria estigmatizada, nos idos de 1955, no sul dos Estados Unidos.

96 SUPTITZ, 2009, p. 184.

97 GARGARELLA, 2014b, p. 148.

98 LORENZETTI, 2014, pp. 353-354.

O não cumprimento da decisão pelos entes públicos e instituições sociais envolvidas era devido ao *backlash*⁹⁹ que exsurgia de uma maioria branca com influência e poder, contrária à mudança no *status quo* segregacionista. Diante desse quadro de persistente inconstitucionalidade, e no exercício da sua função contramajoritária, a Suprema Corte norte-americana inova, a partir da emissão de nova ordem, agora estrutural, e uma consequente mudança de postura, da coerção para a colaboração.

O cenário de inércia do poder público começa a mudar daí para frente adota-se a mesma fórmula para a reorganização estrutural de outras instituições, em busca a sua conformidade com a Constituição estadunidense.

Quarenta anos mais tarde, no contexto do novo constitucionalismo latino-americano, a Corte Colombiana tem uma inconstitucionalidade sistêmica para solucionar, no caso dos professores municipais que propuseram diversas *acciones de tutela* em razão da falha do ente público em inscrevê-los no sistema de previdência social. Trata-se de problema estrutural que envolve diversos atores governamentais. É declarado, de forma inaugural, um “Estado de Coisas Inconstitucional” e adota-se um “novo” procedimento, que permitiu a reformulação de uma política pública já existente, para a sua superação. Alguns anos de experiências com este tipo de mecanismo em diversos casos ditam as regras para o sucesso e o pleno êxito resta obtido em 2004, com a *sentencia* T – 025, no caso dos deslocados internos em razão da violência civil (*desplazados*). Como principal motivo para o bom resultado está a agregação de mais uma diretriz a ser somada a questão da transformação por meio da colaboração, a abertura ao diálogo e à deliberação.

Quase sessenta anos depois da identificação da *structural injunction*, reconciliando-se com a jurisprudência dos países vizinhos, o STF declara o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, em que o quadro de inconstitucionalidades já ultrapassou os limites. Trata-se de situação excepcional, por envolver uma parcela da população estigmatizada, sem participação ou representação política e socialmente desprezado.

O nome a designar o novel instituto não importa, mas sim o fato de se tratar de mecanismo procedimental que inova em razão da substância: a efetiva proteção de direitos fundamentais de um determinado grupo social, massivamente e reiteradamente violados.

99 O termo *backlash* pode ser aqui entendido como forte reação social e/ou institucional contrária a mudanças decorrentes da decisão proferida pela Suprema Corte estadunidense.

E agora, qual vai ser o fim da história? A resposta está a depender de uma quebra de paradigma na atuação dos Ministros do STF no contexto das audiências públicas, em prol de um constitucionalismo democrático que reconheça no povo, também, um sujeito constitucional.

Referências

- BERGALLO, Paola. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 245-291.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-49.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CASELS, Jamie. Judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible? *American Society of Comparative Law*, v. 37, n. 3, 1989. DOI: <https://doi.org/10.2307/840090>.
- COVER, Robert. Origins of Judicial Activism (1982). In: SARAT, Austin; RYAN, Michael; MINOW, Martha. *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover*. Michigan: The University of Michigan Press, 1995, p. 13-49. DOI: <https://doi.org/10.237/827615>.
- _____. Nomos and Narrative (1983). In: SARAT, Austin; RYAN, Michael; MINOW, Martha. *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover*. Michigan: The University of Michigan Press, 1995, p. 95-172. DOI: <https://doi.org/10.237/827615>.
- DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*, n.º 17, jul/dez 2008.

- DIXON, Rosalind. Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press:2007. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssm.1536716>.
- ELY, John Hart. Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FISS, Owen M. The Civil Rights Injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978.
- GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 211-244.
- GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes. *CEPAL – Serie Políticas sociales* n.º 153, Santiago de Chile, nov/2009.
- GARGARELLA, Roberto; BERGALLO, Paola. Presentación. In: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 9-10.
- GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo em América Latina. Buenos Aires: Katz Editores, 2014a.
- _____. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014b.
- GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015.
- HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- JARAMILLO, Leonardo García. Introducción. In: POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013, p. 11-29.

- JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, v. 96, Jul. 2013 p. 69-85.
- KOZICKI, Katya. Democracia Deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 41, 2004. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38317>.
- LORENZETTI, Ricardo. Las audiencias públicas y la Corte Suprema. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 345-354.
- LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia Deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos. *Kriterion*, Belo Horizonte, nº 121, Jun./2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a.
- _____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo:2008b.
- _____. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, pp. 159-185.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- RÍOS, Luís Carlos Alzate. El estado de cosas inconstitucional. *Revista inter-nauta de práctica jurídica* n.º 13, 2004. Disponível em: <http://www.ripj.com/art_jcos/consti/consti.html>. Acesso em 12 de setembro de 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SIEGEL, Reva B.. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review*, vol. 94, 2006, pp. 1323 - 1420. DOI: <https://doi.org/10.2307/20439068>.

- SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>.
- _____. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SUPTITZ, Carolina Elisa. Audiência pública jurisdicional: avanços e limites democráticos do poder judiciário brasileiro. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e processo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, pp. 1587-1610.
- VIEIRA, José Ribas; SANTOS, Fabiana de Almeida Maia; MARQUES, Gabriel Lima; SOUZA, Rafael Bezerra de; DIAS, Sergio B. T. de Oliveira. Impasses e Alternativas em 200 anos de Constitucionalismo Latino-Americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), n.º 5, Vol 2, jul/dez 2013.
- WEST, Robin. Progressive and Conservative Constitutionalism. *Michigan Law Review*, vol. 88:641, 1990, pp. 641-721.

Recebido em 28 de março de 2017.

Aceito em 26 de maio de 2018.

O real do direito: sobre a filosofia do direito de Gilles Deleuze

The reality of law: on Gilles Deleuze's Legal Theory

Murilo Duarte Costa Corrêa*

Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa-PR, Brasil

1. Introdução

Na última década, cresceu o interesse dos filósofos do direito sobre a obra de Gilles Deleuze.¹ Indiciária disso é a profusão de trabalhos, no Brasil como no exterior, que ora se apropriam de problemas, de blocos conceituais ou do vocabulário da filosofia de Deleuze, ora procuram desenvolver, de modo radicalmente inventivo, séries de conceitos ligados à Filosofia do Direito. Em geral, essas aproximações resultam na crítica e na gênese renovadas de uma teoria dos direitos e do julgamento. Outros autores realizam um esforço para identificar uma filosofia do direito independente dos axiomas de seu sistema filosófico mais geral, enquanto trabalhos de caráter

* Professor Adjunto de Teoria Política da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Affiliated researcher da Faculty of Law and Criminology da Vrije Universiteit Brussel, instituição na qual realizou estágio de pós-doutorado (2016-2017), com pesquisa intitulada “The political uses of law: on Gilles Deleuze’s philosophy of the social field”. Coordenador do Laboratório de Pesquisa Interdisciplinar em Teoria Social, Teoria Política e Pós-Estruturalismo (LABTESP/UEPG). Doutor (2013) e Mestre (2009) em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo e pela Universidade Federal de Santa Catarina, respectivamente

¹ Este é, também, o diagnóstico de Edward MUSSAWIR, 2011, p. x, no cenário anglo-americano: “A recepção da obra de Gilles Deleuze cresceu consideravelmente nos últimos anos na cena da academia jurídica crítica e na Teoria do Direito angloamericana” [Tradução livre]. No original: “The reception of the work of Gilles Deleuze has in recent years grown considerably within the scene of Anglo-American critical legal scholarship and jurisprudence”.

mais difuso fazem da conexão entre a obra de Deleuze e o pensamento jurídico um *evento* em sentido forte, à luz do qual conviria repensar as formas tradicionais de se fazer Teoria do Direito. No Brasil, a atualidade da obra de Deleuze é confirmada pela tradução de grande parte das obras originais de Deleuze para o português, pela reedição de muitas de suas obras mais populares e pela publicação de uma literatura secundária em inglês e em português.

A aproximação entre o campo jusfilosófico e uma possível filosofia do direito de Deleuze só não é mais antiga em virtude de uma suspeita neomoderna em relação a autores considerados “pós-modernos” ou “destrucionistas”. Essa suspeita crítica, por vezes conceitualmente laxista, reduzia obras de contemporâneos como Jean-François Lyotard, Michel Foucault ou Jacques Derrida a filosofias *à l’air du temps* e, estranhamente, inscrevia Deleuze nesse rol; alguém que, além de jamais ter se declarado pós-moderno, permaneceu inteiramente alheio a esse debate, tendo sido, antes, o autor de uma filosofia que permite “escovar a contrapelo a pós-modernidade”.²

Essa atmosfera filosófica, característica do período que vai de 1980 a 2000, esteriliza o campo hegemônico da Teoria e da Filosofia do Direito no Brasil – apesar das contribuições contradogmáticas de renovadores da crítica jurídica, como Luis Alberto Warat, seus interlocutores e discípulos, *e.g.*, que enfrentavam os problemas da Teoria do Direito munidos de um arsenal eclético que compreendia desde as aventuras estruturalistas do pensamento marxista até as contribuições da semiologia, da psicanálise, do pós-estruturalismo francês, articuladas a referentes da literatura, do cinema, da cultura *pop* etc. – e que não deixaram de se servir de Deleuze à sua maneira.

No início dos anos 1990, filósofos do direito como Alain Renaut e Lukas Sosõe afirmavam a impossibilidade de produzir uma Filosofia do Direito a partir de Deleuze.³ O antinormativismo, o anti-humanismo e o antissubjetivismo de sua obra impediriam a emergência de uma teoria dos direitos e da possibilidade de pensar o nexos entre Estado e Direito segundo as condicionantes históricas do *Rule of Law*. Porém, essa censura está menos relacionada aos traços negativos da obra deleuziana do que

2 PÉLBART, 2003, p. 180 e p. 184.

3 RENAUT e SOSÕE, 1991, p. 44.

à dificuldade em conceber, nos limites conceituais da tradição moderna, que uma filosofia do direito tão radical quanto a de Deleuze fosse digna deste nome, ao demolir as ideias de norma, sujeito de direito e a hipócrita atmosfera humanista que as secunda, e se erigisse sem sequer recorrer a essas categorias.

A emergência do *Critical Legal Studies* (CLS) entre os anos 1970 e 1980, em torno de um grupo de juristas ligados à Universidade de Harvard, permitiu a recepção da filosofia de Deleuze no campo jusfilosófico, embora os textos precursores em língua inglesa sobre a sua filosofia do direito tenham precisado aguardar os anos 2000, e o primeiro livro tenha sido publicado apenas em 2008.⁴ A heterogeneidade do CLS convinha à natureza da filosofia deleuziana. Em primeiro plano porque, ao criticar as ideias centrais do pensamento jurídico moderno, o CLS as substituiu por uma nova concepção de direito,⁵ inaugurando um campo de tensões teórico-políticas receptivo a filosofias radicais, alinhadas ao pós-estruturalismo. Em segundo plano, porque esse novo campo deriva da crítica dirigida contra as teorias do direito liberais e formais a partir de um método que hibridiza realismo e historicismo pós-estrutural, com vocação política comunitarista.⁶

O CLS recusa poderosamente as matrizes de pensamento kantiano, benthamiano e as variantes neoliberais de análise econômica em proveito da construção local de críticas reveladoras das mistificações do legalismo liberal, como a neutralidade política e a objetividade do direito, dos juízes, dos discursos jurídico-legais, das estruturas institucionais, do ensino jurídico etc. Isso permitia ver o direito como um constructo puramente social, contingente e politicamente orientado a partir das dimensões de sua textualidade, o que conduzia sem sobressaltos à crítica da teoria dos direitos como mistificações liberais que mascaram desigualdades econômicas, políticas e sociais estruturantes, sufocando a emergência de novas formas de socialidade e de vida em comum.

Essa matriz teórica desenvolve-se em três direções tematicamente distintas, e origina visões não raro contraditórias: um liberalismo reconstrutivo, uma teoria crítica feminista e de raça e uma série de teorias da linguagem,

4 Refiro-me aos trabalhos de Nathan MOORE, 2000, p. 185-200 e de Alexandre LEFEBVRE, 2008.

5 UNGER, 1983, p. 01.

6 WARD, 1998, p. 156.

profundamente influenciadas pela teoria literária.⁷ Ainda que essas direções efetuem construções heteróclitas, estas permanecem articuladas a um fundo problemático comum, produtor de uma crítica impiedosa e radical à desconexão entre direito e política.

Em largos traços, esse é o terreno nada homogêneo em que a obra de Deleuze começa a prosperar na Filosofia e na Teoria do Direito. Apesar de contribuir para o desbloqueio do uso de Deleuze nesse campo, o *CLS* e suas variações mais recentes fornecem um terreno dialógico e problemático ambíguo para a compreensão da filosofia do direito de Deleuze, embora continue a ser o principal canteiro de trabalhos a seu respeito. Seguindo alguns dos traços do *CLS*, os filósofos contemporâneos do direito que adotam Deleuze como intercessor desenvolvem sua filosofia do direito em sentidos bastante distintos. São seus principais traços que nos propomos a inventariar criticamente (item 2) a seguir. Essa reconstrução sistemática permitirá indicar uma lacuna de interpretação que comportaria sentidos não experimentados em que a filosofia do direito de Deleuze ainda mereceria ser desenvolvida (item 3).

2. O real do direito

Certa vez, Deleuze afirmou que “A jurisprudência é a filosofia do direito, e procede por singularidade, por prolongamento de singularidades”.⁸ Dois anos mais tarde, em uma entrevista a Antonio Negri, Deleuze declarava que “a jurisprudência [...] é verdadeiramente criadora de direito: ela não deveria ser confiada aos juízes. [...] Não é de um comitê de sábios [...] que precisamos, mas de grupos de usuários. É aí que se passa do direito à política”.⁹ Essas declarações foram objeto de interpretações tão rigorosas quanto distintas no último decênio. Em geral, elas originaram concepções práticas que, assumindo pontos de vista não-isomórficos, apreendem o

7 WARD, 1998, p. 157.

8 DELEUZE, [1990] 2008, p. 191. [Nota do autor: quando foram utilizadas traduções das obras de Deleuze, escritas individualmente ou em parceria, ou de seus comentadores, indicamos o ano de publicação dos originais entre chaves a fim de facilitar a identificação da cronologia das publicações. Dessa forma, acatamos a recomendação dos pareceristas *ad hoc* de *Direito, Estado, Sociedade* (PUC-Rio), a quem encarecidamente agradecemos por todas as valiosas contribuições].

9 DELEUZE, [1990] 2008, p. 209-210.

direito ora como um meio (*milieu*) do qual extrair conceitos,¹⁰ ora como prática imanente da qual conviria deduzir sua própria e autônoma teoria.¹¹

A hipótese que serve de fio condutor para inventariar os múltiplos desdobramentos das recentes leituras jusfilosóficas da obra de Deleuze segue, em parte, a hipótese de leitura de David Lapoujade.¹² Segundo ela, Deleuze é um cartógrafo da lógica de movimentos aberrantes que se produzem no heterogêneo: na história da filosofia, na literatura, no cinema, nos corpos, nas formações sociais etc.¹³ É da espessura real e aberrante de tais movimentos que todos os conceitos são criados, como rupturas instauradoras, cortes que se produzem no caos e lhe conferem sentido. O que a hipótese de Lapoujade parece pressupor é precisamente a ideia de *real*, o que não significa inventar um diapasão monótono e arbitrário para sua filosofia, mas a considera como uma operação à espreita do real e interessada por ele apenas na medida em que “antes do ser, há a política”.¹⁴

Se os movimentos aberrantes são os efeitos de superfície conjugados com sua profundidade ontogenética, a ideia de real subjaz e forma o problema que Lapoujade transcreve como “produção de lógicas”.¹⁵ É só porque não se pode captar o real senão instaurando sentido, criando problemas locais que exijam a instauração de certos conceitos emanados de um dado regime de signos, que Lapoujade pode considerar Deleuze um cartógrafo da lógica dos movimentos aberrantes. O real, estandarte e índice de uma anarquia coroadada, encontra-se pressuposto ao mesmo tempo como Ideia, problema e horizonte pré-conceitual – “o impensado no pensamento” que,

10 MUSSAWIR, 2011, p. 03 e 159.

11 SUTTER, 2009, p. 11-12.

12 LAPOUJADE, [2014] 2015, p. 09-11.

13 “[...] o que interessa a Deleuze, acima de tudo, é a *lógica*, produzir lógicas. [...] Deleuze é, antes de tudo, um lógico, e todos os seus livros são ‘lógicas’.” LAPOUJADE, [2014] 2015, p. 11-12.

14 DELEUZE e GUATTARI, [1980] 1996, p. 78.

15 É sintomático que nenhum dos autores que produziram “Vocabulários” da obra de Deleuze tenha se dedicado à noção de real. Cf., e.g., ZOURABICHVILI, 2004 e SASSO e VILLANI, 2003. Todavia, a persistência de conceitos como diferença, acontecimento, produção, multiplicidades, devir, imanência etc., não cessa de pressupor esta ideia de maneira mais ou menos obscura. Talvez isso se deva, de um lado, ao esforço dos comentadores por distanciar Deleuze do vocabulário lacaniano, do “Real”; de outro, ao fato de que o real, em Deleuze, parece ter um estatuto não-conceitual e pré-filosófico, como índice do Fora de que o pensamento depende. Cf. ZOURABICHVILI, [1996] 2016, p. 53. Sua aparição no Anti-Édipo, por exemplo, é inquietante – nele, o real é ao mesmo tempo homólogo da produção maquínica do desejo e o seu efeito – e o esquizofrênico será definido precisamente pela sua proximidade com o real. DELEUZE e GUATTARI, [1972] 2010, p. 122.

entretanto, lhe é essencial e o fustiga.¹⁶ Nossa hipótese consiste em afirmar que Deleuze se interessa vivamente pelo real; faz do real, e de suas variações, o problema mais profundo de sua filosofia e, conjugando-o com os movimentos aberrantes, traça o diagrama que une dinamicamente o empírico e o transcendental – as três pontas do real.

A vantagem dessa hipótese está em fornecer uma grade de leitura aplicável aos comentadores da filosofia do direito de Deleuze: as diversas interpretações que o conceito de jurisprudência recebe entre eles correspondem a apreensões parciais dos elementos constitutivos do real do direito. Assim, é possível que interpretações heterogêneas da “jurisprudência como filosofia do direito” distribuam-se, pelo menos de direito, segundo os distintos registros em que o real se produz e se manifesta segundo Deleuze,¹⁷ obedecendo a uma linha de desenvolvimento que tem início em uma apreensão empírica e, pouco a pouco, completa-se com o transcendental.

Essas interpretações pretendem fornecer uma resposta não à clássica pergunta “o que é o direito?”, mas àquela que se encontra pressuposta por ela: “como se produz o real do direito?”. Nesse sentido, talvez Deleuze possa ser o autor de uma filosofia prática, realista, que não necessariamente se confunde com as práticas legais institucionalizadas. Em direito, é possível que Deleuze seja um realista muito peculiar, à espreita dos movimentos aberrantes do direito que a jurisprudência constrói na vizinhança dos casos e das singularidades.

16 DELEUZE e GUATTARI, [1991] 2007, p. 57 e DELEUZE, [1993] 2006a, p. 214.

17 Em textos que atravessam toda a sua bibliografia, Deleuze apresenta a estrutura da realidade dividida em dois registros ontológicos horizontais e divergentes, que se agenciam segundo a lógica das multiplicidades: o atual e o virtual; eles estão dinamicamente ligados por processos diferenciadores de contraefetuação e atualização. Isto é, à dimensão dos objetos atuais (o empírico), vem somar-se o regime das multiplicidades virtuais que o secundam (o transcendental), como uma névoa de singularidades intensivas que se distribuem em circuitos mais ou menos amplos e que um dado objeto atual absorve. DELEUZE e PARNET, [1996] 1998, p. 174. Anne SAUVAGNARGUES, 2009, p. 94, resumiu a diferença entre os regimes dizendo que “O *atual* designa o estado de coisas presente; o *virtual*, tudo o que, não sendo atualmente presente, é todavia real. [...] o virtual introduz o tanto o estatuto de uma idealidade inatual quanto o estatuto da realidade do tempo. Por isso, o virtual não é nem psicológico nem mental [...]” (Tradução livre). No original: “*Lactuel* désigne l’état de chose présent; le *virtuel*, tout ce qui n’étant pas actuellement présent, est néanmoins réel. [...] le virtuel engage le statut d’une idéalité inactuelle autant que celui de la réalité du temps. Par autant, le virtuel n’est ni psychologique ni mental [...]”. A realidade de um objeto se define por sua “pulsão total”; ou seja, determina-se tanto pelo regime de multiplicidades virtuais que constituem sua potência diferenciadora quanto por sua individualidade atual, que não passa de uma expressão contingente à qual o real é, não raro, reduzido; define-se, ainda, pela divergência que os liga. Os três enganos a evitar nesse particular são: (1) reduzir o real a uma função do atual; (2) negar a realidade própria do virtual; (3) ignorar os processos divergentes que os vinculam.

Sob essa luz, a pergunta “O que é o direito?” torna-se uma versão empírica, miniaturizada, da questão “como se produz o real do direito?”, que conjuga as “três metades” de uma ontologia que ainda precisa se revelar política. Deleuze inaugura um realismo jurídico de novo tipo: um realismo que recupera os direitos da potência em relação ao ato, da política em relação ao ser, e do virtual face ao atual, abrindo ao direito novas capacidades de invenção.

2.1. Deleuze no direito: um realismo atualista

No prefácio a *Jurisdiction in Deleuze*, Edward Mussawir reconhece a recente aproximação entre a obra de Deleuze e a Filosofia e a Teoria do Direito. No entanto, nega que haja em Deleuze um modelo teórico novo ou a descobrir. Segundo Mussawir, a leitura o mais fiel possível a Deleuze implicaria aproximar seu pensamento do direito como de um *meio qualquer*, seguindo suas articulações práticas e linhas de criatividade internas, assim como Deleuze constantemente faz com as ciências, as artes (a pintura, a música, o teatro, a literatura) ou a história da filosofia, por exemplo. Acompanhando essa diretriz geral, sua proposta se sustenta especificamente sobre uma releitura do conceito de *Jurisdiction*,¹⁸ destacado como apreensão técnica dos discursos sobre a prática do direito.

Embora este não seja um conceito explícito de Deleuze, Mussawir o compreende como um extrato de certas “jurisdictional arts” que poderiam ser recuperadas tendo o conceito deleuziano de jurisprudência como centro de gravidade.¹⁹ *Jurisdiction* torna-se, assim, o foco que lhe permitirá ler aspectos do estilo e do método de Gilles Deleuze, como recuperar certas artes jurisdicionais que incidem sobre pessoas, coisas/direitos e ações.

O conceito de jurisdição de Mussawir estabelece-se sobre a relação entre expressão e representação, e à margem do problema clássico e metafísico do fundamento e da legitimidade da soberania do Estado – reportado

18 O *Wex Legal Dictionary*, mantido pela University of Cornell, define *Jurisdiction* segundo duas acepções: como “poder de uma corte para decidir casos e emitir ordens” e como “território no interior do qual uma corte ou instituição governamental está autorizada a exercer seu poder”. Em uma distensão da primeira acepção, *Jurisdiction* remete a um poder que se exerce sobre pessoas (*in personam*), sobre certa matéria ou coisa (*in rem*) e sobre um julgamento particular. A definição dicionarizada segue de perto aquela utilizada por Mussawir. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/wex/jurisdiction>>. Consultado em: 02.03.2017.

19 MUSSAWIR, 2011, xii e p. 02.

às modernas teorias do poder jurídico –, sua releitura de *jurisdiction* “[...] continua a ordenar as linguagens locais, técnicas e tecnológicas do direito, as modalidades de discurso jurídico, instituição e a estética do julgamento”.²⁰ Deleuze é mobilizado na recuperação das artes jurisdicionais a partir de um conceito relativamente marginal em sua obra, e muito filiado à sua leitura original de Espinosa: o conceito de expressão. Com isso, Mussawir pretende chegar à prática expressiva da jurisprudência que se estabelece por articulações promovidas na jurisdição, fazendo do direito institucionalizado um meio específico que comporta práticas criativas.

Se, por um lado, a primeira tese de Mussawir parece negativa, por outro, há, em seu *Jurisdiction in Deleuze*, um complemento positivo dela. Deleuze, geralmente apresentado como um autor capaz de pensar a novidade radical, não representaria nenhuma subversão teórica no campo jurídico, nem implicaria qualquer novidade absoluta, mas sua obra ofereceria a generosa ocasião para nos aproximarmos das linhas de criatividade imanentes e específicas do campo jurídico. O movimento global que atravessa a obra de Mussawir é crítico apenas ao tempo em que é prático, e origina a possibilidade de repensar os elementos essenciais de uma teoria do julgamento expressiva, estética e pragmaticamente atrelada às artes da jurisdição. Mussawir assume o desafio de “ler no tecido do direito a dimensão da expressão”, captando o ponto em que a jurisprudência, a prática do direito, é “ativa, criativa, produtiva”.²¹

As artes jurisdicionais que Mussawir procura nas linhas concretas de criatividade prática do direito definem-se como prática expressiva, não representativa. Isto é, trata-se de captar na jurisprudência efetivamente praticada pelos juízes sua instância propriamente expressiva. A jurisprudência como um juízo meramente confirmatório da lei (representação) importa finalmente menos do que apreendê-la como expressão que, sem descrever nem representar um conteúdo, intervém constitutivamente nele. É assim que Mussawir trata as artes jurisdicionais como índices de uma jurisprudência que coincide com o trabalho dos juízes, como invenção própria que assinala uma dimensão constitutiva do real, de um campo local, prático e antimetafísico.²²

20 MUSSAWIR, 2011, p. 02. No original: “[...]continue to order the local, technical and technological languages of law, the modalities of legal speech, institution and the aesthetical of judgment”.

21 MUSSAWIR, 2011, p. 08.

22 MUSSAWIR, 2011, p. 10.

O dualismo “representação-expressão” transforma em matéria própria da Filosofia do Direito apenas as decisões que instauram linhas ativas de criatividade. Sob sua ação seletiva, *Jurisdiction* refere-se a “questões técnicas e procedimentais de instituições jurídicas e foros de julgamento”, mas também a uma “linguagem introspectiva com que as cortes e outras instituições abordam os modos e formas de seu próprio poder”.²³ O conceito de Jurisdição de Mussawir apela, pois, aos aspectos técnicos e dogmáticos da prática jurisprudencial, extraindo deles os traços intrinsecamente expressivos, criativos e ativos, no ponto cego das teorias críticas, avessas ao dogmatismo.²⁴

No entanto, nem toda decisão ou juízo assumem, por si mesmos, a forma de um “julgamento ativo”. É preciso distinguir, seguindo um método especificamente nietzschiano, julgamentos reativos e julgamentos ativos.²⁵ Os primeiros estariam ligados a uma prática representativa e confirmatória da lei, que assume o juízo em sentido kantiano como mera faculdade subjetiva exercida segundo uma moral do ressentimento, caracterizada pela incapacidade de “atribuir ao julgamento seu *locus* institucional ou sua localidade performada”.²⁶ Para ser ativo, o julgamento precisa ser “agido”, “performado” ou “expresso”. Trata-se de evitar a emergência do ressentimento social pela via da justiça e da jurisdição, fornecendo ao julgamento “certas localizações e poderes de performance; é necessário tornar o julgamento

23 MUSSAWIR, 2011, p. 115.

24 “[...]a continuação de uma ‘metafísica do direito’ na teoria do direito contemporânea - que procura dizer respeito às origens e aos limites estruturais do direito - tende, geralmente, apenas a separar-nos das técnicas e inovações que constituem o campo prático da jurisprudência” (Tradução livre). No original: “[...] the continuation of a ‘metaphysics of law’ in contemporary legal theory - which attempts to speak to the origins and structural limits of law - often tends only to separate us from the jurisdictional techniques and innovations that make up the practical field of jurisprudence.” MUSSAWIR, 2011, p. 159. Eis a crítica que Mussawir endereça às teorias críticas e ao *CLS*, na medida em que lhe parece que “as teorias críticas do julgamento e da subjetividade - e a teoria crítica, em geral - tornaram-se cada vez mais metafísicas” (Tradução livre). No original: “the theoretical critiques of judgment and subjectivity - and critical theory more generally - have become only increasingly metaphysical”. MUSSAWIR, 2011, p. 134.

25 “O balanço crítico que Deleuze faz sobre o julgamento nos apresenta à necessidade de abordar uma questão estética central à jurisprudência: a diferença entre a representação e a expressão do direito. Essa é a diferença que relaciona o julgamento aos termos de seu caráter ‘ativo’ ou ‘reativo’” (Tradução livre). No original “Deleuze’s critical account of judgment introduces us to the necessity for addressing a central aesthetic question in jurisprudence: the difference between the representation and expression of law. It is this difference which refers judgment to the terms of its ‘activity’ and its ‘reactivity’.” MUSSAWIR, 2011, p. 120.

26 MUSSAWIR, 2011, p. 122-123.

algo capaz de ser agido, aqui e agora, neste ou naquele foro”.²⁷ Isso só é possível ao preço de acompanhar Deleuze na antevisão que Nietzsche estabeleceu em *Genealogia da Moral*, ao apreender o juízo e a justiça a partir de um giro radicalmente crítico em relação a Kant: jamais compreendê-lo como o exercício subjetivo de uma faculdade estética (modelo do tribunal subjetivo), mas submetê-lo ao crivo genealógico e crítico da avaliação das forças em jogo.²⁸

Na perspectiva de um sistema de afetos e de crueldade, a condição que Mussawir elege como necessária para evitar que o julgamento permaneça apenas um sentimento reativo é dar-lhe um *locus* institucional que permita “o movimento seletivo pelo qual uma tal reatividade é forçada a passar ao campo de sua dramatização e manter-se, assim, responsável por sua reatividade”²⁹ – signo de que a relação entre justiça e julgamento é uma relação de expressão e não de representação; isto é, corresponde à relação entre um afeto (a justiça) e um *lôcus* institucional que permite que a sua expressão livre (a jurisdição) receba um lugar ao mesmo tempo em que constitui esse lugar. Nesse preciso sentido, para Mussawir, a jurisprudência, como verdadeira filosofia do direito, estaria longe de ser uma metafísica, aproximando-se mais de uma “prática crítica do direito” aberta à técnica jurídica e ao dogmatismo e capaz de seguir as linhas expressivas e de criatividade que deles procedem.³⁰

Toda questão passa pelo sentido finalmente empírico que Mussawir empresta ao termo “jurisprudência”. Engastada a um realismo das cortes, dos juízes e das decisões, a jurisprudência é apreendida apenas em sua atualidade institucionalizada, confundindo o real com o efetuado. Por um lado, isso transforma a filosofia do direito em uma disciplina prática e antimetafísica; por outro, bloqueia todas as invenções da jurisprudência que não possam ser assimiláveis pelas instituições. Conceituar o real do direito como jurisdição, e esta como prática atual dos tribunais, converte sua metade virtual em uma espécie de membro fantasma: algo que não para de operar, sem poder se dar como real.

27 MUSSAWIR, 2011, p. 123.

28 DELEUZE e GUATTARI, [1991] 2007, p. 143.

29 MUSSAWIR, 2011, p. 125. No original: “the selective movement by which such reactivity is forced to pass into the field of its dramatization and becoming held thereby responsible for its reactivity.”

30 MUSSAWIR, 2011, p. 159.

Os efeitos de criação que as instituições judiciárias concretas produzem confinam o real do direito, e também parecem esgotá-lo. A filosofia do direito de Deleuze, como “jurisprudência que procede por prolongamento de singularidades”, é então reduzida a uma filosofia das singularidades que, sem serem intensivas, correspondem apenas à “modulação contínua de um material”³¹ que não pode indagar-se até o fundo sobre as condições de sua variação. Atingimos aqui uma versão em que o real do direito é apreendido na dimensão de sua estrita atualidade, o que arrisca a converter a jurisprudência em uma prática decisionista ou de cristalização.

2.2. Direito com Deleuze e vice-versa: contraefetuação e atualização

Em *Legal Theory after Deleuze*, Claire Colebrook procura determinar os impactos que a filosofia de Deleuze poderia ter sobre a Filosofia e a Teoria do Direito. Porém, sua abordagem se distingue da proposta de Edward Mussawir em função de dois traços: (1) não se trata de isolar a noção de filosofia do direito como jurisprudência, mas de traçar as possibilidades de reler criticamente o campo e as práticas jurídicas a partir da totalidade do sistema filosófico deleuziano; (2) não se trata de aproximar Deleuze do direito como de um meio qualquer, limitando-se a seguir suas linhas de criatividade próprias; mas de considerar o efeito da filosofia de Deleuze sobre a Teoria do Direito como um *evento* em sentido forte, capaz de inovar em seu panorama.

Segundo Braidotti, Colebrook e Hanafin, Deleuze ofereceria uma alternativa ao “esgotamento do paradigma linguístico na teoria crítica e o advento de uma política da vida”;³² ela deslocaria a própria Teoria do Direito produzindo uma alteração perspectiva: o sujeito de direito abandonaria o centro das preocupações jurídicas dando lugar aos corpos materiais dos cidadãos. Ou seja, seria viável produzir com Deleuze uma “differential jurisprudence” a partir, e a contrapelo, da Teoria Crítica, há muito dominada pelos métodos e modelos da análise linguística.

Legal Theory after Deleuze descreve a corrosão desse modelo linguístico predominante no *CLS* dos anos 1970-1980 e estima o “acontecimento Deleuze” como um ponto de viragem especulativa com efeitos inexoráveis no

31 ZOURABICHVILI, 2004, p. 54.

32 BRAIDOTTI, COLEBROOK e HANAFIN, 2009, p. 01.

campo jurídico. Tornar Deleuze um intercessor dos juristas exigiria pensar a normatividade, as experiências de legalidade social e o próprio direito de modo inédito. A uma nova Teoria do Direito, inspirada por Deleuze, competiria discernir os fenômenos genéticos de produção de legalidade; isto é, prestar atenção à metade virtual dos fenômenos jurídicos, ao ponto de emergência do direito e aos seus problemas próprios.

Em relação a Mussawir, trata-se de uma ampliação da apreensão do real do direito. Sob esse ponto de vista, o direito passaria a ser compreendido como criação e como produção híbrida, resultante da interpenetração das três formas essenciais de pensar e combater o caos, descritas em *O que é a filosofia?*. O direito participaria tanto da filosofia, apreendido como conceito, quanto da ciência, compreendido como enunciado ou proposição descritiva de uma função, como da arte, como sede de produção de sensações e afetos.³³

Em 2008, Alexandre Lefebvre lançava o livro inaugural sobre a filosofia jurídica de Deleuze com uma tese alinhada à proposta mais geral de Colebrook: *a filosofia de Deleuze altera a imagem do pensamento jurídico*. Seu mérito consiste em especificar essa proposição a partir de um diálogo crítico com as teorias jurídicas dominantes, que resultará, pela intervenção de Bergson e Espinosa, em uma invenção positiva e útil.

Sua tese é a de que a filosofia de Deleuze torna possível reconstruir a Teoria do Direito a partir de uma nova teoria dos julgamentos e dos direitos. A saída pode parecer pouco coerente aos leitores de Deleuze, devido a sua agressiva recusa das noções de lei e de julgamento; no entanto, ela parece possível ao preço de aproximar a noção deleuziana de jurisprudência do conceito humeano de instituição.³⁴ Eis o conceito que será mobilizado para produzir uma teoria do julgamento e dos direitos alternativa à da “imagem dogmática do pensamento jurídico”, formada por pensadores como Hart, Dworkin e Habermas, reunida pelo *tour de force* de Lefebvre sob uma mesma efígie crítica.

33 COLEBROOK, 2009, p. 14-15.

34 Embora Deleuze jamais defina jurisprudência, Lefebvre afirma que ele parece ter em mente um sistema de *case law*, que cria o direito a partir dos encontros concretos e controvérsias entre os litigantes. Nesse sentido, a filosofia do direito aprecia o caso, a singularidade legal, como o elemento fundamental e primeiro princípio de direito: “Deleuze, then, appears to have in mind a definition of jurisprudence that combines rights and principles with cases and singularities, and then he qualifies this as a creative relationship”. LEFEBVRE, 2008, p. 56.

Os conceitos de instituição e de lei, em Hume, assinalariam duas formas de apreciar o social: enquanto a instituição remete a uma concepção criativa, inventiva e positiva do social – destinada à inteligibilidade, proposição de problemas e invenção de soluções –, a lei consiste em uma forma de fixar, garantir e salvaguardar direitos.³⁵ Isso revela que jurisprudência e direito referem-se a dois modelos de operação jurídica geneticamente articulados: a jurisprudência, expansiva e singularizante, opera em situações nas quais há uma invenção de direitos, estabelece soluções concretas a partir de uma formação social específica e se efetua na criação de direitos que serão, por fim, conservados em um conjunto de direitos progressivamente autonomizado de seu campo vivo de emergência – ponto em que as soluções dos casos se condensam na matéria muito abstrata e limitante da lei.

Como instituição, a jurisprudência fornece uma crítica à imagem dogmática do direito; a fim de desenvolvê-la conceitualmente, Lefebvre introduz as noções de encontro e de problema, tomadas de Espinosa e Bergson. Afastando a imagem dogmática do direito, *The image of law* procura compreender o tom criativo que preside a solução de casos. Os direitos emergem simultaneamente com e por meio de situações concretas, de modo que o caso se afigura o índice *acidental* e *necessário* no seio do qual se produz toda criação de direito. Assim como uma corte não determina os casos que lhe serão submetidos, a operação do direito e a gênese dos direitos sujeitam-se a uma constrição da necessidade. Por outro lado, a criação está sempre ligada a uma demanda que lhe vem de fora e, ao ingressar nos quadros instituídos, apresenta uma exigência de invenção sob a forma acidental da singularidade. Essa dupla natureza dos casos remete ao conceito de encontro como constrição que vem de fora e atesta a natureza profundamente criadora das operações jurídicas, na leitura de Lefebvre.

O que Deleuze censurava aos Direitos Humanos é a supressão dos encontros que sistemas de direitos *a priori* supõem.³⁶ Suprimidos os encontros, o que resta são formas representativas e dogmáticas de pensar, caracterizadas pela presunção de que tudo o que se encontra em um dado meio atual pode ser remetido a um conceito preexistente. Na medida em que o pensamento vira função do reconhecimento, produz-se uma “imagem do

35 LEFEBVRE, 2008, p. 57-58.

36 LEFEBVRE, 2008, p. 59.

pensamento”,³⁷ uma forma da opinião comum (*doxa*) a ser radicalmente desafiada pela filosofia. Desde o seu primeiro livro sobre Hume, Deleuze realiza uma releitura radical da história da filosofia e privilegia como intercessores os pontos notáveis em uma longa cadeia de dissidência da imagem do pensamento dominante; eis o índice de que o golpe político e metafísico essencial pressuposto pelo cânone histórico-filosófico produz está em evitar uma relação com o Fora, com os encontros.³⁸

No campo jurídico, a tentativa de superar uma imagem dogmática do pensamento refletir-se-á na crítica e na recomposição de uma teoria do julgamento e de uma teoria dos direitos. Para tanto, Lefebvre renova um dualismo bergsoniano que será aplicado às operações do direito. Segundo ele, processos de percepção e memória atenta e desatenta remetem à forma pela qual reagimos a encontros, problemáticos ou não. Essencialmente, todo processo de percepção desencadeia a manifestação da memória. Porém, em sua forma desatenta, esses processos se caracterizam pela conformação prática de uma percepção a um esquema mnemônico prévio, que se afigura útil para responder a um problema que o meio atual propõe; a esse arranjo particular entre percepção e memória, Lefebvre chama “innatentive judgment” (julgamento desatento), aquele em que percepções compreendidas como situações sujeitas ao reconhecimento útil implicam um juízo subjetivo, e exigem uma recoleção mnemônica para agir. Nesse plano, que Lefebvre considera “vital para a operação e o sucesso da decisão”, porém, toda heterogeneidade e exterioridade de um encontro termina reduzida a um processo representativo que submete o “novo” e o “interessante” que o encontro engendra às formas decantadas da recoleção.

Julgar, para Bergson, tem menos a ver com subsunção de fatos a normas do que com “atualizar recoleções no presente, com a conexão de um passado virtual a um presente atual”.³⁹ Por isso, tanto o juízo de subsunção pode ser descrito como uma ilusão que provém da redução de círculos

37 Nesse sentido, Lefebvre esclarece que “O conceito de imagem dogmática do pensamento [...] designa essa adoção ilegítima de fatos banais e atividades da vida tanto como fundamento quanto como destino do pensamento”. No original, “The concept of the dogmatic image of thought [...] designates this illegitimate adoption of commonplace facts and activities of life as both ground and destination of thought”. LEFEBVRE, 2008, p. 61.

38 Cf. DELEUZE e PARNET, [1996] 1998, p. 21 e LEFEBVRE, 2008, p. 62.

39 LEFEBVRE, 2008, p. 169. No original: “actualizing recollections in the present, with connecting a virtual past to an actual present”.

mais vastos de memória à percepção da situação atual quanto como o resultado de uma função reguladora crucial para as operações de aplicação do direito.⁴⁰ Seus perigos radicam na confusão entre julgamento e subsunção e na potencial insensibilidade para os encontros e para o novo, que essa confusão acarreta. Apesar de sua função estabilizadora, Lefebvre qualifica o julgamento desatento como “apenas uma das metades do julgamento”. A outra metade corresponde à forma de agir diante de um encontro que já não pode ser reconhecido de acordo com uma norma predeterminada e inevitável; um encontro que provoca uma interrupção do vínculo entre percepção e memória no julgamento desatento (o reconhecimento), e suspende o automatismo da operação de aplicação do direito.

Embora Lefebvre reconheça que Bergson e Deleuze jamais desenvolveram uma teoria do julgamento, afirma ser possível extrair da combinação entre os conceitos de percepção atenta e de encontro uma ideia intrinsecamente criativa. Ao não evitar os encontros, ao banhar-se neles como em um meio atual qualquer, um “julgamento atento” interrompe o fluxo que ligava percepção-memória-ação, revelando, na duração, a virtualidade do passado como condição e elemento do juízo. Sob esse ponto de vista, o julgamento atento produz-se na experiência singularizante implicada por um encontro irreduzível a um esquema mnemônico prévio, reatualiza o conjunto das recoleções, enriquecendo-as do elemento novo – que corresponde ao efeito da experiência inédita e criativa que o encontro produz.⁴¹

O juízo se torna, assim, uma espécie de “construtivismo” que advém da impossibilidade de reconhecer *a priori* um acontecimento. A singularidade inédita que o encontro impõe força o juízo a criar superando o dado no julgamento desatento, a partir da indiscernibilidade do passado e do presente que forma o “novo objeto” ao mesmo tempo em que reatualiza o passado.

40 “O julgamento desatento é requisito para as *stare decisis*, bem como para a previsibilidade e regularidade das cortes”. No original: “Innattentive judgement is requisite for *stare decisis* and with it the predictability and regularity of the courts”. LEFEBVRE, 2008, p. 171.

41 “Graças ao encontro”, escreve LEFEBVRE, 2008, p. 184, “o julgamento criará ou produzirá um produto único, um inédito compósito de recoleções e percepções. [...] *O julgamento atento, portanto, sempre cria uma singularidade.*” Lefebvre descreve cinco características do julgamento atento: (1) ele implica um processo de interrupção do esquema usual percepção-memória; (2) revela o passado virtual como condição e elemento do julgamento; (3 e 4) é experimental e cumulativo, na medida em que percepção (atual) e memória (virtual) exploram-se mutuamente; (5) é criativo, ao produzir um novo objeto, um composto original de recoleções e percepções. IDEM, p. 185-190.

Disso decorrem ao menos duas conclusões: (1) diferentemente do que se passa com Edward Mussawir, que procura os traços criativos das operações jurídicas na localização institucional do juízo, Lefebvre os encontra na dinâmica de atualização das operações de julgamento, atadas a seu fundo metafísico. Assim, tanto para Mussawir como para Lefebvre, o real do direito é diferencial e criativo, mas, no primeiro caso, ele é apreendido em sua expressividade atual; no segundo, ele é apreendido como processo de gênese de um juízo, como linha de atualização; (2) Lefebvre inverte o senso comum que explica o juízo criativo pela subsunção; ao contrário, o esquema diferencial e singularizante do julgamento atento é apresentado como esteio da repetição e do julgamento desatento, com a vantagem de não evitar o encontro, não limitar o inédito e não o subsumir ao *a priori*, nem no nível das normas, nem no dos corpos. Isso faz do julgamento desatento a operação de uma função estabilizadora essencial, ao mesmo tempo em que suas soluções formam um subconjunto empobrecido pela abstração dos encontros. O julgamento atento, porém, forma uma constelação de juízos a cada vez reatualizados e enriquecidos pelos novos encontros.

Lefebvre esclarece que não há voluntarismo algum em julgar um caso por meio do reconhecimento e da subsunção (julgamento desatento) ou do encontro e da criação (julgamento atento): um juiz jamais tem a faculdade de arbitrar uma ou outra forma do juízo, pois isso é determinado pelo encontro, pela conformação das forças em jogo, que demandam uma ou outra forma de juízo. No entanto, o fundo inaparente que determina a lógica dos encontros a que a teoria do julgamento de Lefebvre se subsume é o real do direito: “[...] a única forma de realizar uma análise adequada de um julgamento é olhar para a suas reais condições de existência”,⁴² isto é, sua metade transcendental.

Em que registro esse real pode ser apreendido? É certo que, para Lefebvre, julgar e criar são uma e mesma coisa, havendo uma mera diferença de grau, e não de natureza, entre julgamentos desatento e atento. Essa diferença varia em função dos níveis de enriquecimento dos processos em que se envolvem a percepção, a memória e o encontro. Porém, é o real dos encontros e das conjugações locais de forças, dos quais as soluções e invenções conceituais procedem, que determina a natureza das operações jurídicas.

42 LEFEBVRE, 2008, p. 195. No original: “[...] the only way to provide a proper analysis of a judgement is to look at its real conditions of existence”.

Por isso, em Lefebvre, o real do direito é apreendido como processo de atualização: a decisão se produz no seio de uma zona de indiscernibilidade instaurada entre uma coleção de soluções e esquematismos passados (virtual/atualização) e o encontro que forma o caso presente (atual/contraefetuação). A decisão é o subproduto, o objeto novo, correlato desse processo criativo de atualização da integral de uma coleção de casos passados em um caso presente – eis a invenção positiva da teoria do julgamento de Alexandre Lefebvre.

O que fica intocado na obra de Lefebvre é o conjunto mais criativo e político do *corpus* deleuziano, especialmente os textos escritos com Félix Guattari. Eles constituem o objeto privilegiado das análises de Paul Patton, que investiga o pensamento político de Deleuze e oferece uma teoria dos direitos baseada no ponto cego teórico reconhecido por Lefebvre.⁴³

Patton afirma que a filosofia de Deleuze e Guattari não apenas possui uma vocação política, mas produz conceitos que não são meros decalques do empírico, comportando uma dimensão prática, normativa, e autorizando um processo de avaliação “infinito”, cercado de prudências e perigos. Ainda que Deleuze e Guattari considerem, de um ponto de vista marxiano, todas as formas modernas de governo equivalentes em função de seus préstimos à axiomática global do capitalismo, isso não implica que eles permaneçam alheios à importância dos desvios produzidos minoritariamente no tecido dos “public political rights”. Esses desvios, que originam transformações sociais passíveis de consolidação na instância segmentar e molar do instituído, têm origem molecular e operam mais “por movimentos de desterritorialização e linhas de fuga que por contradições de classe”.⁴⁴ Não por outra razão, Deleuze teria abandonado o léxico conceitual marxiano, e as ideias de revolução e da luta de classes, e os substituíra pela noção de devir-revolucionário, querendo significar “a emergência do novo, do absolutamente Outro”.

No entanto, é apenas em *O que é a filosofia?*, em meio a uma das mais sulfurosas críticas à democracia liberal moderna, que Deleuze e Guattari, apelando à urgência de resistir ao presente, teriam deixado escapar o seu segredo político normativo: o conceito de devir-democrático, avatar de uma democracia por vir.⁴⁵ Com o estranho auxílio de um *détour* sobre

43 LEFEBVRE, 2008, p. 255.

44 PATTON, 2009, p. 196.

45 PATTON, 2009, p. 198.

as aproximações e distanciamentos entre a filosofia de Deleuze-Guattari e a de John Rawls, Patton define a concepção deleuziana de jurisprudência como “invenção de novos direitos”. Essa definição deriva da articulação entre o conceito de devir-revolucionário, como conjunto das condições micropolíticas que permitem a um corpo social desviar de um dado modelo macropolítico, e o devir-democrático, que constituiria o conjunto crescente das assimilações macropolíticas de tais desvios. Afinal, Patton lembra que, para Deleuze e Guattari, a micropolítica que não produz efeitos macropolíticos “would be nothing”.

Em resumo, define-se a jurisprudência de Deleuze como invenção de novos direitos a serem assimilados por uma estrutura institucional predisposta e de característica democrática – ainda que parcialmente indeterminada. Sua invenção é matéria da micropolítica, dos movimentos moleculares, desterritorializações e linhas de fuga (devir-revolucionário); sua assimilação a uma estrutura predisposta confere espessura institucional aos direitos e *quanta* de realidade à democracia por vir (devir-democrático).

O novo dado está no fato de que Patton integra ao conceito de jurisprudência uma intuição que Lefebvre não levou às últimas consequências: a relação entre os conceitos de jurisprudência e de instituição. Patton a desenvolve aferrando traços de produtividade social ao conceito de jurisprudência. Relacionar os devires minoritários aos efeitos que as demandas de movimentos sociais podem arrancar ao instituído é, talvez, o grande mérito de Patton, ao lado do caráter social transcendental que empresta às revoltas.⁴⁶ Todavia, a teoria dos direitos que lhe é anexada conduz a um impasse: essa produtividade social, que constitui o fundo pulsante de sua teoria dos direitos, só adquire sentido em função da transcrição de modos de vida como direitos e de sua incorporação a um sistema legal e moral que opera na lógica das democracias atuais – ainda que o ideal transcendental de uma democracia por vir permaneça no horizonte, inexperienciável.

46 “[...] a Ideia propriamente transcendental de sociedade só é atualizada durante esses períodos de transição de uma solução de problemas que definem uma sociedade a outra. Em resumo, ‘o objeto transcendente da faculdade da sociabilidade é a revolução. Nesse sentido, a revolução é o poder social da diferença, o paradoxo da sociedade, o furor particular da Ideia social’” (Tradução livre). PATTON, 2000, p. 41-42. No original: “[...] the properly transcendental Idea of society is only actualised during those periods of transition from one solution to the problems which define a society to another. In short, ‘the transcendent object of the faculty of sociability is revolution. In this sense, revolution is the social power of difference, the paradox of society, the particular wrath of the social Idea’”.

Uma trama disposta na linha de atualização envolve as interpretações de Lefebvre e Patton. O primeiro tem o mérito de desenvolver as implicações da filosofia do direito como jurisprudência *na* Teoria do Direito, e intui, mas não conduz ao limite, a ideia de que a jurisprudência de Deleuze estaria mais próxima da criatividade da instituição que dos limites da lei. Patton, por sua vez, tem o mérito de, sem sequer retornar a Hume, mas aos traços pragmáticos e políticos da filosofia política de Deleuze e Guattari, distender aquela intuição em um sentido inaudito: *a criatividade da instituição humana é a produtividade social maquínica*, e corresponde aos processos moleculares que amolecem estratos, embaralham segmentos, fazem passar linhas de fuga. Porém, os movimentos desterritorialização que valem para sua teoria dos direitos são logo reterritorializados: exige-se o crivo do sistema jurídico e moral que os assimila, sob pena de nada significarem.

2.3. Jurisprudência especulativa: o Virtual

Deleuze, la pratique du droit, de Laurent de Sutter, é a primeira tentativa integral e sistemática de apreender a filosofia do direito de Deleuze como tal. Para tanto, Sutter não se limita ao comentário de textos em que Deleuze se refere ao direito, mas procede a uma reconstituição integral de sua filosofia jurídica, como um conjunto autônomo em relação aos axiomas mais gerais de seu sistema filosófico. Sua tese é, no entanto, simples e parece estar integralmente contida no esforço por corrigir uma sucessão de enganos sobre a relação entre Deleuze e o direito. Seria preciso abandonar a compreensão da jurisprudência como prática sociológica, aquela que é matéria de juízes e cortes, para concebê-la como prática especulativa.⁴⁷ Afirmar o direito como jurisprudência especulativa é inverter a relação tradicional que procura, na filosofia, o lugar o direito: com Deleuze, trata-se de procurar no direito o lugar da filosofia, uma vez que “o direito é o porvir da filosofia. [...] a prática do direito é independente de tudo aquilo de que a filosofia deve se desembaraçar para enfim pôr em funcionamento o programa de empirismo transcendental que Deleuze lhe atribui [...]”.⁴⁸

47 “A prática do direito é uma prática de invenção de mecanismos de associação que se revezam entre si: o direito é um *meccano*”. SUTTER, 2009, p. 110 (Tradução livre). No original: “La pratique du droit est une pratique d’invention des mécanismes d’association se relayant les uns les autres: les droit est un *meccano*”.

48 SUTTER, 2009, p. 105. No original: “le droit est l’avenir de la philosophie. [...] la pratique du droit est indépendante de tout ce dont la philosophie doit se débarrasser pour enfin mettre en œuvre le programme d’empirisme transcendental qui lui assigne Deleuze [...]”.

Essa tese resulta de um trabalho minucioso que percorre a integral da obra de Deleuze, propondo arrancar uma nova solução para o clássico conflito das faculdades.⁴⁹ Essencialmente, quatro conceitos, que formam dois pares conceituais, se articulam: o par lei/direito e o par crítica/clínica.⁵⁰ Emancipada tanto do criticismo quanto dos procedimentos de desconstrução, a crítica, nas mãos de Deleuze, torna-se uma “arte das conjugações” que permite instaurar um plano consistência desprovido de organização. Nele, conceitos como lei, instituição, contrato, pacto, são desdobrados e descritos em si mesmos, como função essencial da crítica. Trata-se de restaurar os direitos do plano de consistência que permite passar-se da lei, inventar-lhe um Fora. Esse Fora resulta da investigação prudente de sua indiferença vã: lei jurídica, psicanalítica, antropológica, religiosa ou científica – a multiplicação dos horizontes em que a lei se reparte deixa ver a sua função própria: a lei organiza as multiplicidades, ordena e impede sua proliferação.

O outro par conceitual ressignificado por Sutter é o par clínica/direito. Com efeito, restaurar o plano de consistência é o gesto essencial, mas ainda impotente, ao qual a crítica procede. Ele permite perceber que tão necessário quanto liberar o direito da filosofia é liberar o direito da lei, e que ambos integram um mesmo programa especulativo: o do empirismo transcendental. A clínica será, portanto, o momento em que se leva o plano de consistência da lei ao Fora, submetendo-a ao encontro das práticas do direito estrangeiras a ela, como o costume pré-jurídico, a tópica da casuística romana e a axiomatização do direito.⁵¹ Essas práticas permitem mobilizar os conceitos de associação, casos, jurisprudência, singularidade,

49 SUTTER, 2009, p. 13.

50 A distinção entre direito e lei é recorrente nas línguas indo-europeias, com exceção do inglês. Enquanto Lefebvre associa a jurisprudência de Deleuze a um sistema de *case law*, a prática romanística é central para o argumento de Sutter, que censura aos autores anglófonos não terem dispensado a devida atenção à distinção (cf. o prefácio à edição inglesa). Em *Rome*, o § 34 da segunda parte de seu Deleuze, *locus* da tese do “direito como por vir da filosofia”, encontra-se uma genealogia especulativa de inspiração nietzschiana sobre a oposição entre gregos e romanos; o povo de filósofos e o povo de juristas; o povo do conceito e o povo da jurisprudência, dos quais Sutter diz: “é preciso que deixemos de ser Gregos; é preciso voltarmos a ser Romanos”. SUTTER, 2009, p. 104.

51 Sutter afirma, todavia, que “a prática axiomática do direito não é uma prática jurídica, mas uma prática filosófica”. SUTTER, 2009, p. 105. Isso porque a axiomatização do direito deriva da abstração da prática tópica em conjuntos cada vez mais vastos que resultaram nas codificações. Transformada em constante universal e abstrata, em código jurídico, a prática do direito é desnaturada por meio de um procedimento filosófico – neste caso, formal e historicamente coincidente com as práticas filosóficas do Esclarecimento.

Nomos etc., em função de uma série de intercessores de Deleuze (Foucault, Leibniz, Tarde, Nietzsche, Hume etc.), conduzindo à tese de que a jurisprudência, em sentido especulativo, constitui o por vir da filosofia.

Disso resulta tanto uma nova concepção de filosofia quanto um novo conceito de direito: a jurisprudência, que jamais abandonou sua prática tópica, prolongando as singularidades segundo sua própria lógica de composição, livraria a filosofia de sua transcendência e o direito de sua dependência. Nesses termos, a jurisprudência é definida em termos especulativos, como “uma prática cuja autonomia consiste em tecer as relações disjuntivas com tudo o que a cerca”.⁵² Não poderíamos, portanto, estar mais distantes de uma teoria dos direitos ou do julgamento,⁵³ como quiseram Mussawir, Lefebvre ou Patton. A jurisprudência prepara um direito cujo real, inteiramente positivo, insiste no próprio plano de consistência, como plano de operações e invenções autônomas, desligadas de determinações exteriores, mas capazes de se agenciar com elas, porque *realmente* disjuntas.

O *Deleuze* de Laurent de Sutter parece ser, entre todos, o mais *esquizo* e, por isso, o mais próximo da pulsão total que define o real do direito. Com efeito, como o próprio autor reconhece, não há em Deleuze nada de útil aos juristas; exceto, talvez, o imenso mapa de virtualidades insujeitas a tudo o que não pertencendo ao plano de consistência do direito – a justiça, a filosofia, a sociedade, a política – pode se agenciar com ele. É assim que o direito, ao não ser condicionado por nada de que nosso mundo é feito, pode surgir como *uma outra metafísica*, como realização do empirismo transcendental; ou, por ser indiferente às estruturas do social e ao político, pode admitir usos políticos que atestarão sua própria verdade revolucionária.

3. Considerações finais: para uma teoria do campo social em Deleuze

Muitas das interpretações revisadas conduzem ora a uma teoria do julgamento, referenciada pela prática dos tribunais, ora a uma teoria dos direi-

52 SUTTER, 2009, p. 106. No original: “une pratique dont l'autonomie consiste à tisser des rapports disjonctifs avec ce qui l'entoure”.

53 “O fim último que Deleuze atribui à filosofia é, com Nietzsche, dar um fim ao juízo. Melhor que julgar, ou criticar, é investigar, descrever, inventar: é preciso passar de uma concepção negativa da filosofia a uma positiva.” (Tradução livre). SUTTER, 2009, p. 108. No original: “Le but ultime que Deleuze assigne à la philosophie est, avec Nietzsche, d'en finir avec le jugement. Plutôt que juger, c'est-à-dire, critiquer, il vaut mieux investiguer, décrire et inventer: il faut passer d'une conception négative de la philosophie à une conception positive.”

tos que, se critica o caráter abstrato de sua versão moderna, reduz o aspecto radicalmente criador da concepção deleuziana de filosofia do direito à invenção de direitos assimiláveis aos quadros instituídos das democracias liberais. Reinventando uma teoria do julgamento e uma teoria dos direitos nesses termos, a concepção deleuziana de jurisprudência não é levada à radicalidade prática e conceitual que sua formulação supõe. Todos os intérpretes da filosofia do direito de Deleuze deixaram intocada a censura que Deleuze dirige aos juízes, “comitê de sábios, comitê moral e pseudocompetente”, bem como a categoria “grupos de usuários”, com que se operaria a passagem do direito à política. Essa lacuna interpretativa pode transformar a jurisprudência, e suas operações, em um assunto de especialistas (juízes, juristas) – um resultado contraintuitivo face à asserção deleuziana de que a jurisprudência, compreendida como criadora de direito, e não apenas de “direitos”, “não deveria ser confiada aos juízes”.

Paul Patton é o único a interpretar a referência de Deleuze a “grupos de usuários”, mas, ali, tudo se passa como se Deleuze exigisse apenas que “os envolvidos fossem ouvidos”, como se a participação nas estruturas das democracias liberais bastasse, e sem qualquer vínculo com a ideia deleuziana de jurisprudência. Ainda assim, reconhece que o caráter transcendental do social se exprime nos períodos de transição em que um corpo social confronta novos problemas e se atualiza em novas soluções. Portanto, o princípio organizador do social não consistiria na estabilidade, mas no devir-revolucionário, na capacidade de uma sociedade de diferir de si mesma. Essa interpretação recupera a ideia de que: “uma sociedade se define por suas linhas de fuga”,⁵⁴ mas não expõe sua relação com o conceito humeano de instituição e com o conceito de jurisprudência. Seria preciso investigar essas categorias, que exprimem a concepção de que uma sociedade se define pela positividade de suas linhas de criatividade.⁵⁵

O caráter empírico-transcendental que define o campo social permite especular em que novo sentido a ideia deleuziana de jurisprudência, como prática do direito operada por grupos de usuários – e não como tarefa confiada aos juízes –, pode ser reinterpretada. Essa lacuna interpretativa, constante da literatura aqui revisada, abre a possibilidade de explorar a jurisprudência como prática que opera a passagem entre o direito e a po-

54 DELEUZE e GUATTARI, [1980] 1996, p. 94.

55 DELEUZE, [2002] 2006b, p. 29-30.

lítica, desde que ela esteja ligada por disjunções inclusivas a uma filosofia do campo social, a ser deduzida sobretudo dos livros que Deleuze escreve com Félix Guattari, como de textos esparsos e entrevistas. Eis o ponto em que as invenções do direito ultrapassam os limites instituídos de uma teoria do julgamento e em que o que Sutter chamou de “usos políticos possíveis do direito” recebe uma nova potência de agenciamento.

Referências

- BOUNDAS, Constantin V. (Ed). *Gilles Deleuze: the intensive reduction*. London-New York: Continuum, 2009.
- BRAIDOTTI, R.; COLEBOORK, C.; HANAFIN, P. (eds.). *Deleuze and law: forensic futures*. London: Palgrave-Macmillan, 2009.
- COLEBROOK, Claire. *Legal theory after Deleuze*. In: BRAIDOTTI, R.; COLEBOORK, C.; HANAFIN, P. (eds.). *Deleuze and law: forensic futures*. London: Palgrave-Macmillan, 2009, p. 06-23.
- DELEUZE, Gilles. *A ilha deserta e outros textos. Textos e entrevistas (1953-1974)*. Tradução de Luiz B. L. Orlandi et al. São Paulo: Iluminuras, 2006.
- _____. *Conversações*. Tradução de Peter Pal Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2008.
- _____. *Crítica e clínica*. Tradução de Peter Pal Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2006a.
- _____; PARNET, Claire. *Diálogos*. Tradução de Eloísa Araújo Ribeiro. São Paulo: Escuta, 1998.
- _____. *Diferença e repetição*. 2. ed. Tradução de Luiz B. L. Orlandi e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2006b.
- _____; GUATTARI, Félix. *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia*. Vol. 3. Tradução de Aurélio Guerra Neto et al. São Paulo: Editora 34, 1996.
- _____; _____. *O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia*. Tradução de Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2010.
- _____; _____. *O que é a filosofia?* Tradução de Bento Prado Jr. E Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 2007.
- LAPOUJADE, David. *Deleuze, os movimentos aberrantes*. Tradução de Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: n-1 edições, 2015.

- LEFEBVRE, Alexandre. *The image of law. Deleuze, Bergson, Spinoza*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- MOORE, Natham. 'A Distant Hand Fell From His Shoulder'. *Law and Critique*, n. 11, v. 2. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2000, p. 185–200.
- MUSSAWIR, Edward. *Jurisdiction in Deleuze: the expression. And representation of law*. New York: Routledge, 2011.
- PATTON, Paul. "Deleuze's practical philosophy". In: Boundas, Constantin V. (Ed). *Gilles Deleuze: the intensive reduction*. London-New York: Continuum, 2009, p. 187-203.
- _____. *Deleuze and the political*. London: Routledge, 2000.
- _____. *Political normativity and poststructuralism: the case of Gilles Deleuze*. Berlin, Germany: Vortrag ins Institutscolloquium des Philosophischen Instituts der Freien Universitat. 15.11.2007. Disponível em: < http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/GW/GW_Centre_Humanities/political-normativity-deleuze.pdf >
- PELBART, Peter Pál. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. São Paulo: Iluminuras, 2003.
- RENAUT, Alain; SOSŌE, Lukas. *Philosophie du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- SASSO, Robert; VILLANI, Arnaud (Orgs.). *Le vocabulaire de Gilles Deleuze*. Les Cahiers de noesis, n. 03. Paris: Vrin, 2003.
- SUTTER, Laurent de. *Deleuze, la pratique du droit*. Paris: Michalon, 2009.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- WARD, Ian. *An introduction to critical legal theory*. London: Cavendish Publishing, 1998.
- ZOURABICHVILI, François. *Deleuze: uma filosofia do acontecimento*. Tradução de Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2016.
- _____. *Le vocabulaire de Deleuze*. Paris: Ellipses, 2003.

Recebido em 18 de julho de 2017.

Aprovado em 24 de julho de 2018.

Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política

*Human dignity in political perspective: Charles Taylor and the
rehabilitation of ontological issues in the field of politics*

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho*

Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

Rafael Tomaz de Oliveira**

Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasil

1. Introdução

A ressignificação do princípio da dignidade da pessoa humana, afirmado pela Constituição com fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, merece dedicação da nossa teoria jurídico-política.

Os contornos e a centralidade que este princípio tomou quando da sua afirmação no texto da Constituição e nos trinta anos de sua aplicação pelos tribunais do País não se construíram sem contexto. Eles aconteceram em debate com a filosofia política, no horizonte da teoria da justiça e dos problemas de justificação do Estado Social¹, e que têm a ver com as concepções de sociedade política e com os programas normativos que se propõem em nosso tempo.

* Doutor (UFMG), Pós-Doutor (Universidade de Munique) e Livre-Docente (USP) em Direito. Professor da Universidade de São Paulo (USP) e da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Email: nunocoelho@usp.br

** Doutor em Direito (UNISINOS). Professor da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Email: rafael_81oliveira@hotmail.com

1 Deste debate, autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Nagel, T. M. Scanlon, Michael Sandel, Alasdair MacIntyre e Michel Walzer participaram decisivamente. Integra o projeto de pesquisa que une os autores deste texto a ressignificação, em termos constitucionalmente adequados, do princípio da cidadania, o qual investigam a partir da reconstrução dos diálogos contemporâneos da filosofia política, especialmente no esforço por contribuir para o esclarecimento dos desafios da experiência jurídico-política brasileira.

Embora o pano de fundo de nossa análise seja a experiência jurídica brasileira, o recorte metodológico em torno da dignidade da pessoa humana confere ares mais amplos à reflexão que foi proposta. Com efeito, enquanto tema filosófico, a pergunta pela dignidade humana já havia sido feita por Santo Thomas de Aquino e, modernamente, por Kant. Sua “juridificação”, a partir da incorporação em textos normativos, teve sua inauguração com a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, que assinalou a ideia de dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º., afirmando, como obrigações do poder público, a necessidade de respeitá-la e protegê-la. Já a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º., inciso III. Nessa medida, anote-se que as reflexões encaminhadas pelo texto são articuladas a partir de dois objetivos coordenados e que oscilam entre um panorama mais concreto até outro, mais abstrato.

Inicialmente, o objetivo deste artigo é recuperar alguns elementos desta discussão para ajudar a restaurar o sentido fundante da cidadania (tal como o pretende a Constituição) na experiência jurídico-política brasileira, cujo eclipse é responsável – segundo acreditamos – pela vigência de uma versão despolitizada de dignidade.

Em perspectiva ampla, o objetivo dos autores é recuperar a conexão essencial e constitutiva entre dignidade e cidadania. Esta conexão pode ser percebida a partir de certo imaginário² político-sociológico que se desenha a partir da obra de dois autores: o primeiro, T.H. Marshall que afirmava, em seu clássico estudo sobre a sociedade britânica e o modo como pode-

2 O termo imaginário é utilizado aqui não em um sentido negativo, de alienação ou encobrimento do significado, mas, sim, em um sentido positivo, de apresentação de indícios que permitem descrever formas ou modelos a partir dos quais um grupo de pessoas imaginam sua existência em sociedade e projetam expectativas sobre o tratamento de algumas imagens, temas e interesses sociais. Trata-se de um sentido próximo àquele utilizado por Benedict Anderson (2008, *passim*). Na esteira de Anderson, também Charles Taylor compõe neste sentido a sua descrição daquilo que ele chama de “imaginários sociais modernos”. O esclarecimento realizado por Taylor em torno do sentido empregado por ele para a palavra “imaginário”, bem como a sua diferenciação com relação à ideia de teoria, nos ajuda a elucidar o sentido que se pretende alcançar nesta investigação. Nos termos propostos por Taylor: “quero me referir a ‘imaginário social’ aqui, e não a teoria social, pois existem importantes diferenças entre os dois. Há, na verdade, inúmeras diferenças. Refiro-me a ‘imaginário’ (i) porque falo sobre o modo como as pessoas comuns ‘imaginam’ seus contornos sociais, e isto geralmente não é expresso em termos teóricos, mas levado em imagens, histórias, lendas etc. (ii) a teoria é frequentemente a propriedade de uma pequena minoria, embora o interessante no imaginário social é que ele é compartilhado por grandes grupos de pessoas, se não por toda a sociedade. Isto conduz a uma terceira diferença: (iii) o imaginário social é aquele entendimento comum que torna possível as práticas comuns e um senso amplamente compartilhado de legitimidade” (TAYLOR, 2010, p. 211).

riam ser a partir dela articulados os conceitos de *cidadania*, *classe social* e *status*, que a noção de cidadania deveria ser pensada a partir de uma progressiva universalização igualitária de direitos, identificando-a como um *status* político e não com um problema de classe social (Marshall, 1967, *passim*). Por outro lado, Jeremy Waldron assevera que a dignidade humana é melhor entendida como um termo que se refere a um *status*; uma posição atribuída aos seres humanos dentro de um grande esquema de coisas, *status* esse que confere às pessoas a necessidade de serem tratadas por um nível elevado de consideração e respeito por aqueles que exercem alguma posição de comando³.

Desse modo, é a partir dessa conexão entre a ideia de cidadania e dignidade humana que buscamos articular o debate que se segue, a partir de uma reabilitação das questões ontológicas no campo da política, a partir de um diálogo com Charles Taylor.

2. Questões ontológicas e questões normativas no debate da filosofia política

A “descoberta” do princípio da dignidade humana parece acompanhar-se de certa despolitização da experiência jurídico-constitucional no Brasil. Parecemos acreditar que a dignidade dependa mais do que pensam e decidem os juízes do que os atores políticos. O fenômeno tem a ver com o debate que levou à sua afirmação no fim do século XX, cuja recuperação ajuda a entender os caminhos pelos quais temos seguido – e as alternativas que se mantêm abertas

Neste artigo queremos trazer à reflexão um aspecto deste debate, rememorando o raciocínio desenvolvido por Charles Taylor no texto “Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário”⁴.

No seu artigo, Taylor propõe reconstruir a estrutura do debate da filosofia política moderna em que se opõem “liberais” e “comunitaristas”, com

3 WALDRON, 2017, p. 2.

4 Importante perceber que esta construção realizada por Charles Taylor repercute em diversos pontos de sua obra a partir de um contexto que poderíamos nomear como “interação crítico-reflexiva” com a modernidade filosófica e suas consequências para a filosofia moral. No texto *A Ética da Autenticidade*, por exemplo, esse elemento aparece muito bem destacado quando o autor afirma sua interpretação daquilo que seriam os três mal-estares modernos, *in verbis*: “o primeiro medo é sobre o que poderíamos chamar de perda do significado, o enfraquecimento dos horizontes morais. O segundo diz respeito ao eclipse dos propósitos diante da disseminação da razão instrumental. E o terceiro é sobre a perda da liberdade” (TAYLOR, 2011, p. 19).

argumentos úteis para criticarmos o sentido que temos atribuído ao princípio da dignidade humana como fundante da experiência jurídico-política brasileira. Taylor⁵ fala em “dois modelos de dignidade do cidadão, um que se baseia na participação política e outro na recuperação judicial”. Nossa concepção de dignidade parece ter mais a ver com tribunais do que com processos político-deliberativos, e cabe perguntar se algo não se perde com esta opção. A reflexão de Taylor será rememorada com objetivo de contribuir para nosso próprio debate sobre a dignidade humana, especialmente para perguntar se é possível dignidade sem cidadania, e mais a fundo, se é possível um Estado Democrático de Direito de uma sociedade política que não se funda na ação e na participação políticas como seu liame instituidor.

O principal objetivo de Taylor, ali, é distinguir dois planos de análise da teoria política, a análise ontológica e a análise normativa – que põem, respectivamente, questões ontológicas e questões de defesa. O plano ontológico da filosofia política respeita a saber o que uma sociedade política é, e o plano normativo, ao que deve ser.

Vamos acompanhar seu raciocínio para entender em que medida o entrelaçamento entre os discursos sobre o que a sociedade política é, e o que ela deve ser, ajudam a esclarecer o nosso próprio objeto de preocupação (a relação entre dignidade e cidadania). Sigamos, basicamente, os passos de Taylor do texto referido.

A discussão ontológica respeita à definição da sociedade, àquilo a que se apela como “termos últimos” na explicação do que é uma sociedade. Estamos, aqui, preocupados em entender o que uma sociedade é, como se forja e mantém, e para explicá-lo apelamos aos elementos de que é formada.

As relações entre os dois planos não são sempre claras ou simples. Muitas vezes, responde-se com um argumento normativo a uma sugestão ontológica. Em regra, especialmente, ocorrem confusões a partir da identificação entre concepções ontológicas e normativas – pensando-se que a partir de uma certa visão sobre o que a sociedade é, decorrem determinadas e exclusivas visões sobre como ela deve ser.

Também ocorre de as propostas normativas manterem implícitas as suas concepções ontológicas. Neste caso, a reconstrução proposta por Taylor tem a função de desnudar estes pressupostos.

5 TAYLOR, 2000, p. 200.

As alternativas ontológicas compreendem diferentes posições entre “atomistas” e “holistas”. Os atomistas, ditos muitas vezes “individualistas metodológicos”, acreditam poder explicar a sociedade a partir das características dos indivíduos. Está em (e reconduz-se a) os indivíduos a razão de ser de ações, estruturas e condições que marcam a sociedade política. Da mesma forma, na ordem da deliberação, explica-se o bem social a partir de bens individuais concatenados. Não há nada na sociedade e no que se considera bem social que não se possa encontrar também no indivíduo e naquilo que é bom para os indivíduos agregados.⁶

A posição atomista, que se desenvolveu nos últimos três séculos e se tornou uma espécie de senso comum irrefletido⁷, tem uma concepção instrumental da sociedade política⁸: viver em comunidade não tem valor em si mesmo, mas apenas é útil para a realização dos interesses individuais de cada associado.⁹

A posição holista, por seu turno, acredita que não se possa explicar a sociedade a partir das propriedades dos indivíduos que a compõem, mas que haja ingredientes nas decisões, ações e bens sociais impossíveis de reconduzir ao que pensa, sente, quer ou é o indivíduo enquanto indivíduo.

6 Taylor classifica Amartya Sen e os demais economistas do Welfarismo como representantes de uma visão deste tipo, em que os bens sociais não são mais que bens individuais agregados. Trata-se de uma afirmação que não podemos discutir ou impugnar agora, mas que oferece uma pista importante para entender as dificuldades do Estado Social – seus fundamentos e crise de legitimação.

7 Importante assinalar que, na concepção tayloriana, a própria ideia de dignidade humana estaria envolvida nesse contexto reflexivo. Para ele, a nova definição do domínio da razão, que teria uma espécie de epicentro em Santo Agostinho, traz consigo uma espécie de internalização das fontes morais. Desse modo, quando a hegemonia da razão passa a ser compreendida como controle da razão, inclusive com relação à elementos passionais, uma grande mudança ocorreu. Nos termos do autor: “o controle racional é uma questão de a mente dominar um mundo desencantado de matéria, então o senso de superioridade do bem viver, e a inspiração de se chegar a ele, devem vir da percepção que o agente tem de sua própria dignidade como ser racional. Acredito que esse tema moderno da dignidade da pessoa humana, que ocupa lugar tão considerável na ética do pensamento político modernos, surge da internalização que estive descrevendo” (TAYLOR, 1997, p. 200).

8 As origens dessa concepção instrumental estariam nas bases da composição do imaginário social moderno tendo a ética de Descartes, nesse contexto um papel importante. Com efeito, Segundo Taylor: “A ética de Descartes, assim como grande parte de sua epistemologia, exige desprendimento em relação ao mundo e ao corpo e a adoção de uma postura instrumental em relação a eles. É da essência da razão, tanto especulativa quanto prática, impelir-nos ao desprendimento” (TAYLOR, 1997, p. 205).

9 “Sociedades políticas, na compreensão de Hobbes, Locke, Bentham ou do senso comum do século XX que eles ajudaram a moldar, são estabelecidos por conjuntos de indivíduos a fim de obter benefícios, por meio da ação comum, que eles não poderiam conseguir individualmente. A ação é coletiva, mas sua meta permanece individual. O bem comum é construído a partir de bens individuais, sem deixar restos”. (TAYLOR, 2000, p. 204-5).

Já no arco das posições acerca do que a sociedade política deve ser, as alternativas normativas compreendem desde aqueles que defendem total prioridade para direitos individuais e liberdade, até aqueles que defendem total prioridade para a vida comunitária e o bem das coletividades. As posições intermédias sobre como a sociedade política deve-se regular, no que respeita à relação entre indivíduo e comunidade, podem ser muito diferentes. Entre elas, está a importante questão sobre se a sociedade política democrática deve abrigar uma concepção de bem, ou se deve manter neutralidade quanto às concepções de vida boa acalentadas por seus membros. Esta questão é central para nossa reflexão aqui (assim como para a de Taylor), e a ela voltaremos.

Para já, remarquemos que a filosofia política comporta dois planos de investigação, em cada um deles surgindo posições extremas. Na explicação sobre o que a sociedade política é (plano ontológico), pode-se ser atomista ou holista. Na defesa de como a sociedade política deve regular-se (plano normativo), pode-se ser individualista ou coletivista.

Ser holista (acreditar que a sociedade não se reduz e explica por um agregado de indivíduos) não implica ser coletivista (defender a prioridade da comunidade face ao indivíduo), assim como ser atomista (acreditar que a sociedade nada acrescenta à soma dos indivíduos) não implica ser individualista (defender a prioridade dos direitos do indivíduo face à coletividade). É possível ser holista e individualista (posição que Taylor parece defender, reivindicando participação na tradição cívica-humanista que remonta a Humboldt), e até mesmo atomista e coletivista (estranha posição que Taylor sugere enquadrar Skinner).

Os dois planos são diferentes, e o posicionamento no extremo de um dos planos não leva necessariamente ao extremo respectivo, no outro. Taylor defende a separação entre os planos, embora ressalte que não sejam independentes por completo. O que interessa, especialmente, é entender como se relacionam, e que tipo de condicionamentos uma posição ontológica impõe ao filósofo político no plano normativo – ou que tipo de posição ontológica irrefletida pode estar pressuposta em determinada posição normativa.

A crítica de Sandel a Rawls é exemplo de como se pode demonstrar a impossibilidade de uma concepção normativa a partir da concepção ontológica subjacente. Rawls acredita (ontologicamente) que a sociedade resulte da associação entre indivíduos mutuamente desinteressados, mas

defende (normativamente) que os talentos de cada um constituam patrimônio comum a ser de alguma forma redistribuído nos procedimentos instituidores de uma sociedade justa. A crítica de Sandel se dirige a uma incongruência clara entre os pressupostos ontológicos e as propostas normativas: indivíduos mutuamente indiferentes dificilmente concordariam com uma “redistribuição” deste tipo.

Os pontos de vista ontológicos, se não impõem conclusões normativas, decerto que “estruturam o campo de possibilidades” normativas “de uma maneira mais clara” – sendo, isto, o máximo a esperar de uma teoria sobre como a sociedade é: que ela organize e prepare o terreno para os discursos sobre como a sociedade política (e, assim, a democracia) deve ser. Dizer como a sociedade é não implica em defender qualquer modelo de organização política, mas ajuda a definir opções – por isso, é importante a ressalva, “as teses ontológicas estão longe de ser inocentes”.

A grande vantagem deste esclarecimento está na desocultação dos pressupostos ontológicos subjacentes aos pontos de vista liberais, cuja teoria social muitas vezes opera com concepções não examinadas sobre o que a sociedade política é, assumindo e disseminando preconceitos que muitas vezes não resistem a uma reconstrução e crítica ontológicas. Este é o caso, por exemplo, das concepções “procedimentalistas”, de cariz liberal, que veem a sociedade como reunião de indivíduos com projetos de vida e concepções de bem não compartilhados, cujo convívio cabe às instituições políticas arbitrar e, sob certas condições, promover.

Estas teorias assumem, no plano normativo, que a sociedade política não pode adotar, enquanto tal, qualquer concepção de bem ou projeto de vida como bom, porque isso feriria a igualdade – em prejuízo dos membros cuja concepção de bem fosse diversa da defendida pela comunidade política.

Esta tese normativa tem, no entanto, uma deficiência ontológica, na visão de Taylor. Uma sociedade “livre” precisa colocar algo no lugar da coerção despótica como fundamento da obediência, um fundamento “que transcenda o egoísmo no sentido de que as pessoas se acham de fato vinculadas ao bem comum, à liberdade geral”¹⁰. Isto significa um elo de patriotismo, de vinculação a uma empresa comum – “o vínculo de solidariedade com meus compatriotas em nossa empresa comum, a expressão comum de

10 TAYLOR, 2000, p. 204.

nossa respectiva dignidade”¹¹. Este vínculo apenas se forja por uma história comum, e é difícil pensar uma sociedade livre (“liberal”) se não fundada também sobre este sentimento de compartilhamento. Ao menos isto, diz Taylor, precisa ser compartilhado – e efetivamente o é, nas sociedades livres, ele tenta demonstrar – de sorte que a tese (normativa) de que nenhum bem pode ser afirmado pela sociedade política é contraditado pela verificação (ontológica) de que as sociedades liberais se forjam a partir de vínculos de compartilhamento patriótico.

Esta crítica às teorias procedimentalistas introduz o ponto central, ou de todo modo mais interessante do artigo de Taylor. Para desenvolvê-la, o Autor precisa esclarecer que a discussão ontológica envolve questões sobre o tipo de vínculo que se estabelece entre os componentes da sociedade política. Há quem construa seu modelo de sociedade a partir da integração entre indivíduos virtualmente desinteressados uns pelos outros (como Rawls e, alegadamente, os demais procedimentalistas) – e quem a funde em sentimentos compartilhados, vínculos de afeição e de benevolência mútua, compromisso mútuo e solidariedade, e sentido de comunidade.

Isto conduz ao esclarecimento acerca do “algo mais” que os holistas veem na sociedade, para além de indivíduos justapostos. A distinção proposta por Taylor é muito esclarecedora, servindo de fio condutor para a leitura do debate contemporâneo em teoria da justiça – assim como para entender as questões da justiça elas mesmas, e a tomarmos posição no caso brasileiro.

Lembre-mos: nosso interesse está em compreender e perguntar pelas condições de possibilidade do modelo de dignidade do cidadão que acalentamos no Brasil. Como interpretamos a sociedade política brasileira quando assumimos uma concepção de dignidade despolitizada tal como o fazemos hoje?

Sigamos em diálogo com Taylor para relacionar o tema dos vínculos intersubjetivos que forjam a sociedade enquanto sociedade política, ao problema da filosofia política e do direito que desejamos enfrentar, a procura de um modelo de dignidade que não reduza o homem por torná-lo não participante.

11 TAYLOR, 2000, p. 204.

3. Concepções de bem e democracia.

Taylor usa dois argumentos para esclarecer aquilo que, acrescido e irreduzível aos indivíduos em soma, constitui a sociedade: a diferença entre ação comum e conjunto de ações individuais concorrentes, e a diferença entre bem comum e bens individuais coordenados.

Ações comuns se esclarecem a partir da diferença entre aquilo que é *para mim e para você*, e aquilo que é *para nós*. Um diálogo – paradigma da ação comum – não se reduz a uma sucessão de falas monológicas, é empreendimento comum que não se reduz à justaposição das falas de cada parte. Quem integra um diálogo pode percebê-lo, na medida em que se integra a uma ação comum com sentido específico.

A mesma distinção se dá quanto ao valor dos bens. Há bens que valem *para mim e para você*, e outros que retiram seu valor específico do fato de valerem *para nós*. Aqui é possível perceber também algumas distinções.

O valor *para nós* de algo pode decorrer do fato de a coisa ser mais valiosa na medida em que é compartilhada. É o caso de uma boa piada, que provoca um sorriso de quem simplesmente a lê, e gargalhadas quando contada entre muitos. Este acréscimo de valor apenas se explica pelo sentido específico que assume ao transcender o *para mim* em direção ao *para nós*. Da mesma forma, é diferente ouvir Mozart sozinho ou com um amigo íntimo, ou o amante. O bem partilhado é outro, e advém da comunidade porque com ela o valor se expande por incorporar ações e sentidos comuns.

A bens deste tipo Taylor chama “mediatamente comuns”, que são diferentes dos bens “simplesmente convergentes”, de um lado, e dos bens “imediatamente convergentes”, de outro. Os bens simplesmente convergentes não passam de bens individuais que precisam de cooperação para obterem-se. No seu exemplo, a segurança pública: se fosse possível a uma pessoa garantir a si segurança com seus próprios meios, este bem em nada seria diminuído. Em outras palavras: nenhum valor se agrega pelo simples compartilhamento.

Já os bens imediatamente comuns diferem dos mediadamente comuns porque, naqueles, não há apenas acréscimo de valor com o compartilhamento. Nos bens imediatamente comuns, o valor reside exatamente no compartilhamento.

Num e noutro exemplo (no que há de específico no diálogo e no bem imediatamente comum, face à justaposição de falas ou aos bens individuais

coordenados), busca-se esclarecer o ingrediente patriótico como participação e compartilhamento em uma empresa comum, em que os compatriotas reciprocamente se identificam por vincularem-se a um destino comum: esta partilha tem em si mesma um valor, institui um vínculo e representa um bem sobre o qual se forjam as comunidades políticas. Forja-se uma *identidade-nós* para além das identidades convergentes que cada um membro da sociedade política acalenta. A sociedade não é apenas instrumento para realizar interesses de cada um, mas empresa comum.

Taylor reconhece que esta “tese cívica”, que afirma o vínculo patriótico de cada um com todos os demais como fundamental para a constituição da sociedade política, seja no mínimo problemática em nossos dias. Durante todo o período pré-moderno, este afirmado fundamento da vida política pode-se ter mantido inquestionado, mas a sua afirmação hoje decerto precisa ser demonstrada, não podendo ser simplesmente pressuposta.

A liberdade concebida como participação em um empreendimento comum pelo qual somos todos responsáveis não é o lugar comum construído pelo pensamento moderno-iluminista ocidental, que guarda lugar para um conceito de dignidade muito menos exigente: o de uma liberdade negativa, em que não há vinculação necessária entre patriotismo e liberdade – em que a liberdade se concebe de modo negativo, apenas como exclusão da ingerência do outro-comunidade, e não como ação comunitária. Liberdade negativa de todo compatível com uma concepção ontológica de sociedade que a afirme apenas como instrumento para realização dos interesses do indivíduo, e de todo diversa da concepção republicana.

Taylor imagina que o liberal procedimentalista defenderia sua posição de outro modo: ele afirmaria haver, sim, um bem compartilhado, genuinamente “comum”, na sociedade tal como ele a descreve: o direito. A sociedade liberal procedimental não pode afirmar qualquer forma de vida como boa, mas nela há compartilhamento do direito, um bem social importante por qual os cidadãos se vinculam reciprocamente. Se são inviáveis as sociedades em que não haja um bem compartilhado (como pretende a crítica republicana, que acredita que a identificação com o bem comum seja condição de um regime não despótico), defende-se o liberalismo procedimentalista com a identificação dos indivíduos com o direito. O patriotismo político torna-se (reduz-se a) um patriotismo de direito, capaz de explicar, por exemplo, o sentimento de ultraje que a sociedade americana sentiu no caso Watergate e no Irã-Contras. Esta reação emotiva em defesa da liberda-

de – que para o ponto de vista cívico-republicano seria prova do caráter não individualista da sociedade americana – continuaria, no entanto, nos limites da explicação liberal, e um adepto desta concepção poderia defendê-la afirmando que “o que os cidadãos ultrajados viram como violada foi precisamente uma regra de direito, uma concepção liberal do regime de direito”¹².

A identificação com o direito – ou por via do direito – garantiria as bases individualistas da sociedade política, mas já escapa aos limites da explicação atomista. Voltamos à questão da não identificação entre o extremo no âmbito da explicação ontológica e o extremo no âmbito na proposição normativa. Para Taylor, a defesa liberal de uma identificação por e com o direito pode justificar uma concepção normativa individualista, mas já não é compatível com a tese ontológica atomista. Por pressupor identificação e compartilhamento de um bem comum como constitutivo da comunidade, o liberalismo procedimentalista se revela holista. Taylor acredita que a experiência história das sociedades liberais comprovem este seu cariz republicano, vez que se arrimam sobre fins comuns socialmente endossados – não se resumindo a um conjunto de bens individualmente divisados e perseguidos.

Ele tenta mostrar, para prová-lo, que o Estado liberal procedimental não pode ser neutro entre patriotas e não-patriotas, como pode e deve ser, por exemplo, entre católicos e ateus, ou entre homossexuais e heterossexuais. No limite, um tribunal que endossasse uma tese antipatriótica atentaria com os fundamentos políticos de sua própria competência.

O argumento de Taylor talvez não seja muito convincente neste ponto, mas o essencial de seu discurso surge quando esclarece – ao avançar na crítica ao ponto de vista liberal de que a regra de direito basta enquanto bem comum a amalgamar os cidadãos em uma sociedade política – “o bem central da tradição cívico-humanista: o autogoverno participativo”¹³. Para o liberalismo procedimental, o autogoverno é “mero instrumento do regime de direito e de igualdade”, ao passo que “a tradição republicana o vê como essencial a uma vida de dignidade, como sendo em si o bem político mais elevado”¹⁴.

12 TAYLOR, 2000, p. 211.

13 TAYLOR, 2000, p. 215.

14 TAYLOR, 2000, p. 216.

Para Taylor, o autogoverno é a chave do patriotismo numa sociedade livre.¹⁵

O valor compartilhado pelos patriotas numa sociedade livre está exatamente na liberdade, no estado de direito. Para os liberais procedimentalistas, isto é o quanto basta; para o republicanismo, e para Taylor, falta ainda o ingrediente essencial: o autogoverno.

O argumento nos conduz às conexões entre as teses ontológicas e as teses normativas, discutindo como se devem regular as democracias modernas, a partir das compreensões societais que acalentam. O modelo liberal-procedimental de dignidade, centrado da garantia da igualdade e nos direitos individuais, funda-se num modelo de gestão política que separa governantes e governados – unidos por dinâmicas de influência recíproca que levam (eventualmente) a que os primeiros levem em consideração as preferências dos últimos.¹⁶

A relação entre governados e governantes, numa sociedade liberal sob o modelo não instrumental, republicano, “define a participação no autogoverno como a essência da liberdade, como parte daquilo que tem que ser assegurado”. Ela é “componente essencial da capacidade do cidadão¹⁷”. No modelo cívico-republicano, o governo não é sempre composto por *eles*, em oposição a *nós*, a *cidadania*.

Taylor pergunta: qual dos dois modelos de democracia comporta um patriotismo viável (tido como imprescindível, seja pelo republicano, seja, na sua versão amenizada – o patriotismo do direito – pelo liberal procedimentalista)?

Que modelo de sociedade política, e de dignidade do cidadão, pressupõe e viabiliza a construção histórica de sentimentos e instituições comuns que fundam e valorizam a liberdade?

15 O patriotismo se funda no compartilhamento de valores. Nem todo patriotismo é liberal. No Brasil despótico dos anos 1970, muitos patriotas ostentavam em seus carros e casas o slogan da ditadura “Brasil: ame-o ou deixe-o”.

16 “A capacidade do cidadão consiste principalmente no poder de reivindicar esses direitos e assegurar tratamento igual, bem como no de influenciar os reais tomadores de decisões. Essa reivindicação pode ocorrer em larga medida por meio dos tribunais, em sistemas com um corpo de direitos reconhecidos, como encontramos nos Estados Unidos (e recentemente no Canadá). Mas também se concretizará por meio de instituições representativas que, segundo o espírito desse modelo, têm uma significação inteiramente instrumental. Tendem a ser vistas tal como o eram no modelo “revisonista” antes mencionado. Assim, não se valoriza a participação no regime por si própria”. (TAYLOR, 2000, p. 216-7).

17 TAYLOR, 2000, p. 217.

A questão segue aberta. Liberais procedimentalistas arguirão que a democracia americana, embora cada vez mais procedimental e menos participativa, está mais forte do que nunca. Que o acesso aos direitos aumenta o poder dos cidadãos face ao poder burocrático (de que não participam). Taylor duvida que no modelo liberal procedimentalista, em que a participação não é essencial ou imprescindível¹⁸, haja lugar para a construção comum de identidade, para a fundação patriótica da comunidade.

4. Apontamentos aristotélicos.

A análise de Taylor traz elementos para pensarmos nossa experiência política e social.

Um dos aspectos decisivos para uma análise ontológica da política liga-se à pergunta pela natureza dos laços que nos mantêm unidos enquanto comunidade. O que nos faz procurar outras pessoas para compartilharmos nossas vidas? Por que aglomeramo-nos em gigantescas cidades e suportamos todas as mazelas que a vida contemporânea propicia nesses espaços de convivência quando poderíamos escolher algum tipo de vida alternativa, menos extenuante do que essa que estamos acostumados a viver?

Poderíamos responder, a partir de Aristóteles, que é da natureza do ser humano viver em comunidade: da natureza social do ser humano, advém a sociedade.

Mas há uma diferença decisiva entre o social e o político. Abelhas e formigas são sociais. Humanos são sociais e, além disto, políticos.

Isto não significa que, para Aristóteles, a vida sob o direito seja um universal entre os seres humanos, assim como tampouco o é a vida na *polis*. Nem todos os povos ou seres humanos estão aptos, por natureza, a viver como iguais sob leis. Não é o caso de aprofundar este tema aqui – ao ensejo do qual Aristóteles terá defendido que não-gregos são escravos por natureza por serem incapazes, por natureza, de construir *poleis* livres. O que nos interessa é a descoberta aristotélica de que a vida política é resultado de um esforço: embora se trate da própria realização da natureza humana, a vida política não se instaura sem decisão, sem ação.

18 No modelo procedimental descrito por Taylor, “considera-se o sentido da capacidade do cidadão incompatível com uma nossa condição de partícipes de um universo político alheio que talvez possamos manipular, mas com o qual nunca poderemos nos identificar”. (TAYLOR, 2000, p. 217).

Este pressuposto torna mais clara a máxima aristotélica que afirma a natureza política do ser humano, preenchida por uma concepção de Bem (grafado assim mesmo, com “B” maiúsculo). Vale dizer, existe uma finalidade que determina o viver – e o conviver –, que leva a satisfação, em diversos níveis, das necessidades humanas, indo em direção à vida boa, plena.

Aristóteles procura demonstrar isso a partir de um argumento que destaca os modos distintos de agregações humanas. O primeiro deles aparece na comunidade familiar, que, por natureza, satisfaz as necessidades cotidianas do ser humano. Outro modo de vida comunitária seria o da Aldeia que satisfaz outras carências do ser humano, trazendo conforto para além das meras necessidades cotidianas. A aldeia é, por natureza, uma comunidade de lares. A *polis*, ou a cidade, é a forma mais completa de comunidade. Nela, o ser humano encontra todas as condições para o desenvolvimento de suas potencialidades e para a satisfação de suas necessidades. A *polis* existe, portanto, para assegurar a vida boa. A natureza de uma coisa é o seu fim. O fim é atingido quando o processo de sua gênese chega a se completar. A vida do ser humano na *polis* é a melhor que ele poderia ter. Logo, o ser humano é um animal político. Um animal que, por natureza, vive na *polis* – e que atinge seu fim ao tornar-se pleno, realizando a sua própria natureza.

Nós, que vivemos sob os influxos da Modernidade, temos dificuldade imensa de compreender esse quadro pintado por Aristóteles. Talvez porque, nele, nossa concepção de liberdade não consiga encontrar um tom que a harmonize com as cores originais. Com isso, perdem-se as pontas dos fios que ligavam os argumentos relativos a essa comunidade (*polis*) no retrato aristotélico.

Ali, todos os fios estavam unidos pela concepção de “Bem” e sua relação com a natureza humana. O bem comum a que a sociedade política visa, segundo Aristóteles, é a realização do ser humano, de acordo com sua própria natureza: é o bem de cada um de seus cidadãos, enquanto associados. Para usar os termos de Taylor, encontramos em Aristóteles a descoberta de há um valor específico que decorre do viver e do agir juntos. Isto não significa que a sociedade política seja, para Aristóteles, uma comunidade uniforme, em que todos pensem e vivam da mesma maneira, ou prezem as mesmas coisas – como se apenas um jeito de viver fosse então considerado “bom”. Mas significa a consciência, isso sim, de que há uma experiência vital, de maximização da própria vida e da humanidade,

que é impossível de atingir-se pelo esforço individual isolado – exatamente porque o seu valor reside na ação compartilhada que institui e mantém a *polis*, a vida em comum.

Agora, desde a modernidade, insistimos em que cada um escolhe o que é melhor para a sua vida, como se com isto estivéssemos conquistando algo – ou livrando-nos de algum grande fardo. O “Bem” deixa de ser grafado com “B” para ser escrito apenas com “b”: não existe um único bem a ser perseguido pelo ser humano. Existem vários, tanto quanto os diversos projetos de vida puderem contemplar.

Este bem, então, passa a ser problema de um indivíduo atomizado, integrando-se a uma nova concepção ontológica (natureza) do homem. Para os modernos atomistas, a natureza humana é tal que se pode realizar por esforço individual – nada se lhe agrega pelo fato de integrar-se na sociedade política. Esta, entendida como mero instrumento, é vista com desconfiança: ela provavelmente atrapalha.

O retrato é outro. O que nos identifica, a nós modernos, enquanto partícipes de uma mesma comunidade? De acordo com a ontologia atomista, os habitantes das cidades modernas são como partículas atomizadas que, ocasionalmente, relacionam-se entre si – ou, ao contrário, existe algum elemento comum que dá certa configuração orgânica a esse emaranhado de gente? Afinal, existe algum tipo de “Bem” que atravessa as diversas individualidades e nos auxilia na conformação de nossa ação política?

Como vimos, o filósofo canadense Charles Taylor tenta enquadrar esta concepção de “Bem” e do correspondente ideal de vida boa para a sociedade contemporânea a partir de uma reconstrução da ideia de República. Sua interpretação é condicionada por uma espécie de análise do “Bem” de modo a conseguir identificar aí níveis conceituais distintos até chegar a ver categorias específicas de bens comuns.

O primeiro, chamado pelo filósofo de “bens mediatemente comuns”, diz respeito a uma classe de coisas que possuem algum valor para o indivíduo particularmente considerado mas que, em um contexto associativo-comunitário, mostra-se de forma mais esplendorosa. Um exemplo banal, oferecido pelo próprio Taylor, vem de uma experiência com o humor. É muito mais engraçado contar piadas acompanhado do que lê-la sozinho em um livro de anedotas ou tiras de jornais. O que faz brotar em mim um sorriso – que se expressa apenas em uma tímida alteração facial – quando leio isoladamente um chiste, pode me fazer chorar de rir ao ser mediado

pelo ritual de contar a piada, o que a põe em um espaço comum. Taylor faz referência, nesse sentido, também à experiência de ouvir música. Adaptando a situação mais ao nosso gosto musical, havia uma diferença significativa entre ouvir um disco do Led Zeppelin sozinho em casa e a experiência de assisti-los em um show, junto de outras pessoas. Certamente, quando ainda era possível assistir a um show do Led Zeppelin, a experiência vivenciada deveria remeter a algo transcendente. Algo que só a experiência comum, no âmbito do público, torna possível vivenciar.

Por outro lado, há coisas que valorizamos ainda mais, como é o caso da amizade, cujo elemento central de definição reside precisamente no fato de haver entre um e outro indivíduo ações e significados comuns. O bem não é experimentado em uma dimensão puramente individual, mas é, ele mesmo, aquilo que partilhamos. Nesse caso, afirma Taylor que estamos diante de “bens imediatamente comuns”.

Os “bens imediatamente comuns” contrastam com outro tipo de bens que também são experimentados de forma coletiva e que o filósofo nomeia como “bens convergentes”. Estes últimos são apresentados como aqueles que somente podem ser proporcionados coletivamente porque nenhuma pessoa poderia pagar por eles sozinha. Seriam bens cobertos pela chamada “ação instrumental coletiva” que tornariam os bens por ela alcançados “públicos” ou “comuns” não por serem essencialmente “públicos” ou “comuns”, mas, simplesmente por não poderem ser obtidos de outra maneira. A maioria das funções atribuídas ao Estado na esteira da tradição Hobbes-Locke (frisa-se: nos termos da interpretação oferecida por Taylor) entrariam nessa categoria de bens – cujo exemplo máximo seria, certamente, a segurança.

Para Taylor, uma recuperação dos aspectos ontológicos da política passaria inexoravelmente pela superação da ideia de que a ação política e a vida em comunidade existem apenas em razão da consecução de “bens convergentes” por meio da ação coletiva instrumental. A construção do republicanismo dependeria, portanto, de um ir além desse instrumentalismo próprio do imaginário moderno em direção a experiências autênticas de “bens comuns”.

Trata-se de algo para que Aristóteles chamava atenção ao afirmar que a *polis* é, ela própria, um bem – e não um simples instrumento – radicado exatamente no caráter comum da ação que ela comporta e em que ela própria consiste.

Taylor é inspirador na sua crítica à fórmula atomista de uma sociedade instrumental, projetada para buscar bens meramente convergentes, que parece excluir significativamente a forma republicana projetada a partir da tradição cívico-humanista.

Pensada a partir de Aristóteles, a ontologia atomista exclui a própria natureza política da associação humana em que as partes não estão associadas por um empenho comum, pelo compartilhamento de uma visão (bem) de futuro que orienta a ação comum.

5. Considerações finais.

As concepções ontológicas e normativas sobre a sociedade política articulam-se forjando modelos de dignidade, que restam melhor esclarecidos, e expondo-se à crítica pelo jurista e pelo filósofo do direito.

Taylor apresenta dois modelos de dignidade, vinculados ao modelo liberal procedimentalista e ao modelo cívico republicano, e toma clara posição:

Poderíamos discutir essa questão em termos gerais: o que os modernos reconhecem como genuína dignidade do cidadão? A definição disso não pode ser apenas em termos do que deve ser *garantido* a um cidadão; a noção moderna da dignidade da pessoa é essencialmente a de um regime capaz de afetar sua própria condição. A dignidade do cidadão envolve uma noção da capacidade desse cidadão¹⁹.

A escolha brasileira pelo modelo de dignidade que não põe em primeiro plano a capacidade de agir e decidir do cidadão, mas antes a sua realização por meio de tribunais, diz-nos sobre a concepção de sociedade que (ontologicamente) acalentamos, e (normativamente) afirmamos.

A crítica de Taylor a este modelo, articulada com a recuperação da descrição aristotélica da sociedade política enquanto fundada na ação comum, leva-nos a pensar que nosso modelo de dignidade, ao não privilegiar a participação e a ação comuns sem as quais a sociedade política deixa de ser *política*, pode levar à corrosão das bases ontológicas sobre as quais o Estado Democrático de Direito se funda.

19 TAYLOR, 2000, p. 216.

Dignidade do cidadão tem a ver com participar. Se se trata de dignidade da pessoa numa sociedade política, ela compreende e requisita capacidade de fazer coisas, de empreender em conjunto, por decisões públicas tomadas por nós – e não por outrem, sejam juízes ou governantes – de que resultem vínculos de identidade sem os quais a república não pode subsistir.

Tudo isto convida a repensar nosso modelo de dignidade, a partir de uma nova compreensão de sua conexão essencial com o princípio da cidadania.

Referências

- ANDERSON, Benedict. *Comunidades Imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- ARISTOTLE. *Politics*. Trad. H. Rackham. Loeb Classical Library 264. Cambridge: Loeb, 1932.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Loyola, 2000.
- _____. *A Era Secular*. São Leopoldo: Unisinos, 2010.
- _____. *As Fontes do Self: A Construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997.
- _____. *A Ética da Autenticidade*. São Paulo: Editora Realizações, 2011.
- WALDRON, Jeremy. *One Another's Equals: The basis of Human Equality*. Cambridge: Cambridge University Press, Kindle Edition, 2017.

México: Modernidad de 1968. Posmodernidad de 2018: Noche y Día en Tlatelolco

Mexico: 1968's modernity. 2018's postmodernity: night and day in Tlatelolco.

Rafael Modesto de Gasperin Gasperin*
*Tecnológico de Monterrey – Escuela de Humanidades y Educación,
Monterrey, México*

Una de las preguntas obligadas sobre “el momento histórico del 68” para iniciar la reflexión a la luz del paso de media centuria, podría ser la siguiente: ¿De qué formas ideales estamos hablando cuando recordamos mayo del 68? Y la respuesta estalla en nuestra cabeza con un sinnúmero de fenómenos desde la memoria, el memorial y la construcción de un mundo posible que se expresan tanto literal como colateral, tanto sustancial como accidental, tanto estructural como funcionalmente.

En el fragmento 6 del poema ontológico Parménides de Elea menciona:

[...] yo te aparto,
[...] también de aquella (vía) por donde los mortales que nada saben van errantes, bicéfalos: pues el desconcierto en sus pechos dirige el errabundo noûs. Arrastrados, sordos a la vez que ciegos, estupefactos, masas indecisas para quienes ser y no ser son lo mismo y no lo mismo, y el sendero de todo es revertiente¹.

* Profesor Titular Departamento de Estudios Humanísticos, Campus Monterrey, Escuela en Humanidades y Educación (EHE), Tecnológico de Monterrey. <http://itesm.academia.edu/RafaelDeGasperin> <http://sitios.itesm.mx/eehcs/rmdegasperin.htm>. rgasperi@itesm.mx.

1 Disponible en: <https://parmenides.idoneos.com/310398/>. Visitado en: 04/11/2018.

La vía por la que desde hace más de dos mil quinientos años nos invitó un Presocrático a no caminar es la que ahora nos tiene reunidos aquí llenos o vacíos de preguntas después de cincuenta años de historia. ¿Cuántos fueron los muertos de la plaza de las tres culturas de Tlatelolco (México) en el inolvidable 2 de octubre?

A 50 años del acontecimiento solo tenemos el aproximado de un aproximado ya que, desde la literalidad del hecho acontecido desde ese día el número de muertos es “inexistente”. El número se ha perdido como forma ideal y junto a él, la Justicia. Pero nunca la Esperanza.

México es un país que encarna en su cultura una concepción de la muerte con la que sabe convivir y burlarse de ella en forma muy peculiar. Desde la tradición pre-hispánica del día de muertos hasta la magia narrada por Juan Rulfo, la mexicanidad siempre ha ligado a sus víctimas al abismo mágico de lo incognoscible y así ha llevado a cuestras su Tlatelolco, su Comala, su San Cristobal y su Ayotzinapa, entre otros y otras. Recordemos un breve fragmento de Pedro Paramo:

Vine a Comala porque me dijeron que acá vivía mi padre, un tal Pedro Páramo.

Mi madre me lo dijo. Y yo le prometí que vendría a verlo en cuanto ella muriera. Le apreté sus manos en señal de que lo haría; pues ella estaba por morirse y yo en plan de prometerlo todo. «No dejes de ir a visitarlo —me recomendó—. Se llama de otro modo y de este otro. Estoy segura de que le dará gusto conocerte». Entonces no pude hacer otra cosa sino decirle que así lo haría, y de tanto decírselo se lo seguí diciendo aun después que a mis manos les costó trabajo zafarse de sus manos muertas.

Todavía antes me había dicho:

—No vayas a pedirle nada. Exígele lo nuestro. Lo que estuvo obligado a darme y nunca me dio... El olvido en que nos tuvo, mi hijo, cóbraselo caro.

—Así lo haré, madre.

Pero no pensé cumplir mi promesa. Hasta que ahora de pronto comencé a llenarme de sueños, a darle vuelo a las ilusiones. Y de este modo se me fue formando un mundo alrededor de la esperanza que era aquel señor llamado Pedro Páramo, el marido de mi madre. Por eso vine a Comala².

2 RULFO, 1955.

“No vayas a pedirle nada. Exígele lo nuestro”³. Es lo que la madre moribunda pide a su hijo que va a Comala y es el mismo grito de las madres del amanecer del 3 de octubre cuando la plaza estaba limpia y los noticieros anunciaban un día soleado. Y es que fue hasta “El 6 de octubre de aquel año de 1968, en el periódico El Día, que el Consejo Nacional de Huelga difundió que “el saldo de la masacre de Tlatelolco aún no acaba. Hasta el momento han muerto cerca de 100 personas de las cuales sólo se sabe de las recogidas en el momento; los heridos cuentan por miles...”⁴ Después, el Consejo Nacional de Huelga anunció que no realizaría nuevas manifestaciones o mítines y declaró que las “fuerzas represivas” provocaron la muerte de 150 civiles y 40 militares. Esto es 90 acaecidos más entre civiles y militares desde la primera declaración del Consejo Nacional de Huelga.

Por su parte la Presidencia, en manos de Gustavo Díaz Ordaz, dio horas después de la matanza su propia cifra, la cual hizo pública a la prensa mexicana y a la extranjera: 26 muertos, mil 43 personas detenidas, 100 heridos – esto es 56 muertos menos que la primera declaración del Consejo Nacional de Huelga del día 6 de octubre- Ese mismo año 1968, el General, jefe del Departamento del Distrito Federal, y el General, secretario de la Defensa Nacional, intercambiaron cartas que aluden a la matanza, las cuales fueron publicadas por la Revista Proceso:

“El vocero del presidente Díaz Ordaz, Fernando Garza, calculó poco después de que parara el tiroteo que unas siete personas habrían muerto; horas después, elevó el número a 20.”⁵

Las cifras oficialistas contrastan con lo que, después de aquel trágico día, reportó a *The Guardian* John Rodda, quien estuvo en Plaza de las Tres Culturas. Un periodista mexicano –del que no registró su nombre- le dijo habían sido 500 muertos. Rodda publicó esa cifra en un artículo que leyeron en Inglaterra; sin embargo, nunca se dijo cómo se corroboró ese dato. Que daría como resultado comparativo 400 muertos más del reporte presentado el 6 de octubre por el Consejo Nacional de Huelga.

3 RULFO,1995

4 Aristegui. Noticias. octubre 1, 2013. <https://aristeguinoticias.com/0110/mexico/los-muertos-de-tlatelolco-cuantos-fueron/>

5 Zavaleta Orozco, Susana. Asistencia de investigación en Revista Proceso. Los muertos de Tlatelolco. 1 de Octubre, 2016 Edición México, Reportaje especial.

Al seguir las pistas, el periodista inglés conversó con estudiantes de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), específicamente con ex militantes del Consejo Nacional de Huelga, quienes le ofrecen una nueva cifra aproximada: 325 muertos⁶. Esto es 225 más que los reportados 6 de octubre por el propio Consejo Nacional de Huelga.

Lo anterior lleva a discurrir que hay una completa ambigüedad de cifras desde donde cada fuente, ya fuera ocular, gubernamental, o periodística nacional o internacional daba razón (si es que de esto se puede dar razón) y construía “opinión pública” partiendo de información que obtenía desde sus trincheras políticas e ideológicas frente a lo que, a los 45 años después, en el año del 2013 el periódico *Excelsior* llamó: *Golpe de Estado ciego*⁷ y ello se debe a que cuarenta y cinco años después, frente a frente por primera vez, Perelló⁸ y Romero Apis⁹, dicen que del 68 se tienen “piezas de un rompecabezas” que aún no termina de armarse, porque los principales protagonistas gubernamentales de esta historia, Gustavo Díaz Ordaz como Presidente y Luis Echeverría como secretario de Gobernación, decidieron callar, postergando la verdad de los hechos¹⁰.

“La verdad de los hechos” es un enunciado que, lejos de dar una hermenéutica sobre el fenómeno está, cargado de un peso pragmático, semántico y semiótico que por la decisión de callar de los dos principales actores y autores de “la masacre” ha dado en media centuria a la política como arte de la posibilidad, el decirse y desdecirse. Por ello, hoy a la luz del texto del *Tractatus Lógico Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein en el enunciado 6.5 debemos recordar que:

Para una respuesta que no se puede expresar, la pregunta tampoco puede expresarse. No hay enigma. Si se puede plantear una cuestión, también se puede responder¹¹.

6 Aristegui. Noticias. Los muertos de Tlatelolco, ¿cuántos fueron? octubre 1, 2013. <https://aristeguinoticias.com/0110/mexico/los-muertos-de-tlatelolco-cuantos-fueron/>

7 BECERRIL, 2013.

8 Cfr: Marcelino Perelló Valls (Ciudad de México, 1944; 5 de agosto de 2017) fue un matemático, académico y activista estudiantil mexicano, miembro del Movimiento estudiantil en México de 1968, representante de la Facultad de Ciencias de la UNAM ante el Consejo Nacional de Helga (CNH) y miembro del Partido Comunista Mexicano desde 1965.

9 Romero Apis José Elias Priista de Cuna, estudiante de leyes (1968) de 20 años de edad y que trabajaba en una dependencia del gobierno.

10 BECERRIL, 2013.

11 WITTENGSTEIN, 2010.

En el caso del 2 de octubre, no ha habido respuestas porque el silencio junto con la transición del poder imposibilitó la pregunta. Y de acuerdo con Eliza Jalin solo resta decir que:

El silencio es una estructura, el silencio articula el lenguaje de los manifestantes, de los preparatorianos arrancados del sueño de vivir en un país que se inicia en una rockola y termina en una discoteque, de los estudiantes del Politécnico conscientes ya de la falacia ... pues el silencio organiza a quienes aceptan un ideal...¹²

Reordenar por ello resulta complicado los acontecimientos del 68 mexicano porque, cuando el silencio es impuesto y ejercido desde el poder absoluto y vertical que no se rompe, solo resta la deconstrucción y mitificación del acontecimiento desde La Plaza Pública de Tlatelolco.

Así Tlatelolco reitera como el sitio emblemático para las memorias en México, un palimpsesto geográfico e histórico, “no como descripción fiel de un hecho histórico o una verdad cultural ... sino, en primer lugar, como construcción imaginaria (discursiva, literaria, política o urbana) que sirve para crear lazos entre pasado y presente, donde se están revisando, revelando y conectando entre sí —o incluso borrando— las huellas y marcas del pasado desde los intereses del presente”¹³.

Tlatelolco se constituye y eleva en cuanto formas discursivas y literarias como el constructo disruptivo en el que el ciudadano mexicano puede volver a pensarse desde lo público y lo privado, sea como víctima o victimario.

Tlatelolco significa en náhuatl *tlatelli*, “terrace”, o *xaltiloll*, “lugar del montón de arena”. Fue fundado por los mexicas en 1337 y permaneció bajo su dominio tras una cruenta guerra fratricida. Dominaba la mayor parte de Mesoamérica a la llegada de los españoles y su mercado se consideraba el más rico e importante de la época. Tlatelolco desde entonces se vuelve un sitio emblemático de resistencia.

Ahora en la Plaza o mejor dicho en la Terraza de las Tres Culturas, confluyen lo prehispánico, lo colonial y lo moderno¹⁴ Tlatelolco es el lugar

12 JELIN, 2018.

13 HUFFSCHMID, 2010, *apud* JELIN, 2018.

14 Centro de información sobre el patrimonio de la Ciudad de México. <http://www.patrimonio.cdmx.gob.mx/> <http://www.patrimonio.cdmx.gob.mx/ficha/3083>

en donde el polvo de los huesos de los muertos – sin importar el número y el tiempo - llena los relojes de arena que dando vueltas infinitamente se convierten cual acto representativo, en un memorial.

Tlatelolco es el memorial por excelencia del holocausto del México tanto moderno como prehispánico que lleva al sitio histórico más allá de cualquier sustantivación de género y número, de cualquier temporalidad de época y movimiento y de cualquier espacio que dé topología a un solo significado. Tlatelolco es un todo en un presente en donde la memoria muere día a día, minuto a minuto, segundo a segundo y donde el dos de octubre del 68 pervive en una eterna lucha contra el olvido.

Entonces (reza Pedro Paramo) no pude hacer otra cosa sino decirle que así lo haría, y de tanto decírselo se lo seguí diciendo aun después que a mis manos-les costó trabajo zafarse de sus manos muertas¹⁵.

Ellos, lo que derramaron su sangre allí y a cuyos cuerpos no pudimos dar sepultura, ellos los desaparecidos, nos tiene aquí reunidos medio siglo después de la última tragedia humana de la plaza y en donde el memorial que une pasado y futuro se hace uno en el presente del montón de arena sobre la terraza.

Y es que en esa terraza cayeron encarnados los sueños de una generación que como mencionan en el título de su texto Regina Zappa y Ernesto Soto¹⁶: Solo querían cambiar el mundo y por ello se convirtieron en polvo de arena que hace imposible el olvido del desaparecido.

Como Palimpsesto, día a día Tlatelolco vuelve a ser el manuscrito que, aunque se ha borrado, vuelve a re-escribirse con una nueva narrativa que se actualiza y alienta la utopía desde el dolor encarnado por la nostalgia.

De Tlatelolco emanaron escritos urgentes y gestos políticos de protesta, entre ellos; Los testimonios documentados en el libro *La noche de Tlatelolco* de Elena Poniatowska¹⁷.

Tomo algunos fragmentos:

La estudiante Gabriela Peña Valle, habla de sus padres:

15 RULFO, 1955.

16 Zappa, Regina. Soto, Ernesto, 1968: Ellos solo querían cambiar al mundo. Año 2011. año de copyright: 2008 Edición: 3rd. Editorial: Zahar. Brasil.

17 PONIATOWSKA, Elena. La Noche de Tlatelolco. Editorial Era. Año 1971. México

Mis rucos consideran que sus principios son inmutables. de la Facultad de Filosofía y Letras¹⁸.

El testimonio de Gustavo Gordillo miembro Del Consejo Nacional de Huelga:

Mi papá toda la vida se la pasa diciéndome que él fue muy buen hijo y eso... Entonces yo me pongo a pensar: ¡Caray!, ¿qué, yo soy un ser raro o neurótico, o qué? En su afán de crearnos arquetipos, los adultos nos presentan unas formas abstractas totalmente perfectas y, ¡zas!, se corta la comunicación. Yo me pongo a pensar: Caray, mi jefe, según él, todo lo hizo bien, y yo, según él, todo lo hago mal. Por eso yo tengo mala comunicación con mi papá por más que lo intento. Cuando mi jefe empieza con su “Yo, a tu edad...” y las arañas, me dan ganas de echarme a dormir¹⁹.

Por su parte el profesor Gerardo Hernández Ponce Maestro de la Preparatoria número dos de la UNAM se pregunta:

¿Por qué no habría de ser rector un estudiante? Toda regla disciplinaria se consideraba de antemano como antipedagógica. Había que ser comprensivos, condescendientes, dóciles ante una juventud cuyos posibles defectos o desorientación eran sólo resultado de los pecados y aturdimientos de los viejos. Había que pagar cristianamente nuestras culpas. Sonaba la hora del arrepentimiento. Los padres tienen los hijos que se merecen. Mea culpa, mea culpa, mea culpa²⁰.

Así también la petición, que se hizo famosa, del físico-matemático Raúl Álvarez Garín, del IPN, que se desesperaba ante las interminables disquisiciones del ala de Humanidades de Ciencias Políticas y Derecho de la UNAM.

Ya no tenía nada que hacer, entré a mi recámara, me desvestí y tomé un libro para leer un rato. La cama era demasiado blanda y tardé en calentarme, por-

18 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.22

19 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.22

20 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.22

que no encontré la maldita pijama. Abrí *El hombre unidimensional* y llegué hasta la página cinco. Con lo que me había aburrido Eros y civilización y ahora tener que leer otro libro de Marcuse, todo porque a Díaz Ordaz se le había ocurrido hablar de “los filósofos de la destrucción. [...] Bien concretito”²¹.

Mientras el 22 de agosto de 1960 el Secretario de Estado Luis Echeverría Álvarez se dispone:

El Gobierno de la República está en la mejor disposición de recibir a los representantes de los maestros y estudiantes de la UNAM, del IPN y de otros centros educativos vinculados al problema existente, para cambiar impresiones con ellos y conocer en forma directa las demandas que formulen y las sugerencias que hagan, a fin de resolver en definitiva el conflicto que ha vivido nuestra capital en las últimas semanas y que ha afectado en realidad, en mayor o menor grado, a todos sus habitantes²².

Así también, el 9 de septiembre de 1968 el Rector, Javier Barros Sierra, hace un “Llamado a los Universitarios” desde Ciudad Universitaria:

La situación actual de la Universidad, casi sobra decirlo, es delicada en extremo. Desde hace varias semanas se suspendieron las labores docentes... Esa interrupción, aunada al uso de bienes y servicios de la Universidad para fines que no son estrictamente universitarios, no sólo ha perjudicado a los alumnos, sino que ha quebrantado gravemente a la propia casa de estudios al desviarse, e impedirse en gran parte, el cumplimiento de las funciones que nos encomienda la ley y que constituyen nuestra obligación ante el pueblo mexicano. Ahora bien, nuestras demandas institucionales, contenidas en la declaración del Consejo Universitario publicada el pasado 18 de agosto, han quedado satisfechas, en lo esencial, por el ciudadano Presidente de la República en su último informe. Ciertamente aún falta el esclarecimiento de algunos aspectos jurídicos importantes en relación con la autonomía; pero ello se logrará por las vías y con los métodos más adecuados²³.

21 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.23

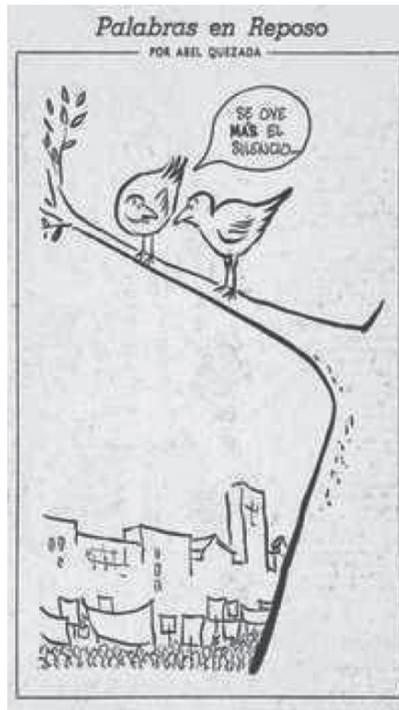
22 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.37

23 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.54

Por otro lado, un volante que se distribuyó en la manifestación del 13 de septiembre del mismo año reclama al pueblo mexicano:

Puedes ver que no somos unos vándalos ni unos rebeldes sin causa, como se nos ha tachado con extraordinaria frecuencia. Puedes darte cuenta de nuestro silencio²⁴.

El caricaturista en el Cartón de Abel Quezada. Excélsior del 14 de septiembre de 1968²⁵, “El silencio es más fuerte”:



Mientras el Activista Gilberto Guevara Niebla, delegado de la Facultad de Ciencias de la UNAM ante el CNH y posterior preso en la Cárcel de Lecumberri menciona que:

24 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.61

25 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.63

Además que, el vivir encerrado entre cuatro paredes, como ninguna otra cosa le enseña a uno a amar intensamente, profundamente la libertad²⁶.

Después del 2 de octubre los poetas escriben:

El poema Memorial de Tlatelolco de
Rosario Castellanos

Carta...

La oscuridad engendra la violencia y la violencia pide oscuridad para cuajar
el crimen.

Por eso el dos de octubre guardó hasta la noche
Para que nadie viera la mano que empuñaba
El arma, sino sólo su efecto de relámpago [...]

[...] No hurgues en los archivos pues nada consta en actas.

Mas he aquí que toco una llaça: es mi memoria.

Duele, luego es verdad. Sangre con sangre y si la llamo mía traiciono a todos
[...]²⁷

El poema Tlatelolco 68 de
Jaime Sabines

3

Habría que lavar no sólo el piso: la memoria. Habría que quitarles los ojos a
los que vimos, asesinar también a los deudos,
que nadie llore, que no haya más testigos.

Pero la sangre echa raíces

y crece como un árbol en el tiempo. La sangre en el cemento, en las paredes,
en una enredadera: nos salpica,
nos moja de vergüenza, de vergüenza, de vergüenza.

Las bocas de los muertos nos escupen una perpetua sangre quieta²⁸

26 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.157

27 PONIATOWSKA, Elena. Año 1971. p.161

28 Confabulario. Suplemento cultural del Periódico Universal. Tlatelolco 68. Poema de Jaime Sabines (Fragmento) <http://confabulario.eluniversal.com.mx/poesia-movimiento-estudiantil-1968/>

Tlatelolco es presente porque es memorial de resistencia. Lugar donde la pregunta por el otro adquiere significado día a día desde la sangre que clama desde el suelo.

Así también, se pronuncian *las crónicas* de lo acontecido escritas por Carlos Monsiváis (para la conmemoración del primer mes de la masacre, que coincidía con el dos de noviembre donde se celebra el tradicional día de muertos. Festividad conocida internacionalmente y que identifica a la cultura mexicana) y acontece *la renuncia de Octavio Paz* (Nobel 1990) como embajador mexicano en la India y cuyos escritos sobre la época están plasmados en su libro *Posdata*²⁹, se hacen presentes:

Posdata sorprendió no tanto por su propuesta de democratización sino por su severa crítica al Sistema/Régimen/Estado comparándolo con el modelo soviético, algo que la anterior crítica sistémica no había señalado³⁰.

Helena Garro³¹ en un escrito que recoge el poeta Rafael Del Rio en su columna *Ventanal de los Días* publicada en un diario Lagunero (Torreón, Coahuila, México) el 1 de julio de 1969 y que lleva por título: *Testimonios* aparece la Carta de Helena a su padre Octavio Paz y que reza así en algunos párrafos:

Mientras yo exigía la presencia creadora del hombre, tú me imponías al hombre tecnificado y sustituías el amor al prójimo por la lucha de clases [...] Sus premisas falsas han sido remedadas por viejos de 80 años [...] quienes se empeñaban en representar a los jóvenes y en sostener “verdades” rebasadas [...] Los maestros sentados en sus carreras marxistas, apoltronados, han llegado a esa extensión de la personalidad autónoma. Casos ilustrativos... O bien, el otro caso igualmente patético al que conduce la negación del espíritu: La inflamación monstruosa del yo. Casos ilustrativos [...] Conozco tu lucidez que te permitirá ver la miseria moral e intelectual de los promotores de la tragedia que se desarrolla en México y de las que hablas “de oídas” ... Debes saber que estos directores del desastre de los jóvenes no han tenido ningún escrúpulo. Primero: en dejarlos caer y renegar de los caídos. Segundo: en entregarlos a

29 JELIN, 2018.

30 RAMÍREZ, 2016.

31 Hija de Octavio Paz y quien lleva el mismo nombre de la esposa del poeta.

la policía, en cuyas, manos, siento decírtelo están muchísimo más seguros que entre sus secas cabezas enfermas de ansia de poder. Tercero en cubrirlos de injurias que van desde cobardes, asesinos, espías, traidores, delatores, provocadores, granujas, etc., solo porque perdieron la sangrienta batalla de Tlatelolco, que los intelectuales organizaron, y a la cual, por supuesto no asistieron.³²

Desde este polimorfismo³³ que dio inicio a la aparición de *otras formas de hacer las cosas, de interpretar y recrearlas simbólicamente* viene a bien recordar la famosa frase de Regis Debray cuando estaba escribiendo sobre qué significaban todas estas rebeliones juveniles: de fervor poético, moderación política y radicalismo ético³⁴

A cincuenta años de estas narrativas nos encontramos con un México en donde la cifra de la suma de las muertes por homicidio registrados en marzo (primer trimestre de 2018) es de una tasa de 5,25 por cada cien mil habitantes, lo que acumula ya 104 mil 583 averiguaciones previas sobrepasando oficialmente las 102 mil 859 que hubo en el sexenio completo anterior³⁵, con un total de 207.450 muertes que sin un lazo social común que las identifique como víctimas emanan desde una pluralidad ciudadana que ha perdido sus derechos humanos fundamentales.

¿Por qué traer este caso reciente al análisis de las memorias del 68? Sergio Aguayo, reconocido defensor y analista de los derechos humanos en México, publicó en 2015 un libro, llamado *De Tlatelolco a Ayotzinapa*, en el que sostiene y da evidencias de la continuidad entre una y otra matanza. Indica que, si los acontecimientos del 68 tuvieron como efecto el inicio de una transformación en el régimen político mexicano, esto se pervirtió, y que “Ayotzinapa sacó a la luz un Estado debilitado por la ineficacia, la corrupción y la impunidad”³⁶. En este caso del presente, la violencia estatal,

32 GARRO, Elena. Carta de Elena a su padre. Cfr. Columna Ventanal de los Días. Periódico el Siglo de Torreón, Coahuila, México. Columna Testimonios. 1 de julio de 1969.

33 Para la genética, el polimorfismo se refiere a la existencia en una población de múltiples alelos de un gen. Una variación en la secuencia de un lugar determinado en el ADN en los cromosomas (locus) entre individuos en una población, es considerado polimorfismo

34 <http://www.lja.mx/2013/07/entrevista-gustavo-gordillo-dirigente-del-68-sobre-el-origen-de-los-movimientos-juveniles-y-su-impacto/> Gordillo actualmente es profesor visitante en el Taller de Teoría Política de la Universidad de Indiana en Bloomington.

35 <https://www.animalpolitico.com/2018/04/homicidios-repuntan-marzo-gobierno-eprn/>

36 AGUAYO, 2015.

el silencio oficial, así como el desinterés por las víctimas y sus familiares, reproducen patrones que se habían mantenido a lo largo de los casi cincuenta años desde el 68³⁷. Llenando de contradicciones las posibilidades y fuera del cualquier narrativa los espacios públicos y privados, las víctimas y victimarios están sentados en la misma mesa sin reconocerse unos a otros. Por ello, tendrán que nacer nuevos memoriales pues el silencio ciudadano está ahogando las preguntas y el absurdo existencial colectivo aniquilando las respuestas.

Desde el México moderno de 1968 hasta el posmoderno del 2018 se hace patente la construcción de una nación que va del *golpe de estado ciego*³⁸ al *estado debilitado*...³⁹ y transita por la vía en donde la justicia no se alcanza porque, la desaparición de cada uno de sus muertos reclama la singularidad de su voz para poder escapar del silencio. Recordemos a Miguel de Unamuno en uno de sus célebres textos sobre la vida de Don Quijote y Sancho quien señala “Defenderán, es natural, su usurpación, y tratarán de probar con muchas y muy estudiadas razones que la guardia y custodia del sepulcro les corresponde. Lo guardan para que el Caballero no resucite”⁴⁰. Y así en el silencio del silencio viven la noche y el día del eterno Tlatelolco.

Referências

- AGUAYO, Sergio. De Tlatelolco a Ayotzinapa.: Las violencias del Estado. *Proceso.com.mx*. 2015. Disponível em: <https://www.proceso.com.mx/417560/del-2-de-octubre-al-26-de-septiembre>. Visitado em: 04/11/2018.
- BECERRIL, Andrés. A 45 años del 2 de octubre; golpe de Estado ciego. *Excelsior*. Editorial de periódico, 2013.
- JELIN, Elizabeth. Memorias del 68. *Revista Anfibia – Crónicas y Relatos de non ficción*. 2018. Disponível em: <http://www.revistaanfibia.com/en-sayo/memorias-del-68/>. Visitado em: 04/11/2018.

37 JELIN, 2018.

38 BECERRIL, 2013.

39 AGUAYO, 2015.

40 UNAMUNO, 1996, p. 4.

- _____. A 50 años del mayo francés: memorias del 68. *Nodal*. 2018. Disponible em: <https://www.nodal.am/2018/05/a-50-anos-del-mayo-frances-memorias-del-68-por-elizabeth-jelin/>. Visitado em: 04/11/2018.
- PONIATOWSKA, Elena. *La noche de Tlatelolco*. 1971. Disponible em: <https://profesorisaacgarcariosestuamigo.files.wordpress.com/2012/04/la-noche-de-tlatelolco.pdf>. Visitado em: 04/11/2018.
- RAMÍREZ, Carlos. *La crítica política a Octavio Paz Posdata a Posdata*. Centro de estudios políticos y de seguridad nacional, 2016. Disponible em: <http://indicadorpolitico.mx/imgpublicaciones/pdf/posdata.pdf>. Visitado em: 04/11/2018.
- Revista Proceso. Los muertos de Tlatelolco. 1 de Octubre, 2016 Edición México, Reportaje especial. <https://www.proceso.com.mx/94913/los-muertos-de-tlatelolco>
- RULFO, Juan. *Pedro Páramo*. Texto convertido a partir de edición digital de libra para Epublibre.org. Disponible em: <https://vivelatinoamerica.files.wordpress.com/2014/05/pedro-pc3a1rramo-de-juan-rulfo.pdf>. Visitado em: 04/11/2018.
- UNAMUNO, Miguel. *Vida de Don Quijote y Sancho*. 2ª ed. México : Editorial Porrúa, 1996.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Project Gutenberg, 2010. Disponible em: <https://www.gutenberg.org/files/5740/5740-pdf.pdf>. Visitado em: 04/11/2018.
- ZAPPA, Regina. SOTO, Ernesto, 1968: Ellos solo querían cambiar al mundo. Año 2011. año de copyright: 2008 Edición: 3rd. Editorial: Zahar. Brasil.

Autor convidado.

Os obstáculos regulatórios decorrentes da concepção positivista de direito autoral ao acesso ao conhecimento

The regulatory obstacles arising from the positivist conception of copyright to access to knowledge

Rogério Sganzerla*

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

Thiago Bottino**

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

1. Introdução

O modelo atual previsto na Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998) efetiva o acesso ao conhecimento de forma prática tal como previsto na Constituição Federal? Há obstáculos regulatórios neste acesso? Quais suas causas? Como melhorá-lo?

Esta pergunta se justifica ao passo que a Constituição Federal de 1988 estabelece nos seus artigos 208 e 215 o dever de o Estado efetivar com a educação o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um e também a garantia a todos os cidadãos do pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

* Doutorando em Sociologia e Direito pela UFF, mestre em Direito, licenciado em Filosofia e licenciando em Ciências Sociais pela UNIRIO e bacharel em Direito pela FGV DIREITO RIO. Pesquisador. Em 2018, foi coordenador do Projeto Congresso em Números do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da FGV Direito Rio. E-mail: rogeriosganzerla@gmail.com.

** Doutor em Direito pela PUC-RIO. Pós Doutor pela Columbia Law School. Professor Adjunto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). E-mail: thiago.bottino@fgv.br.

A proposta deste trabalho não é fazer simplesmente uma reflexão teórica e discursiva sobre a Lei de Direitos Autorais (LDA), mas sim utilizar este tipo de discussão através de uma proposta pragmática. A intenção é defender a utilização de métodos pragmáticos de regulação a fim de efetivar o acesso ao conhecimento, cujo modelo hoje previsto pela LDA está pautado em grande parte numa interpretação positivista.

Este trabalho é fruto de uma pesquisa conjunta do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), sob a orientação do professor Thiago Bottino, e da Iniciação Científica, modalidade IC/UNIRIO, no curso de Filosofia da UNIRIO, sob a orientação da professora Valéria Cristina Lopes Wilke, cujo projeto abordava a “Filosofia da Informação na Contemporaneidade: temas, questões e abordagens”. Nesse sentido, tão importante quanto as críticas apresentadas durante a formulação deste trabalho, foram as observações e sugestões recebidas durante as apresentações realizadas¹ para debater os resultados da pesquisa, que permitiram seu refinamento e aprimoramento.

A análise se baseará essencialmente na mudança do paradigma do direito autoral de uma sociedade cuja estrutura de divulgação era “física” para uma baseada no sistema “digital”. Tendo todo o sistema se baseado numa lógica positivista, da sociedade industrial e do meio físico, as novas questões envolvendo a regulação do acesso a esse conhecimento merecem superar o pensamento estritamente legalista. Por mais que o assunto precise ser regulamentado, precisa haver uma readequação dos seus princípios, sua base e sua função.

Por isso, como forma de revisitar o tema, pretende-se demonstrar que há um problema essencial e fundamental no tratamento da questão, qual seja, a reafirmação de um diálogo positivista, o que impede certos avanços para o tema. No primeiro capítulo será feito um breve relato sobre o estado da arte dos direitos autorais, no intuito de contextualizar o problema e as questões a serem abordadas. Em seguida, será feita uma análise sobre a dicotomia entre o acesso ao conhecimento e a defesa da propriedade privada. Este capítulo é essencial para revelar as lacunas existentes no sistema de propriedade intelectual e quais os entraves existentes na LDA. Por fim, no

1 Foram realizadas apresentações, seguidas de debate, nos seguintes locais: i) I Seminário Internacional de Democracia nos Meios de Comunicação (UFF), em 10 de setembro de 2015; ii) IV Encontro Internacional de Direitos Culturais do PPGD (UNIFOR), em 06 de outubro de 2015.

terceiro capítulo, será abordado o problema da interpretação positivista na efetivação do acesso ao conhecimento, filosofia que alicerça todo o sistema de propriedade intelectual.

2. Estado da arte dos direitos autorais

Nesta primeira etapa, o objetivo é fazer uma análise sistêmica da propriedade intelectual e dos atores envolvidos na obra. Esse diagnóstico é importante para determinar quais os papéis de cada um dos personagens abrangidos neste processo. Tendo em mente os parâmetros de proteção e as figuras envolvidas na questão, será mais fácil adequar o papel e os propósitos de cada um nesta.

Dessa forma, apesar da história dos direitos autorais ser antiga, sua proteção é relativamente recente. Por mais que na antiguidade e na idade medieval já houvesse uma repreensão moral sobre aqueles que copiassem obras sem autorização ou que usassem as de terceiros como se fossem suas, não havia qualquer sanção explícita para quem o fizesse. Somente com a invenção da tipografia e da imprensa, no século XV, que esse problema realmente começou a assombrar a sociedade.

Era preciso resguardar os direitos dos autores, visto que eles viam suas obras serem copiadas indiscriminadamente sem lhes ser atribuídas qualquer autoria. Também era preciso proteger os direitos dos livreiros, que exerciam a atividade econômica e investiam alto na edição de obras, não raro as tendo copiadas por terceiros, que as reproduziam e imprimiam sem tomar os cuidados necessários e sem arcar com os custos da edição original.

A proteção, então, se fez necessária e diversos tratados internacionais, bem como Constituições e leis dos Estados Nacionais, começaram a prever proteção à propriedade intelectual, bem como impuseram sanções àqueles que descumprissem tais preceitos. No decorrer dos séculos XIX e XX, os direitos intelectuais encontram regulamentação em diversos Tratados e Convenções, sendo duas as principais: a) Convenção de Paris em 1833, sobre direitos industriais e b) Convenção de Berna em 1886 sobre direitos autorais. Com base nessa estruturação, propiciou-se certa uniformidade na legislação interna dos países convenientes, inclusive o Brasil, sendo revistos periodicamente no ramo internacional. A União de Paris foi revista em 1885 (Roma), 1891 (Madri), 1897 (Bruxelas), 1911 (Washington), 1925 (Haia), 1958 (Londres) e 1967 (Estocolmo). Já a União de Berna foi revista

em Paris (1896), Berlim (1908), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971)².

No Brasil, a Constituição de 1988 previu proteção especial à propriedade intelectual, devendo ser entendida também por meio de sua função social³. Além disso, também é prevista na Constituição a proteção pelo Estado da cultura e regulado o acesso ao conhecimento, através dos artigos 208⁴ e 215⁵. Tanto o Código Civil quanto a Lei de Direitos Autorais (LDA) são infraconstitucionais, devendo ser interpretadas à luz da Constituição. No silêncio, ou na divergência, os parâmetros constitucionais devem sempre prevalecer.

A LDA que atualmente está em vigor (Lei 9.610/1998) possui a mesma finalidade que originou a proteção de direitos no século XV: garantir o direito do autor, a atividade de mercado e o acesso ao conhecimento por parte da população. Esses três fatores precisam se conciliar diante de tantos meandros envolvendo a propriedade privada e o interesse público no acesso à obra.

Por isso, em termos gerais, o que é protegido por direito autoral hoje na LDA, no seu art. 7º, são as obras exteriorizadas, minimizando a importância do meio no qual foi expresso. As ideias não são passíveis de proteção. O que é protegido pelo direito autoral é a formalização dessa ideia, tais como personagens, enredo e outras características que materializam a ideia num plano além do abstrato, protegendo-a do plágio. Logo, para que uma obra seja abarcada pelos direitos autorais, não é preciso que seja registrada, sendo facultativo seu exercício (art. 19, LDA). Porém, exceto no caso de distribuição de obra cinematográfica no qual o registro é obrigatório, este ato é importante tendo em vista a prova da anterioridade da obra no caso de algum litígio sobre a titularidade da autoria. Por mais que não seja obrigatório fazer o registro, quem o fez terá grande vantagem para alegar a sua autoria, contudo, merecendo ainda provar que esta obra pertence ao domínio das letras, das artes ou das ciências, ser original e achar-se no período de proteção fixado pela lei, que é atualmente a vida do autor, mais

2 BITTAR, 2013, p. 3.

3 Art. 5º, XXIII, CF/1988: a propriedade atenderá a sua função social;

4 Art. 208, V, CF/1988: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

5 Art. 215, CF/1988: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

setenta (70) anos contados a partir da sua morte, como forma de abarcar a proteção autoral.

Mas, ainda assim, como garantir o acesso público das obras? Como não fazer com que os direitos autorais, ao invés de protegerem o conhecimento, acabem por inviabilizar o seu acesso?

A resposta para isso, na lei brasileira, é um artigo definindo expressamente o que não é protegido pelo direito autoral, aquilo que é plágio e o que é paródia. Primeiramente, o art. 8º da LDA, estabelece o que não é protegido por direito autoral, estando incluídas nesta lista, por exemplo, as ideias, textos legais, nomes ou títulos isolados, aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras, entre outros.

As ideias então passam a ter papel central no curso da proteção dos direitos autorais, não mais sendo a obra a questão principal dos litígios e desentendimentos. Por se tratar de algo não muito óbvio e claro, a ideia se tornou o artifício escuso para quebrar a proteção do direito autoral e usar produção alheia em benefício próprio. O problema está em até que ponto o uso de uma ideia alheia é permitido.

Não há uma definição legal sobre o que é plágio, mas cita-se o caso de “...E o vento levou” e “A bicicleta azul”⁶. A segunda obra possuía muitas semelhanças com a primeira, acabando por ser condenada como plágio pelos detentores dos direitos autorais de “...E o vento levou”. As justificativas levantadas na decisão⁷ citam o argumento utilizado, o desenvolvimento da ideia, a progressão narrativa, as características físicas e psicológicas dos personagens, a relação entre eles, personagens secundários, situações características, a composição e a expressão de inúmeras cenas e momentos dramáticos correspondentes.

Dessa forma, por ser algo elástico e que merece apreciação caso a caso, a ideia se tornou algo de extremo interesse para a ilegalidade. Ao mesmo tempo que o registro e os aspectos formais de uma ideia surgiram e se tornam essenciais na prova da sua propriedade, definir padrões objetivos de comparação para a análise de plágio se tornou, então, necessário. Contudo, não há somente o lado ilegal em jogo. Ao passo que o plágio é

6 DEFORGES, 2009.

7 Uma breve descrição da decisão de primeira instância pode ser encontrada em: <https://www.nytimes.com/1989/12/07/books/court-finds-french-author-plagiarized-gone-with-wind.html>. Visitado em: 24/05/2018.

a transgressão da norma protetora dos direitos autorais, a paródia surge como uma imitação humorística. Diferente daquele, este possui um lado engraçado, tendo as diferenças entre os trabalhos importância maior que a extensão das suas semelhanças. Enquanto as comparações do “plágio” utilizam padrões em comum para a caracterização do seu conceito, a “paródia” se identifica nas desigualdades com a obra original, além de ter um tom cômico no seu uso.

Pode-se dizer, assim, que todas as discussões trazidas até este momento parecem (e precisam) girar em torno de um eixo comum: a propriedade. A aplicação hoje adotada não distingue muito daquela que originou a proteção dos direitos autorais: autor, proprietário do direito e consumidor. A diferença é que agora esse leque se expandiu. O autor é aquele quem criou a obra, sendo, em geral, pessoa física, haja vista que a pessoa jurídica somente poderia fazê-lo por intermédio das pessoas físicas que a compõem. Já a titularidade dos direitos autorais é de quem é o titular legitimado a exercer os direitos da obra, podendo ser uma pessoa jurídica ou física distinta do autor. No caso, é possível que um livro seja escrito por um autor, que vende à editora a titularidade dos direitos autorais para sua comercialização. Já a propriedade da obra (física ou digital) é a aquisição de um bem material ou imaterial protegido por direito autoral. É possível exercer o direito de propriedade sobre o livro, tal como guardá-lo, doá-lo, abandoná-lo e até mesmo destruí-lo, mas não é possível exercer qualquer direito sobre a autoria ou sua titularidade, até mesmo para fazer a sua cópia integral, sendo necessário a autorização do titular dos direitos.

Mas já que se trata de um direito à propriedade, tanto o titular como o autor terão direitos eternos sobre a obra? Depende. Não somente de direitos patrimoniais vive a proteção autoral, gozando também de direito moral. Esses direitos morais são a emanção da personalidade do autor e que estão intimamente ligados à relação do autor com a elaboração, a divulgação e a titulação da obra. Assim como os direitos de ordem patrimonial que ingressaram no plano legislativo, o aspecto moral dos direitos autorais foi inicialmente caracterizado como delito de contrafação (sistema alemão), depois teve aceitação na doutrina e na jurisprudência (francês), vindo a compor o Direito legislativo a partir da Convenção de Roma de 1928 como estrutura intrínseca dos direitos autorais⁸. No Brasil, a LDA,

8 BITTAR, 2013, p. 45-46.

no seu art. 24, destrincha quais são os direitos morais do autor de uma obra. Basicamente, procura-se defender a relação do autor com a própria obra, independentemente de qualquer valor econômico envolvido. Por isso, o autor sempre terá o direito de ter seu nome vinculado à obra, tem direito de circulação sobre a obra, podendo mantê-la inédita ou retirá-la de circulação e tem também o direito de alterar a obra. Esses direitos do autor são, como já dito, direitos da sua personalidade e, portanto, inalienáveis e irrenunciáveis (art. 27, LDA), além de imprescritíveis e impenhoráveis. O direito moral do autor é insuscetível de avaliação pecuniária e somente terá qualquer direito patrimonial sobre a obra caso também seja o titular do direito autoral.

Nessa esteira, o titular do direito autoral tem o direito temporal sobre a obra, em geral, o da vida do autor mais 70 anos, contados a partir do 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua morte (art. 41, LDA). Ele tem direito a prévia autorização para terceiros se valerem, por exemplo, da reprodução total ou parcial da obra (mais exemplos no art. 29, LDA), tem direito à independência das utilizações, sendo as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas independentes entre si e, por fim, tem o direito de propriedade sobre o bem, tal como já exposto anteriormente.

Assim, a discussão sobre domínio público se torna importante para que esse acesso ao conhecimento não se torne eterno. O vínculo moral entre autor e obra é, em geral, eterno, mas, no tocante aos direitos a ele decorrentes, há algumas exceções. Já quanto ao vínculo patrimonial, há um tempo limite da vida do autor mais setenta (70) anos contados da sua morte. Até lá, qualquer utilização da obra, sem autorização prévia, que se fizer dela, nos moldes do art. 29 da LDA, será ilegal. Pergunta-se: até que ponto essas proteções apresentadas (função social, plágio, proprietário, autor, titular dos direitos autorais, domínio público, etc.) dificultam ou impedem, de alguma forma, o acesso ao conhecimento por parte da sociedade?

No capítulo a seguir será iniciada a abordagem dessa indagação, apresentando uma comparação entre o acesso ao conhecimento e interesse público. Tal exame não será apenas de cunho teórico, mas sim prático, haja vista que a intenção é discutir o propósito da proteção legal e como as duas esferas de direitos se coadunam para a necessária mudança de paradigma de um sistema (positivista) baseado na LDA e no meio “físico” para uma visão também “digital” da sociedade contemporânea.

3. A dicotomia entre acesso ao conhecimento e propriedade privada

Neste capítulo pretende-se fazer uma análise sobre a dicotomia envolvendo o direito de propriedade e o acesso ao conhecimento. Partem-se dos princípios levantados no capítulo anterior a fim de questionar como o sistema baseia sua lógica e quais os limites que envolvem a proteção e o acesso ao conhecimento. O objetivo é entender como essa fundamentação influencia na elaboração do sistema de proteção hoje usado pelo Brasil (LDA) e porque/de que forma ele está defasado das necessidades contemporâneas e do acesso ao conhecimento.

O sistema principal de direitos autorais adotado em grande parte do mundo é o sistema americano de *copyright*. Ele se baseia principalmente na proteção de cópias e no aspecto objetivo da propriedade, sem focar na personalidade do autor. Por outro lado, o sistema francês, chamado *droit d'auteur*, se preocupa com questões como a criatividade da obra a ser copiada e os direitos morais do autor da obra, focando mais nos direitos de personalidade, concedendo direitos exclusivos à divulgação, o reconhecimento da autoria e a garantia da integridade da obra, inalienáveis e transmissíveis apenas com a morte do autor, como herança.

Como já abordado, o sistema de *copyright* protege o que vem desde a modernidade sendo o foco das questões envolvendo a proteção da obra: a cópia. Tanto é que a Lei de Direitos Autorais brasileira exclui a “ideia” de sua proteção, tendo várias restrições quando há a reprodução de uma obra. O que não é questionado ou abordado (de forma mais detalhada) em qualquer um dos sistemas é o acesso público (ou até privado) a essa obra.

A pretensão aqui não é expor críticas quanto a esse sistema ou defender o sistema francês como uma possível salvação a todos os problemas contemporâneos. Em qualquer lado sempre há problemas e a questão é resolvê-los e não os contornar. Por isso, partindo do princípio que esse sistema de *copyright* representa uma restrição ao acesso conhecimento em relação ao interesse público (ao passo que não é seu foco principal e dispõe de regras rígidas para a disponibilização dessa obra), questiona-se a possibilidade dos dois lados se associarem e tornarem-se mais coletivos e comunitários, prevendo proteções e ao mesmo tempo prevendo soluções aos problemas de propriedade. De que forma é possível ponderar entre acesso à informação e interesse particular na sua propriedade?

Para iniciar o debate sobre estas perguntas é importante definir o que é prioridade no mundo contemporâneo: a propriedade privada, a proteção contra cópias, o direito moral do autor ou o acesso ao conhecimento e à informação? A resposta é problemática.

De uma forma geral, do ponto de vista do mercado a proteção contra cópia e o exercício da titularidade podem ser os pontos mais importantes. Já para o autor, independentemente de ser o titular ou não dos direitos da obra, o importante poderia ser a garantia do direito moral sobre a obra e a proteção do aspecto financeiro. Contudo, para a sociedade em geral o acesso ao conhecimento poderia ser a circunstância mais relevante.

Logo, dependendo de que lado esteja, os interesses sobre as prioridades podem variar. Entretanto, tornar esse debate suscetível à subjetividade das pessoas num mundo no qual o meio físico já não exerce mais o mesmo poder que anteriormente exercia na divulgação e acesso é algo complicado.

Como, então, o acesso ao conhecimento, o autor e o mercado se associam?

Primeiramente, deve-se entender que o mercado, qualquer que seja, precisa de um limite moral. Utilizando como base o pensamento do filósofo contemporâneo Michael J. Sandel¹, caso o mercado pudesse se autorregular, sem qualquer intervenção, e o objetivo mais importante fosse a propriedade e sua manutenção, não haveria qualquer espaço para o domínio público ou a divulgação do pensamento sem o devido pagamento dos direitos autorais. Em consequência, qualquer conteúdo seria mercantilizado (o que hoje em dia de fato é), mas sem restrições ou exceções à regra: qualquer que fosse seu uso haveria de ter um preço para isso.

Por outro lado, há quem entenda que o mercado tem seu espaço, mas ele é limitado moralmente por princípios. O primeiro desses limites é o direito moral do autor, que não pode ser alienado sob qualquer hipótese. Partindo da premissa que tudo pode ser posto à venda e qualquer um pode fazer o que quiser com seu bem, obra ou propriedade, torna-se um problema o fato de qualquer pessoa poder dispor de qualquer tipo de bem. Conceitos como vida, morte e tempo poderiam ser mercantilizados facilmente sem qualquer limite moral para seus usos.

As objeções se prendem em dois argumentos primários: o primeiro afirma que há um problema de equanimidade entre os envolvidos; o segundo afirma que há um problema sobre corrupção. Quanto à equanimi-

1 SANDEL, 2012.

dade, é injusto que as empresas (ou qualquer que seja o titular do direito da obra) lucrem com o bem independente do autor ou do acesso ao conhecimento. Pessoas querem usar a obra, não necessariamente para fins comerciais, mas para fins privados (ou mesmo educacionais ou sociais); autores não seriam remunerados nem teriam garantia moral sobre a obra haja vista que puderam alienar livremente seu direito (fazendo com que, na prática, sequer fossem citados como autores). Por mais que se argumente que o autor vendeu livremente o direito (moral e material) sobre a obra e, além disso, qualquer pessoa que quiser poderá comprar o direito de uso, trata-se de um desvirtuamento do princípio da equanimidade. Em verdade, as condições nessas relações refletem uma liberdade de escolha desigual na qual o detentor do direito, normalmente um conglomerado financeiro, tem muito mais força sobre o autor e aquele que pretende usar a obra para fins educacionais e sociais. O que se esquece é que há um valor moral em jogo e o mercado, ao canalizar todos suas forças para o aspecto financeiro, está deturpando a ideia inicial da obra: a proteção do autor e o acesso ao conhecimento.

Kant² já trazia em seus pensamentos que os valores morais deveriam ser obedecidos em razão da importância do princípio defendido e não em torno da capacidade individual. Não deveria ser atribuído uma pretensão finalista para o valor, pois, nesse caso, obedecer a determinado princípio não teria um respeito próprio e intrínseco que o valor exige. Seria um meio para atingir um fim e, nesse caso, não se lidaria com a moral propriamente dita, mas um sentimento casuístico e subjetivo. Uma ação moral, ao contrário, deve emanar da razão própria e servir de aplicação para qualquer experiência exterior a ponto de tornar-se universal.

No caso do mercado, ao restringir o debate para a esfera financeira e da titularidade do direito autoral, bem como a necessidade de proteção às cópias e à propriedade privada, está se esquecendo do valor intrínseco à obra desde a sua criação, qual seja, o conhecimento. Logo, é necessário, sempre, resguardar esse bem como diretriz para qualquer discussão sobre a obra.

Além disso, o segundo argumento envolve a corrupção. A questão aqui é sobre a natureza daquilo que está sendo comprado e vendido. Quando se lida com o direito moral do autor e o acesso ao conhecimento para fins

2 KANT, 2001.

educacionais e sociais, há uma deturpação sobre a natureza do bem, que não pode ser posto à venda. Quando se fala que tudo tem seu preço, está se dizendo que todo bem pode ter seu valor previsto em termos de cálculo racional de custos e benefícios. Por mais que o incentivo monetário venha a ajudar o incentivo intrínseco (a divulgação moral da obra), o motivo pelo qual se está fazendo isso é principiologicamente preocupante em razão do bem que está envolvido: o conhecimento. Caso não haja um limite moral para o mercado haverá uma corrupção dos princípios inerentes ao bem, quais sejam, o direito moral do autor e o acesso ao conhecimento.

Dessa forma, entende-se que não é possível haver uma posição absoluta sobre o direito da propriedade, assim como seu usufruto ou exercício, pois há valores que estão por detrás da obra que impedem que haja uma mercantilização radical do bem.

Esse ponto leva exatamente à proteção que hoje é realizada pela Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Ao dizer, ao mesmo tempo, que é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII), também se afirma que a propriedade atenderá sua função social (art. 5º, XXIII). Apesar de ser um termo abrangente e de difícil conceituação, é notória a intenção do legislador para que a propriedade não fosse algo ilimitado e que o coletivo e a sociedade não ficassem à mercê do mercado.

A LDA, nesse intuito da Constituição de 1988, garantiu o acesso à informação, delimitando as obras que não constituem ofensas aos direitos autorais, ou seja, tratam-se de usos excepcionados à regra geral, qual seja, a titularidade da obra. Logo, o interesse ao conhecimento está vinculado e restringe o uso absoluto da titularidade da obra. O art. 46 excepciona a (i) – reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; (ii) – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que

feita por este, sem intuito de lucro; (iii) – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; (iv) - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; (v) – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; (vi) – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; (vii) – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; (viii) – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Logo, a partir da análise realizada sobre o art. 46 da LDA à luz da Constituição Federal de 1988 faz-se uma pergunta sobre a questão: é possível dizer que a função social da propriedade está sendo promovida no Brasil? É possível dizer que o acesso ao conhecimento está sendo estimulado ao mesmo tempo em que a propriedade privada ainda está sendo defendida? Analisando criticamente, após toda esta exposição sobre o conjunto de proteções contra cópias e suas exceções, é possível questionar se o acesso à informação está sendo defendido realmente pela LDA ou se esta é apenas uma forma de agradar minimamente aos interesses sociais. Há uma real proteção quando a lei trata o bem jurídico não como parte do todo, mas como algo anormal, diferente do padrão, uma exceção? Não seria essa uma forma de marginalizar o acesso ao conhecimento e trata-lo como subsidiário?

Portanto, o que interessa são as vantagens por detrás desses direitos: o conhecimento e a propriedade. É preciso, então, discutir se esse limite regulatório ao acesso à informação (gerado pela propriedade e suas proteções) é tão forte e importante a ponto de limitar a produção social do conhecimento.

O art. 46 da LDA, conforme trazido acima, possui um denominador comum em seus incisos (com exceção do III e VIII, que permitem a exploração comercial da obra nova em que se inserem trechos de obra preexistente): o uso não comercial da obra, com caráter informativo, educacional e social. Note-se que a regra é a proteção integral da propriedade e do direito moral e patrimonial do autor, dos titulares dos direitos autorais e do proprietário do bem. As exceções são restritas e taxativas, não admitindo ampliações, a não ser por lei nova.

Antigamente, o uso da propriedade era algo estritamente particular e não convinha a ninguém dizer como o proprietário deveria exercer seu direito. Porém, com a contemporaneidade, novos problemas surgiram e a mesma propriedade passou a ser usada de forma inapropriada e com excessos, tornando a intervenção na esfera privada cada vez mais constante como alternativa a equilibrar esse exagero. Logo, passou-se a entender que a propriedade privada não teria apenas uma função estritamente privada, mas também uma função pública, devendo o Estado conter os excessos e fomentar o acesso a ela. A propriedade tem, por determinação constitucional, uma função a cumprir.

Portanto, em resumo, é possível dizer que a propriedade, no direito autoral brasileiro (CRFB/1988, CC e LDA), possui uma função social (i) ao determinar que os direitos patrimoniais do titular dos direitos autorais terão um tempo limitado de proteção, qual seja, da vida do autor mais 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento e (ii) e ao delimitar as exceções ao direito autoral, tipificando no art. 46 da LDA o que não constitui ofensa a eles, tendo como denominador comum o uso não comercial da obra e seu caráter informativo, educacional e social. Porém, pergunta-se: isso é suficiente para que a função social da propriedade seja promovida?

A lei brasileira possui alguns entraves claros. Citam-se alguns exemplos: (i) não é possível fazer cópia de livro com edição comercial esgotada, ainda que esteja no prazo de proteção dos direitos autorais; (ii) não é possível a cópia para preservação da obra, inclusive por meio de digitalização; (iii) não é possível a representação e execução de qualquer obra em instituições de ensino públicas e gratuita, desde que sem fins lucrativos; (iv) autorização de cópia privada de obra legitimamente adquirida; (v) permissão de representação e execução de obras em ambiente privado.

Todos os casos citados acima são proibidos pela LDA, mas possuem uma inclinação muito a forte a promover o acesso ao conhecimento sem

prejudicar (pelo menos a princípio) o direito do patrimonial ou moral do autor.

Apesar de ter havido um avanço substancial na função social da propriedade intelectual, nota-se que há diversos problemas contemporâneos que não estão abarcados pela lei ou pelo sistema de proteção autoral. A lei deveria prover novas alternativas para esse problema de acesso ou, em verdade, trata-se de uma situação que não incumbe à lei regular?

Por isso, na seção seguinte, serão analisadas as discussões e debates acerca a disponibilização das informações numa era contemporânea e o principal problema que alicerça o conservadorismo na mudança de paradigma do sistema de propriedade intelectual: o positivismo.

4. A era da informação em meio ao cenário digital: físico e não físico

O objetivo desta seção é fazer um exame do cenário que envolve os direitos autorais. Enquanto que nos capítulos anteriores o foco era os parâmetros legais e se havia a correspondência com o mundo atual, agora a avaliação será inversa. Trata-se de investigar os cenários existentes no Brasil e no mundo no contexto de aprovação das leis. Assim, pretende-se questionar quais os problemas existentes que impedem essa efetivação da lei.

Assim, o primeiro passo desta análise é avaliar a conjuntura existente no momento da aprovação da Lei de Direitos Autorais (LDA) no Brasil. Apesar da LDA somente ter sido promulgada em 1998 no Brasil, as discussões remetem às décadas de 1970 e 1980. Nesta época, ausente ainda de computadores e tecnologias avançadas, bem como o advento da internet, não era difícil crer que o parâmetro para o direito autoral era a obra (física).

Toda a proteção se originou com o positivismo. Seu nascimento, segundo Augusto Comte, se deu com a racionalização e a aproximação do conhecimento com a realidade, através de um nexo de causalidade³. A ciência tem por objeto a experiência e limita-se à experiência, estudando unicamente os seus fenômenos sensíveis e suas leis⁴. Só a ciência dará uma base sólida para a reconstrução do real, construção que, ao contrário das

3 NADER, 2000, p. 175.

4 DINIZ, 2014, p. 29.

outras, terá um caráter definitivo, e o que pretende ser a filosofia positiva é “uma teoria geral da ciência e das ciências”⁵.

Sua ascensão se deu na Idade Moderna. Durante a Idade Antiga, o direito natural não era considerado superior ao positivo. A ideia era a de que este era especial e particular àquele, prevalecendo quando houvesse um conflito. Já na Idade Média, há uma inversão entre eles e o direito natural passa a ser considerado superior ao positivo. Contudo, com a monopolização da produção jurídica por parte do Estado com a sociedade Moderna, houve uma limitação às antigas fontes do direito que davam certa liberdade de escolha na determinação de que norma aplicar, na forma de escolher a aplicação de regras de costumes ou elaboradas por juristas ou, ainda, permitia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Na lógica tradicional e historicista na qual a ciência se baseava na sua interpretação, a “filosofia da ciência” era um círculo fechado e positivista. Na tentativa de demarcar as fronteiras da ciência e da não-ciência, entendia-se que somente a objetividade e a lógica poderiam sustentar os resultados da ciência. A tentativa é efetivamente rejeitar qualquer ideia metafísica e que se sustente em critérios nos quais a moral ou os sentidos exteriores estivessem em jogo. Nesse sentido, a ciência passou a ter um sentido próprio e particular, no qual seu próprio sistema, completo e fechado, era suficiente, não havendo lacunas para sua interpretação.

Nessa quebra de paradigmas, Hacking, Kuhn e Feyerabend foram essenciais. Suas críticas foram em torno da reformulação da Filosofia da Ciência para uma necessidade de quebra de paradigmas. Para Hacking⁶, as experiências não podem ser vistas autonomamente e meros artifícios, pois é preciso que o experimento se ligue à teoria. Não é possível que a racionalidade seja autônoma em relação à realidade, tendo vida própria e merecendo ser estudado e levado em consideração.

Para Kuhn⁷, uma disciplina se torna ciência quando há uma crise sobre as suas premissas e fundamentos, necessitando a quebra do paradigma e uma nova revolução científica. Assim, para que isso aconteça, é preciso trazer à ciência novas abordagens psicológicas, sociológicas e históricas.

5 TRUC, 1958, p. 249.

6 HACKING, 2012.

7 KUHN, 1998.

Isso, de forma alguma, retiraria a racionalidade e o caráter verdadeiro da ciência, mas, ao contrário, somente assim é que se conseguiria atingir esses atributos haja vista que não é possível ser uma racionalidade autônoma, ausente das questões imanentes da realidade. A história, nesse sentido, é essencial para que haja essa quebra de paradigmas da ciência.

Fayerabend⁸, na mesma linha que Kuhn, entende que a filosofia da ciência não se esgota na reconstrução lógica das teorias científicas sendo necessária a relação entre sociedade e ciência para que se atinja esse patamar de reflexão filosófica. O ponto principal do autor em relação a Kuhn foi no sentido de proteger outras tradições e todos terem o direito a “serem ouvidos”. Segundo ele, “a ciência e os especialistas são indispensáveis, mas não devem ser os únicos a traçar o destino de nossas vidas”.

Especificamente quanto ao positivismo jurídico, Norberto Bobbio esquematiza de forma simples e excepcional as seis características distintas entre o direito natural e o direito positivo:

- a) O primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Instituições de Justiniano – 1ª definição);
- b) O segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda (Instituições de Justiniano – 2ª definição –, Paulo⁹); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublima a universalidade do espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;
- c) O terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Instituições de Justiniano – 1ª definição –, Hugo Grócio);
- d) O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Christian Friedrich von Glück): o direito na-

8 FAYERABEND, 2007.

9 Prudentissimus Julius Paulus, também conhecido como Paulo, foi um jurista romano que teve grande importância na elaboração do Digesto. Após a publicação do Codex, Justiniano decidiu fazer uma compilação das sentenças dos juristas clássicos da época. Dos nove mil fragmentos de quarenta juristas usados, os escritos de Paulo serviram de base para quase um quinto da obra.

tural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) O quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou mais por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Hugo Grócio);

f) A última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil¹⁰.

O positivismo jurídico¹¹ se baseia nessa ideia de que “não existe outro direito senão o positivo”. Esse “direito positivo” é aquele posto pelo

10 BOBBIO, 1995, pp. 22-23.

11 Ao nos referirmos ao positivismo jurídico, é preciso frisar que há uma diversidade de pensadores dentro da mesma corrente de filosofia do direito. Kelsen e Hart, apesar de serem alguns de seus principais expoentes, não limitam o pensamento positivista. Por isso, de uma forma geral, para efeitos deste trabalho, adotamos um conceito de positivismo com base em três características: unidade, coerência e completude. A unidade trata o modo pelo qual as normas são postas, ou seja, em obediência às fontes do direito que, segundo o positivismo jurídico, são hierarquicamente subordinadas à existência de uma única fonte de qualificação, uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente o caráter jurídico a todo o conjunto de normas, qual seja, a norma fundamental. Assim, a resposta para a pergunta “por que obedecer” é “porque a lei máxima (superior/fundamental) está mandando”. Já a coerência nega que há, no ordenamento jurídico, normas incompatíveis entre si. Assim, duas normas antinômicas não podem ser ambas válidas: somente uma delas pode fazer parte do referido ordenamento. A alternativa é a aplicação dos critérios de hierarquia, especialidade e cronologia das leis de forma a estabelecer qual delas é válida para a questão. Por fim, a completude nega a existência de lacunas. Há duas explicações para isso: a primeira afirma que, dado um fato qualquer, ou existe uma norma que o regule e, neste caso, não há evidentemente lacuna alguma, ou não existe nenhuma norma que o regule, e nem também neste caso se pode falar de lacuna, visto que o fato não regulado é juridicamente irrelevante, porque pertence ao “espaço jurídico vazio”. Já a segunda explicação afirma que não existem fatos juridicamente irrelevantes e não existem lacunas, porque cada norma jurídica particular que submete a uma dada regulamentação certos atos é sempre acompanhada de uma segunda norma implicitamente nela contida, a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última. Significa dizer que, de uma forma ou de outra, o Direito é completo e tendo ou não uma norma que regule a questão, seja ela primária ou não, há uma situação jurídica existente e somente o legislador poderá alterá-la.

soberano do Estado, nascendo do impulso histórico para a legislação, momento no qual a lei se torna exclusiva do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. Contudo, também segundo o positivismo jurídico, é possível dar prevalência à lei como fonte do direito que nasce do propósito do homem em modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento das leis, ele pode também transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem. Contudo, para isso, é preciso que seja feito conscientemente, segundo uma finalidade racional, ou seja, através da lei¹².

Com isso, pode-se concluir que o ponto dominante do positivismo (e consequentemente a filosofia da ciência) é a ideia de que a ciência é a lei (verdade). O que garante a lei (verdade) e lhe dá solidez é a invariabilidade.

No caso da LDA e das legislações mais antigas de proteção sobre direitos autorais, nota-se a clara necessidade burguesa e industrial de proteção da propriedade privada, razão pela qual a legislação se tornou o principal ponto de convergência para o direito autoral. Para que se pudesse ter uma proteção da obra contra possíveis cópias era preciso que o direito positivo se impusesse e que previsse sanções (quaisquer que fossem) àqueles que não a cumprissem.

Não se afirma que o direito positivo não seja importante, muito menos que deveria acabar. O problema é que toda a lei de direitos autorais, bem como o pensamento protecionista industrial em torno da propriedade privada, se baseia em algo que hoje não é mais o ponto central do direito autoral: o meio físico de divulgação.

Era muito fácil limitar o acesso ao conhecimento às bibliotecas públicas, às escolas e às livrarias, pois aquele que detinha a propriedade da obra não era o mesmo que detinha a titularidade dos direitos autorais e, muito menos, era o autor. O titular do direito autoral visava o lucro com o máximo de vendas possíveis da obra. O público e futuro proprietário da obra, por sua vez, também tinha seu acesso controlado pelo titular dos direitos autorais através dos lugares nos quais ia ser colocado para venda (sejam eles países, estados, bairros), na quantidade e também nas edições. O titular do direito autoral tinha todas as possibilidades de determinar quem e de que forma sua propriedade seria divulgada a público.

12 BOBBIO, 1995, pp. 119-122.

Hoje, contudo, esse sistema não consegue delimitar ou ser delimitado por essas regras. Aquele que possui a titularidade do direito autoral não necessariamente determina mais a forma nem quem acessará sua obra. Um exemplo disso é a internet. Uma vez colocada na rede, o acesso não é mais exclusivo e controlado por aquele que detém a titularidade do direito autoral. Não se afirma que não há alguém que controle esse acesso, ou que não haja estratégias de divulgação do conhecimento específicos para o meio digital, mas aqueles que antes eram os antigos controladores do acesso no meio físico não são mais os novos controladores no meio digital. Logo, trata-se de uma questão intrínseca ao problema: controle.

Isso gera diversas consequências para o sistema. A primeira é a afirmação do direito positivo. Intuitivamente, quando se vê que há uma fuga na aplicação de determinada conduta, surge a afirmação da necessidade do cumprimento da lei. A questão, contudo, é que a aplicação da lei se dá apenas no mundo jurídico e não no mundo dos fatos. Por mais que se argumente que há uma preocupação social, isto não é verdade. Todo esse silogismo é preponderantemente benéfico ao titular dos direitos autorais. Como este não possui mais o controle sobre o acesso e também não lucra (da mesma forma que antes) com o sistema vigente, uma alternativa é afirmar que o sistema está se desvirtuando das regras, levando para uma situação de caos. Com isso, segundo eles, nem o autor teria o seu direito reconhecido e protegido pelas leis, muito menos o titular dos direitos autorais teria mais o lucro, gerando um colapso sobre a propriedade intelectual. Entretanto, esta é a visão de quem detém esse direito autoral. O novo sistema digital precisa de novas regulações e normas. Porém, as regras antigas a ele aplicadas não satisfazem mais os parâmetros de regulatórios de acesso e principalmente o poder daqueles que antes determinavam o curso das águas do sistema. Nesse sentido, uma alternativa é afirmar que o direito positivo vigente, proposto para uma sociedade industrial, orientado para o meio de acesso físico, deve ser também aplicado contundentemente à sociedade de informação e de rede, orientada para o meio de acesso digital. Como aquele que detinha o poder do controle não mais o detém, o método mais simples é sustentar a aplicação e execução das regras.

Segundo, há a afirmação de plágios. Na prática, plágios são descumprimentos de regras positivadas no sistema jurídico e que refletem no uso não permitido da propriedade (intelectual). Para os leigos isso se enquadra como pirataria. Trata-se de afirmar que a propriedade alheia é (muito)

semelhante (senão igual) àquela detida pelo titular dos direitos autorais, fazendo com que a propriedade original e o autor da obra sejam desvalorizados. Logo, qualquer que seja a cópia, seja através da reprodução sem sua autorização e/ou seu ganho, seja através do plágio, o argumento utilizado é que a pirataria desestimula a produção do conhecimento ao passo de que o sistema atual incentiva a cópia pura e simples da obra e não estimula os novos autores a produzir obras e o direito intelectual. Novamente, trata-se de um desvirtuamento utilizando apenas o viés econômico.

De fato, quando não há um respeito às citações das obras e ao direito do seu nome estar vinculado a elas, se está diante de um problema sobre os direitos morais do autor. Da mesma forma, quando alguém copia diversos itens de uma obra, tais como o argumento utilizado, o desenvolvimento da ideia, a progressão narrativa, as características físicas e psicológicas dos personagens, a relação entre eles, personagens secundários, situações características, a composição e a expressão de inúmeras cenas e momentos dramáticos correspondentes, se está diante de um plágio. Além de ter havido uma violação no direito do autor, os créditos (e futuros benefícios econômicos) foram obtidos através de uma simples cópia. Tanto no meio físico quanto no meio digital as cópias irão existir, pois as ideias serão apropriadas indistintamente sem os devidos créditos (morais e materiais). A diferença é que o meio digital possibilita que o plágio aconteça com mais frequência, pois a possibilidade de controle da informação no meio físico é muito mais fácil daquela existente no meio digital. A consequência é uma defesa pela ineficácia do sistema digital (que levaria ao colapso da produção do conhecimento) ao invés do incentivo a meios de proteção ao acesso.

Portanto, a associação constante entre a pirataria e o plágio com a internet não é de todo errônea. Porém, a forma que se faz sim. Como aquele que detinha o poder de controle sobre a regulação do acesso ao conhecimento, através da titularidade do direito autoral, não possui mais esse poder, culpa-se a nova ordem social pelo problema gerado, qual seja, o aumento do plágio e da pirataria (que não é mais nada senão a violação de uma regra). A questão é que tanto o desrespeito ao direito do autor quanto o plágio podem acontecer no meio físico e digital (separadamente e concomitantemente). Ao invés de tentar arranjar uma forma de contê-la, culpa-se o sistema digital. É uma alternativa simples e fácil de, ao mesmo tempo, afirmar que as novas práticas sociais estão ausentes de regulação e que as antigas regras prescritas tinham mais efetividade no controle social.

A contenção do plágio quando o meio físico era o pressuposto fático e de existência para a divulgação da obra era mais simples. Porém, a realidade hoje é outra. Quando o meio digital se tornou preponderante no mundo, dizer que qualquer propriedade intelectual está ausente de regulação é uma afirmação equivocada. Antigas práticas nos meios físicos eram efetivamente reguladas por um sistema jurídico de direito positivo que o tornava (de certa forma) completo e fechado. Esse sistema ainda é (de várias formas) efetivo para o meio físico que ainda hoje é mercantilizado. Entretanto, o que hoje se pretende é aplicar a mesma lógica a um sistema digital que não detém as mesmas premissas e, conseqüentemente, coloca-se a culpa nas práticas sociais, afirmando que a regulação antiga era mais eficiente que atual. No fim, analogamente, a intenção é culpar o vendedor da loja de armas pelo homicídio: o sistema, ao adotar certas escolhas regulatórias, permite o acesso à arma e passa a mão na cabeça do comprador em torno do liberalismo de mercado; a(s) vítima(s) se torna(m) perda(s) inevitável(eis).

Derivado disso, a terceira consequência é a afirmação de uma sanção. Quando há regras, há uma delimitação do escopo de atuação, regulação, liberdade e, no mesmo sentido, da sanção. Uma regra, para ter efetividade, precisa de uma sanção pelo seu não cumprimento, seja civil, criminal, econômico, etc. No caso do direito autoral, o que se pretende é que as sanções civis e criminais sejam aplicadas àqueles que digitalmente violarem as regulações previstas para um sistema projetado para um mundo simplesmente “físico”. Há duas consequências para esse movimento de *law & order*¹³: i) ou a norma não terá efetividade social e não haverá sanção em razão da dificuldade de controle das violações das regras ou ii) as sanções impostas aos poucos que se conseguir “prender” serão consideradas injustas em razão da enorme quantidade de descumprimentos. A primeira hipótese é a clássica “terra de ninguém” e a “lei que não pegou”; a segunda é a injustiça social em torno da punição pedagógica de poucos em prol de uma diminuição da criminalidade.

13 Esta doutrina da Lei e Ordem ficou conhecida nos Estados Unidos a partir dos anos 1970 pela defesa da aplicação irrestrita da lei e um endurecimento das penas. Posteriormente, através de uma política de Tolerância Zero, a proposta se aprofundou num aspecto político-criminal no qual se defendia a repressão a todos os crimes, até os menores e mais simples, e de forma exemplar e rígida, como forma de diminuir a criminalidade e melhorar o convívio social.

No primeiro caso, o prejuízo para o sistema é absurdo, pois uma área na qual não há regulação remete às ideias de estado de natureza de Hobbes e Rousseau: para Hobbes¹⁴, como todos são iguais nos seus egoísmos, a ação de cada um somente será limitada pelos demais, em razão da ausência de um governo central que estabeleça uma ordem; para Rousseau¹⁵, as preocupações humanas seriam apenas básicas, vivendo em isolamento, sem necessidade de conviver com o outro e em sociedade. Apesar da divergência histórica entre ambos, o que há em comum é que o estado de natureza se apresenta como contra face do estado civil, ou seja, se o homem não está no interior da sociedade política, cai no estado de natureza. Seria o estágio pré-político e social do homem, embora este, mesmo em estado de natureza, não seja pensado como “selvagem”, sendo o mesmo que vive em sociedade¹⁶. Na sociedade, o que acontecerá (se já não acontece) será a visão de um meio digital como um lugar no qual não existe regulação capaz de promover a interação coletiva pacífica; logo, a única saída será o isolamento e o não uso da internet para divulgação de obras, com medo de que este ambiente seja hostil e sem regulação.

Já no segundo caso (injustiça social), quando há uma situação na qual poucos indivíduos são punidos por uma prática social coletiva na qual o sistema jurídico não consegue regular, o entendimento é que o aumento da sanção resulte na redução da criminalidade. Cesare Beccaria¹⁷ foi o precursor do estudo da criminologia e da prevenção dos crimes. Em resumo, entende o autor que as leis são fundamentais e influenciam diretamente o indivíduo. Para isso, é preciso que ela seja anterior, escrita e publicizada, de modo a desmotivar a atitude irracional das pessoas, pois eles saberão que cumprirão uma pena. Apesar de defender a educação no aperfeiçoamento da prevenção, o cerne do seu pensamento se baseava na associação entre crime, punição e prevenção. Porém, o aumento das penas para intimidar os sujeitos com intuito de diminuir a criminalidade se mostrou ineficaz: não inibe a criminalidade, não reeduca o infrator e estimula a reincidência, além de separar famílias e destruir indivíduos, aniquilando sua autoestima e embrutecendo-os. Sabe-se que quem sai das penitenciárias, em geral sai pior

14 HOBBS, 2008.

15 ROSSEAU, 2014.

16 STRECK, 2010, p. 30.

17 BECCARIA, 2002, pp. 135-140.

e, ao reincidir, frequentemente comete crimes mais graves, ao contrário dos infratores punidos com penas alternativas, que reincidem muito menos¹⁸.

Portanto, nota-se que o pensamento positivista e sancionatório de regulação e aplicação da lei a um ambiente no qual ela não possui efetividade social não produz os efeitos preventivos que se esperaria. Ao contrário, trata-se do colapso de todo o ordenamento jurídico de posituação legal. Enfatizar a sanção daqueles que descumprem uma regra prevista para um outro tempo histórico, de obras físicas e de acesso controlado, é lutar contra um sistema que possui as características completamente opostas às antigas e que, no final, poderá acabar desestruturando todas as bases do sistema, incluindo o direito positivo.

5. Conclusão

Neste trabalho a intenção foi demonstrar que o sistema de proteção do direito autoral atualmente em vigor no Brasil, especialmente através da Constituição de 1988, o Código Civil e a Lei de Direitos Autorais, foi construída dentro de um sistema positivista e buscava a proteção da obra “física”. Com a sociedade de rede e da informação, a internet tornou o mundo digital muito mais acessível, fazendo com que toda a sistemática anteriormente pensava fosse questionada.

Porém, ao invés de se adequar a essa nova realidade, nota-se o positivismo foi o principal entrave à popularização e a essa nova perspectiva digital implantada mundialmente com o surgimento dessa nova sociedade de rede. Nessa linha, o que se nota é uma tentativa de alteração, através do direito positivo, da realidade e dos meios de interação social. É razoavelmente tranquilo afirmar que “o direito positivo é o direito posto” e, dessa forma, dar prevalência à lei como fonte do direito e, assim, negar alterações sobre o direito positivo. Contudo, também segundo o positivismo jurídico, é possível dar prevalência à lei como fonte do direito que nasce do propósito do homem em modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento das leis, ele pode também transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem. Contudo, para isso, é preciso que seja feito conscientemente, segundo uma finalidade racional, ou seja, através da lei¹⁹.

18 LEMGRUBER, 2001, p. 28.

19 BOBBIO, 1995, pp. 119-122.

Para isso ser feito, são necessárias políticas públicas e meios de interação social. A proposta desenvolvida pelo antigo modelo de proteção autoral é o uso puro e simples da aplicação e sanção da lei, o que não resulta em consequências positivas na reestruturação de um modelo de regulação baseado na lógica anterior (iluminista, liberal e positivista).

Assim, toda esta análise sobre a alternância de paradigmas do meio físico para o meio digital reflete o surgimento da sociedade de informação. Apesar do meio físico não ter sido abolido, a ascensão do meio digital demonstra que o poder alterou a moeda mundial. A detenção de informação passou a ser o ponto central para o poder e a regulação do acesso ao conhecimento.

O nascimento da informação não só como conceito, mas também como ideologia, está intrinsicamente ligado ao desenvolvimento do computador durante os anos da guerra e no período imediatamente posterior. A sociedade industrial valorizava o trabalho muscular e a sociedade pós-industrial implantou a ideia de uma sociedade de serviços e o rápido crescimento de oportunidades de emprego para profissionais liberais e de nível técnico. Na sociedade de informação, o recurso estratégico tornou-se a detenção de informação²⁰.

Na sociedade de informação, alguns elementos particulares são essenciais na sua caracterização: programas de computador, circuitos integrados, bases de dados eletrônicas e utilização de obras por computador. A partir de 1996 que a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) começou a abordar as questões provenientes da internet e integração de obras. Porém, mesmo assim, muitos problemas surgiram em torno do viés utilizado: seria esta uma regulação preocupada apenas com o aumento de proteção a todo custo e não com a justiça intrínseca das soluções²¹?

Nesse contexto, é preciso que a informação opere em um contexto global de sociedade da informação. O ser humano não tem mais necessidade de buscá-la fisicamente, tal como em livrarias, em bibliotecas ou bancos de dados específicos. Uma rede eletrônica de bibliotecas, arquivos e bandos de dados surgiu, teoricamente acessível a qualquer pessoa, em qualquer lugar, a qualquer momento. Isso alterou a forma de produção e a fonte de criação. O que antes se baseava no produto, físico, agora se baseia na

20 KUMAR, 1997, p. 21.

21 ASCENSÃO, 2002, p. 73-74.

informação, digital. E, mais ainda, tal sociedade de informação não se resume apenas ao modo de produção, mas também como um estilo de vida completo. Dessa forma, é inevitável àqueles que perderam seus lugares na pirâmide do poder lutar para que o sistema retroaja ou se imponha com base numa era (ultra)passada. A sociedade inteira mudou e não somente os meios de produção, fazendo com que aqueles que tinham o poder de controle sejam mais (necessariamente) aqueles que antes o detinha.

Referências

- ADJUKIEWICZ, Kazimierz. *Problemas e teorias da filosofia*. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada conforme a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (com as alterações da Lei 12.853/2013). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Mácio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- DEFORGES, Régine. *A bicicleta azul*. Trad. Lígia Guterres. São Paulo: Cultura, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. São Paulo: UNESP, 2007.
- HACKING, Ian. *Representar e intervir – Tópicos introdutórios de filosofia da ciência natural*. Trad. Pedro Rocha de Oliveira. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2012.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

- LEMGRUBER, Leticia. Controle da criminalidade: mitos e fatos. *Revista Think Thank*. São Paulo: 2001.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ROUSSEAU, J. J. *Contrato social*. Rio de Janeiro: RT. 2014.
- SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TRUC, Gonzague. *História da Filosofia*. Trad. Ruy Flores Lopes e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Globo, 1958.

Recebido em 04 de janeiro de 2016.

Aprovado em 12 de dezembro de 2017.

Notícias e informações

Resumo das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2018 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Aluno: Clécio José Morandi De Assis Lemos (doutorado)

Título: Foucault e o abolicionismo penal

Data da defesa: 25/06/2018

Banca: João Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Maurício Stegemann Dieter, Victória-Amalia De Barros Carvalho Gozdawa De Sulocki, Salo De Carvalho, Sérgio Salomão Schecaira e Vera Malaguti Batista.

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar a viabilidade da abolição da justiça penal moderna e traçar indicativos para a construção de uma nova justiça para lidar com conflitos graves. Toma como base a leitura de Michel Foucault sobre a modernidade, aplica este método sobre a Criminologia como forma de viabilizar uma nova compreensão da realidade punitiva no ocidente. Ao fim, realiza uma proposta política em duas esferas, para reduzir o exercício da justiça penal e para iniciar a elaboração de uma nova seara jurídica que seja baseada em mediações, foco na vítima e decisões reparatórias.

Aluna: Bruna Silveira Roncato (doutorado)

Título: Sujeitos de Direito Internacional Público, Terceiro Mundo e Formação de Resistências: o Movimento Indígena e o Uso da Litigância Estratégica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Data da defesa: 16/07/2018

Banca: José Maria Gómez (Orientador), Florian Fabian Hoffman, Thula Rafaela De Oliveira Pires, Odete Maria De Oliveira, Silvia Maria Da Silveira Loureiro e Rosangela Lunardelli Cavallazzi.

Resumo: O Direito Internacional Público (DIP) é tradicionalmente concebido a partir da afirmação do Estado-nação europeu e soberano como único sujeito, produtor e destinatário final das normas. Características como eurocentrismo, formalismo e individualismo colocam em segundo plano as perspectivas que abarquem também os Movimentos Sociais e os povos subalternos, geralmente identificados como os povos do Terceiro Mundo. O reflexo dessa situação é a percepção frequente do Direito Internacional

como inacessível à participação da maior parte da população do globo. As *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) servem como marco teórico a iluminar pontos cegos da trajetória do DIP, tais evidenciando-o como fruto do encontro colonial e expondo a relação de continuidade com um passado que ainda hoje segue perpetuando as desigualdades Norte-Sul do globo. Os TWAILers destacam ainda os modos pelos quais as resistências do Terceiro Mundo foram moldando o DIP e suas instituições, ao tempo em que também foram silenciadas e invisibilizadas. Em se tratando de América Latina, o processo de formação dos Estados foi marcado pela violência e crueldade com os povos nativos que ainda hoje sofrem as consequências nefastas dos discursos de Desenvolvimento e Direitos Humanos, frequentemente utilizados pelo *mainstream* do DIP. O Movimento Indígena, ao articular lutas por reconhecimento e redistribuição, torna-se um vetor privilegiado para análises das ações coletivas de resistência a partir do Terceiro Mundo. Tendo sido excluídos do DIP desde o início de sua formação, nada mais justo que agora os povos indígenas reivindiquem participação política e afirmação de seus direitos também nesta esfera, sendo legítimo que para isto se utilizem de todo o aparato disponível para este intento. Nesse sentido, tem-se a pergunta: em que medida as estratégias de luta que vem sendo utilizadas pelo Movimento Indígena tem conseguido abrir um espaço efetivo de resistência contra-hegemônica para operar a partir da linguagem tradicional do mesmo sistema institucional que tantas vezes violou seus direitos? Utilizou-se o método procedimental monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, para explorar a hipótese de que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) vem sendo utilizado de maneira bem-sucedida pelos povos indígenas por meio do litígio estratégico, servindo como uma plataforma viável de transformação aos moldes do preconizado pelas TWAIL, ou seja, de modo a conseguir com que os Movimentos Sociais do Terceiro Mundo sejam reconhecidos como os verdadeiros Sujeitos do DIP. Isso foi parcialmente confirmado, uma vez que o uso do Sistema Interamericano como esfera de resistência contra-hegemônica encontra limites mais sérios que envolvem, por exemplo, uma conjuntura favorável de diálogo com o Estado violador e a construção a longo prazo de um projeto decolonial para os Direitos Humanos.

Aluno: Eduardo Baker Valls Pereira (doutorado)

Título: Direitos humanos e direitos da humanidade no Ano I da Revolução Francesa: o caso dos projetos de declaração e constituição durante a radicalização democrática

Data da defesa: 10/08/2018

Banca: Bethânia De Albuquerque Assy (Orientadora), José Maria Gómez, Florian Fabian Hoffmann, Carlos Ziler Camenietzki e Laurent Azevedo Marques De Saes.

Resumo: Quais as formas através das quais a Revolução Francesa foi apropriada pelos direitos humanos através das contribuições da filosofia e história desse campo? Em linhas gerais, a Revolução Francesa é retratada como um evento monolítico marcado pelo nacionalismo ufanista, pendor abstracionista e desconsideração por grupos historicamente marginalizados, como mulheres e negros. Essa história única do evento pode ser contrastada com todo um campo historiográfico que explora as potencialidades e realidades libertárias e igualitárias do período, sem que isso apague as contradições e movimentos internos de suas transformações. Buscando colocar essa leitura considerada reducionista da Revolução Francesa para se pensar a história e filosofia dos direitos (humanos), a tese voltou-se para o material historiográfico primário. Para melhor explorar a riqueza do período revolucionário e escapar dos reducionismos totalizantes de alguns dos autores analisados, escolheu-se o período do Ano I, mais precisamente os debates e projetos em torno da Declaração e Constituição daquele ano. Após dois capítulos iniciais apresentando aqueles autores e os principais elementos da hipótese interpretativa, são abordadas: relações externas e soberanias; facetas do Executivo; corpo legislativo; por último, as concepções de república e cidadania. Através dessa trajetória, podemos atestar a insuficiência das leituras apresentadas nos capítulos iniciais e identificar diversos pontos nos quais uma possível contribuição da Revolução Francesa para a história e filosofia dos direitos (humanos) pode ser explorada ainda além das leituras apresentadas.

Aluna: Carolina Mendes Franco (doutorado)

Título: Proteção e acesso a direitos das minorias em pesquisas em saúde: Comparação Brasil-França

Data da defesa: 17/08/2018

Banca: Caitlin Sampaio Mulholland (Orientadora), Daniel Angel Borrillo, Thamis Ávila Dalsenter Viveiros De Casto, Adriana Vidal De Oliveira, Carlos Nelson De Paula Konder, Eder Fernandes Monica e Marcelo Ribeiro Alves.

Resumo: Em meados do século passado, tratados de direitos humanos e normas éticas de regulação da pesquisa não foram suficientes para impedir, na prática, violações à dignidade da pessoa humana em experiências médicas praticadas em minorias sociais. Hodiernamente, há um complexo de normas que objetivam não só proteger voluntários como lhes garantir equitativo acesso aos resultados das pesquisas. Contradições e interpretações equivocadas dessas normas, entretanto, limitam a plena efetivação dessas garantias, essenciais em relação às minorias sociais, diante da sua falta de representação política na sociedade. Neste sentido, um estudo exploratório-descritivo foi realizado através de revisão da literatura e aplicação de questionário elaborado para comparar as respostas apresentadas pelos comitês de revisão ética do Brasil e da França. Concluiu-se que é imprescindível que o preceito da repartição de benefícios seja aplicado, na prática, de forma ampla, em todas as pesquisas, inclusive naquelas que utilizam dados pessoais e amostras corporais, especialmente com relação às minorias sociais, para que as pesquisas oportunizem a todos a percepção do progresso científico-tecnológico.

Aluno: Rafael Cataneo Becker (doutorado)

Título: Natureza e direito em Gilles Deleuze: o problema da forma nos seus primeiros escritos

Data da defesa: 31/08/2018

Banca: Maurício De Albuquerque Rocha (Orientador), Francisco De Guimaraens, Ovídio De Abreu Filho, Homero Silveira Santiago e Bernardo Carvalho Oliveira.

Resumo: Antes de maio de 68 e da publicação das suas teses principal e secundária, *Différence et répétition* e *Spinoza et le problème de l'expression*, Deleuze acumulava uma trajetória de ao menos quinze anos como pesquisador. Entre a monografia *Empirisme et subjectivité* (1953) e a exposição pública transcrita como *La méthode de dramatisation* (1967), encontramos sete livros publicados, alguns ensaios e diversos textos esparsos. Em nosso trabalho, procuramos realizar uma leitura transversal desse período para resgatar os seus principais temas políticos, assuntos que teriam certa afinidade com o direito, como Deleuze irá afirmar anos depois. Essas questões perderiam sentido, no entanto, se não estivessem inseridas em discussões filosóficas mais amplas sobre o naturalismo, o empirismo, a diferença e assim por diante. Nosso esforço consiste em cruzar essas linhas e observar, ao final, como uma lenta elaboração em torno da noção de forma se desenvolve nesses anos iniciais da obra deleuziana.

Resumos/*Abstracts*

Medeiros, Aline Virgínia e Lima, Raquel Araújo. Organização das nações unidas, democracia e políticas públicas para o desenvolvimento humano brasileiro

Resumo: O quadro contínuo de exclusão social levou a questionamentos sobre como concretizar o desenvolvimento humano, os quais foram fundamentados na controvérsia entre as correntes universalistas e contextualistas. Objetivando aprofundar essa discussão, através de método hermenêutico e uso de técnica bibliográfica, mas também utilizando o empírico, por análise de relatórios, será verificada a atuação da Organização das Nações Unidas para condução da gestão pública no Brasil e a defesa da democracia como ponto de convergência entre a necessidade de declarar direitos e a de realizá-los por produção de políticas efetivas. Assim, constatou-se que a democracia e o ativismo social são os mecanismos essenciais ao planejamento e a realização de políticas públicas, pelos Estados, em âmbito intergovernamental.

Palavras-Chave: ONU. Democracia multicultural. Desenvolvimento humano

United nations, democracy and public policies for brazilian human development

Abstract: The continuous picture of social exclusion has led to questions on how to carry human development, which were based on the scientific controversy between the universalist currents and contextualists. Aiming to deepen this discussion, through hermeneutical method and use of technical literature, but also using the empirical method, by review to reports, it will analyze the acting of the United Nations for induction of public management in Brazil and defense of democracy as a point of convergence between the need to declare rights and realize them by producing effective policies. Thus, it was found that democracy and social activism are the essential mechanisms for planning and carrying out public policies by States, inter-governmental framework.

Keywords: UN. Multicultural Democracy. Human development.

Barbosa, Claudia Maria e Araujo, Sylvia Maria Cortês Bonifácio de. A Contribuição Do Constitucionalismo Popular Para O Fortalecimento Da *Accountability Social* Sobre O Judiciário

Resumo: A expansão do Poder Judiciário em democracias contemporâneas o afirma como o detentor da “última palavra” sobre o significado da constituição. Teóricos do constitucionalismo popular refutam a posição assumida pelo Judiciário, afirmando que o poder último de atribuição de tal significado pertence ao Povo, titular do poder constituinte originário e fiscal da aplicação desse documento. Uma revisão bibliográfica do constitucionalismo popular e da *accountability* judicial permite estabelecer os limites desta em assegurar o protagonismo do Povo preconizado por aquela, e explicitar a tensão existente entre a independência judicial operada pelo judiciário empoderado e a insuficiência da *accountability* judicial perante a sociedade. A *accountability* social, expressa majoritariamente por mecanismos que favoreçam a mobilização social e o uso democrático e responsável da mídia, pode contribuir para dissipar essa tensão, mas seus mecanismos ainda são insuficientes e escassos. O incremento de ferramentas efetivas de *accountability* social é necessário para ampliar a legitimidade do judiciário perante a sociedade, tornando-o mais responsivo a ela e mais receptivo a respeitar o protagonismo político do Povo na atribuição do significado da Constituição. *Palavras-Chave:* Constitucionalismo Popular; Poder Judiciário; *Accountability social*.

The Contribution of Popular Constitutionalism To Strengthening Social Accountability Over The Judiciary

Abstract: The Judiciary expansion in contemporary democracies defines it as the “decision-maker” on the meaning of the Constitution. Theorists of popular constitutionalism refute this Judiciary role, stating that the ultimate power of attribution of such meaning belongs to the People, holder of the original and fiscal constituent power of this document application. A review on popular constitutionalism and judicial accountability allows you to establish the limits to ensure the leading role of the people advocated for the former, and to highlight the tension between judicial independence by empowered judiciary and the lack of judicial accountability to society.

Social accountability, expressed mainly by mechanisms that favor social mobilization and the democratic and responsible use of the media, may contribute to dissipate this tension, but its mechanisms are still insufficient and scarce. The increase of effective tools of social accountability is needed to increase the legitimacy of the judiciary in society, making it more responsive to it and more receptive to respect the political leadership of the People following the meaning of the Constitution.

Keywords: Popular Constitutionalism; Judicial Power; Social Accountability.

Neto, Elias Jacob de Menezes, Morais, Jose Luis Bolzan de, Alves, Fabrício Germano e Gomes, Igor da Silva. Accountability, transparência e assimetria das relações de visibilidade virtuais: análise dos aspectos antidemocráticos das novas tecnologias da informação e comunicação a partir da ideia de filtro bolha

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar quais os efeitos negativos do uso de algoritmos de big data na personalização extrema no cotidiano das atividades das redes sociais e mecanismos de busca. Para tanto, parte dos pressupostos de Norberto Bobbio sobre democracia, analisando o problema por meio de uma corrente da sociologia canadense denominada surveillance studies. Tomando por base as ideias de filtro bolha e invólucro digital, demonstra que as novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) são uma forma de poder que, atualmente, não está sujeita ao controle democrático. Diante desse cenário, demonstra que os algoritmos utilizados na personalização das atividades online têm como consequência a diminuição da interação entre ideias divergentes, traço essencial para o pluralismo político e a democracia. Conclui, nesse particular, que é necessária a democratização das TICs como forma de garantir a preservação da democracia e dos direitos humanos. A metodologia utilizada possui natureza de pesquisa básica porque discute sobre o problema de modo analítico, criando uma base explicativa para sua teorização; objetivo exploratório, já que desenvolve e esclarece ideias; e, por fim, utiliza, como procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Big data; democracia; filtro bolha; invólucro digital; pluralismo.

Accountability, transparency and asymmetry of virtual visibility relations: analysis of the antidemocratic aspects of the new information and communication technologies from the idea of filter bubble

Abstract: This paper aims to analyze the negative effects of the use of big data algorithms on the extreme personalization of online activities. To do so, it makes some assumptions based on Norberto Bobbio's concept of democracy. Then, it analyses the problem using the theoretical framework developed by surveillance studies, a group of scholars started by Canadian social scientists. Using both concepts of filter bubble and digital enclosure, it shows that new information and communications technologies (ICTs) are a way to express power that aren't subject to democratic control or oversight. Given this scenario, it argues that the algorithms used in personalization of online activities diminish interactions between different ideas, which is a keystone both for political pluralism and democracy. Its conclusion shows that a democratic approach of ICTs is needed in order to preserve democracy and human rights. The adopted methodology was basic research, since it discusses the problem in an analytical method creating an exploratory validity for its theoretical. It is also an exploratory research since it tries to develop and clarify key ideas by using bibliographic research.

Keywords: Big data; filter bubble; digital enclosure; democracy; pluralism.

Meyer, Emilio Peluso Neder e Vargas, Mariluci Cardoso de. A Rede Latino-Americana de Justiça de Transição e o desaparecimento forçado em El Salvador: potencializando medidas de justiça de transição por meio de redes transnacionais de atuação

Resumo: O artigo tem como objetivo refletir sobre a experiência de El Salvador na abordagem transicional do crime de desaparecimento forçado, verificando a possibilidade de que redes de colaboração entre organizações de direitos humanos cooperem no aprimoramento de políticas públicas de justiça de transição. A pesquisa foi realizada no âmbito da Secretaria Executiva da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição. A metodologia serviu-se do trabalho transnacional promovido pela rede, permitindo que medidas transicionais sejam implementadas a partir da atuação dos seus

próprios membros. O referencial teórico parte de que a justiça de transição se mostra como um paradigma plausível de racionalidade transversal, em que sua formatação permite o intercâmbio de experiências ainda que em situações contextuais diversas como regimes pós-ditaduras e regimes pós-conflito. Os resultados da pesquisa indicaram que El Salvador é um dos exemplos de medidas transicionais obtidas por organizações e atores de direitos humanos. Concluiu-se que organizações da sociedade civil podem pautar medidas de justiça de transição de modo mais efetivo por meio da atuação em rede.

Palavras-chave: desaparecimento forçado; justiça de transição; El Salvador; transnacionalidade; redes.

Latin-American Transitional Justice Network and forced disappearance in El Salvador: empowering transitional justice measures through transnational network agency

Abstract: The article has the aim to reflect on El Salvador experience on transitional approach of the crime of forced disappearance, checking the possibility of collaboration networks between human rights organizations that cooperate on transitional justice public policies improvement. The research was made in the Executive Secretariat of the Latin-American Transitional Justice Network. It was used the methodology of the transnational work promoted by the network, allowing the implementation of transitional justice measures from the network members own agency. Theoretical references presupposed that transitional justice appears as a transversal rationality plausible paradigm, by which its own format allows for the interchange of experiences even in diverse contextual situations, like post-dictatorship and post-conflict regimes. The research results showed that El Salvador is one of the instances of transitional measures obtained by human rights organizations and actors. The conclusion was in the sense that civil society organizations can dictate transitional justice measures using network agency.

Keywords: forced disappearance; transitional justice; El Salvador; transnationality; networks.

Deluchey, Jean-François Yves. O Estado como dispositivo

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo propor uma definição epistemológica que permita evitar as armadilhas dóxicas mais comuns ao se estudar o “Estado”. Este se estrutura em cinco etapas. Primeiro, advirto o leitor da armadilha dóxica que consiste em usar da palavra “Estado” como se este fosse uma pessoa. Segundo, a partir de uma análise etimológica, tento mostrar o quanto é contraproducente, do ponto de vista epistemológico, a tentativa de identificar alguma “essência” ao Estado. Terceiro, analiso o modelo de emergência do Estado construído por Pierre Bourdieu, que propõe uma abordagem mais agnóstica do mesmo a partir da crítica da definição (clássica) de Max Weber. Em seguida, analiso o Estado enquanto ficção jurídica, e busco identificar as principais armadilhas dóxicas relativas ao ordenamento jurídico do Estado na ordem liberal-capitalista. No final do estudo, tento dar uma definição epistemológica ao “Estado” como metadispositivo, a partir do conceito de dispositivo tal como conceituado por Michel Foucault.

Palavras-chave: estado – definição – dispositivo – Foucault – Bourdieu – Weber.

State as a metadispositive

Abstract: The present work aims to propose an epistemological definition that allows avoiding the most common doxical traps when studying the “State”. It is structured in five steps. First, I warn the reader of the doxical trap that consists in using the word “state” as if it were a person. Secondly, from an etymological analysis, I try to show how counter-productive, from the epistemological point of view, is the attempt to identify some “essence” to the State. Thirdly, I analyze the state emergency model constructed by Pierre Bourdieu, which proposes a more agnostic approach based on the critique of the (classic) Max Weber’s definition of the State. Next, I analyze the State as a juridical fiction (*fictio juris*), and I try to identify the main doxical traps concerning the legal ordering of the State in the liberal-capitalist order. At the end of the study, I try to give an epistemological definition to the “State” as a metadispositive, based on the concept of dispositive as it has been conceptualized by Michel Foucault.

Keywords: State – definition – dispositive – Foucault – Bourdieu – Weber

Brocke, Bianca Maruszczak Schneider Van Der; Kozicki, Katya. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil

Resumo: Este artigo objetiva traçar o caminho para que se definam as expectativas para o uso das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal na superação do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI), recentemente declarado na ADPF 347, em face da situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos no sistema carcerário brasileiro. Utilizando-se o método lógico dedutivo na pesquisa e, valendo-se da análise jurisprudencial e bibliográfica, afere-se que o referido ECI se insere no quadro das novas conformações decorrentes do “novo constitucionalismo latino-americano”, trazendo a lume o ativismo da Corte Constitucional da Colômbia com relação à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, por meio da adoção de um novo mecanismo procedimental, que busca a solução dos denominados “litígios estruturais”. Tomando como norte a atuação daquela Corte, verificou-se que o êxito desse tipo de litígio depende da abertura para a deliberação, de atores governamentais e não governamentais, incluindo o povo, nas audiências públicas de monitoramento do cumprimento da decisão judicial. A superação do ECI reconhecido no bojo da ADPF 347, portanto, pressupõe uma mudança de postura por parte dos Ministros do STF, em prol do diálogo inclusivo, nos moldes do constitucionalismo democrático proposto por Robert Post e Reva Siegel.

Palavras-chave: ADPF 347, Ativismo Dialógico, Constitucionalismo Democrático, Estado de Coisas Inconstitucional, Litígios Estruturais.

The ADPF 347 and the “Unconstitutional State of Affairs”: dialogic activism and democratization of the control of constitutionality in Brazil

Abstract: This paper intends to outline the expectations for the use of public hearings by the Brazilian Supreme Court in overcoming the “*Unconstitutional State of Affairs*” (ECI), recently declared because of the situation of widespread violation of fundamental rights in the Brazilian prison system. Using the deductive logic method in the research, and based on the jurisprudential and bibliographical analysis, it is pointed out that the said

ECI is part of the new conformations resulting from the “Latin American new constitutionalism”, bringing to light the activism of the Constitutional Court of Colombia with respect to the realization of economic, social and cultural rights, through the adoption of a new procedural mechanism, which seeks the solution of so-called “structural injunction”. Based on the work of that Court, it was found that the success of this type of litigation depends on the openness to deliberation of governmental and non-governmental actors, including the people. The overcoming of the recognized ECI in the context of ADPF 347 therefore presupposes a change of stance on the part of the STF Ministers, in favor of the inclusive dialogue, along the lines of the democratic constitutionalism proposed by Robert Post and Reva Siegel.

Keywords: ADPF 347, Dialogic Activism, Democratic Constitutionalism, Unconstitutional State of Affairs, Structural Injunction.

Corrêa, Murilo Duarte Costa. O real do direito: sobre a filosofia do direito de Gilles Deleuze

Resumo: Assim como o pensamento de Gilles Deleuze constitui uma filosofia de múltiplas entradas, suas possíveis leituras no campo da filosofia do direito são heterogêneas. O objeto deste texto é apresentar uma revisão da literatura insurgente na filosofia do direito anglófona e francófona, como ramificação específica dos Critical Legal Studies, recenseando criticamente os textos de Mussawir, Colebrook, Lefebvre, Patton e Sutter. Isso resulta em um panorama teórico da recepção da obra de Deleuze no campo jurídico, o que permitiu isolar uma lacuna interpretativa que sugere uma direção de pesquisa futura.

Palavras-chave: Gilles Deleuze; Filosofia do direito; Critical Legal Studies.

The reality of law: on Gilles Deleuze’s legal theory

Abstract: Recently Gilles Deleuze’s philosophy engendered multiple versions of Legal Theories. This essay proposes a critical review of the main literature concerning Anglophone and Francophone scholars dedicated to Deleuze’s Legal Theory, such as Mussawir, Colebrook, Lefebvre, Patton and

Sutter, maintaining a dialogue with Critical Legal Studies movement. This paper dresses a theoretical panorama accounting Deleuze's reception on the legal field. As a result, we could identify a theoretical gap which allows anticipating one new direction for further and future research.

Keywords: Gilles Deleuze; Legal Theory; Critical Legal Studies.

Coelho, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho. Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política.

Resumo: Este artigo apresenta e discute a concepção de dignidade humana, central na experiência jurídica brasileira contemporânea, e propõe sua releitura a partir de sua ligação essencial com o princípio da cidadania. O texto dialoga com a obra do filósofo canadense Charles Taylor, especialmente com a distinção que propõe entre dois planos de análise da teoria política (a análise ontológica e a análise normativa), que é útil para esclarecer os diferentes modelos de dignidade humana e para repensar o seu sentido enquanto fundamento da ordem jurídica. Repensado em perspectiva política, a dignidade não pode compreender-se como simples passividade, como se seu titular fosse um simples cliente da Administração ou do Judiciário, mas se reafirma como atividade, iniciativa e mobilização, capacidades sem as quais a pessoa humana não se compreende nem efetiva enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito

Palavras-chave: Charles Taylor. Aristóteles. Dignidade. Cidadania. Filosofia política.

Human dignity in political perspective: Charles Taylor and the rehabilitation of ontological issues in the field of politics

Abstract: This article focuses on the concept of "human dignity", a key concept in contemporary Brazilian legal practice, and claims that it needs a new reading from its essential link to the principle of citizenship. The text recalls Charles Taylor's distinction between ontological and normative analysis, useful for distinguishing the different models of dignity and for rethinking it in its grounding role of legal system. From the political per-

spective, human dignity does not fit a non-participative model, according to which the human being is just a client of the Administration or of the Courts. Having dignity means and requires activity, initiative and mobilization in public sphere. That makes it possible to human beings to actually stand as the fundament of democratic law and State.

Key words: Charles Taylor. Aristotle. Dignity. Citizenship. Political philosophy.

Gasperin, Rafael Modesto de Gasperin. México: Modernidad de 1968. Posmodernidad de 2018: Noche y Día en Tlatelolco

Resumen: México es un país que encarna en su cultura una concepción de la muerte con la que sabe convivir y burlarse de ella en forma muy peculiar. La mexicanidad siempre ha ligado sus víctimas al abismo mágico de lo incognoscible y así ha llevado a cuestras su Tlatelolco, su Comala, su San Cristobal y su Ayotzinapa, entre otros y otras. Reordenar por ello los acontecimientos del 68 mexicano resulta complicado, porque en México *el silencio no se rompe, sino solo se mitifica en acontecimientos*. Tlatelolco es el todo en un presente en donde la memoria muere día a día y donde el *dos de octubre del 68* pervive en una lucha dialéctica contra el olvido.

Palabras llave: Tlatelolco, Modernidad, Posmodernidad, 1968, memoria

México: Modernidade de 1968. Pós-modernidade de 2018: Dia e Noite em Tlatelolco

Resumo: O México é um país que incorpora em sua cultura uma concepção de morte com a qual sabe coexistir e escarnecer de uma forma muito peculiar. O mexicano sempre ligou suas vítimas ao abismo mágico do incognoscível e assim levou seu Tlatelolco, seu Comala, seu San Cristobal e seu Ayotzinapa, entre outros e outras. Reordenar os eventos do México 68 por esse motivo é complicado, porque no México o silêncio não é quebrado, mas apenas mitificado em eventos. Tlatelolco é o todo em um presente onde a memória morre dia a dia e onde o 2 de outubro 68 sobrevivem em uma luta dialéctica contra o esquecimento.

Palavras chave: Tlatelolco, Modernidade, Posmodernidade, 1968, memória

Mexico: Modernity of 1968. Postmodernity of 2018: Night and Day in Tlatelolco

Abstract: Mexico is a country that embodies in its culture a conception of death with which it coexists and even makes fun of it in a very peculiar way. “Mexicanness” has always linked its victims to the magical abyss of the unknown and thus has carried its Tlatelolco, its Comala, its San Cristobal and its Ayotzinapa, among others. Reordering the events of the Mexican May 68 for this reason is complicated, because in Mexico silence is not broken, but only mystified in different ways. Tlatelolco is the whole in a present where memory dies day by day and where this *2 de Octubre de 1968* survives in dialectic struggle against oblivion.

Keywords: Tlatelolco, modernity, posmodernity, 1968, memory

Sganzerla, Rogerio e Bottino, Thiago. Os Obstáculos Regulatórios Decorrentes Da Concepção Positivista De Direito Autoral Ao Acesso Ao Conhecimento.

Resumo: O acesso ao conhecimento no Brasil, foi construída dentro de um sistema positivista e buscava a proteção da obra “física”. Dentro desse contexto, o presente trabalho questiona até que ponto o atual modelo da Lei de Direitos Autorais o efetiva, bem como analisa possíveis obstáculos, suas causas e possíveis alternativas visando sua melhora. Por isso, pretende-se demonstrar que há um problema essencial e fundamental no tratamento da questão, qual seja, a reafirmação de um diálogo positivista, o que impede certos avanços para o tema. Assim, toda esta análise sobre a alternância de paradigmas do meio físico para o meio digital reflete o surgimento da sociedade de informação. Apesar do meio físico não ter sido abolido, a ascensão do meio digital demonstra que o poder alterou a moeda mundial. A detenção de informação passou a ser o ponto central para o poder e a regulação do acesso ao conhecimento. Com base nisso, as alternativas propostas neste trabalho visam questionar as regulações previstas na LDA que impedem o acesso ao conhecimento utilizando um sistema cuja justificativa de proteção encontra diversas barreiras no mundo digital.

Palavras-Chave: Positivismo, Regulação, Sociedade da Informação, Conhecimento.

The regulatory obstacles arising from the positivist conception of copyright to access to knowledge

Abstract: The access to knowledge in Brazil was built within a positivist system and looked for the protection of the “physical” work. Within this context, the present work questions the extent the effectiveness of the current model of the Brazilian Copyright Law, as well as analyzes possible obstacles, their causes and possible alternatives for its improvement. Therefore, the intention is to demonstrate that there is an essential and fundamental problem in the treatment of the issue, that is, the reaffirmation of a positivist dialogue, which prevents certain advances to the topic. Thus, all this analysis about the alternation of paradigms from the physical to the digital environment reflects the emergence of the information society. Although the physical copy has not been abolished, the rise of the digital copy demonstrates that power has altered the world currency. Hold information has become the focal point for power and regulation of access to knowledge. Based on this, the proposal of this paper is to question the regulations presented on the Brazilian Copyright Law that blocks the access to knowledge based on a system whose justification for protection found several barriers in the digital world.

Keywords: Positivism, Regulation, Information Society, Knowledge.

Normas de Publicação

1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade (“Revista”), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo auto-plágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado. Mestres, mestrandos, graduados e graduandos podem publicar apenas em coautoria com doutores e/ou doutorandos.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Conselho Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol 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/>; em caso de impossibilidade de submissão online, os trabalhos podem ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala FRINGS, 6º andar, Gávea, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22.453-900.

2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção “Autor”. Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em “Página do Usuário” e iniciar o processo de submissão através do link “Nova Submissão”, no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. É fundamental que os metadados sejam preenchidos corretamente;

d. Transferência de documentos suplementares: realizar a transferência de arquivos com informações suplementares, que funcionam como um apêndice ou anexo ao texto principal, tais como instrumentos de pesquisa, conjuntos de dados e tabelas, que seguem os padrões de ética de avaliação, fontes de informação normalmente não disponíveis para leitores, ou figuras e/ou tabelas que não podem ser integradas ao texto em si; e

e. Confirmação: Concluir a submissão.

3. Preparação dos originais

3.1. Folha de Rosto

O artigo deve conter folha de rosto com título, nome completo do(s) autor(es), titulação acadêmica, instituição, endereço de e-mail e endereço físico para correspondência. É fundamental que estejam presentes os dados de todos os autores do artigo. Este é o único local do arquivo em que é permitido aparecer a identificação do(s) autor(es).

Na ausência de folha de rosto o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

3.2. Apresentação

O texto deve ter entre 15 e 30 páginas, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (folha de rosto e de resumo) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices). Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: Word for Windows, fonte Times New Roman, tamanho 12, texto justificado, espaçamento entre linhas de 1,5, papel tamanho A4, margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm. Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

3.3. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte sequência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes

devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português e inglês.)

a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;

b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra “RESUMO”, em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;

c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo “PALAVRAS-CHAVE”, em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;

d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento de 1,5 entre linhas;

e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens “Introdução”, no início do artigo, e “Conclusão”, ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;

f. Citações: citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 11, espaçamento de 1,0 entre linhas, sem o uso de itálico ou aspas.

g. Referências ao longo do texto: as referências feitas ao longo do texto devem estar em nota de rodapé. Devem indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a referência. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

Exemplos:

¹ FRASER, 1996, pp. 128-129.

² DWORKIN, 2002.

Se o nome do autor estiver citado no período em que está se inserindo a referência, deve-se indicar, em rodapé, apenas o ano e a(s) página(s), se for o caso. Não devem ser utilizadas, nas citações, as expressões op. cit, ibid, ibidem, id, e idem. Deve-se fornecer sempre a referência completa como no exemplo acima.

Artigos que não sigam o formato de referências indicado nos parágrafos acima serão rejeitados preliminarmente.

h. Referências ao final do texto: as referências utilizadas ao longo do artigo devem ser listadas abaixo do subtítulo “Referências”, que deve estar duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito, alinhado à esquerda e sem numeração. As referências devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas. Devem ser separadas por espaço simples.

As referências bibliográficas no final do texto deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89. 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; e ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento.

O DOI (Digital Object Identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto, assim como no processo de submissão (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 do jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado. Deve-se inserir a expressão “In:” apenas antes do título de obras coletivas (não se deve utilizá-la no caso de periódicos).

Exemplos:

Obra completa:

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada):

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos

morais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico:

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. *Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos. Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v-33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. *The Cognitive Psychology of the Potentiality Argument*. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021.

4. Política e Diretrizes de Avaliação

4.1. Os artigos submetidos à Revista *Direito, Estado e Sociedade* são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos:

- Originalidade e relevância temática;
- Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio;
- Adequação às normas de formatação e às diretrizes expostas nesta política;
- Titulação dos autores; e
- Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria.

Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são submetidos à avaliação por, no mínimo, dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de quatro meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas:

- 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; e
- Incorreções de ortografia, pontuação e gramática.

5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial e pela avaliação por pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. Podem ser aceitos, mas não serão imediatamente publicados, artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista *Direito, Estado e Sociedade*, no seguinte endereço: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>.

6.6. Caso ocorra divulgação posterior de algum artigo publicado na *Direito, Estado e Sociedade* em outra publicação, esta deverá referenciar a publicação original na *Direito, Estado e Sociedade*.

Em caso de eventuais dúvidas, os autores devem entrar em contato com o Conselho Editorial através do seguinte e-mail: revistadireito@puc-rio.br.