

PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jun | Set 2020
ISSN 1516-6104

57

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito

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

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

Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais, artigos de revisão, resenhas, entrevistas, palestras, relatórios de pesquisas ou relatos específicos sobre seminários científicos. Alguns números do periódico dedicam-se a temáticas específicas, conforme deliberação do Conselho Editorial. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

Conselho Editorial

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

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Adjunto); Rafael Leles (Editor-Assistente); Glenda Vicenzi (Editora-Assistente); Amanda Cataldo (Editora-Assistente); Fernanda Abreu (Editora-Assistente); Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida (Editor-Assistente); Juliana Ferreira (Editora-Assistente); Lucas Oliveira (Editor-Assistente); Luciana Fernandes (Editora-Assistente); Maria Carolina Soares (Editora-Assistente); Nina Zur (Editora-Assistente); Tiago da Silva Cicilio (Editor-Assistente); Twig Lopes (Editora-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 57 Junho-Setembro 2020

ISSN 1516-6104

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

I. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

5 | Carta do editor/*Editorial*

Artigos/Papers

- 10 | The ideology of Human Rights: on the semiotics of having rights and the politics of being human
A ideologia dos Direitos Humanos: sobre a semiótica de ter direitos e a política em ser humano
Allan M. Hillani
- 32 | Autonomização do campo judicial e redefinição das elites judiciais locais
Autonomisation of the judicial field and redefinition of local judicial elites
Bárbara Lou da Costa Veloso Dias
- 54 | (Re)Pensar a “lógica” do sistema prisional contemporâneo: uma necessidade nas estratégias de desenvolvimento local?
(Re)Think the “logic” of the contemporary prison system: a requirement for local development strategies?
Dyego de Oliveira Arruda e Milton Augusto Pasquotto Mariani
- 75 | A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da teoria dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido
The fundamentality of social rights according to the cost theory and the debate between Fernando Atria e Carlos Pulido
Elísio Augusto Velloso Bastos e Heloisa Sami Daou
- 110 | As minirreformas políticas e eleitorais de 2015 e 2017 no contexto democrático da contemporaneidade
Political and electoral mini-reforms in 2015 and 2017 on the democratic context of contemporaneity
Igor Martins Coelho Almeida

- 149 | Escalas de construção da Justiça: Nancy Fraser à luz de Rainer Forst
Scales of Justice Construction: Nancy Fraser in light of Rainer Forst
José Rodrigo Rodriguez
- 166 | “Saberei ensinar aos desgraçados a vereda do desespero” –
Entre o crime de insurreição e o direito à resistência:
o abolicionismo radical de Luiz Gama
“I shall be able to lead the wretched down the path of desperation” –
Between the crime of insurrection and the right of resistance:
Luiz Gama and his radical fight against slavery
Júlio César de Oliveira Vellozo e Silvio Luiz de Almeida
- 194 | A justiça comutativa e a doutrina da restituição na
Suma Teológica de Santo Tomás
The commutative justice and the doctrine of the restitution
in the Summa Theologica of Saint Thomas
Lino Rampazzo e Marcius Tadeu Maciel Nahur
- 221 | Jacob Burckhardt como teórico do Estado: o esmaecimento
de uma obra de arte
Jacob Burckhardt as a State’s theoretician: the fade of a work of art
Philippe Oliveira de Almeida e Raul Salvador Blasi Veyl
- 257 | La inconstitucionalidad del Proyecto Enmienda Constitucional
nº 215/2000 frente a los derechos de los pueblos indígenas
A inconstitucionalidade do Projeto de Emenda Constitucional
nº 215/2000 frente aos direitos dos povos indígenas
Vivianny Galvão e Robiane Karoline Menezes de Lima Santos

Notícias e Informações/News and information

- 281 | Resumos das dissertações e teses defendidas nos meses de
junho, julho e agosto de 2020 no âmbito dos Programas de Pós-
Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito
Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.
- 289 | **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 57 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2020. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da *Revista Direito, Estado e Sociedade*, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>).

Em *The ideology of Human Rights: on the semiotics of having rights and the politics of being human*, Allan Hillani nos traz uma reflexão acerca dos direitos humanos, questionando o que significa possuir esses direitos. Para tal, sua abordagem consiste em aplicar o retângulo semiótico de Greimas e apontar o papel ideológico exercido pelos direitos humanos na relação entre direito e política.

No artigo seguinte, a autora convidada Bárbara Lou da Costa Veloso Dias analisa o processo de transformação do campo político de administração judicial brasileiro, destacando como tal mudança afetou os judiciários locais. Considerando uma nova institucionalização da Constituição Federal de 1988 e o advento da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, a autora

investiga as características e os diferenciais desse novo campo político da administração judicial no país e a redefinição das denominadas “elites judiciais locais”.

Já em *(Re)Pensar a “lógica” do sistema prisional contemporâneo: uma necessidade nas estratégias de desenvolvimento local?*, Dyego de Oliveira Arruda e Milton Augusto Pasquotto Mariani analisam o sistema prisional brasileiro e refletem acerca de sua urgente reforma, assim como sobre as possíveis ressignificações da condição dos presos e ex-presidiários de modo que contribuam para o desenvolvimento local.

Elísio Augusto Velloso Bastos e Heloisa Sami Dao colaboram nesta edição com o artigo *A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da teoria dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido*, em que propõem uma reflexão acerca do enquadramento dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Debruçando-se criticamente sobre as contribuições de Fernando Atria e Carlos Pulido e em diálogo com a teoria dos custos dos direitos, o trabalho aponta diferentes obstáculos levantados à efetivação dos direitos sociais.

Na sequência, Igor Martins Coelho Almeida explora a crise da representatividade política e avalia as alterações legislativas aprovadas recentemente para alterar o sistema político e eleitoral brasileiro. O autor faz uma leitura crítica das reformas a partir das lentes de teorias contemporâneas da democracia e das demandas populares articuladas em movimentos como as jornadas de junho de 2013.

Em *Escalas de construção da Justiça: Nancy Fraser à luz de Rainer Forst*, o autor José Rodrigo Rodriguez ancora-se na classificação das teorias da justiça de Rainer Forst para analisar as proposições construtivistas de Nancy Fraser. Além disso, o autor está preocupado em refletir sobre uma teoria da justiça que não se limite a privilegiar seres humanos racionais, autônomos, plenamente capazes de expressar e argumentar em um contexto de debate público, mas que seja capaz de incluir plenamente as diferenças.

Já Júlio César de Oliveira Vellozo e Silvio Luiz de Almeida trazem importante contribuição em seu artigo, no qual apontam como o líder abolicionista Luiz Gama se posicionou como uma figura intermediária entre o mundo dos livres e dos escravizados de maneira ativa. Ademais, mostram que Gama utilizou-se de diversos meios na luta contra a escravidão, além do próprio Direito – do qual mobilizou o conceito de direito à resistência para distanciar-se da acusação de insurreição.

Em seguida, Lino Rampazzo e Marcius Nahur analisam o conceito de justiça de Tomás de Aquino, a partir da Suma Teológica. Em seu texto, desenvolvem a noção de que a teoria da justiça comutativa tomasiana pode contribuir na resolução de conflitos como fraudes e corrupções, sejam públicos ou privados. Nessa abordagem, como restauração do prejuízo causado, os responsáveis são obrigados a restituir ou reparar os danos de modo que a justiça comutativa seja concretizada.

Apresentando uma das mais interessantes teorias do Estado da modernidade oitocentista, o artigo *Jacob Buckhardt como teórico do Estado: o esmaecimento de obra de arte*, de Philippe Oliveira de Almeida e Raul Salvador Blasi Veyl, traça um panorama da ascensão dos Estados modernos pós-revolucionários. A perspectiva deste teórico, diferentemente de outras visões da mesma época, desconfia da relação do Estado com o militarismo e da centralização do poder. Por outro lado, a partir da formação de Buckhart, é possível vislumbrar uma política de Estado que reúne componentes culturais, históricos e políticos.

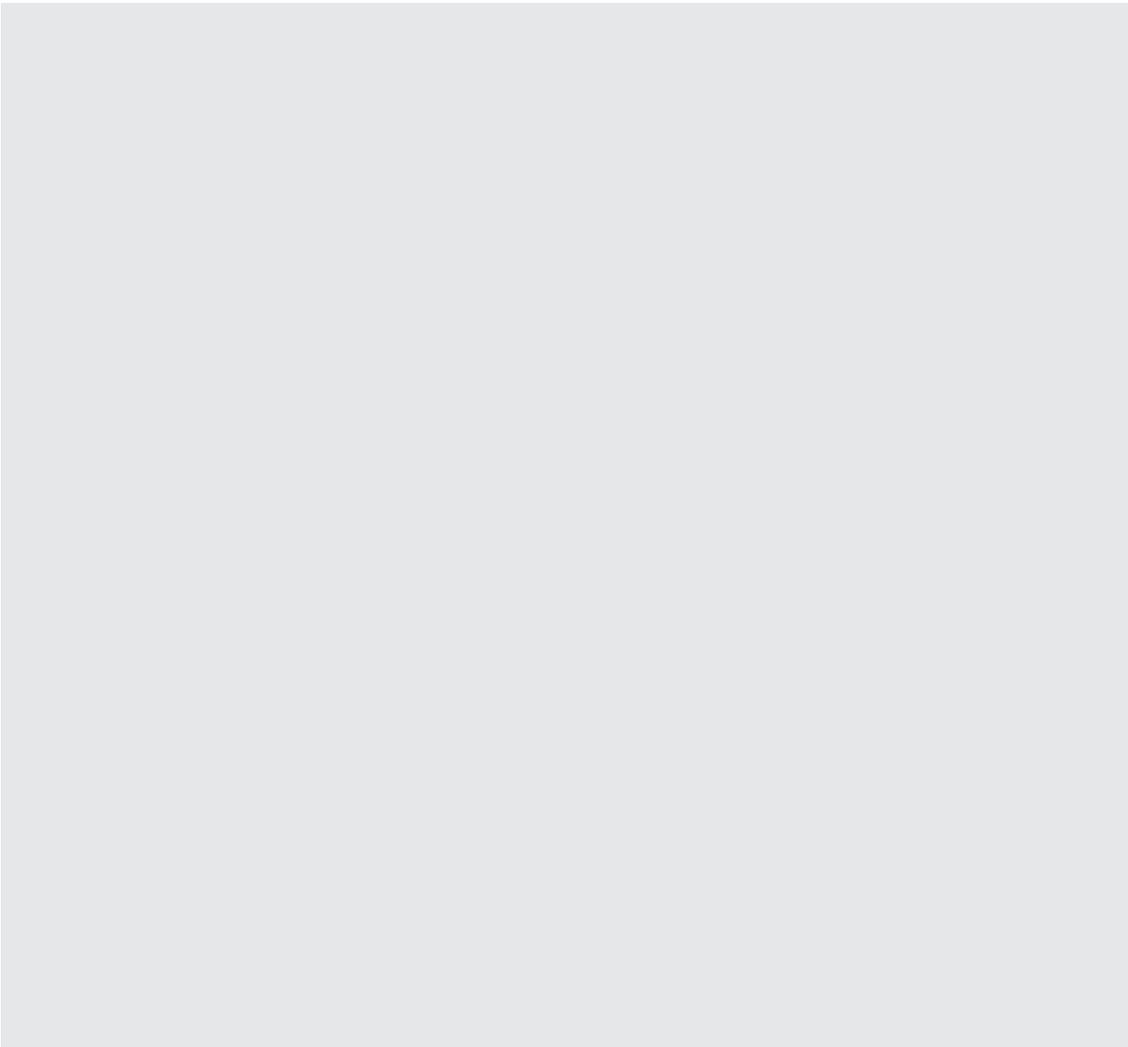
Em sua contribuição, Vivianny Galvão e Robiane Karoline Menezes de Lima Santos analisam a inconstitucionalidade do Projeto de Emenda à Constituição Federal n. 215 de 2000, no que concerne aos direitos dos povos indígenas, reconhecidos enquanto direitos humanos. Nesse sentido, as autoras esclarecem que, apesar dos progressos normativos referentes aos direitos dos povos indígenas, fatores de discriminação e os interesses econômicos de determinados setores sociais suscitaram a elaboração da PEC 215/ 2000.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas nos meses de junho, julho e agosto de 2020, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

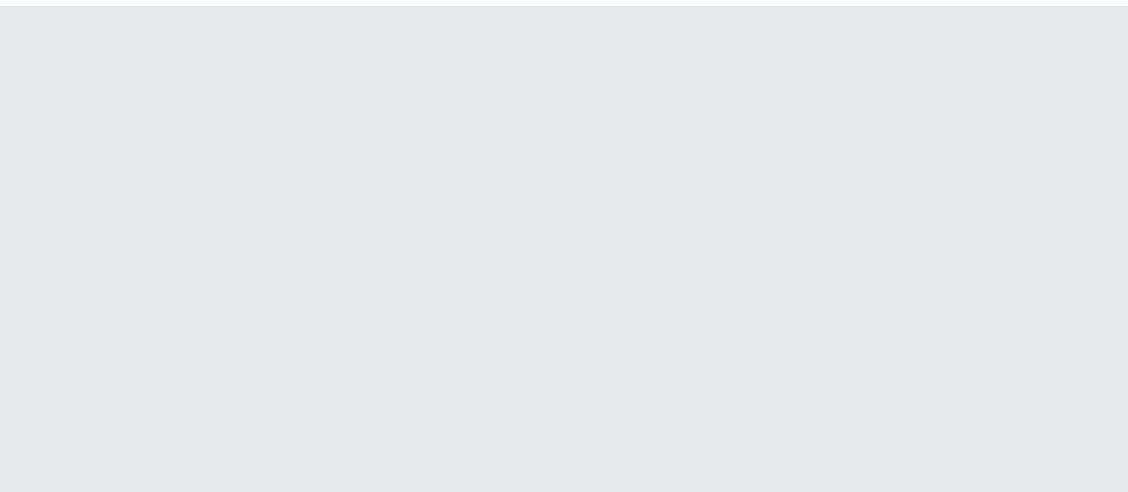
Desejamos a todos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor-Chefe

Antonio Pele
Editor-Adjunto



Artigos



The ideology of Human Rights: on the semiotics of having rights and the politics of being human

A ideologia dos Direitos Humanos: sobre a semiótica de ter direitos e a política em ser humano

Allan M. Hillani*

New School for Social Research, New York – NY, USA

1. Introduction

In *Seeing* [*Ensaio Sobre a Lucidez*], José Saramago continues the story of the nameless city struck by the “white blindness” of his previous book *Blindness* [*Ensaio Sobre a Cegueira*]. In the rainy day in which the local elections took place, the number of absentees is oddly high, making the government call for new elections. In the second attempt, for the authorities’ despair, the abstention is even higher, entailing supplies cut, persecution against “subversive agents”, and other exceptional measures from the State. The book as a whole is a brilliant and satirical account of the limits of modern democracies, but one of its dialogues stands out for its pertinence. At some point, during a ministerial meeting to discuss government actions in virtue of the dramatic circumstances, the minister of defense compares the citizens’ abstention with a siege against the State, what unfolds a discussion on the meaning of rights in general:

* Ph.D. student of philosophy (New School for Social Research) and Master of theory and philosophy of law (Rio de Janeiro State University – UERJ). E-mail: allanmh@newschool.edu.

May I remind our dear colleague and the council as a whole, said the minister of justice, that, when they decided to cast their blank votes, the citizens were only doing what the law explicitly allows them to do, therefore, to speak of rebellion in such a case is, as well as being, I imagine, a grave semantic error, and you will forgive me, I hope, for venturing into an area of which I have no authority, is also, from the legal point of view, a complete nonsense, Rights are not abstractions, retorted the minister of defense, people either deserve rights or they don't, and these people certainly don't, anything else is just so much empty talk, You're quite right, said the minister of culture, rights aren't abstractions, they continue to exist even when they're not respected, Now you're getting philosophical.¹

This short dialogue articulates an interesting problem of legal theory. On the one hand, there is the standpoint of the law, personified by the minister of justice, according to which the citizens had the abstract right to be absent in the elections, no matter at what cost. On the other, we have the standpoint of order, personified in the minister of defense, according to which rights can be "abused", and, therefore, materially lost in some circumstances. The possibility of having rights and not being able to enact them, suggested by the minister of culture, is dismissed as "philosophical".

In the present paper I want to elaborate precisely on this indeed philosophical question: what does it *mean* to have rights? I believe the problem is twofold, and its two sides are already present in the first juridical documents of so-called modernity: the American Declaration of Independence, from 1776, and the French Declaration of the Rights of Man and Citizen, from 1789. In both documents – and in all the others following their spirit – rights are declared to be universal and not linked to social status. They are taken to be a "self-evident" truth, not an aspiration or a political aim, and everyone is already born with them, regardless of State recognition. However, the aftermath of the liberal revolutions and the history of the following centuries did not cease to contest this claim.

Lynn Hunt notices the paradox implied in the "self-evidence" of human rights: if they are "so self-evident, then why did this assertion have to be made and why was it only made in specific times and places? How

1 SARAMAGO, 2007, translation amended.

can human rights be universal if they are not universally recognized?”² No wonder they have been dismissed – by critical and conservative theorists alike – as “nonsense upon stilts”, to quote the famous formulation of Jeremy Bentham.³ Taken to be either a mystification, a logical impossibility, or simply a blatant lie, the idea of human rights has been constantly put into question. Nevertheless, despite the attacks, they remain the main ideological field, of political discussion and action, within and without the West.

In the present paper, my aim is not to present a defense of or an attack on human rights, but rather to understand how this paradox is possible. In order to do this, however, I believe we should inquire what does “having rights” *mean*, that is, investigate the semiotics involved in rights discourse. For this reason, I will avoid engaging in the discussions that attempt to find the content or the “foundation” of human rights (be it morality, capability, or an institutional understanding of politics),⁴ and focus instead in the semiotics mobilized by the idea of having rights, a topic completely ignored by the specialized literature. My first hypothesis is that we can apply the Greimasian semiotic rectangle to the system of signification resulting from the meaning of “having rights”. Later, I hope I can derive the consequences of this application and present the “ideological” role human rights play in the relationship between law and politics.

The “semiotic rectangle” is a graphic representation of the oppositional structure of a system of signification. It enables to visually present the relationship between contrary and contradictory terms, and, in doing so, to reveal hidden signifiers implied in the system. As Fredric Jameson summarizes, the rectangle is “designed to diagram the way in which, from any given starting point S, a whole complex of meaning possibilities, indeed a complete meaning system, may be derived”.⁵ Jameson is responsible for expanding the uses of the semiotic rectangle from linguistics to literary criticism and cultural studies, but the implications of the diagram are not limited by these uses, as I will attempt to demonstrate.

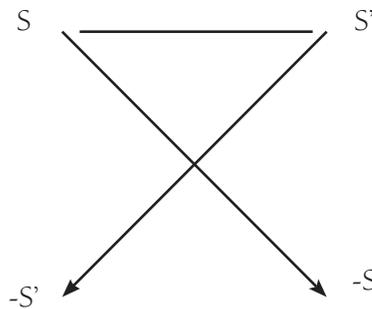
2 HUNT, 2007, pp. 19-20.

3 For the presentation of three classic criticisms of human rights (Bentham’s, Marx’s, and Burke’s.), see WALDRON, 1987.

4 See, respectively, GRIFFIN, 2008; TASIOLAS, 2012; NUSSBAUM, 1997; SEN, 2005; RAWLS, 1999; and RAZ, 2010.

5 JAMESON, 1972, pp. 162–163; see also GREIMAS & RASTIER, 1968, and CORSO, 2014.

The diagram's structure is the following: starting from a signifier S it is possible to derive, first, the simple contradictory term $-S$ (not- S), and to oppose S to a second term S' , of which it is also possible to derive a contradictory term $-S'$ (not- S'), the hidden contrary of the contradiction already implicit in the first sign S (see Fig. 1).⁶ Thus, the merit of the mechanism, as Jameson puts it, is to “enjoin upon us the obligation to articulate any apparently static free-standing concept or term into that binary opposition which it structurally presupposes and which forms the very basis for its intelligibility”.⁷



(Fig. 1)

My hypothesis is that we can articulate the meaning of “having rights” with the help of this semiotic diagram, thus enabling us to articulate the network of meaning presupposed in it. In the final section, I will discuss the implications of Fredric Jameson’s interpretation of the system regarding what he calls its “ideological closure”. In the end, I hope I can provide a new perspective on the relationship between law, politics, and human rights.

2. Squaring Rights

Asking the truly hard – and constantly avoided – question of what a right is, Joel Feinberg resorts to a thought experiment. He proposes we consider Nowheresville, an ideal place different from our societies only in the fact that there are no rights in it. His conclusion is that

6 It must be noted that for GREIMAS & RASTIER, the relationship between S and $-S'$ and of S' and $-S$ is one of implication, or simple presupposition, and that it is the lower term that implies the upper term, and not otherwise. This will be relevant for my further argument.

7 JAMESON, 1972, p. 91, pp. 164.

the most conspicuous difference, I think, between the Nowheresvillians and ourselves has something to do with the activity of *claiming*. Nowheresvillians, even when they are discriminated against invidiously, or left without the things they need, or otherwise badly treated, do not think to leap to their feet and make righteous demands against one another, though they may not hesitate to resort to force and trickery to get what they want. They have no notion of rights, so they do not have a notion of what is their due; hence they do not claim before they take.⁸

A right, therefore, is “a kind of claim”, and a claim is “an assertion of right”. Every attempt to formally define any of the two terms will fall back in this tautology. Instead of pursuing this dead end, Feinberg propose to “use the idea of claim in informal elucidation of the idea of right”. This is possible because claims always presuppose an *action*: “a claim is that which is claimed, the object of the act of claiming. There is, after all, a verb “to claim” but no verb “to right”. By focusing on the observable activity of claiming, states Feinberg, “we may learn more about the generic nature of rights than we could ever hope to learn from a formal definition”.⁹

Exploring the ambiguity of the English word, Feinberg distinguishes between 1) *making* a claim to something; 2) claiming *that* something is; and 3) *having* a claim. It is here, however, that the internal tension of his thesis comes to the fore. Analyzing the first possibility, Feinberg makes a strict connection between making a claim and having a right: “only the person who has a title or who has qualified for it, or someone speaking in his name, can make claim to something as a matter of right. [Rights] can be claimed only by those who have them”. However, anyone can potentially make a claim in the second sense, which not always would be backed by a right. As he exemplifies, anyone can claim “*that* this umbrella is yours, but only you or your representative can actually claim the umbrella”. Thus, the difference between making a legal claim *to* and claiming *that* is that “the former is a legal performance with direct legal consequences whereas the latter is often a mere piece of descriptive commentary with no legal force”.¹⁰

8 FEINBERG, 1970, p. 249.

9 FEINBERG, 1970, p. 250.

10 FEINBERG, 1970, p. 251.

Feinberg then introduces the third sense, distinguishing between the English verb “to claim” (the first sense) and the substantive “a claim”. His take is that “having a claim consists in being in a position to claim, that is, to *make claim to* or *claim that*”. This means that having a claim does not depend in actually making the claim, but in the mere possibility of doing so. As he puts it, “one might have a claim without ever claiming that to which one is entitled, or without even knowing that one has the claim”.¹¹ In truth, it is this third sense that enables someone to have a right without having to claim it, otherwise only claims would exist and rights would always be defined by the activity of claiming.

What seems to haunt Feinberg’s discussion is that claiming proves its importance precisely in the moments in which the existence of the right is unclear. But, at the same time, he does not want to open the possibility of a claim to be valid without implying a right. The problem is exemplified when, for instance, two different subjects claim the same object. In this case, both would be claiming something, but only one would have the actual claim in the dispute. However, depending on the case, possibly both of them would have a reasonable claim, being in the position to start a litigation to decide who actually has the right and who does not. This is the very reason why a system of justice exists (without which a system of rights is unthinkable). If the relationship between rights and claims were direct, if there were no disputes, the idea of claiming would be completely irrelevant to the idea of rights. Rights would be obvious, incontestable, and perhaps their very existence would be meaningless (erasing the difference Feinberg is calling attention to when describing Nowheresville).

Feinberg himself realizes this when he puts the problem of the “validity” of claims. At first, he defines a right as a “valid claim”, and defines validity as “justification within a system of rules”. Someone has a legal right “when the official recognition of his claim (as valid) is called for by governing rules”. However, he says, “if having a valid claim is not redundant, [...] there must be such a thing as having a claim that is not valid”.¹² Here, Feinberg seems to presuppose the existence of a right to make claims (or a right to have rights, to use the famous Arendtian idea), enabling someone

11 FEINBERG, 1970, p. 253.

12 FEINBERG, 1970, pp. 253–255.

to “accumulate just enough evidence to argue with relevance and cogency that one has a right (or ought to be granted a right), although one’s case might not be overwhelmingly conclusive”.¹³

But with this solution to the “problem” of valid claiming, Feinberg opens an even more radical possibility. If a meta-right of making claims is presupposed, the problem folds onto itself when this very right is object of dispute, that is, when the object of claiming is the very possibility of claiming. What seems an abstract question is actually the way human rights work in practice. It is this very process of demanding rights that are not yet valid within a legal system, but grounded in a universal declaration, that characterizes human rights claims.

This process is exemplified by what Lynn Hunt described as the cascading effect of rights in the aftermath of the 18th century revolutions, when every time that a group had their rights granted based on universalist claims, other excluded groups also demanded their rights to be recognized.¹⁴ It is thus because rights and claims are interdependent but not identical that it is possible to claim “new” rights, or rights that are not yet recognized by the existing system of rules. Far from a solution, what Feinberg’s solution actually unfolds is the *gap* between having and claiming rights that is the inevitable result of the declarations’ universalism.

However, the contradiction between having and claiming rights is not the only one present in the declarations. Another one lies in the very name of the French document, that is, the one between being citizen and being human. It was Hannah Arendt who best articulated the problem, which became unavoidable once rightlessness opened the way for the crimes against humanity that marked the 20th century. Beyond establishing that from then on humankind would be the only source of Law, Arendt argues, these documents also had “another implication of which the framers of the declaration were only half aware”:

Since the Rights of Man were proclaimed to be “inalienable”, irreducible to and undeducible from other rights or laws, no authority was invoked for their establishment; Man himself was their source as well as their ultimate goal. No special law, moreover, was deemed necessary to protect them be-

13 FEINBERG, 1970, p. 253.

14 HUNT, 2007, pp. 147–151.

cause all laws were supposed to rest upon them. Man appeared as the only sovereign in matters of law as the people was proclaimed the only sovereign in matters of government. The people's sovereignty (different from that of the prince) was not proclaimed by the grace of God but in the name of Man, so that it seemed only natural that the "inalienable" rights of man would find their guarantee and become an inalienable part of the right of the people to sovereign self-government.¹⁵

The entanglement between human rights and popular sovereignty thus produced a perverse count-effect. What Arendt calls "civil rights" – the "varying rights of citizens in different countries" – were supposed to guarantee in the form of laws the Rights of Man, which should be themselves independent of citizenship and nationality. If the laws of a country violated such rights, their citizens were expected to change them, either by vote or revolutionary action.¹⁶ However, the problem of this full implication between human rights and popular sovereignty came to light "only when a growing number of people and peoples suddenly appeared whose elementary rights were as little safeguarded by the ordinary functioning of nation-states in the middle of Europe as they would have been in the heart of Africa".¹⁷

Human rights were supposed to be independent from governments, but as soon as "human beings lacked their own government and had to fall back upon their minimum rights, no authority was left to protect them and no institution was willing to guarantee them".¹⁸ The very virtue of human rights – i.e. being independent of the established powers – is what enabled their violation: "once they had left their state they became stateless; once they had been deprived of their human rights they were rightless, the scum of the earth". Together with citizenship rights, they lost "those rights which had been thought of and even defined as inalienable, namely the Rights of Man".¹⁹ The loss of citizenship turned into a loss of humanity.²⁰

15 ARENDT, 1973, p. 291.

16 ARENDT, 1973, p. 293.

17 ARENDT, 1973, p. 291.

18 ARENDT, 1973, p. 292.

19 ARENDT, 1973, pp. 267–268.

20 This is what I interpret as the major claim concerning Giorgio Agamben's "bare life". Once the legal person was identified with the human being, the loss of legal subjectivity resulted in a loss of humanity itself. As he puts it, "in the 'politicization' of bare life [...] the humanity of living man is decided" (AGAMBEN, 1998, p. 8).

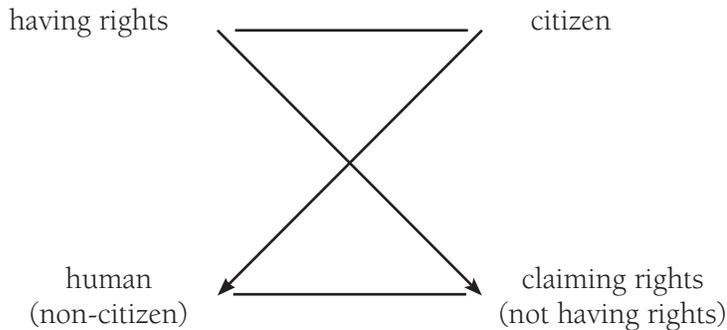
That this is the case for Arendt can be seen in the way she puts rightlessness as a necessary condition for the “totalitarian” measures that followed. As she argues, “the first essential step on the road to total domination is to kill the juridical person in man”.²¹ This is what she means by saying that “the insane mass manufacture of corpses is preceded by the historically and politically intelligible preparation of living corpses”.²² The paradox presented by her is that the moment when human rights were needed the most, when human beings became rightless, when they were reduced to “a human being in general” without further qualifications, their “unique individuality [...] loses all significance”.²³ Arendt’s discussion of statelessness and loss of citizenship thus reveals the intrinsic contradiction between “Man and Citizen”: either a person is a citizen (and, therefore, is granted all the rights adequate to their humanity) or the person is a mere human being, a non-citizen, not having any rights in practice. Instead of *having* rights only in virtue of being human, what *being* human means in the concrete situation is precisely *not being* a citizen – and, therefore, not having any rights.

In both Feinberg’s and Arendt’s case we can see the articulation of a similar problem spurring from the universal declarations. Both (willingly or not) reveal how an identity is, in fact, concealing a deep contradiction resulting from the very separation of the terms they articulate (rights and claims, in the first case; citizen and human, in the second). This brings us back to the semiotic rectangle previously discussed. My hypothesis is that these two contradictions can be disposed in the semiotic system in the two contradictory axes (see Fig. 2). What is implied in the idea of having rights is the possibility of not having them (and, therefore, being able to claim them in virtue of the universalism of rights); what is implied in the idea of citizenship is the possibility of not being a citizen (and, therefore, being reduced to bare humanity).

21 ARENDT, 1978, p. 447.

22 ARENDT, 1978, p. 447.

23 ARENDT, 1973, p. 302. It is interesting to note that Feinberg also makes the connection of *having* rights and *being* human: “this feature of rights is connected in a way with the customary rhetoric about what it is to be a human being. Having rights enables us to “stand up like men”, to look in the eye, and to feel in some fundamental way the equal of anyone. To think of oneself as the holder of rights is not to be unduly but properly proud, to have that minimal self-respect that is necessary to be worthy of the love and esteem of others. Indeed, respect for persons (this is an intriguing idea) may simply be respect for their rights, so that there cannot be the one without the other” (FEINBERG, 1970, p. 252).



(Fig. 2)

However, this is not the full articulation of the system. Greimas and Rastier propose that in every relation between terms in the system there is an element that signifies the relationship itself. They propose there is a *complex term* articulating the axis of contraries on the upper half of the diagram, two *deixes* articulating the relationship between the terms and the contraries of their oppositions, and a *neutral term* articulating the two sub-contraries in the lower half. It must be noted that, for them, the complex term and the neutral term have a “hierarchical” relation to S/S' and $-S/-S'$ respectively, and have a contradictory relationship between themselves. They are their hypernyms, including in their meaning the two “contrary” terms. In fact, as they clarify, this relationship of contraries is not exactly one of simple negation, but also of “solidarity, or double presupposition”. they also call attention to the fact that the “neutral” term is named this way because it can neither be defined by S nor S' , demanding the articulation of both of their contradictory terms to reveal itself.²⁴ Thus, in order to articulate the full semiotic system of rights, we must have a proper understanding of their dynamics. In the next session, I will introduce Jacques Rancière’s recent intervention in the debate of human rights in an attempt to bridge the gaps between the two axes that I proposed.

24 GREIMAS & RASTIER, 1968, pp. 89–91. The two deixes signify the relationship of implication between $-S/S$ and $-S/S'$.

3. Bridging the Gaps

In a paper called “Who is the Subject of the Rights of Man”, Jacques Rancière proposes an alternative to what he calls the “ontological trap” of human rights. His description of the problem is the following:

[F]irst, the rights of the citizen are the rights of man, but the rights of man are the rights of the nonpoliticized person, or the rights of those who have no rights – which means they amount to nothing; second, the rights of man are the rights of the citizen, the rights attached to the fact of being a citizen of such or such a constitutional state – which means that they are the rights of those who have rights and we end up in a tautology. So, either the Rights of Man are the rights of those who have no rights or they are the rights of those who have rights. Either a void or a tautology, and, in either case, a deceptive trick.²⁵

Rancière’s argument is that we can only escape this quandary if instead of condemning human rights for their paradox we recognize this very paradox as their true definition: “the Rights of Man are the rights of those who have not the rights that they have and have the rights that they have not”.²⁶ Human rights, for him, are not “the rights of a single subject that would at once be the source and the bearer of the rights and would only use the rights actually possessed”. Indeed, this subject, as Arendt’s critique demonstrates, does not exist. But for Rancière, this is not the true relationship between being a subject and having rights.²⁷

Subjectivity in this case must be grasped as a process that is enacted in a twofold way. First, human rights are “inscriptions, a writing of the community as free and equal, and as such are not merely the predicates of a non-existing being”, something that does not disappear when they are denied – on the opposite, they enable us to perceive them as “denied” precisely because we have already recognized their existence. Second, human rights are “the rights of those who make something of that inscription, deciding not only to ‘use’ their rights but also to build cases to verify the power of the inscription” – that is, not simply to state that they were

25 RANCIÈRE, 2010, p. 67.

26 RANCIÈRE, 2010, p. 67.

27 RANCIÈRE, 2010, p. 67.

violated but draw the consequences of this violation.²⁸ Thus, Rancière's enigmatic phrasing attempts to accurately grasp the process in its double aspect: first, the perception that one indeed *has* rights and that they are being denied ("those who have not the rights that they have"); second, that it is in the act of *claiming* that rights are truly actualized ("they have the rights that they have not").

Rancière's argument subverts the contradiction between having and claim by exploring the power that lies in the gap between them. The vicious cycle between the two terms (as presented in Feinberg's analysis) becomes an explanation of the political logic that enables the contradictory relationship between having and claiming. In this same way, the Arendtian problem that people can be stripped from their rights –justifying the need for a "right to have rights" – ends up reducing their condition and ignoring the always existing possibility of politically demanding the rights they were denied. As he puts it, "the strength of those rights lies in the back-and-forth movement between the initial inscription of the right and the dissensual stage on which it is put to the test".²⁹ If we ignore this strictly political dimension of human rights they become what Rancière calls "humanitarian rights", the "rights of those who cannot enact them, of victims whose rights are totally denied".³⁰

What is interesting in Rancière's case is that he is able to put the problem in these terms because he frames it from *outside* the question of having or not having rights, locating the issue in the *political* action involved in having and claiming. Rancière has a very proper understanding of politics. For him, politics is always a process, never a "sphere" of human interaction.³¹ As proposed in his *Disagreement [La Mésentente]*, politics is generally taken to be "the set of procedures whereby the aggregation and consent of collectivities is achieved, the organization of powers, the distribution of places and roles, and the systems for legitimizing this distribution". However, this distributive and recognizing function is what he calls *police*,³² an

28 RANCIÈRE, 2010, pp. 67–68.

29 RANCIÈRE, 2010, p. 71.

30 RANCIÈRE, 2010, p. 72.

31 RANCIÈRE, 2010, p. 70; 1999, p. 29.

32 Rancière's use of the word does not mean a purely "negative" understanding of it. As he puts it, "there is a worse and a better police [...]. Whether the police is sweet and kind does not make it any less the opposite of politics" (RANCIÈRE, 1999, pp. 30–31). Although Rancière does not mention, "police" and "polis" seem very similar.

“order of bodies that defines the allocation of ways of doing, ways of being, and ways of saying, and sees that those bodies are assigned by name to a particular place and task”. Rancière reserves the name of *politics* for whatever activity that “shifts a body from the place assigned to it or changes a place’s destination. It makes visible what had no business being seen, and makes heard a discourse where once there was only place for noise”.³³

Politics, for Rancière, is the result of a fact: “the equality of any speaking being with any other speaking being”.³⁴ Every ordering, every “distribution” of parts and places, is a contingent and artificial division that inevitably undermines this equality. Thus, equality, for him, is never established by the police order. On the contrary, it is the reason why this order can be questioned in the first place, what reveals its “sheer contingency”. In fact, as he says, “equality turns into the opposite the moment it aspires to a place in the social or state organization”.³⁵ Politics is then his name for the process of questioning, of redistribution, of suspension of the established order, which always remains a possibility due to the *fact* of equality. It is “the open set of practices driven by the assumption of equality between any and every speaking being and by the concern to test this equality”.³⁶

Politics for Rancière thus has no specific objects or issues of its own, its object must always be the existing order. “What makes an action political”, he claims, “is not its object or the place where it is carried out, but solely its form, the form in which confirmation of equality is inscribed in the setting up of a dispute”.³⁷ This form assumed by politics in the moment of questioning the distribution (instead of questioning the proportion of the terms distributed) is what Rancière calls *litigation*. Rancière’s litigation is not a dispute over the inadequate distribution, but of the distribution itself, of what is presupposed in the possibility of “distributing” in the first place: “before the gauging of interests and entitlements to this or that share, the dispute concerns the existence of parties as parties and the existence of a relationship that constitutes them as such”.³⁸

33 RANCIÈRE, 1999, pp. 29–30.

34 RANCIÈRE, 1999, p. 30.

35 RANCIÈRE, 1999, p. 34.

36 RANCIÈRE, 1999, p. 30.

37 RANCIÈRE, 1999, p. 32.

38 RANCIÈRE, 1999, p. 26.

This is the reason why Rancière avoids using the language of recognition. His problem with the term is that it always presupposes an identity that is being “misrecognized” and that demands a proper recognition.³⁹ What Rancière is calling attention to is that this “misrecognition” is always a form of actual recognition that is being questioned— and that it is this “bad” recognition that is being disputed. As he puts it, “individuals and groups are always, in some way, recognized with a place and a competence so that the struggle is not ‘for recognition’, but for *another form* of recognition: a redistribution of the places, the identities, and the parts”.⁴⁰ What usually are called “struggles for recognition” are, in fact, struggles for *not* being recognized in a certain way. The “object” of these struggles, what they demand, is never a pre-existing identity that should be recognized by the existing order. The “identity” (the political subject) arises in the very process of struggling, not before it.

Nevertheless, this raises a problem when we return to the discussion of human rights. For Rancière, having or not having rights would not be a question of recognition by the police order, but a political question of subverting this order. There is a distinction in Rancière’s argument between asking for the recognition of the “part” that you have and becoming the “part of no part” that politically suspends the order. However, in Rancière’s discussion of human rights, the distinction between the two becomes problematic, since the situation could be interpreted simply as a case of misrecognition, a demand of bridging the gap between “man” and “citizen”, of claiming the “part” one already has, given that the people who had their rights violated are indeed “part” of humanity. The problem seems to already be present in Rancière’s paradoxical definition of human rights as “the rights of those who have not the rights that they have and have the rights that they have not”. The denial of rights is counterposed by the affirmation of their existence (what could be read as a demand for recognition) while the exercise of the rights in practice deauthorize their negation (what could be read as the “proof” of the identity asking for recognition).

Rancière seems to be aware of the issue, and it is not by chance that when discussing the “reign of a humanity equal to itself”, he frames the discussion with the idea of human rights:

39 RANCIÈRE, 2016, p. 84.

40 RANCIÈRE, 2016, p. 90.

The militant democracy of old went through a whole series of polemical forms of “men born free and equal in law”. The various forms of “us” have taken on different subject names to try the litigious power of “human rights”, to put the inscription of equality to the test, to ask if human rights, the rights of man, were more or less than the rights of the citizen, if they were those of woman, of the proletarian, of the black man and the black woman, and so on. And so “we” have given human rights all the power they could possibly have: the power of the inscription of equality amplified by the power of its rationale and its expression in the construction of litigious cases, in the linking of a world where the inscription of equality is valid and the world where it is not valid. The reign of the “humanitarian” begins, on the other hand, wherever human rights are cut off from any capacity for polemical particularization of their universality, where the egalitarian phrase ceases to be phrased, interpreted in the arguing of a wrong that manifests its litigious effectiveness.⁴¹

At this point, Rancière’s only solution seems to separate an “active” version of human rights claiming from a “passive” one (the reign of “humanitarian”), but there is another possibility. If politics exists in the moment of questioning the distribution (revealing its contingency regarding the fact of equality) and if the modern version of the police universalizes equality among human beings, then the politics of the age of human rights is not simply one that asks political recognition for an already existing human, but a politics over *humanity* itself.

For Rancière, not only the “citizen” is a political subject, but “man”, the human, also is: “man and citizen are political subjects and as such as are not definite collectivities, but surplus names that set out a question or a [litigation] about who is included in their count”.⁴² The litigation involved in claiming/having rights can only involve a political “redistribution” of parts if it becomes a discussion of what it means to be a human being. When humanity is “no longer polemically attributed to women or to proles, to blacks or to the damned of the earth”, he claims, “human rights are no longer experienced as political capacities. The predicate ‘human’ and ‘human rights’ are simply attributed, without any phrasing, without any mediation, to their eligible party, the subject ‘man’”.⁴³

41 RANCIÈRE, 1999, pp. 125–126.

42 RANCIÈRE, 2010, p. 68.

43 RANCIÈRE, 1999, p. 126.

Politics in this case becomes the activity of humans as humans, the confirmation of their humanity, the cause (and not the consequence) of being human.⁴⁴ In the gap between having and claiming rights lies not the simple recognition of an already constituted part (the “rights of the Man” becoming “rights of the citizen”), but the never-ending struggle of affirming oneself as human. As Costas Douzinas proposes, human rights are not grounded in “human nature”, it is the other way round:

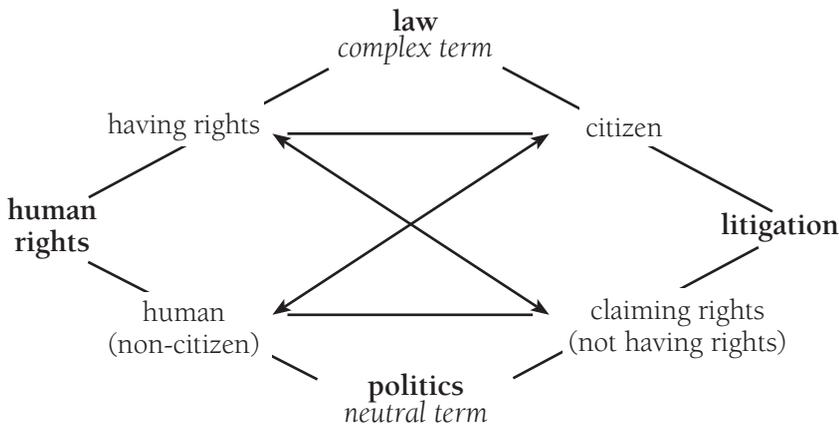
[H]uman rights construct humans. I am human because the other recognizes me as human which, in institutional terms, means as a bearer of human rights. Slaves or animals are not humans because they have no human rights. Nothing in their essence either stops them from having rights or guarantees them. [...] Becoming more or less human through the policed distribution of rights is the modern way of creating the subject as social animal.⁴⁵

After this long detour, I believe we finally have the elements needed for the full articulation of the semiotic system of rights (Fig. 3). First, the left deixis (articulating having rights + being human) is the universal attribution of *human rights*. The right deixis (articulating being citizen + claiming rights) is the process of *litigation*, the object of which is the inscription in the legal order. This case encompasses, at first, just the simple legal demand for recognition of a citizen’s rights. The complex term (articulating the opposition between having rights + being citizen) is the *law* – what Rancière calls “police”⁴⁶ – which at the same time attributes the legal situation of the subject and the rights to which he is entitled. Until now, these three terms seem to be the ground of contemporary human rights discussions, always orbiting between the universalism of human rights, the concrete violations of human rights that give rise to litigating processes, and the legal structure granting rights and defining citizenship.

44 This politicization of humanity can have bleak consequences, as it indeed had historically. However, the tragedy of the fact does not make it less true. The only criterion possible for ‘being human’ is the capacity of claiming to be so. If this is the case, then Rancière’s critique of Arendt and Agamben in the aforementioned text on human rights, loses significance: instead of two different perspectives on politics and rights, they are in fact just focusing in two sides of the same politicization of humanity.

45 DOUZINAS, 2000, pp. 371–372.

46 Rancière himself identifies the police with the law (RANCIÈRE, 1999, p. 29).



(Fig. 3)

The advantage of applying the Greimasian semiotic rectangle, however, is that we can reveal a fourth element that not only lies behind this dynamic but, most importantly, *subverts* the articulation of the three terms. I will follow Rancière in calling this politics, the neutral term that cannot be derived directly from any of the other three, only from their interconnection. In this case, politics is the result of claiming (not having rights) and being human (not being a citizen), which simultaneously gives meaning to both: being human as result of the activity of claiming; claiming as the inevitable consequence of being human. The neutral term also rearticulates the meaning of the two deixes: human rights become the *content* and litigation becomes the *form* of political articulation. Finally, law, the complex term – that not by chance is defined by Greimas and Resnais as in a relationship of contradiction with the neutral term – becomes the very *object* (ground and aim) of political activity.

The result of the semiotic system is to unveil the fact that within the meaning of “having rights” what already is implied is the political action of human beings. This is not simply the result of a “realist” analysis of the dynamic involved in having rights, but the semantic network that it necessarily articulates. However, if the rectangle enables us to see how the system operates, and how law, politics, and human rights are intrinsically connected in the language of rights, one could ask what this means for its “reality”. To answer this question, one could say that we must leave the

noisy sphere of discourse and enter into the hidden abode of social practice, but there are more things between heaven and earth than are dreamt by this “philosophy”.

4. From the Logical to the Ideological

I already discussed how, in his earlier works, Fredric Jameson was interested in deriving the full semiotic system (especially the hidden -S', the contradiction of the opposition) from a single starting point, enabling to reveal hidden meanings in the semiotic network implied by the original term. In his *Political Unconscious*, Jameson furthers the argument and explores the implications of the complex version of the system. His interpretation is that this “apparently static analytical scheme, organized around binary oppositions” could be reappropriated in order to reveal that the terms signifying the relationships are, in fact, ideal syntheses or dialectical mediations. Jameson’s claim is that these combinations embody real social contradictions and that, because of their mediating role, they establish the terms in which these contradictions can be perceived and mobilized by individuals. It is for this reason that he designates the semiotic rectangle as “the very locus and model of ideological closure”, or as a “symptomatic projection” that could be decomposed by dialectical criticism.⁴⁷

It must be noted that ideology, for Jameson, is not a form of “false consciousness”, but a dimension of reality itself which “secretes it as a necessary feature of its own structure”.⁴⁸ Rather than a veil occulting reality, ideology is a necessary part of our relationship to what is perceived as “reality”. As Slavoj Žižek puts it, “ideology is not simply a ‘false consciousness’, an illusory representation of reality, it is rather this reality itself which is already to be conceived as ‘ideological’”. Social reality is “ideological” because it demands a degree of “non-knowledge” in order to operate, to be effective, but everyone acting according to it is operating within this “ideology”. This is why ideology “is not the false consciousness of a (social) being but this being itself in so far as it is supported by ‘false consciousness’”.⁴⁹

47 JAMESON, 2005, pp. 33, 71.

48 JAMESON, 1994, p. 280.

49 ŽIŽEK, 1989, p. 15–16.

Thus, to state that the semiotic rectangle is the model of “ideological closure” is not to point out its “falseness”, but the falseness of its *closure* and stability. Ideology is precisely the “effort to build up a ‘façade’ of coherence”⁵⁰ that sustains the logical closure of the semiotic system. Jameson’s move is to demonstrate how the mediating elements of the structure enable us to map “the inner limits of a given ideological formation” and to establish “the conceptual points beyond which that consciousness cannot go, and between which it is condemned to oscillate”.⁵¹ In doing so, he is able to show how the structure, “far from being completely realized on any one of its levels, tilts powerfully into the underside or *impensé* or *nondit*”, what he calls the “political unconscious” of the system.⁵² If this were not the case, the system itself would be unthinkable. Taking the system of rights as an example, the dynamic between the terms only works because of their relations of contradiction and opposition, not despite them. At the same time, it only works because it is sustained by discursive and non-discursive practices that operate within the established limits. For instance, in a different historical context, with different beliefs, experiences and conceptions (say Nowheresville), the system would lose all its significance.

To say that human rights are “ideological”, therefore, is not to claim their abandonment for some “true” political demand, but to perceive how deeply they frame our understanding of ourselves, especially of what we understand as political demands. The “ideological illusion”, as Žižek puts it, is not on the side of knowledge, but on the side of “real” social practice, which is guided by this “illusion”. What is “misperceived”, he says, “is not the reality but the illusion which is structuring their reality, their real social activity. [...] The illusion is therefore double: it consists in overlooking the illusion which is structuring our real, effective relationship to reality”.⁵³ Ideology is thus not simply a *mirage*, constructed to disguise reality; on the contrary, it structures reality as a gapless whole to avoid the “traumatic” fact of its contingency, a whole whose gaplessness is itself illusory, “ideological”.⁵⁴

50 MOČNIK, 1993, p. 151.

51 JAMESON, 2005, pp. 33–34.

52 JAMESON, 2005, p. 35.

53 ŽIŽEK, 1989, pp. 29–30.

54 ŽIŽEK, 1989, p. 45.

In the case of the ideology of human rights, this “traumatic” fact is the fact of politics, that which can never be fully included in the system but, at the same time, is its motor function. Jacques Rancière, besides his harsh criticism of “ideology”,⁵⁵ seems to articulate the issue in very similar terms. “From the political point of view”, he says,

the inscriptions of equality that figure in the Declaration of the Rights of Man or the preambles to the Codes and Constitutions, those that symbolize such and such an institution or are engraved on the pediments of their edifices, are not “forms” belied by their contents or “appearances” made to conceal reality. They are an effective mode of appearance of the people, the minimum of equality that is inscribed in the field of common experience. The problem is not to accentuate the difference between this existing equality and all that belies it. It is not to contradict appearances but, on the contrary, to confirm them.⁵⁶

Every demand of human rights starts “with the gap between the egalitarian inscription of the law and the spaces where inequality rules”, but the conclusion to be taken from this is not to dismiss the egalitarian prescription. What happens is the opposite, equality is forced upon reality, inventing “a new place for it: the polemical space of a demonstration that holds equality and its absence together”.⁵⁷ Human rights are ideological because they frame, in practice and conception, political action, which can only appear because of this framing. And in doing so, even for a brief moment, it reveals the “self-evident” truth of human rights: “all human beings are born free and equal in dignity and rights”.

55 Rancière’s criticizes ideology as a “metapolitical concept” that attempts to unveil the “truth of the lie” of politics. He focuses on a conception of ideology that attempts to sustain this division between true “reality” and false “consciousness”, reducing the political moment to a disguise of the “real” social issues (RANCIÈRE, 1999, pp. 82–86). This conception seems to be the one used by Althusser, the major object of Rancière’s criticism on the issue since the early seventies (see, for instance, RANCIÈRE, 1974). It is not my aim to defend Althusser from Rancière’s attacks, but simply to use the concept in a completely different way, understanding ideology as the attempt of rationalization and closure of the very political subversion of the order provided by Rancière’s theory.

56 RANCIÈRE, 1999, pp. 87–88.

57 RANCIÈRE, 1999, p. 88.

Bibliography

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Standord University Press, 1998.
- ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego: Harvest Book, 1973.
- CORSO, John. “What Does Greimas’s Semiotic Square Really Do?”. *Mosaic*. Vo. 47, Issue 1, pp. 69–89, 2014.
- DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- FEINBERG, Joel. “The Nature and Value of Rights”. *The Journal of Value Enquiry*. Vo. 4, Issue 4, pp. 243–257, 1970.
- GREIMAS, Algirdas; RASTIER, François. “The Interaction of Semiotic Constraints”. *Yale French Studies*, n. 41, pp. 86–105, 1968.
- GRIFFIN, James. *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: A History*. New York: Norton, 2007.
- JAMESON, Fredric. “Postmodernism and the Market”. In: ŽIŽEK, Slavoj. (Ed.). *Mapping Ideology*. London: Verso, 1994, pp. 278–295.
- JAMESON, Fredric. *The Political Unconscious: Narrative as a Socially Symbolic Act*. London: Routledge, 2005.
- JAMESON, Fredric. *The Prison-House of Language: A Critical Account of Structuralism and Russian Formalism*. Princeton: Princeton University Press, 1972.
- MOČNIK, Ratsko. “Ideology and Fantasy”. In: KAPLAN, Ann & SPRINKLER, Michael (Ed.). *The Althusserian Legacy*. London: Verso, 1993, pp. 139–156.
- NUSSBAUM, Martha. “Capabilities and Human Rights”. *Fordham Law Review*. Vo. 66, Issue 2, pp. 273–300, 1997.
- RANCIÈRE, Jacques. “Critical Questions on the Theory of Recognition”. In: RANCIÈRE, Jacques & HONNETH, Axel (ed. by Katia Genel & Jean-Phillipe Deranty). *Recognition or Disagreement: A Critical Encounter on the Politics of Freedom, Equality, and Identity*. New York: Columbia University Press, 2016, pp. 83–95.
- RANCIÈRE, Jacques. *Disagreement: Politics and Philosophy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.
- RANCIÈRE, Jacques. “On the Theory of Ideology (The Politics of Althusser)”. *Radical Philosophy*, n. 7, pp. 1–15, 1974.

- RANCIÈRE, Jacques. “Who is the Subject of the Rights of Man?”. In: RANCIÈRE, Jacques (Ed. by Stephen Corcoran). *Dissensus: On Politics and Aesthetics*. London: Continuum, 2010, pp. 62–75.
- RAWLS, John. *The Law of the Peoples*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RAZ, Joseph. “Human Rights Without Foundations”. In: BESSON, Samantha & TASIOULAS, John (Ed.). *The Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 321–337.
- SARAMAGO, José. *Seeing*. San Diego: Harvest Book, 2007.
- SEN, Amartya. “Human Rights and Capabilities”. *Journal of Human Development*. Vo. 6, Issue 2, pp. 151–166, 2005.
- TASIOULAS, John. “Towards a Philosophy of Human Rights”. *Current Legal Problems*, n. 65, pp. 1-30, 2012.
- WALDRON, Jeremy (Ed.). “Nonsense Upon Stilts”: *Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. London: Methuen, 1987.
- ŽIŽEK, Slavoj. *The Sublime Object of Ideology*. London: Verso, 1989.

Recebido em 06 de dezembro de 2019.

Aprovado em 17 de janeiro de 2020.

Autonomização do campo judicial e redefinição das elites judiciais locais*

Autonomisation of the judicial field and redefinition of local judicial elites

Bárbara Lou da Costa Veloso Dias**

Universidade Federal do Pará, Belém – PA, Brasil.

1. Introdução

Os estudos sobre a expansão da atuação do poder judiciário se consolidam a partir da década de 90 com a publicação da obra de Tate e Vallinder – *The Global Expansion of Judicial Power*¹. Tate e Vallinder atestam que o Poder Judiciário, vem se expandindo, tanto no que diz respeito a maior poder de decisão e ingerência política, bem como pela adoção de procedimentos tipicamente jurídicos em outras esferas estatais e societais.

Segundo os autores supracitados, tal expansão já decorre dos modelos constitucionais que se tornaram hegemônicos no segundo pós-guerra. Tal processo que foi denominado de Judicialização da Política, na obra acima citada, se desenvolveu pela via da expansão da competência dos tribunais ou de juízes em detrimento dos políticos e/ou dos governos. Ou seja, houve transferência de competências de tomada de decisão da legislatura (ou do gabinete para os tribunais), como também, a propagação dos métodos e linguagens judiciais para fora dos tribunais.

* Parte do presente artigo foi apresentado pela autora no 11º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política – ABCP, realizado em 2018, em Curitiba.

** Doutora em ciência política pelo IUPERJ-RJ. Professora-adjunta da Universidade Federal do Pará. E-mail: bvdiadas@gmail.com.

1 TATE; VALLINDER, 1997.

A esse diagnóstico soma-se o da interpretação do pós-guerra como a época da constitucionalização de direitos fundamentais (expansão da linguagem jurídica para a política das “escolhas sensíveis”). Vinculado à propagação de um consenso político de que algumas questões consideradas importantes não deveriam ficar mais sob o julgo dos órgãos que representam o ideal majoritário, mas sob o julgo das cortes constitucionais, consideradas mais aptas para julgar “minorias políticas” e proteger eventuais (eleitoralmente) “perdedores” políticos. Há, nesse contexto, também um novo tipo de articulação internacional que afeta a soberania dos parlamentos e uma acentuada diminuição da agenda legislativa com o aumento do insulamento burocrático do executivo e acentuada delegação legislativa por parte do poder legislativo. E por último, segundo Garapon, há uma perda de sociabilidade democrática, anomia social com acentuado individualismo e egoísmo, vinculados à perda do poder dos sindicatos e associações que geram a crença no juiz como guardião das promessas sociais².

Sobre esse conjunto de temas há profícua produção científica no Brasil. Podemos situar a intensidade de debates em duas grandes correntes de pensadores que constituíram um conjunto extenso de produção científica sobre o tema da Judicialização da Política no Brasil. A primeira corrente representada por Werneck Vianna, sociólogo carioca, que produziu três obras seminais sobre o assunto – “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”³; “A Democracia e os três poderes no Brasil”⁴ e “Dezessete anos de Judicialização da Política”⁵. De modo bastante resumido, pode-se afirmar que a perspectiva representada por essa corrente compreende o fenômeno da Judicialização da Política como resultante da hipertrofia do executivo brasileiro. Tal hipertrofia geraria fragilidade e passividade do exercício da vontade popular e de sua capacidade de representação. Assim, a procedimentalização do Direito promovida pelos juízes, tribunais e promotores possibilitariam um novo tipo de representação da sociedade civil. O aparato judicial assumiria a defesa da representação democrática funcional (com atuação intensa da sociedade civil e dos sindicatos pela via das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Civis Públicas e Ações Populares).

2 GARAPON, 2001.

3 VIANNA, 1999.

4 VIANNA, 2002.

5 VIANNA et al, 2007.

Já para o grupo de estudiosos centrados nas pesquisas de Arantes e Sadek, a expansão do poder judiciário e, especialmente, do Ministério Público gera “substitucionismo” e passividade da sociedade civil brasileira⁶. O diagnóstico é que a Judicialização da Política é uma nova forma de clientelismo político.

A agenda dos estudos da Judicialização da Política tornou-se intensa após as pesquisas acima citadas. Vale ressaltar, também, os estudos atitudinais e estratégicos dos juízes para avaliação de seu ativismo⁷; estudos sobre a Judicialização da Política a partir da atuação dos atores políticos legitimados para a proposição de ADIns (oposição política – autores); da Judicialização da Política como mediação de interesses (regras procedimentais que buscam proteger ou defender interesses de grupos); da Judicialização da Política como “mão amiga” para a execução de políticas públicas de interesse governamental; e, finalmente, um conjunto de estudos que analisam se o poder judiciário contribui cooperativamente, ou, conflitivamente, na relação entre Executivo e Legislativo no Brasil. Neste conjunto de novas pesquisas, há uma grande variedade de investigações, mas podemos destacar especificamente: as mudanças das competências constitucionais que gerariam mais poderes institucionais e políticos ao Poder Judiciário⁸, estudos sobre o Judiciário como poder moderador com o papel de dirimir ou amenizar os conflitos entre executivo e legislativo⁹ e estudos do judiciário como órgão capaz de blindar o legislativo em relação ao executivo.

Vale enfatizar que a maioria dos estudos considerou que o Poder Judiciário é bastante cooperativo em relação ao Legislativo e ao Executivo, inexpressivo do ponto de vista do poder de veto e que os juízes brasileiros não tendem a ser “ativistas”¹⁰.

Segundo Tomio e Carvalho¹¹ e Engelmann¹², entre as novas descobertas dos estudos sobre o Judiciário estão duas intrinsecamente relacionadas aos arranjos institucionais: a existência de prerrogativas e competências es-

6 ARANTES, 2002; SADEK, 2002.

7 CARVALHO, 2004; DAS ROS, 2015.

8 CITADINO, 2013.

9 MENDES, 2007.

10 POGREBINSCHI, 2013.

11 TOMIO; CARVALHO, 2013.

12 ENGELMANN, 2017.

pecíficas ao Poder Judiciário, especialmente as de revisão judicial, e o grau de fragmentação política que acentua os níveis de judicialização do conflito.

Surgem também grupos de pesquisa que avançam em relação à articulação entre a abordagem comportamental e a institucionalista no que tange ao grau de proximidade entre as elites jurídicas e políticas. Tanto no que diz respeito a concepções políticas (ideológicas), quanto à solidariedade pensada em bases societais, por exemplo, Israel¹³ e Garraud¹⁴ detectam um importante fenômeno de criminalização da atividade política. Atestam, tais autores, que a adesão a um sentido de moralidade pública é exponenciado em países em que ocorre a autonomização dos magistrados em relação a outros agentes políticos e econômicos. Nessa perspectiva se apontam dois perfis de variáveis: as relacionadas ao contexto de mobilização que remetem ao recrutamento dos magistrados e as variáveis que permitem medir o grau de proximidade/solidariedade das elites judiciais com as elites políticas. Almeida¹⁵ também enfoca as relações entre o que ele denomina “os notáveis” (elite judicial) posicionados nas cúpulas das organizações corporativas e tribunais, detectando padrões de influência de diferentes segmentos de elites judiciais junto às esferas que decidem as políticas de justiça no Brasil.

Nesse sentido, o presente trabalho se insere no conjunto de pesquisas acima descrito, que buscam contribuir com estudos empíricos e teóricos que aprofundem o conhecimento sobre os processos decisórios burocráticos do poder Judiciário e suas relações político-administrativas com a finalidade de compreender como se faz política nas disputas do campo judicial.

Assim, o presente artigo foi construído a partir de pesquisa que constatou um processo de autonomização/profissionalização do campo judicial no Estado do Pará e no Estado de São Paulo, a partir das Reformas Judiciais implementadas pela EC n. 45/2004. Tal estudo foi realizado a partir de dois eixos: 1. Um eixo que problematiza a autonomização do campo judicial decorrente das reformas institucionais promovidas pela Emenda n.45, em particular a criação do CNJ e sua atuação regulatória dentro dos Tribunais Estaduais, bem como a relação, a partir dessas reformas, entre o Judiciário e o Executivo locais e 2. Dados os novos espaços de articulação

13 GAITI; ISRAEL, 2003.

14 GARRAUD, 2001.

15 ALMEIDA, 2010.

institucional e a legitimação de novos recursos políticos se designa a ascensão ou a predominância de um tipo de agente ou jurista-político profissional que pode promover a conversão da natureza dos recursos políticos legítimos dentro do campo judicial.

Observa-se, no processo de autonomização e modernização das reformas judiciais dentro do campo judicial brasileiro, o fenômeno da concentração de recursos e poder que determinados atores situados em posições específicas do campo político (judicial) possuem em definir a limitação da participação no processo de tomada de decisões coletivas e definir a própria normatização do campo político de administração da justiça.

Nesse sentido a reforma expõe a reconstrução do campo político da administração judicial e a concorrência entre os agentes que nele se encontram envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns são reduzidos à condição de consumidores. Como todo campo político e social, o campo político da administração judicial é um espaço de exclusões. Assim estes não são desvios ou imperfeições do campo, mas efeitos necessários da própria estrutura, funcionais para a sua reprodução e definidores dos sentidos socialmente dominantes da política e da ação política dentro do campo e da relação deste com os demais. E essa violência ocorre tanto dentro da letra isenta da lei quanto às suas margens pela ativação de códigos que estão subjacentes no ordenamento social.

As instituições participam, assim, reproduzindo o que está na lógica do campo das forças de produção, tanto no seu caráter material, como ideológico e repressivo. Tal fenômeno pode ser observado na seletividade que opera dentro da própria instituição, tanto nos seus processos de disputa que correspondem aos interesses dos processos de valorização de capitais específicos, bem como entre os atores internacionais, nacionais e locais.

A ideia é que, com o processo de Reforma, pudéssemos visualizar, ao mesmo tempo, a dependência estrutural do Estado em relação aos seus investidores, que impõem constrangimentos objetivos aos atores e instituições, bem como a construção de um novo campo de disputas políticas que produzem subjetividades e redes de dispositivos que produzem discursos de legitimação no campo político da administração judicial.

O campo político, assim, estabelece critérios de ingresso e progresso, as formas legítimas de discursos e comportamento político que afastam ou minimizam o risco de presenças potencialmente disruptivas. Os grupos

dominados são deixados do lado de fora ou quando entram, sofrem pressão para se adaptar ao padrão de discurso e ação exigido pelo campo. E o Estado, longe de ser a arena neutra de resolução dos conflitos de interesses, tal como na leitura liberal ou como o instrumento a serviço da classe dominante nas leituras do marxismo vulgar, estabelece lugares de disputa ideológica, repressivas e de recursos materiais¹⁶.

Observa-se, também, um tipo de seletividade sistêmica¹⁷ que serve tanto para decantar um interesse global como para bloquear manifestações anti-hegemônicas. A contraface da dependência estrutural, que leva os agentes do Estado a introjetar a necessidade de acumulação do capital, é a baixa permeabilidade à expressão dos interesses conflitivos. O campo político trabalha sistematicamente no sentido de moderação das demandas, comportamentos e discursos. A expressão do conflito é sempre limitada a um espectro considerado aceitável, isto é, há um esforço perene de restrição e domesticação dos antagonismos sociais. Assim, torna-se possível dizer que a estrutura do campo político condensa os mecanismos de seletividade das instituições.

O que a pesquisa identificou é que há transformações dentro do campo político de administração judicial do Estado do Pará, compreendidas entre 2005-2015, que podem ser comparadas com as mudanças encontradas na administração judicial do Estado de São Paulo. Tais mudanças se expressaram na condução das Resoluções produzidas pelo CNJ e a relação específica entre o poder executivo e judiciário. Tal “modernização burocrática” reorganizou as funções e órgãos dos tribunais estaduais e o mais importante, institucionalizou uma espécie de elite judicial com um novo tipo de relacionamento com as corporações profissionais, escritórios de advocacia e estreitamento com o poder executivo estadual.

2. As políticas de reforma do Judiciário, O CNJ e a Resolução de Atendimento Prioritário ao primeiro grau de jurisdição

Como mencionado acima, há uma “ossatura material da luta de classes” – bem como uma seletividade institucional nos processos de institucionalização estatal e de autonomização política-judicial – que implicam em

16 POULANTZAS, 1978.

17 OFFE, 1984.

um enquadramento da inserção das reformas judiciais no Brasil. Contudo, também implicam em uma profissionalização dos atores locais diretamente implicados nas tomadas de decisões relativas à administração da justiça local, que são os próprios membros das carreiras jurídicas e que, nessa qualidade, serão os executores diretos das decisões tomadas, tendo suas rotinas de trabalho diretamente afetadas pelas políticas públicas desenhadas pela e para a instituição a que pertencem, assim como têm seus vencimentos afetados pelas políticas remuneratórias adotadas. Também são os eleitores exclusivos dos integrantes dos respectivos órgãos de cúpula das instituições autônomas em análise, colegiados tomadores das decisões que orientam os rumos institucionais e há, também, a relativa autonomia que o campo judicial estabelece com o Poder Executivo, alvo por excelência dos processos judiciais relativos à garantia de direitos sociais e políticos e principal vetor das reformas legislativas, aprovadas na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo no período, e a quem é garantida a iniciativa na proposição de projetos de lei vinculados aos gastos públicos. Assim no que tange a essa relação de relativa autonomia da articulação entre campo político (executivo) e judicial, se observou uma política que reproduz uma seletividade institucional específica, pois ao poder executivo é garantida, assim, a gestão dos cofres públicos, seja via proposição das leis orçamentárias, seja via abertura direta dos créditos adicionais, negociados diretamente entre ele e as instituições de justiça, e, em contrapartida, toda possibilidade de reação e denúncia contra o poder executivo não segue ou não é apresentada dentro do aparato judicial. Segundo Cardoso¹⁸, podemos perceber mais claramente o processo de relativa autonomia do campo político da administração judicial, quando observamos as disputas sobre as pautas remuneratórias e corporativas das carreiras jurídicas.

As Reformas do Judiciário, promovidas a partir de 2004, decorrem de um processo de mobilização política em defesa da diferenciação funcional articuladas pelos agentes do campo judicial (incluídos Ministério Público e Defensorias), dentro da estrutura burocrática do Estado Brasileiro.

Se formos percorrer as principais disputas realizadas ao longo dos últimos vinte anos, começando pela mobilização das associações profissionais vinculadas às carreiras jurídicas (em especial a da magistratura) e suas atuações junto à Assembleia Nacional Constituinte para influenciar

18 CARDOSO, 2017.

as discussões sobre os perfis institucionais que se redesenhavam, vamos encontrar as relações de exportação e importação da expertise jurídica e a consolidação de uma elite jurídica no Brasil a partir dessas relações¹⁹.

Dezalay & Garth demonstraram como a norma padronizada institucionalmente envolve uma série de treinamentos e o acompanhamento de atividades, procedimentos e avaliações que se concretizaram no movimento de reforma de justiça das novas democracias²⁰. E em outra obra²¹ argumentam que tal apoio às reformas judiciais na América Latina vincula-se a grupos locais receptores que buscam ganhar poder por meio das conexões e expertise internacional.

Essa articulação é fundamental, pois é através do silenciamento provocado pela expertise jurídica que se realizam cenários permeados pela falta de inclusividade e democratização das instituições judiciais e a proteção de determinados grupos em detrimento de outros. Neste sentido, compreendemos o diagnóstico de Lauris, que aponta que a “dinâmica de concentração do poder em torno do conhecimento especializado e das elites jurídico-políticas como principal consequência do paradigma hegemônico de reforma judicial”²².

Segundo Bonelli, a autonomia resulta da conquista de profissionais que se mobilizaram para convencer a sociedade e o Estado de que mereciam a confiança e o privilégio de controlarem o exercício de uma ocupação, a partir dos serviços de qualidade que prestariam por dominarem um conhecimento complexo e especializado imprescindível à vida social tanto de leigos quanto de experts²³.

A autonomia profissional vem acompanhada do controle do mercado de trabalho pelos pares, que selecionam os futuros colegas entre aqueles portadores de uma formação abstrata obtida fora da prática, em instituições de ensino superior, apresentando as credenciais exigidas pela profissão. O grau de autonomia está relacionado ao insulamento da carreira, que se protege dos interesses específicos, em especial os da política convencional, através de uma política própria do profissionalismo, que enfatiza a neutralidade

19 BONELLI, 2010.

20 DEZALAY; GARTH, 2001.

21 DEZALAY; GARTH, 2003.

22 LAURIS, 2013.

23 BONELLI, 2010.

da expertise. Essa ideologia dá sentido e coesão aos grupos profissionais, protegendo-os das tentativas de ingerências externas, como as difundidas pela ideologia da livre concorrência no mercado, e a da eficiência e eficácia que sustentam a visão burocrática do comando e obediência²⁴.

Como ator especial nas disputas do modelo de administração da justiça na Assembleia Constituinte, a magistratura brasileira não somente promoveu a defesa de seu insulamento funcional e burocrático, com acentuado distanciamento remuneratório, como também promoveu alto grau de ativismo das associações profissionais vinculadas às carreiras jurídicas. Hirschl argumenta que a expansão judicial por meio da constitucionalização tem um impacto limitado sobre o avanço das noções progressistas de justiça distributiva e provoca um efeito de concentração de poder, pois legitima grupos restritos no discurso de cientificidade jurídica do direito²⁵.

Vale ressaltar que tais associações constituíram-se no contexto de intensa internacionalização da expertise de intervenção dos sistemas judiciais de agências bilaterais e multilaterais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, que investiram na padronização do sistema de justiça nos diversos países considerados recém-democráticos, financiando projetos que promoviam as trocas de expertise global e local para a promoção da reforma do sistema de justiça. Assim, especialistas do Norte exportavam seus conhecimentos pra defender novos desenhos institucionais jurídicos e de segurança pública à especialistas dos países do sul, que apoiavam a implementação de tais projetos.

Em 1994, em Washington, o Banco Mundial promoveu conferência sobre a Reforma Judicial na América Latina e na Região do Caribe, pois o reforço da democracia na região seria infrutífero sem a atuação independente de juízes bem recrutados e adequadamente treinados, além da intenção de tornar mais previsível as respostas judiciais aos investimentos estrangeiros que vinham sendo realizados nos Estados Latino-americanos.

No caso específico do Brasil, o Banco Mundial apresentou medidas que considerava necessárias para o fortalecimento do Estado de Direito no documento: Brasil: Justo, Competitivo e Sustentável. Os pontos centrais do documento: 1) a reorientação da reforma do Judiciário para corrigir o dese-

24 BONELLI, 2002.

25 HIRSCHL, 2004.

equilíbrio entre a oferta e a demanda pela provisão de serviço judicial, intensificando a oferta desses serviços, administrando essa demanda para que ela tenha um custo viável, e melhorando os mecanismos de governança e controle judicial; e 2) dar resposta à preocupação dos cidadãos com a violência e o crime, por meio de uma ampla revisão do sistema de justiça criminal.

No Brasil, a perspectiva hegemônica entre os juizes era a de que as dificuldades do Judiciário brasileiro se diferenciavam daquelas de outros países da região, onde ocorria a falta de independência e a vasta prática de corrupção de juizes. As expectativas em relação à reforma e ao Banco Mundial se vinculavam ao apoio financeiro para melhoria de infraestrutura, em especial para tornar realidade a informatização de todas as atividades-meio do Judiciário e para a institucionalização das Escolas da Magistratura.

Tamanaha resgata o portfólio do Banco Mundial para explicitar que o banco tinha 58% de sua carteira de crédito dirigida aos países em desenvolvimento para infraestrutura, o que se reduziu em 22%, ao passo que, em 2000, a carteira de crédito para o desenvolvimento humano e reformas legais e institucionais passaram a representar 52% do total de empréstimos²⁶.

Apesar de tais expectativas, a proposta de reforma judicial não foi bem recebida pelos membros do Poder Judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito à existência de um órgão de controle e fiscalização das atividades judiciais. A ideia de um Conselho Nacional de Justiça com membros da sociedade civil exercendo algum tipo de controle social sobre o Judiciário era insuportável pelos atores desse campo. Assim, somente no primeiro ano do governo Lula, sob pressão midiática e internacional, que se deu destaque à reforma, sob a orientação da Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ) criada em 2003. Vale ressaltar que a SRJ apresentou sua proposta de reforma tendo como suporte o Documento técnico 319 produzido pelo Banco Mundial.

Segundo Sadek, o Judiciário brasileiro, diferentemente do que ocorria no passado, estava na berlinda e não apresentava mais condições de impedir mudanças²⁷. Reformas virão e mudanças já estão em curso, algumas mais outras menos visíveis, alterando a identidade e o perfil de uma instituição que sempre teve na sua tradição uma garantia contra a inovação.

26 TAMANAHA, 2008.

27 SADEK, 2004.

Tais fatos levaram à aprovação da Emenda Constitucional de N°45 de dezembro de 2004, que instituiu a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça, quanto à composição, conta com 15 membros, com idade entre 35 a 66 anos, sendo a maioria da própria instituição de justiça, com mandato de dois anos, sob a presidência de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pela turma do STF.

A competência do Conselho está determinada no art. 103-B da Constituição Federal e tem como prerrogativa atuar sobre a organização e planejamento de políticas institucionais; fiscalização dos atos administrativos; acompanhamento do cumprimento de regras disciplinares²⁸. Não se trata apenas da escolha 15 membros onde a maioria são magistrados e que formam uma cúpula administrativa com interesses alinhados. O lugar de origem dos agentes do Conselho Nacional de Justiça impõe ao quadro administrativo do Conselho os interesses e estratégias de vários órgãos. Tanto a escolha quanto o fato de carregarem os interesses dos seus órgãos de origem são relevantes para entender as políticas administrativas desenvolvidas no intervalo de dois anos, o que corresponde a cada mandato.

Na escolha dos membros que irão compor a cúpula administrativa do Conselho, há a presença de cinco órgãos do Poder Judiciário (STF, STJ, TST, PGR e OAB), além da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Do Supremo Tribunal Federal o presidente é incumbido de exercer conjuntamente a presidência do CNJ e indicar dois membros vinculados aos Tribunais de Justiça, sendo um desembargador e o outro um juiz. Para o Superior Tribunal de Justiça, cabe a indicação de três membros, um dos seus ministros ocupa a Corregedoria Nacional de Justiça e são escolhidos um desembargador e um juiz vinculados à Justiça Federal. Ao Tribunal Superior do Trabalho cabe a escolha de três membros, sendo um ministro, um desembargador e um juiz. Para a Procuradoria Geral da República cabe a indicação de dois membros, sendo um federal e outro estadual, ambos vinculados ao Ministério Público. Representando a advocacia, são escolhidos dois membros pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Como membros externos, são escolhidos dois representantes da sociedade civil, e essa escolha é de incumbência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o destaque para a necessidade de estes membros possuírem notável saber jurídico e reputação ilibada.

28 SADEK, 2010.

Fragale destaca que os órgãos, na organização da seleção de membros do CNJ, apresentam características peculiares sobre o processo de seleção²⁹. Observa que a existência de uma trajetória prévia no STF ou no próprio CNJ parece funcionar como um elemento qualificador para o exercício futuro da função de conselheiro e que o panorama sobre a escolha dos membros do Conselho evidencia que, no Poder Judiciário brasileiro há muitas disputas inseridas no interior do campo jurídico. A desconfiança quanto à atuação de um Conselho Nacional, com poder para fiscalizar e elaborar medidas reparadoras sobre todos os atos administrativos dos magistrados, não cessou após sua institucionalização. Vale lembrar que, quando se fala em CNJ, tem-se que avaliar que o comando para as ações advém do Supremo Tribunal Federal, que além de suas atribuições, acumulou ainda mais poder, como a elaboração de políticas públicas sobre a administração da justiça.

Nesse sentido afirma Carvalho, quando aponta que o STF, além de ser o vértice hierárquico do sistema recursivo judicial e o guardião da constitucionalidade, acumula também a função de revisor da atividade administrativa e disciplinar do CNJ³⁰. Assim, o próprio Poder Judiciário passou a exercer auto controle administrativo e financeiro e a elaborar políticas públicas que deveriam ser aplicadas a todas as instituições integrantes do Poder Judiciário (art. 92, I-A da CF/88, inciso acrescido pela EC n. 45/2004).

Dentre as políticas públicas instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça, está a Política de Priorização da Justiça de Primeiro Grau de Jurisdição instituída pela Resolução n. 194, de 26 de maio de 2014. Foi observado pelo Relatório Justiça em Números (2016)³¹ que havia em tramitação, no Judiciário brasileiro, cerca de 95 milhões de autos processuais, sendo que 92%, ou seja, mais de 87 milhões tramitam na justiça de primeiro grau. A taxa de congestionamento processual, no ano de 2013, é bem superior no primeiro grau, sendo 73% neste e 47% no segundo grau.

Assim, foi constatado, no Relatório, que o primeiro grau de jurisdição apresentava uma alta taxa de congestionamento processual, sendo este um problema estrutural, gerado pelo baixo investimento de recursos orçamentários e falta de recursos humanos indispensáveis para a celeridade pro-

29 FRAGALE, 2013.

30 CARVALHO; LEITÃO, 2006.

31 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016.

cessual. Objetivando sanar tais problemas estruturais, foi instituído, pelo CNJ, por meio da Portaria nº 155, de 6 de setembro de 2013, grupo de trabalho que tinha como objetivo elaborar estudos e formular propostas para a implementação da política nacional voltada à priorização do primeiro grau de jurisdição dos tribunais brasileiros, sendo o Relatório Final apresentado em dezembro de 2013.

A partir desse relatório o CNJ constatou a necessidade de projetos de médio e longo prazo, com a finalidade de se modificar a visão negativa que a falta de celeridade processual no primeiro grau causa ao poder Judiciário. Assim nasce a Resolução nº 194, de 26 de maio de 2014, do Conselho Nacional de Justiça, que institui a política nacional de atenção prioritária ao primeiro grau de jurisdição e dá outras providências.

A Resolução nº 194/2014-CNJ apresenta conceitos de gestão para o âmbito do Poder Judiciário, como a instituída no artigo 2º, V, da Resolução que dispõe sobre a “governança colaborativa: fomentar a participação de magistrados e servidores na governança da instituição, favorecendo a descentralização administrativa, a democratização interna e o comprometimento com os resultados institucionais”. Segundo o CNJ, através da governança colaborativa se objetiva descentralizar, democratizar, engajar e comprometer membros e servidores do Poder Judiciário com a implementação de políticas públicas e implantação do empowerment, para que a implementação e gestão da política não fique nas mãos da elite do Judiciário, e o modelo de gestão deixe de ser hierárquico e passara a ser democrático.

Ao se analisar os dados do Relatório Justiça em Números de 2013, principalmente a parte que trata dos orçamentos dos tribunais que compõem o Poder Judiciário, foi verificado grandes distorções, principalmente nos Tribunais dos Estados, onde se verificou Tribunais Estaduais que gastaram até 60% do seu orçamento com a justiça de segundo grau, deixando para a justiça de primeiro grau apenas os 40% restantes, sendo que a maior parte da demanda em tramitação encontrava-se no primeiro grau, comprovando uma das distorções que contribuíam para a morosidade judicial, falta de investimento onde se concentrava a maior demanda.

No mesmo ano de 2014, em 03 de junho, foi publicada a Resolução 195/2014-CNJ, que dispõe sobre a distribuição orçamentária dos Órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus e a importância de se garantir que os recursos organizacionais sejam utilizados equitativamente em todos os segmentos da instituição e com mobilidade suficiente para

atender às necessidades temporárias ou excepcionais dos serviços judiciários, como pressuposto do princípio constitucional da eficiência da administração. Também se previu (art. 5 da Resolução 195/2014-CNJ) que os tribunais deveriam constituir Comitê Orçamentário de primeiro grau e de segundo grau para, conjuntamente, poderem reorganizar as distorções orçamentárias, bem como as distorções alocativas sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário. Visando atingir a meta de equalização da força de trabalho, foi publicada a Resolução N° 219 de 26 de abril de 2016, que dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus.

De acordo com a Resolução n. 219, se considerava o diagnóstico das inspeções da Corregedoria Nacional de Justiça de que, em vários tribunais, há indevida lotação no segundo grau de cargos vinculados ao primeiro, além de desproporção na alocação de pessoas, cargos em comissão e funções de confiança entre essas instâncias. Considerava-se também que a Resolução foi posta em consulta pública no período de 8 de janeiro a 10 de março de 2014, tendo recebido diversas sugestões de aperfeiçoamento e que foi debatido em audiência pública, realizada pelo CNJ nos dias 17 e 18 de fevereiro de 2014, a necessidade de redefinição orçamentária e de realocação de cargos com a percepção geral de que havia indevida distribuição de cargos no Poder Judiciário brasileiro, entendida como umas das causas para o congestionamento processual na justiça de primeiro grau, já que havia uma desproporcionalidade entre a força de trabalho disponível no primeiro grau e segundo grau.

Para a implementação da política, a Resolução n° 194/2014-CNJ criou, em seu artigo 3°, a Rede de priorização do primeiro Grau, constituída de representantes de todos os tribunais brasileiros, sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça, objetivando disseminar, em todo o Judiciário nacional, as boas práticas realizadas nos diversos Tribunais pelo país, entendendo como boas práticas todas as ações que contribuíssem para a celeridade processual no âmbito do primeiro grau de jurisdição. Tendo como estratégia nacional do Poder Judiciário, prevista para o quinquênio 2015-2020, desta forma a efetividade na prestação jurisdicional é alinhada ao plano estratégico, sendo normatizada na Resolução n° 198-CNJ.

No entanto, apesar de todas as Resoluções e Seminários em defesa da reorganização orçamentária e de cargos nos tribunais nacionais, o Tribunal

de Justiça do Estado do Pará demorou mais de 1 ano para instalar o Comitê Gestor Regional que teria como função implementar as determinações contidas na Resolução nº 194, sendo que o artigo 3º, § 2º da mencionada resolução determina que os Tribunais indicarão, no prazo de 30 dias um magistrado, membro do Comitê Gestor Regional, que o representará na Rede de Priorização do Primeiro Grau.

O TJ/PA só instituiu seu Comitê Gestor Regional no final de 2015 e não apresentou qualquer justificativa para tal ato. Segundo dados do CNJ do ano de 2015, 78 Tribunais cumpriram integralmente ou em parte as determinações da Resolução nº 194/2014-CNJ e 22 não haviam cumprido nem um item da resolução. Dentre esses tribunais estava o TJ/PA.

Na apresentação do Plano de Ação, disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, de janeiro de 2016³², é informado que: “O plano de ação de priorização do 1º grau foi estabelecido com fulcro no resultado obtido a partir do Plano de gestão do biênio 2015-2017 e de outras iniciativas do TJ/PA, devidamente alinhados ao Planejamento Estratégico Nacional e estadual”. Ao envolver magistrados e servidores de todos os municípios do estado para participar no desenvolvimento do planejamento estratégico 2015-2020, o plano visou seguir a diretriz nacional de gestão compartilhada. No Relatório de acompanhamento da política pública, disponibilizado no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Pará, que abrange o período de julho a dezembro de 2015,³³ estavam em andamento 34 ações vinculadas as nove linhas de atuação previstas no artigo 2º da Resolução nº 194/2014-CNJ. Dessas, apenas 07 ações foram executadas em sua totalidade e nenhuma tinha relação com equilíbrio orçamentário entre os graus de jurisdição e a realocação de cargos de servidores. Em 2016, após o impeachment de Dilma, o Comitê Gestor teve suas atividades encerradas.

3. Profissionalização do campo judicial

O processo de reforma judicial produz um tipo de retórica autoritária. Esta, segundo Codato, tem uma função dupla: enquanto ela celebra a despoliticização da política, apresentando os agentes do aparelho do Estado

32 Disponível no link: <https://bit.ly/2YYoe2U>. Acesso em 15 de abril de 2020.

33 Disponível no link: <https://bit.ly/2YZZCqz>. Acesso em 15 de abril de 2020.

como técnicos em administração pública, ela, ao mesmo tempo, encobre a transformação dos atributos sociais e profissionais da classe política no processo de modernização institucional³⁴.

O processo de institucionalização abrigado dentro da Constituição Brasileira de 1988 e as Reformas Judiciais trazidas pela EC n. 45/2004 não significam somente a autonomização da esfera judicial e política (Poder Executivo), mas uma rearticulação específica que gera seletividades institucionais específicas com a profissionalização do campo judicial e o surgimento de um novo tipo de elite do campo judicial.

Esse novo tipo político do campo judicial exhibe carreira política externa com recursos extraídos das posições políticas ocupadas com qualidades políticas extraordinárias, domínio da retórica e de capacidade de negociação e é fruto da nova legitimação de capitais de novo tipo do campo de administração político judicial. Ele encarna a renovação profissional e social da elite, no sentido de que auto representa os traços característicos e incorporados na representação de si mesmo quando age objetivamente como garantidor da função social da elite. Tal renovação não significou uma revogação dos perfis sociais e ocupacionais, ou, dizendo de outro modo, houve a valorização de um novo tipo social que marca um novo tipo de recrutamento da elite burocrática, mas não uma mudança na fonte de recrutamento.

A chefia do Poder Executivo do Estado do Pará está monopolizada pelo PSDB desde 1994, com uma pequena interrupção em 2006, com o exercício de somente 1 único mandato da ex-governadora Ana Júlia Carepa (PT). Tal manutenção do exercício político no executivo paraense garantiu ao PSDB a possibilidade de vertebrar o Judiciário estadual. Tal fato somente é comparável ao ocorrido no Estado de São Paulo que, desde 1994, sem interrupções, tem o monopólio do controle do Poder Executivo pelo PSDB. Junto a essa vertebração político-partidária se produziu, de 2005 a 2015, um assim chamado processo de modernização do Judiciário estadual, alicerçado na figura que estabelece vínculos políticos e pessoais com o Executivo.

Segundo Luciana Cardoso, na análise das reformas legais direcionadas ao sistema de justiça paulista entre janeiro de 2005 e junho de 2015, o termo sistema de justiça se fez presente em 164 propostas de iniciativa legal³⁵.

34 CODATO, 2008.

35 CARDOSO, 2017.

Das propostas levados a cabo por meio do Poder Legislativo, buscamos verificar se seria possível identificar potenciais protagonistas na apresentação das propostas normativas e avançamos para a sistematização dos resultados destacando a autoria dos projetos e o desfecho da tramitação.

Com relação à autoria das propostas, os governadores do Estado foram os principais atores a terem propostas aprovadas. Isso também acontece no Estado do Pará, tanto na categoria “organização do sistema de justiça” (vale enfatizar que a ex-governadora Ana Júlia Carepa aumenta sensivelmente os vencimentos dos procuradores da Procuradoria Geral do Estado e também dos Defensores Públicos estaduais) quanto no assunto remuneração e vantagens adicionais.

As instituições da justiça apareceram em segundo lugar, com 9% dos projetos, sendo o TJ/SP o principal ator do sistema de justiça na esfera legislativa, respondendo com 49% do total de propostas das instituições de justiça³⁶. Apesar da iniciativa legal, os projetos apresentados tanto pelo governador Geraldo Alckmin, como os apresentados pelo TJ/SP, representaram 67% dos projetos submetidos ao regime de urgência dos aprovados no âmbito legislativo. Verificamos³⁷ que no período analisado (2005-2015), somente 32 propostas de reformas foram efetivamente convertidas em lei complementar ou lei ordinária, sendo que, de acordo com as informações sintéticas do site da ALESP, 22 dispunham sobre vencimento ou vantagem remuneratória e 10 sobre a organização judicial. No Pará, desses projetos convertidos em lei, torna-se importante enfatizar a Lei n. 3.213, de 22 de junho de 2006, que cria o plano de carreira dos Servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, a Lei n. 4269, de 23 de maio de 2006, que garante autonomia funcional e aumento de vencimentos aos Defensores do Estado do Pará e o Decreto-legislativo n. 865, de 11 de agosto de 2007, que institui o aumento dos Procuradores do Estado.

Destaca-se duas reformas que indiretamente influenciaram os vencimentos dos membros da carreira, à medida que previram reestruturações organizacionais que implicavam alteração nas entrâncias (2008 e 2009) judiciárias, que significavam níveis de carreira e, conseqüentemente, aumento dos níveis remuneratórios.

36 CARDOSO, 2017.

37 CARDOSO, 2017.

Das reformas aprovadas via legislativo, apenas 17% não tinham repercussão pecuniária e 47% das leis aprovadas dispuseram sobre vantagens, tais como auxílios, gratificações, bonificações e afins. As vantagens ou foram instituídas pelas leis aprovadas no período ou são percebidas nas leis reformadas, com a entrada em vigor das normativas do período, através da possibilidade de créditos adicionais ou complementares. Tal possibilidade de suplementação orçamentária para custeio de novas despesas ganha relevo quando consideramos que 21% do total de créditos adicionais do Estado foram destinados ao Poder Judiciário, somente no ano de 2015. No mesmo período somente o Poder Executivo recebeu essa mesma suplementação.

A Emenda Constitucional n.45/2004 foi, sem dúvida, o grande marco da Reforma Judicial no Brasil e, apesar de ser mais conhecida por dispor sobre a criação do CNJ, desde o seu art. 1º trata de questões afetas ao orçamento federal, em diálogo com o receituário ordinário de reformas, e é nesse contexto que abriga dispositivos que tratam da suplementação orçamentária da justiça. As alterações preveem que as instituições judiciais não poderão realizar despesas ou assumir obrigações que extrapolem os limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, exceto mediante abertura de créditos suplementares. Esse dado fundamental só foi possível ser observado graças a tese de Luciana Cardoso³⁸.

Observa-se que as Leis Orçamentárias aprovadas tanto na Assembleia Legislativa de São Paulo como na do Pará, entre 2008 a 2015, continham seção específica que autorizava a abertura de créditos suplementares pelo Poder Executivo, apesar da Constituição Estadual atribuir à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo a apreciação da abertura desses créditos adicionais. No caso de São Paulo, Cardoso observou que regularmente o Tribunal recebeu adicionais suplementares na ordem de 30 milhões a mais do que previsto na receita orçamentária. Não foi possível, diante da indisponibilidade dos dados relativos aos pagamentos efetivados pelo TJ/PA aos membros da magistratura, verificar como se compõe a despesa média mensal com magistrados na justiça estadual do Pará, assim como não foi possível compreender qual o percentual desse total destinado aos recebimentos para além dos subsídios.

38 CARDOSO, 2017.

4. Considerações finais

As reformas iniciadas em 2004 no campo político da administração judicial parecem expor um problema fundamental do Estado brasileiro, que é o processo de modernização autoritária produzido dentro das estruturas burocrático-políticas. Esse processo, antes de qualquer coisa, serve para inviabilizar a materialização da participação e da inclusão dentro das instituições estatais, como apontam Offe e Poulantzas.

Esse processo de “modernização autoritária” à brasileira se expressa no campo político da administração judicial através de seu acentuado grau de autonomização em relação às outras instituições democrático-representativas desde, pelo menos, o processo de institucionalização dos poderes e prerrogativas ganhos pelos atores do campo judicial em 1988 e em 2004. Constatou-se, também, que tal autonomia reforçou a seletividade sistêmica do campo judicial, que gerou um “novo” tipo de elite judicial e de articulação desta com os executivos estaduais. Vale ressaltar que tal elite judicial se auto representa como portadora da modernização e da profissionalização do campo judicial e incorpora o habitus dessa auto representação, e que a articulação do Executivo e do Judiciário se estabelecem de modo a garantir o insulamento dessa elite em relação aos outros partícipes do campo político-burocrático.

O processo de reforma judicial produz um tipo de retórica autoritária. Esta tem uma função dupla: enquanto ela celebra a despolitização da política, apresentando os agentes do aparelho do Estado como técnicos em administração pública, ela, ao mesmo tempo, encobre a transformação dos atributos sociais e profissionais da classe política no processo de modernização institucional.

Assim, refletir sobre processos de substancialização democrática e processos de luta contra a dominação social dentro de um Estado que continua produzindo autoritarismo na sua própria estrutura institucional, exigiria repensar os modelos de recrutamento, socialização e formação dos atores e do próprio campo da administração política judicial.

Referências

- ALMEIDA, F. N. R. DE. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil*. Tese de Doutorado – São Paulo: Universidade de São Paulo, 17 set. 2010.
- ARANTES, R. B. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2002.
- BONELLI, M.G. *Profissionalismo e política no mundo do direito: as relações dos advogados, desembargadores, procuradores de justiça e delegados de polícia com o Estado*. São Carlos: Ed. UFSCar/Sumaré, 2002.
- BONELLI, M.G. Os magistrados, a autonomia profissional e a resistência à reforma do Judiciário no Brasil. In: *Congresso da LASA*. Toronto, 2010.
- CARDOSO, Luciana Z. *Um espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbrincamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional*. Tese de doutorado defendida na Escola de Administração da FGV-São Paulo, 2017.
- CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, *Revista de Sociologia Política*, n.23, pp 127-139, 2004.
- CARVALHO, E; LEITÃO, N. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Sociologia e Política*, vol. 21, n.45, Curitiba, Março, 2013.
- CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CODATO, Adriano. A Formação do campo político profissional do Brasil: uma hipótese a partir do caso de São Paulo. *Revista de Sociologia Política*, v.16, n.30, pp. 89-105, jun.2008.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016.
- DA ROS, L. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. *Observatório de elites políticas e sociais do Brasil.*, pp. 2–15, jul. 2015.
- DEZALAY, Yves; GARTH, Bryan. Constructing law out of power: Investing in Human Rights as an Alternative Political Strategy In: A. Sarat; S. Schingold (eds.). *Cause Lawyering and The State in a Global Era*. Oxford, New York, Oxford University Press, pp. 354-381, 2001.

- DEZALAY, Yves; GARTH, Bryan. Patrones de Inversión Jurídica Extranjera y de Transformación del Estado em América Latina, In: L. Friedman; R. Perdomo; H. Fix-Fierro (orgs.). *Culturas jurídicas Latinas de Europa y América em Tiempos de Globalización*. México, Unam, pp. 723-747, 2003.
- ENGELMANN, F. A Judicialização da Política e a politização do judiciário no Brasil: notas para uma abordagem sociológica. *Revista da Faculdade de Direito* 1(22), 2017. DOI 10224560104-6594.72641.
- FRAGALE FILHO, R. Conselho Nacional de Justiça: Desenho Institucional, Construção de Agenda e Processo Decisório, *Dados, Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 56, n.4, pp. 975-1007, 2013.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GAITI, B; ISRAEL, L. Sur l'engagement du droit dans la construction des causes. *Politix: Revue de Sciences Sociales du Politique*, v. 16, n.62, pp. 17-30, 2003.
- GARRAUD, P. La politique à l'épreuve du jugement judiciaire. La pénalisation croissante du politique comme 'effet induit' du processus d'automatisation de l'institution judiciaire. In: BRIQUET, J.L.; GARRAUD, P. *Juger la politique*. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, pp. 25-44, 2001.
- HIRSCHL, R. The Political Origins of the New Constitutionalism. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, pp. 71-108, 2004.
- LAURIS, É. *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece. Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*. Tese de Doutorado - Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.
- MENDES, Conrado H. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, São Paulo: Ed. Elsevier, 2007.
- POULANTZAS, N. *L'État, le pouvoir, le socialisme*. Paris : Les Prairies Ordinaires, 2013 [1978].
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, Direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- OFFE, C. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- SADEK, MT. (Org). *O sistema de justiça [online]*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

- SADEK, MT. “Judiciário: mudanças e reformas”. *Estudos Avançados*, 18(51), pp. 79-101. 2004.
- SADEK, MT. Estudos sobre o sistema de justiça. In: S. Miceli, ed. *O que ler na ciência social brasileira*. V. 4. São Paulo: Sumaré. 2002.
- TAMANAH, B. Z. The dark side of the relationship between the rule of law and liberalism. *NYU, Journal of Law & Liberty*, v. 33, pp. 516–547, 2008.
- TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1997.
- TOMIO, Fabrício R. L; CARVALHO, Ernani. Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução. *Revista de Sociologia e Política*, vol. 21, n. 45, Curitiba, Março, 2013.
- VIANNA, L. Werneck et AL. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, L. Werneck. *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG ed; Rio de Janeiro: IUPERJ/UCAM/FAPERJ, 2002.
- VIANNA, L. Werneck et AL. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo social*, vol.19, n.2, São Paulo, novembro de 2007, pp. 39-85.

Autora convidada.

(Re)Pensar a “lógica” do sistema prisional contemporâneo: uma necessidade nas estratégias de desenvolvimento local?*

(Re)Think the “logic” of the contemporary prison system: a requirement for local development strategies?

Dyego de Oliveira Arruda**

Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca, Valença – RJ, Brasil.

Milton Augusto Pasquotto Mariani***

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande – MS, Brasil.

1. Introdução

O sistema prisional, contemporaneamente, atingiu uma situação verdadeiramente caótica em alguns países ao redor do mundo, inclusive no Brasil. Segundo os dados mais recentes do Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)¹, o Brasil possui, atualmente, uma população carcerária de quase 727 mil pessoas (a terceira maior do mundo, atrás apenas de Estados Unidos e China), dispostas em 1422 unidades prisionais que, juntas, oferecem pouco mais de 368 mil vagas – o que implica que a taxa de ocupação das unidades prisionais brasileiras beira os impressionantes 198%¹.

* O presente trabalho foi realizado com apoio da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS/MEC – Brasil; e do Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca – CEFET-RJ/MEC – Brasil.

** Possui doutorado em Administração de Organizações pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-doutorado, na área de Administração, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). É professor do quadro permanente do Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca (CEFET/RJ), lecionando em cursos de graduação da instituição, e no Programa de Pós-Graduação (mestrado) em Relações Étnico-Raciais (PPRER). E-mail: dyego.arruda@gmail.com

*** Possui doutorado em Geografia Humana pela Universidade de São Paulo (USP). É professor do quadro permanente da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), lecionando em cursos de graduação

Nesse contexto de superlotação das prisões brasileiras, somado à precariedade dos estabelecimentos penais, que não raro indis põem de estrutura básica para que os detentos subsistam no cárcere, sobram relatos acerca da ocorrência de negligência, maus tratos e violência para com os apenados, numa dinâmica tal que se minimizam substancialmente as possibilidades para que o detento (re)pense os seus atos e, assim, seja adequadamente (re) inserido na sociedade².

Em paralelo ao supracitado quadro, percebe-se também, contemporaneamente, o acirramento do clamor popular para que as forças policiais e todo o aparato de Estado que garante a segurança pública aprisione a qualquer custo os indivíduos que cometeram algum delito, preferencialmente impelindo sofrimento, dor e castigo a esses supostos criminosos, como se tal expediente implicasse em maior senso de justiça e segurança por parte da população³.

De todo modo, é possível que tal “estado de coisas” do sistema prisional brasileiro subsista, de modo sustentável, ao longo do tempo? Quais alternativas podem ser pensadas para que se reverta o atual quadro de precariedade do sistema prisional brasileiro, contribuindo, assim, para as dinâmicas de desenvolvimento local?

Entende-se, no âmbito deste trabalho, que o desenvolvimento local representa o conjunto de iniciativas que almejam, direta ou indiretamente, dinamizar um determinado território, de modo que esse processo seja associado à manutenção da qualidade de vida das pessoas, à preservação de suas identidades culturais e à manutenção do meio ambiente⁴. Considera-se que as estratégias de desenvolvimento local devem resultar na melhoria do bem-estar das pessoas, seja em sua dimensão psicossocial, econômica ou ambiental⁵.

da instituição, no programa de mestrado em Estudos Fronteiriços; e nos programas de mestrado e doutorado em Administração. E-mail: miltmari@terra.com.br.

1 DEPEN, 2017; WPB, 2017.

2 CARDOSO et al., 2016; NERY; ADORNO, 2015.

3 BITENCOURT, 2017.

4 CORREIA; COSTA; AKERMAN, 2017; AMIN, 1999.

5 MARTINS, 2002.

Existem investigações – tais como aquelas capitaneadas por Nascimento e Teixeira⁶, Queiroz⁷ e Gonçalves, Ribeiro e Ventura⁸ – que associam a conjuntura e efetividade do sistema prisional às dinâmicas de desenvolvimento local dos territórios. Em suma, segundo os supracitados autores, na medida em que o sistema prisional não cumpre adequadamente as suas funções e, portanto, não permite que o outrora criminoso seja adequadamente (re)inserido na sociedade após o cumprimento da pena, tem-se como resultado um ressentimento, mesmo que indireto, no potencial de desenvolvimento que as localidades poderiam ter caso a estada no cárcere implicasse em um período de reflexão, estudo, capacitação e garantia de um mínimo de dignidade aos sujeitos apenados.

Desta feita, considerando a contextualização brevemente exposta nos parágrafos anteriores, o presente artigo tem como objetivo geral refletir acerca do atual “estado de coisas” do sistema prisional brasileiro, associando tal conjuntura ao conceito e às estratégias de desenvolvimento local dos territórios.

Vale ponderar que é verdadeiramente importante refletir em torno do objetivo que norteia o presente artigo, principalmente porque, ante à precariedade do sistema prisional brasileiro, são notórios e públicos os episódios de barbárie, caos e violência no interior de algumas penitenciárias (vide os casos recentes das rebeliões e chacinas em presídios dos Estados do Ceará, Goiás, Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte – só para citar alguns poucos exemplos), de tal modo que tais problemáticas muitas vezes ocorrem sem que se desperte o interesse e comoção popular para que sejam (re)pensadas e combatidas. Portanto, diante disso, o presente artigo almeja contribuir, mesmo que de modo exploratório e preliminar, com essa necessária reflexão.

Em síntese, o trabalho está estruturado em quatro partes principais, além desta introdução. Na primeira parte, debate-se a “lógica” inerente às prisões, conjecturando o motivo pelo qual elas existem e qual a sua função social. Na segunda parte, discutem-se alguns dados e fatos acerca do sistema prisional brasileiro, contemporaneamente. Na terceira parte, há uma reflexão em torno da relação que o “estado de coisas” do sistema prisional

6 NASCIMENTO; TEIXEIRA, 2016.

7 QUEIROZ, 2011.

8 GONÇALVES; RIBEIRO; VENTURA, 2015.

pode nutrir com as teorias e estratégias de desenvolvimento. Por fim, na quarta e última parte há uma tentativa de se pensar em possibilidades e estratégias que possam (re)significar a “razão de ser” do sistema prisional brasileiro, contribuindo, mesmo que de modo indireto, para as dinâmicas de desenvolvimento local.

2. As prisões – por que existem e qual a sua função social?

As prisões representam territórios cujo propósito é criar um distanciamento social entre criminosos e os ditos “cidadãos de bem”⁹. Em suma, tal distanciamento social, levado a cabo a partir do ato de “trancafiar” criminosos, tem como objetivos básicos e fundamentais: (a) proteger a sociedade das ações dos criminosos, cuja liberdade é severamente cerceada nas prisões e; (b) impelir aos criminosos um conjunto de disciplinas, com o escopo de “domesticar” os corpos e, assim, fazer com que o então criminoso incorpore regras morais de comportamento e seja supostamente (re)inserido na sociedade como mais um dos “cidadãos de bem e cumpridores da lei”¹⁰.

Foucault¹¹, ao dissecar a origem e funcionamento das prisões, dá conta de que tais estabelecimentos têm como premissa básica tornar os corpos dóceis, de tal modo que, para isso, são usadas uma série de tecnologias – tais como a disposição de pessoas em locais específicos (celas), sob intensa vigilância, com rotinas a serem desempenhadas em horários pré-determinados (tais como os momentos de refeição, lazer, revista pessoal e higiene, por exemplo), e com uma estrutura de poder bem estabelecida; poder este que muitas vezes é exercido pelos carcereiros a partir do uso da violência e agressão física, com o propósito de mostrar aos encarcerados “quem é que manda”.

Ao se resgatar um pouco da história das prisões, verifica-se que as suas origens mais contundentes remontam principalmente à Idade Média (século V até o XV), época em que era muito comum a prática do suplício dos corpos dos sujeitos condenados¹². Em suma, os suplícios representavam o conjunto de castigos e sofrimentos impelidos aos corpos das pessoas

9 GOFFMAN, 1974.

10 BRITES, 2007.

11 FOUCAULT, 1987.

12 CESAR, 2013.

que supostamente cometeram algum crime, como forma de fazê-los pagar pelos delitos do qual foram acusados e sentenciados¹³. Como ao longo da Idade Média vigorava a monarquia como regime político predominante no mundo, tem-se que os “espetáculos de suplício” eram públicos e verdadeiramente cruéis, servindo de “sinal” às pessoas quanto ao poder e à possível crueldade do monarca¹⁴.

Com o advento do Iluminismo e da Revolução Francesa, em uma época marcada pela consolidação do capitalismo e da democracia em algumas nações ao redor do mundo, principalmente ao longo do século XVIII, verificou-se que a prática do suplício paulatinamente foi sendo abolida (ao menos em sua versão pública, sob a forma de espetáculo de demonstração de poder do monarca soberano), cedendo espaço à formas mais “legalistas” e republicanas de se condenar, vigiar, disciplinar e eventualmente punir as pessoas que cometeram algum delito¹⁵. Nesta época surge o conceito moderno de prisão, sob a forma que é conhecido contemporaneamente.

De todo modo, muito embora a “prisão moderna” tenha surgido há algum tempo, ainda hoje elas se assemelham a verdadeiras “caixas-pretas”, uma vez que não se sabe ao certo como os detentos são tratados ao longo do período em que estão no cárcere¹⁶.

Ademais, vale a pena considerar que há uma certa passividade da sociedade ante a possíveis evidências de maus-tratos, violência e omissão para com os presos, que no geral amontoam-se em espaços superlotados e precários nas penitenciárias¹⁷.

Goffman¹⁸, em uma tentativa de dissecar o funcionamento de uma prisão, relata que os criminosos, na medida em que são “admitidos” e passam a conviver no cárcere, paulatinamente vão passando por um processo de mortificação, ou seja: perdem todas as suas referências, subjetividades e direitos enquanto cidadãos, e passam a viver em um mundo com rotinas e regras específicas, tuteladas pela equipe dirigente (carcereiros), cujo propósito é fazer com que o criminoso arrependa-se dos seus atos pretéritos

13 FOUCAULT, 1987.

14 FILHO, 2015.

15 WACQUANT, 2015.

16 MORAIS, 1999.

17 SALLA, 2006; DEPEN, 2017.

18 GOFFMAN, 1974.

e aprenda a cumprir regras de convívio social. O processo de mortificação acima sugerido implica na morte do “eu civil” do criminoso, com o consequente nascimento do “eu encarcerado”, conhecedor da necessidade de cumprir regras dentro da prisão¹⁹.

Não obstante, Goffman, ao focar a perspectiva do sujeito que passa a corporificar uma instituição total, pontua que a entrada de um criminoso na prisão implica na ocorrência das seguintes fases: (a) admissão do internado; (b) reorganização pessoal do internado e; (c) táticas de adaptação do sujeito recluso.

Em síntese, os processos de admissão do criminoso na prisão implicam na ocorrência daquilo que Goffman intitula de “cerimônia de boas-vindas”, que basicamente se referem à demonstração, para o internado, de como será a sua estada no cárcere. A ocorrência dos processos de admissão perfaz o primeiro estágio da mortificação do “eu civil” do criminoso. Nesta etapa, os internados recebem as vestes específicas da prisão, conhecem as regras de comportamento que eles deverão seguir, tem os seus cabelos cortados e/ou raspados, recebem um número de identificação (pelo qual serão nominados enquanto estiverem encarcerados) e não raro são agredidos fisicamente, pelos carcereiros, como forma de demonstração de poder logo nas “boas-vindas”.

Quanto à reorganização pessoal do internado, deve-se salientar que tal etapa compreende um processo no qual o encarcerado vai efetivamente se ajustando às “regras da casa” e conhecendo os prêmios ou privilégios decorrentes de bom comportamento (condizentes, naturalmente, com as regras estipuladas pela equipe dirigente); assim como as consequências fruto de desobediências, transgressões e mau comportamento no cárcere²⁰. Nesta fase, o encarcerado compreende que um bom comportamento pode lhe proporcionar a oportunidade de trabalhar na prisão (tendo como benefício a remissão de algum tempo de sua pena), ao passo que um mau comportamento pode lhe valer minutos a menos de recreação e banho de sol, ou até mesmo alguns dias na solitária.

Por fim, após a admissão e reorganização pessoal, o internado empreende algumas táticas de adaptação, que implicam em tornar, na ótica do encarcerado, a estada na prisão um pouco mais “suportável”²¹. Dentre as táticas de adaptação mais corriqueiras estão os chamados “ajustamentos

19 SILVA; ROCHA; BRÊTAS, 2016.

20 GOFFMAN, 1974.

21 TAVATES; MENANDRO, 2008.

secundários”, que perfazem “(...) práticas que não desafiam diretamente a equipe dirigente, mas que permitem que os internados consigam satisfações proibidas ou obtenham, por meios proibidos, as satisfações permitidas”²². Como ajustamento secundário pode-se citar, por exemplo, o conjunto de táticas e estratégias para que os detentos consigam alguns tipos específicos de alimentos, cigarros, bebidas, armas, aparelhos de telefone celular ou até mesmo drogas dentro do cárcere, por exemplo.

Deve-se considerar que, na medida em que o sujeito adentra o cárcere, conhece as “regras do jogo” e adapta-se a elas, paulatinamente ele vai tomando conhecimento da existência de uma verdadeira estrutura social dentro da prisão; estrutura esta muitas vezes comandada por facções criminosas, que não raro ditam as regras de convívio social dentro da penitenciária, desafiam a equipe dirigente, empreendem ações criminosas (tais como o tráfico de drogas), e até mesmo engendram ações delituosas fora dos muros da prisão²³.

Para sobreviver, o sujeito encarcerado não raro se vê fortemente impedido a associar-se a esses grupos criminosos territorializados no interior da prisão, assumindo posição na estrutura social vigente no interior do cárcere²⁴. Essa associação aos grupos criminosos se dá em função da existência de um discurso de irmandade e união por parte dos presos, que devem unir-se para combater um “inimigo comum” (o Estado), que é visto como cruel, excludente, não lhes permitindo sequer o mínimo exercício de sua subjetividade no interior do cárcere²⁵.

É curioso perceber que, muito embora o cárcere seja um território repleto de relações sociais entre grupos complexos, ainda assim deve-se levar em conta a existência de um discurso “racionalizador” por parte do Estado e da equipe dirigente, enfatizando a tentativa de cumprimento da Lei 7.210, de 1984, que instituiu a Lei de Execuções Penais (LEP) e obrigou os estabelecimentos prisionais a empreenderem estratégias que garantam os direitos humanos do internado²⁶.

22 GOFFMAN, 1974, p. 54.

23 LESSING, 2008.

24 DIAS, 2011.

25 LESSING, 2008; SANTOS; JORGE; SOUZA, 2017.

26 BRASIL, 1984.

Ao se analisar os pormenores da supracitada lei, percebe-se que o cumprimento da pena, no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, possui dois propósitos fundamentais: (a) um de caráter punitivo, caracterizado pela privação plena da liberdade (ou seja, do direito de ir e vir) do detento e; (b) outro de caráter de reabilitação, que foca na (re)inserção social do preso, durante e após o cumprimento da pena²⁷.

A mesma Lei de Execuções Penais estabeleceu, ademais, outros aspectos importantes, que merecem ser pormenorizados²⁸:

(a) No art. 10 a LEP prevê que o preso deve receber, ao longo de sua estada na unidade prisional, assistência material (fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas); assistência à saúde (atendimento médico, psiquiátrico, farmacêutico e odontológico, tanto de caráter preventivo quanto de caráter curativo); assistência jurídica (direito de constituir um advogado, mesmo que por intermédio da Defensoria Pública); assistência educacional (compreendida pela formação profissional e instrução escolar do preso); assistência social (cujo foco é amparar o preso e prepará-lo para o retorno à sociedade) e; assistência religiosa (que prevê a liberdade de culto dentro dos estabelecimentos penitenciários);

(b) Do art. 28 ao art. 37 a LEP preconiza o direito do detento ao trabalho, que é entendido como uma função social e uma condição básica e fundamental para a dignidade humana. Não obstante, o trabalho deve ter uma função educativa e produtiva, não raro sendo fonte de subsistência ao detento, podendo ser realizado em organizações externas à unidade prisional. Deve-se destacar que no art. 29 da LEP há a ponderação de que o trabalho do preso deve ser remunerado, muito embora o parágrafo 2 do art. 28 preconize que o trabalho do detento não está sujeito aos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);

(c) Do art. 82 ao art. 104 da LEP observa-se que há a especificação de uma série de características quanto à estrutura e condições dos estabelecimentos que compõem o sistema penitenciário. De um modo geral, além de realçar as condições de salubridade mínimas das unidades prisionais, preconiza-se, nos supracitados artigos da LEP, que os estabelecimentos destinados às mulheres, em específico, devem possuir berçários, onde as detentas tenham condições

27 BRASIL, 1984; JARDIM; AGUINSKY, 2012.

28 BRASIL, 1984.

de cuidar de seus filhos, tendo, inclusive, a possibilidade de amamentá-los no mínimo até os seis meses de idade. Deve-se destacar, ademais, que as unidades prisionais não podem sediar-se em locais cuja distância impossibilite a visita da família;

(d) A LEP estipula, não obstante, que o detento possa progredir do regime fechado para o regime semiaberto; e deste, para o regime aberto, a depender do tempo de cumprimento da pena (ao menos 1/6 da pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime fechado), e do comportamento do detento. Ao longo do processo de cumprimento da pena, o preso deve efetivamente engajar-se em alguma atividade laboral, ao passo em que é obrigado a sistematicamente apresentar-se à autoridade judiciária – uma vez enquadrado nos regimes semiaberto ou aberto – para que explique detalhes da dinâmica de seu processo de (re)inserção social.

De todo modo, quais os dados acerca do “estado de coisas” das prisões brasileiras? Será que as penitenciárias nacionais se ajustam ao discurso racionalizador, preconizado pela LEP, e de fato contribuem para a (re)inserção social do sujeito criminoso? No tópico abaixo há uma tentativa de se adentrar, de modo exploratório, nas supracitadas questões.

3. Um retrato atual da conjuntura das prisões brasileiras

Conforme já se adiantou logo na introdução deste trabalho, o sistema penitenciário brasileiro padece de um problema crônico de superlotação, com uma taxa de ocupação das unidades prisionais de quase 198%²⁹.

Muito embora o Brasil seja o país com a terceira maior população carcerária do planeta (em termos absolutos), atrás de Estados Unidos (que possui pouco mais de 2,1 milhões de presos) e China (com mais de 1,6 milhão de detentos), percebe-se que estes dois países não padecem de um problema crônico de superlotação de suas penitenciárias – a taxa de ocupação das prisões estadunidenses é de quase 104%, ao passo que as penitenciárias chinesas quase alcançam 83% de taxa de ocupação³⁰.

Pode-se dizer que o quadro problemático do sistema penitenciário nacional, em resumo, origina-se da combinação de dois fatores básicos e

29 DEPEN, 2017.

30 WPB, 2017.

fundamentais³¹: (a) a escassez de investimentos na ampliação e melhoria da qualidade das penitenciárias brasileiras, que não conseguem reverter a sua conjuntura de expressiva precariedade e; (b) a prevalência de uma “cultura do encarceramento” no Brasil, que implicou em uma ampliação de mais de 81% no quantitativo de pessoas que foram presas no país nos últimos 10 anos (em 2006, as penitenciárias nacionais abrigavam pouco mais de 400 mil presos, ante aos quase 727 mil atualmente). Desta feita, os supracitados fatores, uma vez combinados, fazem com que as penitenciárias nacionais sejam palco de violência, maus tratos e omissão, prejudicando o processo de (re)socialização dos detentos.

Um dado que chama atenção é o fato de que 292.450 detentos no Brasil (40% do total absoluto) representam presos provisórios, ou seja: são pessoas que se encontram efetivamente detidas, mas que ainda aguardam o trânsito em julgado de suas penas³². É possível, a partir desse dado, que se faça duas inferências básicas³³: (a) a justiça brasileira é deveras morosa, não raro por conta do excesso de instâncias pelas quais passa um processo – e da conseqüente possibilidade de se recorrer das decisões judiciais tomadas em cada uma delas e; (b) há um exagero na realização de prisões sem o devido trânsito em julgado, sobretudo por conta do temor de que o criminoso, uma vez em liberdade, prejudique o curso do processo penal; e também porque há a vontade de que a justiça contra um suposto criminoso seja feita do modo mais rápido possível, sem que se espere toda a morosidade inerente ao trânsito em julgado de um processo.

Ao se avaliar a realidade da assistência material, à saúde, jurídica, educacional e social das unidades prisionais brasileiras, nota-se que a situação não é nada animadora. Em síntese, os fatos abaixo pontuados sustentam o argumento supracitado³⁴:

(a) A taxa de pessoas mortas por 100 mil habitantes é três vezes superior nos presídios em relação à realidade fora deles. Ademais, são comuns os casos de rebeliões, chacinas e “acerto de contas” em penitenciárias de alguns Estados (tais como Goiás, Amazonas, Rio Grande do Norte e Roraima, só para citar os

31 FREIXO, 2016; JARDIM; AGUINSKY, 2012.

32 DEPEN, 2017.

33 RANGEL; BICALHO, 2017.

34 FREIXO, 2016.

casos mais recentes), o que faz com que a violência e o número de pessoas mortas ampliem-se significativamente nesses locais;

(b) Da população carcerária absoluta do país, 85% está reclusa em penitenciárias que dispõem de módulo de saúde, que oferecem serviços básicos de atenção à saúde;

(c) Do total de 105.215 profissionais que trabalham no sistema penitenciário brasileiro, 6% (pouco mais de 6.300 trabalhadores) representam funcionários ligados à área de saúde (médicos, enfermeiros, dentistas, psiquiatras e afins). Assim sendo, há 115 detentos nas penitenciárias para cada profissional da área da saúde. Quando se leva em conta apenas os médicos, das várias especialidades existentes, tal proporção sobe para 879 presos por médico em atividade no sistema penitenciário;

(d) Apenas 12% da população prisional do país participa de alguma atividade educacional, com as seguintes especificidades: (i) 10% da população carcerária participa de atividades de ensino escolar, que englobam atividades de alfabetização, ensino fundamental, médio e até superior, além de cursos técnicos (com mais de 800 horas-aula) e cursos de formação continuada (acima de 160 horas-aula) e; (ii) 2% da população de presos do país envolvem-se em atividades educacionais complementares, que compreendem atividades de leitura, videoteca e afins, que permitem com que o detento possa solicitar a remição de sua pena na medida em que engaja-se em iniciativas desse tipo;

(e) Dos detentos que participam de atividades de ensino escolar nas penitenciárias, 66% engajam-se em cursos de alfabetização ou cursos de ensino fundamental. Apenas 2% participam de cursos de ensino superior ou de cursos técnicos;

(f) Dos profissionais que trabalham nas penitenciárias brasileiras, apenas 3% (o que equivale a 3.156 funcionários) são efetivamente ligados à área de educação, o que faz com que seja de 230 a proporção de detentos por servidor da área de educação em atividade nas prisões nacionais;

(g) Somente 15% da população carcerária do país está em alguma atividade laboral. Das funções desempenhadas pelos detentos, destacam-se atividades ligadas ao apoio ao próprio estabelecimento prisional (87% das pessoas que trabalham estão empregadas nessa modalidade). Não obstante vale destacar que significativos 33% das pessoas que trabalharam no período alegaram não receber qualquer tipo de remuneração; ao passo que pouco mais de 41% relataram receber menos de $\frac{3}{4}$ do salário mínimo mensal;

(h) É expressivo o contingente de detentos que não dispõem de assistência judiciária. No Rio Grande do Norte e em Sergipe, por exemplo, esse contingente chega a 71,3% e 60% da população carcerária nesses Estados, respectivamente;

Quando se avaliam aspectos do perfil das pessoas detidas nas penitenciárias nacionais, verifica-se que a maioria (55% do total) é significativamente jovem, com idades compreendidas na faixa de 18 a 29 anos. No que tange à raça ou cor das pessoas apenadas, tem-se que 64% autodeclararam-se negro(a). Por fim, quanto ao nível de escolaridade, percebe-se que significativos 61% da população carcerária é analfabeta, semialfabetizada ou possui apenas o ensino fundamental incompleto. Os presos com nível superior completo ou incompleto somam apenas 1% do total³⁵.

Um detalhe curioso que merece menção refere-se ao tipo de crime pelo qual as pessoas reclusas foram condenadas. Do total de 620.583 crimes tentados e/ou cometidos pelos detentos, percebe-se que significativos 487.656 crimes (78,5% do total) não envolveram qualquer tipo de violência, agressão direta à outras pessoas ou morte. O tráfico de drogas é de longe o crime mais recorrente, com 28% das incidências penais pelas quais os detentos foram sentenciados³⁶.

Portanto, os dados acima expostos revelam que a conjuntura do sistema penitenciário implica em considerar que os presos (a maioria jovem e com baixo nível de escolaridade) são obrigados a cumprir suas penas em ambientes superlotados e sem um conjunto minimamente estruturado de assistência (à saúde, educacional, laboral e afins), para que esses sujeitos tenham a possibilidade de (re)pensar seus atos e preparar-se para voltar ao convívio social sem qualquer inclinação para delinquir novamente.

Outro aspecto que merece vir à tona é a particularidade de que a maioria dos crimes cometidos pelos detentos não implicou em violência direta, contra outras pessoas. Nesse ínterim infere-se, ante a constatação de que o crime mais corriqueiro perfaz o crime de tráfico de drogas, que pode haver uma associação entre a situação socioeconômica do potencial criminoso e a prática delituosa, uma vez que o sujeito potencialmente irá delinquir cometendo crimes que lhes garantam alguma remuneração rápida, de modo muitas vezes não premeditado e sem qualquer tipo de violência direta e explícita ao longo do ato criminoso.

Agora a pergunta que surge é: e a potencial associação que os supracitados dados podem nutrir com as estratégias de desenvolvimento local dos territórios? No tópico que segue há um esforço de se lançar luz nesta questão.

35 DEPEN, 2017.

36 DEPEN, 2017.

4. A conjuntura atual do sistema penitenciário e o desenvolvimento local

O termo “desenvolvimento” perfaz um construto teórico-metodológico que passou por diversas (re)definições ao longo do tempo³⁷. Historicamente, falar de desenvolvimento implicava em considerá-lo sinônimo de crescimento econômico, cujo foco foi o estabelecimento de estratégias políticas e organizacionais que implicassem em geração e acumulação de riqueza *per se*, sem que existisse qualquer preocupação sistemática, de cunho qualitativo, quanto à distribuição de renda e equidade social – para além, portanto, “dos números” e do montante de riqueza gerado por si só³⁸.

Em suma, o modelo de desenvolvimento calcado em crescimento econômico, ao mesmo tempo em que fez com que uma série de nações (ditas “desenvolvidas”) protagonizassem o advento da globalização e do moderno sistema capitalista, também implicou em significativas disparidades entre esses países e aqueles que não lograram tal *status* de desenvolvimento³⁹. Assim sendo, o supracitado modelo de desenvolvimento fez com que se agravasse a exclusão social, na medida em que parcelas expressivas da população ficassem completamente alijadas das dinâmicas de produção e circulação de bens e serviços no moderno sistema capitalista⁴⁰.

Pode-se dizer que o contemporâneo recrudescimento da ocorrência de crimes, que fez com que se ampliassem significativamente os contingentes de pessoas encarceradas no Brasil, é fruto, mesmo que de modo indireto, do supracitado modelo histórico de desenvolvimento, que se pautou sobretudo pelo crescimento e melhora de indicadores econômicos quantitativos⁴¹. Deste modo, um contingente expressivo de pessoas, vendo-se despojadas de possibilidades de garantir o seu sustento e subsistir dignamente, acabam incorrendo na prática delituosa, especialmente em crimes que proporcionam ganhos monetários imediatos (tais como pequenos furtos e tráfico de drogas – este último, de longe, o crime mais comum no Brasil).

37 ANDION, 2003.

38 FRAGOSO, 2005; UDERMAN, 2008.

39 FOSU, 2015.

40 UDERMAN, 2008.

41 FERREIRA; MARCIAL, 2015; MONTEIRO; GUELLATI; FERREIRA, 2017.

Não obstante, vale ponderar que, a despeito de uma maior ocorrência de crimes, se tem também um apelo sistemático de setores da sociedade, sobretudo daqueles pertencentes à estratos socioeconômicos superiores, para que se prenda a qualquer custo, mesmo que em penitenciárias já superlotadas e precárias, as pessoas que cometeram qualquer delito. Em paralelo a isso, não há uma estratégia sistemática de investimentos em mecanismos de (re)socialização das pessoas encarceradas, o que contribui para o agravamento da conjuntura do sistema prisional brasileiro.

Adicionalmente, destaca-se que o modelo de desenvolvimento acima descrito se pauta em exacerbado individualismo, o que faz com que as pessoas sejam impelidas a viver sob sua própria sorte. Nesse ínterim, indivíduos pertencentes a estratos socioeconômicos inferiores acabam vivendo em situação de significativa precariedade material, sem que exista qualquer estrutura coesa para ampará-los e evitar que, em muitas circunstâncias, acabem se envolvendo com atividades criminosas. Adicionalmente, as pessoas de estratos socioeconômicos superiores usam de todos os artifícios possíveis para manter o seu *status*, o que implica muitas vezes em “criminalizar” os indivíduos provenientes de classes socioeconômicas menos abastadas, circunscrevendo-os em áreas específicas (em comunidades, bairros ou guetos), e até mesmo trancafiando-os em penitenciárias, sempre que houver o cometimento de qualquer crime, e que exista brecha para isso.

Portanto, percebe-se, ante os aspectos brevemente sumarizados nos parágrafos anteriores, que o combate à ocorrência de crimes e a (re)significação do quadro periclitante do sistema penitenciário contemporâneo implica em rever o atual modelo de desenvolvimento, cedendo espaço a estratégias de desenvolvimento local, em essência mais inclusivas, participativas, solidárias e distributivas.

Em suma, o desenvolvimento local é aquele cujo foco está no empoderamento das pessoas residentes em determinadas localidades, dando-lhes condições de exercerem seus direitos e deveres sociais⁴². Considera-se que as estratégias de desenvolvimento local, muito embora não neguem a importância de geração de renda em determinados territórios, não negligenciam de modo algum a prerrogativa de se considerar as pessoas em toda a sua plenitude, com suas subjetividades, direitos e deveres sendo respeitados, garantidos e planejados no âmbito das dinâmicas de desenvolvimento⁴³.

42 ÁVILA, 2006; MARTINS, 2002.

43 BANDEIRA, 1999; NETO; CASTRO; BRANDÃO, 2017.

Ávila⁴⁴ lembra que as estratégias genuínas de desenvolvimento local são aquelas que se tipificam por serem endógenas, ou seja: surgem e estruturam-se a partir da própria iniciativa das pessoas residentes em um determinado território; pessoas essas que são impelidas a serem protagonistas, de modo colaborativo e solidário, da trajetória de desenvolvimento e emancipação da localidade em que residem.

Contemporaneamente, percebe-se que as iniciativas programáticas de cunho mundial para a promoção do desenvolvimento já levam em conta essa perspectiva local, calcada no empoderamento e protagonismo das pessoas, com as especificidades socioculturais que lhes são próprias. A agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), por exemplo, que tem como escopo promover o desenvolvimento sustentável, estabelece uma série de objetivos e metas que almejam melhorar a governança de determinados territórios, garantindo emprego e renda às comunidades tradicionais, preservando suas identidades socioculturais, além de proteger os ativos da biodiversidade local⁴⁵.

Acredita-se que, numa dinâmica em que as pessoas se veem valorizadas, com possibilidades plenas de subsistir dignamente e preservar a sua cultura nos próprios territórios em que residem, uma consequência inevitável é a diminuição dos quantitativos de crimes e violência, abrandando, ao longo do tempo, o quadro periclitante do sistema penitenciário brasileiro.

De todo modo, além de ser consequência das estratégias de desenvolvimento local, pode-se inferir também que uma (re)significação da lógica do sistema prisional e uma redução nos indicadores de crimes podem, conjuntamente, ser causa das estratégias de desenvolvimento, num processo em que o trinômio desenvolvimento local / queda nos indicadores de crimes / (re)significação do quadro periclitante do sistema prisional compõem um verdadeiro círculo virtuoso, que se retroalimenta continuamente.

As estratégias de desenvolvimento local não devem ser só privilégios das classes socioeconômicas mais abastadas; ao passo que também não devem ser destinadas somente aos “cidadãos de bem”. Deve-se pensar o desenvolvimento local a partir de estratégias protagonizadas pelos menos favorecidos socioeconomicamente, empoderando tal grupo. Não obstante, o desenvolvimento local deve também beneficiar e ser conduzido pe-

44 ÁVILA, 2006.

45 UN, 2018.

los “degredados do sistema”, que outrora cometeram crimes e que hoje se amontoam nas penitenciárias superlotadas e precárias do país.

Agora, quais mecanismos podem ser empreendidos para que os presos reclusos no sistema prisional também possam ser protagonistas de estratégias de desenvolvimento local? Uma (re)significação da lógica do sistema prisional contemporâneo pode contribuir com o desenvolvimento local? O tópico que segue pontua mecanismos que, muito embora não sejam conclusivos, permitem uma reflexão em torno da importância de se considerar os apenados hoje apinhados nas penitenciárias como possíveis protagonistas das dinâmicas de desenvolvimento local.

5. Conclusão

O primeiro aspecto para o qual o presente artigo pretende chamar atenção é a particularidade de que deve ocorrer uma mudança de mentalidade nas estratégias de desenvolvimento local. Deve-se pensar grupos específicos – tais como as pessoas reclusas em penitenciárias – também como possíveis protagonistas do desenvolvimento local. Em suma, o empoderamento das pessoas de um determinado território somente ocorrerá na medida em que todas, conjuntamente e sem distinção, atuarem de modo coordenado, solidário e participativo em prol de uma dinamização socioeconômica dos locais em que residem.

Muito embora seja um verdadeiro “lugar comum” falar da necessidade de melhoria das condições de assistência aos presos no interior das penitenciárias, ainda assim é essencial ponderar esse aspecto. É imperioso que os detentos tenham acesso à assistência material (alimentação e vestimentas adequadas, além de instalações com um mínimo de salubridade), de saúde (consultas regulares e adequadas a médicos e psicólogos), de educação (possibilidade de complementar os estudos ao longo da estada no cárcere, inclusive com formação de nível técnico e tecnológico), de trabalho (oferecimento de oportunidades de ocupação, tanto dentro quanto fora da prisão, com a respectiva remuneração mínima compatível) e jurídica (acesso a advogado que garanta o cumprimento da ampla defesa e ao contraditório). Tais aspectos não representam “luxo” aos detentos. São condições mínimas (em boa medida já previstas na Lei 7.210, de 1984, muito embora não sejam plenamente respeitadas) para que as pessoas encarceradas tenham um mínimo de dignidade e, assim, possam (re)pensar os seus atos e se (re)inserir na sociedade de modo efetivo.

Não obstante, vale ponderar que um mínimo de salubridade e assistência material no interior das penitenciárias poderia coibir a força das organizações criminosas territorializadas no cárcere. Um estabelecimento limpo, com uma quantidade adequada de pessoas (sem superlotação, portanto) e com relações sociais que se pautem pelo respeito e pela dignidade da pessoa humana, “esvaziaria” o discurso do “nós contra eles”, alimentado pelas facções criminosas para cooptar pessoas e demonstrar a sua força no interior no cárcere.

Na medida em que o outrora detento adquire a possibilidade de sair do cárcere, é importante que ocorra uma mudança de mentalidade da sociedade, livrando essa pessoa do estigma de bandido, delinquente e ex-presidiário. É fundamental que o sujeito passível de (re)socialização seja efetivamente visto “como pessoa”, detentora de subjetividades e condições de, a partir de seu conhecimento, capacitações, estudo e força de vontade (todos estes aspectos que podem ser aprimorados ao longo do interstício no cárcere), contribuir, de modo produtivo, com os rumos do desenvolvimento do território em que reside.

Ademais, o cárcere não deve ser visto como local de severo isolamento e castigo a criminosos. A prisão deve ser encarada como um espaço de reflexão e aprimoramento: reflexão quanto aos erros inerentes aos atos delituosos outrora cometidos; e aprimoramento quanto as condições (materiais, de saúde, de educação e de trabalho) para que, uma vez em sociedade, o sujeito outrora criminoso seja, de fato, protagonista de sua própria história e da história de desenvolvimento do território em que vive.

É notório que existem crimes que são mais graves e que notadamente carecem de um tratamento específico (maior tempo de reclusão ou até mesmo um isolamento mais efetivo do criminoso). Os crimes de genocídio, estupro, organização criminosa ou crime hediondo (só para citar alguns poucos exemplos) se enquadrariam nessa categoria. De todo modo, há que se ponderar que, conforme se demonstrou ao longo deste artigo, a maioria das pessoas encarceradas no Brasil cometeram crimes considerados mais leves (furtos, tráfico de drogas e afins), de tal modo que são essas pessoas que carecem de esforços para que, uma vez sendo-lhes asseguradas condições mínimas de sobrevivência e dignidade, (re)pensem os seus atos, insiram-se efetivamente na sociedade e tornem-se ativas nas dinâmicas produtivas e de desenvolvimento local.

Defende-se que as políticas públicas de Estado, além de eventuais ações das organizações da sociedade civil, sejam catalisadoras de um pro-

cesso em que, a partir de um conjunto de medidas concretas, se tenha uma (re)significação da condição do sujeito recluso. Essas medidas, além de primarem pela melhoria das condições (materiais, de saúde, trabalho e educação) no interior do cárcere, também poderiam contemplar campanhas educativas que impliquem em combate ao estigma negativo carregado pelos ex-presidiários; organizar uma rede de emprego que contemple ex-presidiários; além de engajar pessoas outrora reclusas em organizações que efetivamente pensam e programam estratégias específicas de educação, combate ao crime, promoção da cidadania e da dignidade humana.

Portanto, a principal tese defendida neste artigo é de que grupos específicos, incluindo as pessoas presas, podem também contribuir com as dinâmicas de desenvolvimento local. Acredita-se que o paradigma do desenvolvimento local implica em considerar uma sociedade plural, livre de preconceitos, solidária e colaborativa, numa dinâmica em que os vários grupos organizados, juntos, desenvolvam o território em que almejam viver.

Referências

- AMIN, Ash. An Institutionalist Perspective on Regional Economic Development. *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 23, n. 2, pp. 365-378, 1999. <http://dx.doi.org/10.1111/1468-2427.00201>.
- ANDION, Carolina. Análise de redes e desenvolvimento local sustentável. *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro, vol. 37, n. 5, pp. 1033-1054, 2003.
- ÁVILA, Vicente Fideles. Realimentando discussão sobre teoria de Desenvolvimento Local (DL). *Interações – Revista Internacional de Desenvolvimento Local*, Campo Grande, vol. 8, n. 13, pp. 133-140, 2006.
- BANDEIRA, Pedro. *Texto para Discussão – Participação, articulação de atores sociais e desenvolvimento regional*. Brasília: IPEA, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. 5ª ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2017.
- BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 – Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, 11 jul. 1984.
- BRITES, Isabel. A centralidade de Vigiar e Punir – História da violência nas prisões, na obra de Michel Foucault. *Revista Lusófona de Educação*, vol. 10, n. 10, pp. 167-184, 2007.

- CARDOSO, Francisca Leticia Miranda Gadelha; CECCHETTO, Fátima Regina; CORREA, Juliana Silva; SOUZA, Tiago Oliveira de. Homicídios no Rio de Janeiro, Brasil: uma análise da violência letal. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 21, n. 4, pp. 1277-1288, 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015214.14712015>.
- CESAR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. *Métis: História & Cultura*, vol. 12, n. 23, pp. 32-48, 2013.
- CORREIA, Ricardo Lopes; COSTA, Samira Lima da; AKERMAN, Marco. Processos de ensinagem em desenvolvimento local participativo. *Interações – Revista Internacional de Desenvolvimento Local*, Campo Grande, vol. 18, n. 3, pp. 23-39, 2017. <http://dx.doi.org/10.20435/inter.v18i3.1526>.
- DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*. Atualização, junho/2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões. *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, vol. 23, n. 2, pp. 213-233, 2011.
- FERREIRA, Helder Rogério Sant’Ana; MARCIAL, Elaine Coutinho. *Violência e segurança pública em 2023: cenários exploratórios e planejamento prospectivo*. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.
- FILHO, José Rodrigues Alvarenga. Prisão, delinquência e subjetividade. *ECOS – Estudos Contemporâneos da Subjetividade*, vol. 5, n. 2, pp. 161-170, 2015.
- FOSU, Augustin Kwasi. Growth, Inequality and Poverty in Sub-Saharan Africa: Recent Progress in a Global Context. *Oxford Development Studies*, vol. 43, n. 1, pp. 44-59, 2015. <https://doi.org/10.1080/13600818.2014.964195>.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 27^a ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRAGOSO, Antônio. Contributos para o debate teórico sobre o desenvolvimento local: Um ensaio baseado em experiências investigativas. *Revista Lusófona de Educação*, vol. 5, n. 5, pp. 63-83, 2005.
- FREIXO, Marcelo. Desintegração do sistema prisional, segurança pública e exclusão social. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 21, n. 7, pp. 2171-2178, 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.11752016>.

- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- GONÇALVES, Paula Teixeira; RIBEIRO, Daniela de Figueiredo; VENTURA, Carla Aparecida Arena. O percurso de vida de ex-presidiários: reflexões sobre prisão e desenvolvimento humano e social. *Revista Perspectivas do Desenvolvimento: um Enfoque Multidimensional*, vol. 3, n. 4, pp. 1-33, 2015.
- JARDIM, Ana Caroline Montezano; AGUINSKY, Beatriz Gershenson. A captura das mulheres pela lógica da prisão masculina: entre as relações de gênero e as violências institucionais. In: GROSSI, Patrícia Krieger. (Org.). *Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber*. 2ª Ed. Porto Alegre: Ed Pucrs, 2012, pp. 179-205.
- LESSING, Benjamin. As facções cariocas em perspectiva comparativa. *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 27, n. 1, pp. 43-62, 2008. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-3302008000100004>.
- MARTINS, Sérgio Ricardo Oliveira. Desenvolvimento Local: questões conceituais e metodológicas. *Interações – Revista Internacional de Desenvolvimento Local*, Campo Grande vol. 3, n. 5, pp. 51-59, 2002.
- MONTEIRO, Claudio Dantas; GUELLATI, Yacine.; FERREIRA, Helder Rogério Sant'Ana. *Texto para Discussão - Brasil 2035: Tendências de peso e incertezas para segurança pública*. Rio de Janeiro: IPEA, 2017.
- MORAIS, Ricardo Barbosa. O poder disciplinar: uma leitura da transformação da penalidade clássica à moderna nas análises de Michel Foucault. *Dissertação – Mestrado em Filosofia*. 86p. São Paulo/SP: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 1999.
- NASCIMENTO, Decio Estevão do; TEIXEIRA, Marcos Aurélio Nascimento. Segurança pública e desenvolvimento local: Experiências do Brasil, Colômbia e Japão. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, vol. 5, n. 3, pp. 365-385, 2016. <http://dx.doi.org/10.3895/rbpd.v5n3.3790>.
- NERY, Marcelo Batista; ADORNO, Sérgio. O Movimento da Criminalidade em São Paulo: um Recorte Temático e Bibliográfico. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, vol. 76, n. 2, pp. 5-32, 2015.
- NETO, Aristides Monteiro; CASTRO, César Nunes de; BRANDÃO, Carlos Antônio. *Desenvolvimento regional no Brasil: políticas, estratégias e perspectivas*. Rio de Janeiro: IPEA, 2017.

- QUEIROZ, Carla Figueiredo Garcia de. Potencialidades de desenvolvimento local no Instituto Penal de Campo Grande – Mato Grosso do Sul. *Dissertação – Mestrado em Desenvolvimento Local*. 259p. Campo Grande/MS: Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), 2017.
- RANGEL, Flavio Medeiros; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. O alongamento do tempo de prisão e a violação de direitos na custódia de presos no Brasil. *Avances en Psicología Latinoamericana*, vol. 35, n. 3, pp. 473-483, 2017.
- SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. *Sociologias*, vol. 8, n. 16, pp. 274-307, 2006. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200011>.
- SANTOS, Denis Delgado; JORGE, Domenico Rodrigues Simião Reis; SOUZA, Eduardo Rumenig de. O paradoxo da política de segurança pública: estado, PCC e a gestão da violência na cidade de São Paulo. *Primeiros Estudos*, n. 8, pp. 105-124, 2017. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2237-2423.v0i8p105-124>.
- SILVA, Anna Carolina Martins; ROCHA, Natalia Tenore; BRÊTAS, Ana Cristina Passarella. Mulheres entre grades: relatos de uma experiência. *Revista Ciência em Extensão*, vol. 12, n. 3, pp. 178-189, 2016.
- TAVARES, Gilead; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Trajetórias de vida de presidiários e possíveis sentidos para a prisão. *Revista Psicologia Política*, vol. 8, n. 15, pp. 121-138, 2008.
- UDERMAN, Simone. O Estado e a formulação de políticas de desenvolvimento regional. *Revista Econômica do Nordeste*, vol. 39, n. 2, pp. 232-250, 2008.
- UN – UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals (SDG's) – 17 Goals to Transform our World*. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault e o Estado penal na era neoliberal. *Revista Transgressões – Ciências Criminais em Debate*, vol. 3, n. 1, pp. 5-22, 2015.
- WPB – WORLD PRISON BRIEF. *Highest to Lowest – Prison Population Total*. 2017. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

Recebido em 16 de fevereiro de 2018.

Aprovado em 03 de abril de 2019.

A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da teoria dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido

The fundamentality of social rights according to the cost theory and the debate between Fernando Atria e Carlos Pulido

Elísio Augusto Velloso Bastos*

Centro Universitário do Pará, Belém – PA, Brasil.

Heloisa Sami Daou**

Centro Universitário do Pará, Belém – PA, Brasil.

1. Introdução

A concretização de direitos sociais fundamentais continua suscitando inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência. Os direitos sociais, também chamados de direitos de igualdade, formam, juntamente com os direitos culturais e econômicos, os denominados direitos de segunda geração, isso porque, em que pese sua previsão já em algumas Constituições francesas do período revolucionário, apenas posteriormente é que passaram a integrar os textos constitucionais ocidentais com certa habitualidade, estabelecendo, assim, um tipo diferente de Estado ou um tipo diferente de ideologia estatal.

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Graduação e do Mestrado do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Advogado. Procurador do Estado do Pará. E-mail: elisobastos@oi.com.br.

** Mestra em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. E-mail: helo_daou@yahoo.com.br.

Sabe-se, também, que a história dos direitos humanos remonta ao final do século XVIII, servindo, inicialmente, como a teoria jurídica que pretendeu legitimar o processo revolucionário, tanto francês quanto estadunidense.

Os denominados direitos de primeira geração nascem nesse período revolucionário, são direitos de resistência e oposição frente ao Estado, inspirados nos valores da liberdade, da propriedade e da igualdade formal (de todos, perante a lei), possuíam o propósito especial de proteger os indivíduos do então principal agente lesionador de direitos: o Estado. Esse era o contexto do Estado que emerge como resultado das Revoluções liberais, do final dos setecentos e início dos oitocentos.

Contudo, as contradições existentes no seio do Estado liberal, especialmente as profundas desigualdades sociais, impuseram o seu aprimoramento. Desse modo, os direitos sociais vieram a ser o instrumento político e jurídico a pretender reduzir o déficit democrático perante os sistemas econômico e social de então.

Desse modo, o Estado Social e Democrático de Direito e seu embasamento jurídico, a Constituição Social, pretendem estruturar de forma diferente, tanto os princípios gerais de atuação e organização do Estado, quanto as garantias de direitos fundamentais.

Um passo importante que pretende dar o constitucionalismo social é partir do pressuposto de que as causas da pobreza não seriam exclusivamente individuais, mas, sobretudo, econômicas e sociais, daí que a miséria não deveria ser objeto de regulação pelo direito penal, mas especialmente por direitos que pretendessem reduzir tais desigualdades.

Ocorre que a plena garantia de direitos sociais ainda encontra óbices, isso porque a diferença de momento e contexto histórico de surgimento, bem como supostas diferenças de natureza, importância e custos de efetivação, fazem com que parte considerável da doutrina aponte diferenças entre os direitos sociais e os direitos de primeira geração, argumentos que acabam por negar força normativa a tais direitos e, com isso, sua fundamentalidade.

O presente texto tem o objetivo de problematizar acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, uma vez que considerar os direitos sociais como fundamentais tem como consequência prática reconhecer que tais normas são dotadas de características peculiares que facilitam a sua proteção e efetivação.

Desse modo, propõe-se o diálogo com a realidade brasileira, especialmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/88), que reconhece a fundamentalidade aos direitos sociais, considerando-os como ferramentas para que se torne real e efetivo o princípio eleito como razão de ser da própria existência do Estado, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, para além de expressar um conteúdo moral, os Direitos Sociais expressam um conteúdo jurídico, sendo, portanto, direitos subjetivos. Perceba-se, ainda, que a fundamentalidade se cinge a um ordenamento jurídico-constitucional específico.

Em sede de introdução, imprescindível a ressalva de que o diálogo com a CRF/88 é essencial, pois a fundamentalidade do direito, como se sabe, é atribuída de acordo com a realidade constitucional de cada país.

As ideias centrais do artigo estarão divididas em três partes. Inicialmente a intenção é explorar o surgimento do Estado Social e, desse modo, dos direitos sociais.

Depois, analisar-se-á a problemática da fundamentalidade dos direitos sociais, a partir da exposição de argumentos divergentes na doutrina nacional e internacional, tratando-se, ainda, sobre o custo dos direitos, argumento restritivo à ampla garantia de direitos sociais.

Por fim, com base na realidade brasileira, objetiva-se analisar questões envolvendo a exigibilidade dos direitos sociais, apresentando-se, na oportunidade, algumas das características desses direitos.

O presente ensaio é uma obra de hermenêutica constitucional, ancorada na análise qualitativa e, para atingir os objetivos elencados, a metodologia empregada será a da revisão bibliográfica de livros e artigos científicos sobre o tema, ou seja, buscar-se-á suporte teórico necessário na doutrina nacional e internacional.

2. O Estado Social: análise histórica

O mercado possuía grande importância no final do século XIX, pois, por meio dele, garantia-se a compra e venda, além da apropriação, circulação e acumulação de bens considerados essenciais à vida. Assim, predominava a lógica inculpada na doutrina do *Laissez-Faire* e na máxima *laissez faire, laissez passer, n'est pas trop de gouverner*, que permitia a cada um se

apropriar do fruto do seu trabalho¹ e a ideia dominante de que uma distribuição mais justa de riquezas poderia ser alcançada pela liberdade de mercado, sem a necessária intervenção do Estado.

Nesse sentido, acreditava-se relevante a proteção de direitos individuais, concebidos como meios de proteção contra o Estado e, ainda, seria “impensável qualquer função do Estado de cunho paternalista que pudesse colocar em risco este equilíbrio natural das forças”².

Nesse contexto, os direitos considerados unilaterais recebem destaque, isto é, aqueles que diziam respeito ao homem isoladamente: a vida, a igualdade perante a lei, a propriedade, a segurança e a liberdade, direitos humanos de primeira geração, que foram legitimados na linguagem do Direito, incorporando os valores da época.

Igualdade perante a lei significava uma igualdade apenas formal, ou seja, a ideia dominante era a de que os homens seriam capazes de resolver suas próprias diferenças sem a necessidade de intervenção externa, não havendo qualquer preocupação, tampouco a intenção de garantir a igualdade material, com a atuação do Estado para a diminuição de eventuais desigualdades.

Por sua vez, a propriedade revelava-se como que uma senha de acesso aos direitos políticos, destacando-se o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde constava que “*La Propriété étant un droit inviolable et sacré (...)*”. Concedia autonomia ao indivíduo; portanto, era sagrada, e por meio dela se tinha acesso ao voto, censitário, ou seja, dele estavam excluídas diversas classes sociais, como as mulheres e os negros. Daí a existência de autores, tal como Robles³, que sustentam que o homem-proprietário se transformou no “conceito antropológico básico da filosofia política do liberalismo”.

Lembra Arnaud-Duc⁴ que os “dias que se seguiram à Revolução foram alguns dos mais negros na história das mulheres”. As mulheres francesas apenas conseguiram acesso ao direito de voto em 1944. Ademais, lembra Douzinas⁵ que a própria França apenas abandonou, definitivamente, a escravidão, em 1848.

1 BASTOS, 2007, p. 30.

2 BASTOS, 2007, p. 32.

3 ROBLES, 2005, p. 25.

4 ARNAUD-DUC, 1997 *apud* DOUZINAS, 2009, p. 111.

5 DOUZINAS, 2009, p. 112.

Por fim, a própria noção de Liberdade mereceu uma contundente modificação. Afinal, a liberdade buscada pelos revolucionários liberais dizia respeito ao espaço livre de intervenção estatal, ou, em outras palavras, ao campo da autonomia da vontade. Essa é a essência da liberdade dos modernos, como esclarece Constant⁶.

Nesse sentido, as Constituições que surgiram no século XVIII e XIX buscavam assegurar que a intervenção do Estado fosse, nas palavras de Bastos⁷, “cirúrgica e pontual”, assim como as Instituições da época serviam para proteger os ideais de certeza e segurança. É dizer que, nesse período, as primeiras Constituições que surgiram refletiram o ideal do capitalismo liberal, valorizando o livre-mercado e a propriedade privada.

Contudo, considerando que os indivíduos não gozavam de igual proteção, a vivência desses ideais acabava gerando contradições, pois a grande valorização da propriedade privada, a exploração da classe operária, a ausência de intervenção estatal em prestações positivas, o aumento da pobreza e da desigualdade social, a ausência de igualdade de oportunidades sociais e políticas, dentre outros fatores, somados à luta dos movimentos sociais, levaram à necessidade de melhoras no sistema vigente à época.

Assim, tornou-se impossível conter os já por demais contidos movimentos de socialização do capital, pelo que surgiram os movimentos operários visando, sobretudo, à superação do sistema capitalista. Porém, como uma espécie de contrarreforma, surgem os movimentos, muitos deles também de origem operária, visando à chamada socialização do capitalismo, pretendendo, ao instaurar uma ordem capitalista social e um Estado Social, preservar a ordem capitalista.

Importante destacar, ainda, sobre esses movimentos operários, que os direitos sociais ganharam força no contexto da revolução industrial, pois apesar do avanço e desenvolvimento econômico, sacrificou-se a classe trabalhadora com longas e penosas jornadas de trabalho e em face de péssimas condições de trabalho.

Desse modo, os direitos sociais surgiram como resposta aos movimentos populares que pretenderam impor uma lógica de ética e justiça sociais ao sistema até então vigente. Afinal, conforme assevera Luño⁸: “a liberdade

6 CONSTANT, 1985, p. 13.

7 BASTOS, 2007, p. 32.

8 LUÑO, 1998, p. 215.

sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos”. Essa foi a tendência durante o século XX, com destacado reflexo nas relações de trabalho, que foi o primeiro campo onde se introduziu referidas ética e justiça.

As normas relativas aos direitos sociais foram positivadas nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, de 1919, sendo esta última a responsável pela consolidação do modelo constitucional do *Welfare State* para o ocidente, juntamente com o surgimento de diversos documentos no plano internacional, todos em prol da garantia desses direitos, a exemplo da Encíclica do Papa Leão XIII, *Rerum Novarum*, a qual consolidou a doutrina social da Igreja, em 1891.

Os novos direitos que surgiram tornaram-se tão importantes, especialmente naquele contexto, que ocasionaram uma transformação no papel do Estado Democrático de Direito para Estado Democrático Social de Direito. Antes se buscava proteção contra o Estado, a partir da garantia de direitos de primeira geração, vistos como instrumentos para tal; agora, a pretensão era utilizar o Estado no papel de protetor. Desse modo, os direitos sociais ou de segunda geração serão utilizados para assegurar atuação planejada ou promocional do Estado como verdadeiro garantidor, deixando o Estado Social de ser apenas o mero *government by law*, para pretender transformar-se no complexo *government by policies*, com vistas ao alcance de metas sociais e não apenas econômicas.

Parte-se do pressuposto, correto, de que o Estado não era o único opressor⁹. A dinâmica do livre mercado, dentre outros fatores, fazia crescer as desigualdades sociais, surgindo a necessidade da afirmação de outros direitos básicos, aqueles de cunho cultural, econômico e social, em outras palavras, os direitos de segunda geração. Isso porque não bastava que todos fossem livres apenas formalmente se, na realidade, não o eram, pois não possuíam condições de liberdade material. Não basta exigir autonomia. Mister lutar-se por condições de autonomia eis que tais condições, como se sabe, estavam e ainda estão distribuídas desigualmente pela sociedade¹⁰. Perceba-se que, dentro dessa análise, os Direitos

9 BARCELLOS, 2011, p. 136.

10 SANTOS, 2014, p. 10.

Sociais estariam vinculados¹¹ aos Direitos de primeira geração, servindo para viabilizar as condições de liberdade.

Afinal, condições sociais, econômicas e culturais podem atuar, e normalmente atuam, como “práticas estigmatizadoras, segregadoras ou discriminatórias”, quando “compartilhadas socialmente ou incorporadas em instituições públicas”, podendo gerar, para certos grupos ou indivíduos, a negativa de acesso, ou acesso de baixa qualidade, ou menor fruição potencial de bens da vida (que nos prendem à nossa existência)¹².

Na Inglaterra podem ser encontradas teorias relevantes e pioneiras embaixadoras do Estado de Bem-Estar Social¹³. Parece-nos adequado, todavia, vincular os Direitos Sociais à tentativa de se ofertar uma resposta adequada às denominadas “necessidades sociais”, expressão cunhada por Richard Titmuss¹⁴ para identificar o conjunto de necessidades oriundas da interdependência social, definidas pelas sociedades como padrão de vida corrente. Tal interdependência social (não natural, portanto, criada pelo homem) deixaria o indivíduo mais vulnerável e suscetível ao fracasso e, assim, suscetível a estigmas e preconceitos, o que acarretaria: a) a perda de respeito (alheio e próprio), b) a perda da disposição para a solidariedade, c) o comprometimento das identidades pessoais e, ainda, d) o acesso a serviços seletivos e de pouca qualidade, uma vez associados à ideia de fracasso, pouco efetivos, eis que desestimula-se seu uso preventivo e precoce.

11 Como melhor será visto adiante, quando da análise da teoria de Carlos Pulido, há duas teorias que pretendem esclarecer qual o fundamento dos Direitos Sociais. A primeira busca vinculá-los aos Direitos de primeira geração, afirmando que os Sociais serviriam como instrumentos para viabilizar as condições de liberdade, de autonomia. A segunda, denominada autônoma, busca identificar um fundamento independente aos Direitos Sociais, desvinculando-os, portanto, das Liberdades Públicas, ao identificar as pessoas como titulares de um conjunto de necessidades sociais (que modulam e formatam, legítima e necessariamente, o conceito de liberdade de modo que tais moldes sequer devem ser entendidos como restrições, mas limites imanes) e como titulares do Direito à prevenção dos custos sociais. Como será visto a seguir, o presente trabalho concorda com a visão de Pulido no sentido de que estas duas teorias são complementares, desde que, evidentemente, não se caia na armadilha de transformar a vinculação dos Direitos Sociais aos Direitos de primeira geração, presente na primeira teoria, em subordinação ou inferioridade dos primeiros em relação aos segundos.

12 KERSTENETZKY, 2012, p. 31.

13 Uma definição adequada sobre o Estado do Bem-Estar Social é fornecida pela International Encyclopedia of the Social Sciences, consoante a qual “*the welfare state is a set of government programs aimed at ensuring citizens’ welfare in the face of the contingencies of life in modern, individualized, industrialized society. All welfare states provide direct state assistance to the poor in cash (e.g., social assistance) and in kind (e.g., housing and social services), as well as social insurance against the financial consequences of certain biological risks (illness, incapacity to work, childbirth, child-rearing, old age) and occupational risks (unemployment, accident, or injury)*” (VEGHT, 2007, p. 67).

14 TITMUSS, 1959 *apud* KERSTENETZKY, 2012, pp. 22-24.

Titmuss¹⁵, ademais e corretamente, esclarece que, identificadas tais necessidades sociais, não bastaria, apenas, satisfazê-las, mas, especialmente e sobretudo, provê-las por serviços universais capazes de evitar estigmas e que possam contribuir para construção da identidade das pessoas. Os Direitos Sociais e a Seguridade Social pretendem, pois, tomar o lugar do Direito Penal, outrora único ou principal mecanismo jurídico para enfrentar tais necessidades.

Outro importante conceito doutrinário desenvolvido para uma melhor compreensão dos Direitos Sociais deve-se ao economista inglês Arthur C. Pigou. Trata-se dos denominados “custos sociais”, os quais, na visão de Pigou¹⁶ constituem-se nos desserviços sociais consumidos compulsoriamente pelas pessoas em face da vida em sociedade, como, por exemplo, o lixo, os acidentes nas estradas, o subemprego, a obsolescência programada, a poluição, o trânsito etc. Assim, o bem-estar seria devidamente implementado quando tais custos fossem perfeitamente compensados, algo bastante difícil, eis que os efeitos negativos dos custos sociais não costumam ser pequenos, não costumam ser homogêneos e nem precisamente calculáveis, além de que se estariam tornando generalizados e sutis.

A partir da noção de custos sociais, defende, corretamente, Titmuss¹⁷, que uma adequada estratégia não deve passar pela impossível premissa de que seria possível o cálculo preciso dos custos para empreender sua necessária compensação. A estratégia deveria ser prudencial, ao invés de reparatória, devendo ser adotada uma política preventiva para prevenir tais custos.

Assim, Titmuss e Pigou identificam o Bem-Estar Social como comando sobre recursos para satisfazer necessidades sociais e prevenir custos sociais. Tal comando é viabilizado por Direitos Sociais¹⁸. Perceba-se que essa noção traz, implícito, um fundamento independente (autônomo) para os Direitos Sociais, desvinculando-os dos Direitos de primeira geração e vinculando-os, apenas, à noção de satisfação de necessidades sociais e prevenção de custos sociais.

15 TITMUSS, 1959, *apud* KERSTENETZKY, 2012, p. 24.

16 PIGOU, 1920, *apud* KERSTENETZKY, 2012, p. 25.

17 TITMUSS, 1959, *apud* KERSTENETZKY, 2012, p. 22.

18 KERSTENETZKY, 2012, p. 29.

Destaque-se, por fim, que a noção de Direitos Sociais também valoriza a Constituição como ato normativo¹⁹, uma vez que os valores nos quais o Estado seria constituído partiam do texto constitucional e refletiam para toda sociedade a partir dele. Assim, face ao acesso que tiveram os diversos grupos sociais ao parlamento e, especialmente com o voto universal, a legislação ordinária e as Constituições sofreram profundas mudanças, que foram responsáveis pelo ingresso de valores sociais no direito positivo. Tais valores aparecem no reconhecimento ou “fundamentalização” de direitos relacionados ao trabalho, educação, lazer, saúde, assistência social, dentre outros, todos ligados, como já se viu, a reivindicações de justiça social.

Desse modo, o arcabouço jurídico do Estado de bem-estar social, inclusive com sua normatização internacional, já se encontra bem definido logo após a primeira guerra mundial, firmando-se, contudo, após a segunda grande guerra.

3. A fundamentalidade dos direitos sociais: as teses divergentes de Fernando Atria e Carlos Pulido

Alguns autores aplicam distinção em níveis de relevância, grau de força normativa e fundamentalidade entre as Liberdades Públicas e os Direitos Sociais em razão desses últimos terem galgado nível constitucional em momento posterior aos Direitos Cívicos e Políticos.

A fundamentalidade do direito está relacionada à possibilidade de se atribuir a esse direito características peculiares que o diferenciam, no momento da sua proteção, concretização e exigibilidade, isso porque a fundamentalidade do direito relaciona-o diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que lhe identifica com máximos níveis de força normativa.

Nesse sentido, há severas divergências na doutrina, sendo que, para alguns, os direitos de segunda geração não são iguais aos de primeira no que refere à sua força normativa. Assim, são diversas as teses que, de um lado, atribuem fundamentalidade aos direitos sociais e, de outro, negam.

Atria²⁰ destaca que a noção de direitos sociais seria uma contradição quando se leva em consideração a noção de direito subjetivo no sentido

19 Em que pese o inexorável fato de que o reconhecimento constitucional dos Direitos Sociais está longe de representar sua conversão em realidade ou mesmo, para muitos, em “*expectativas plenamente exigibles o en instrumentos aptos a satisfacer las necesidades básicas de sus destinatarios*” (PISARELLO, 2007, p. 12).

20 ATRIA, 2005, p. 15.

jurídico do termo, isso porque os direitos individuais têm seu fundamento no auto-interesse, são direitos anteriores ao Estado e, desse modo, absolutamente independentes de algo externo ao próprio indivíduo, ou seja, não há fundamento de direito subjetivo fora de um ideal individual. Assim, os direitos sociais não seriam humanos, pois o traço distintivo desses direitos é que eles dependeriam de solidariedade²¹ e esta é algo que se constrói na vida em sociedade, portanto não nasce com o indivíduo.

Atria²² complementa afirmando que os direitos de primeira geração possuiriam uma peculiaridade, que seria o fato de que, quando se determina quem tem o direito, determina-se, também e imediatamente, quem tem o dever de prestá-lo. Assim, os direitos individuais possuiriam uma clara e completa especificação do seu conteúdo e a consequência é que eles poderiam ser considerados como naturais.

Em contrapartida, os direitos sociais seriam totalmente diferentes, pois não especificariam com precisão seu conteúdo, tampouco revelariam, de plano, em face de quem seriam exigíveis, ou seja, não informariam, de imediato, qual sujeito estaria obrigado, destacando-se que a resposta a essas perguntas só seria possível na vida em sociedade²³.

Veja-se, por exemplo, a situação de alguém que deixa seu veículo estacionado em via pública, utilizando-se a lógica de Atria. Nesse caso, tratando-se de direito à propriedade, é fácil compreender que não só o Estado tem o dever de proteger o imóvel, como também o têm todas as pessoas, pois ninguém pode lesar a propriedade de outrem. Contudo, quando se fala em direitos sociais, consoante o pensamento de Atria, seria mais difícil especificar de quem é a obrigação de proteção, não é de plano que se define quem deve proteger o direito à saúde ou à educação dos indivíduos e deles não se retira uma prestação específica desde logo, o que faz diminuir a força desses direitos.

Retomando o argumento da subjetividade dos direitos sociais, sabe-se que a noção de direito subjetivo pode ser compreendida de forma intuitiva: se uma pessoa tem um direito, isso significa que possui a prerrogativa de exigir algo de alguém, ou seja, alguém deve adimplir a obrigação correspondente a esse direito. Assim, um direito subjetivo apenas nasce se alguém tem o poder de exigir forçosamente de outrem uma conduta²⁴.

21 ATRIA, 2005, p. 18.

22 ATRIA, 2005, p. 19-20.

23 ATRIA, 2005, p. 20.

24 ATRIA, 2005, p. 22.

Logo, há uma grande e essencial diferença entre afirmar que se deve “dar algo a alguém porque é justo ou bom” e afirmar que “alguém tem o direito a algo”. Assim, no sentido jurídico, para que se possa falar em direito subjetivo, algumas condições seriam imprescindíveis, conforme destaca Atria²⁵, “é necessário que uma pessoa, (i) tenha uma obrigação (ii) cuja executividade seja legalmente mediada pela declaração de vontade de outra; e (iii) que seja reconhecida ou criada por lei no interesse dessa outra pessoa”.

Nesse contexto, na tese do autor, à medida que os Direitos teriam a função de justificar a existência do Estado, esses Direitos só poderiam ser os naturais, aqueles de primeira geração, uma vez que os Direitos Sociais não poderiam ser completamente exigíveis, eis que em uma medida importante dependeriam de sistemas que os juízes não poderiam criar, uma vez que os direitos sociais dependeriam de uma atuação ativa do Estado por meio das políticas públicas. Atria assim conclui, nos seguintes termos:

Em resumo, o argumento é relativamente simples: vimos que o conceito de direito subjetivo se refere à ideia de que o que é justo dar, fazer ou não fazer ao detentor do direito pode ser determinado independentemente de considerações substantivas de natureza geral. É por isso que os direitos triunfam (pelo menos em princípio) sobre considerações de utilidade geral ou aspirações da comunidade. Maior bem-estar social ou aspiração da comunidade não podem constituir uma razão que triunfa sobre um direito. É isso que ‘tem direito a ...’ significa no jogo da linguagem legal. [...] Os fins coletivos (ou comunitários) que justificam os direitos sociais, portanto, não podem derrotar os direitos individuais se não forem expressos na linguagem dos direitos.²⁶

25 ATRIA, 2005, p. 23. No original: “Es necesario que una persona, (i) tenga una obligación (ii) cuya exigibilidad está jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra; y (iii) que sea reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra”.

26 ATRIA, 2005, p. 39. No original: “En abstracto, el argumento es relativamente simple: hemos visto que el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho puede determinarse con independencia de consideraciones substantivas de índole general. Por eso los derechos triunfan (al menos en principio) sobre consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias. El mayor bienestar social o la aspiración comunitaria no pueden constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que ‘tener derecho a...’ significa en el juego de lenguaje del derecho. (...). Los fines colectivos (o comunitarios) que justifican los derechos sociales, en consecuencia, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos”.

Portanto, para Atria²⁷, os direitos sociais não podem ser exigíveis como direitos subjetivos. Contudo, importante destacar que o autor parece não defender a retirada dos direitos sociais do texto das Constituições. Necessário seria, apenas, entender tais direitos apenas em seu sentido político, ou seja, como objetivos relevantes para o Estado. Assim, resta evidente que os argumentos até aqui expostos acabam por negar a fundamentalidade dos direitos sociais.

Essa tese, que fundamenta uma redução, ou mesmo aniquilação, da força normativa dos Direitos Sociais tem merecido acolhida. Virgílio Afonso da Silva²⁸, no Brasil, mesmo reconhecendo que todos os direitos são positivos, sustenta que os Direitos Sociais se diferenciariam dos Cíveis e Políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Afinal, a implementação dos Direitos Sociais exigiria o investimento de recursos de maior monta, sobretudo pelo fato de que a estrutura que o Estado deve manter para tutelar os Direitos Cíveis e Políticos também serviria para tutelar os Direitos Sociais. Assim, ao contrário do que ocorreria com a realização e a proteção dos Direitos Individuais, a realização dos Direitos Sociais, por, supostamente, depender de enormes gastos públicos, dependeria de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal, acarretando uma redução na força normativa de tais direitos. A tese, portanto, nitidamente representa ou acarreta a negação ou a redução da fundamentalidade dos Direitos Sociais.

O pensamento de Torres²⁹ também acarreta ou pressupõe similar redução de fundamentalidade dos Direitos Sociais, uma espécie de *capitis diminutio* em relação aos direitos de primeira geração, eis que os de segunda geração somente poderiam ser exigíveis na medida em que fossem tocados pelo interesse fundamental, isto é, pelo núcleo intangível da fundamentalidade. Equiparam-se, assim, os Direitos Sociais ao mínimo existencial.

Assim, com base em argumentos idênticos, ou similares, parte considerável da doutrina admitirá uma supostamente natural redução (ou esvaziamento) da força normativa dos Direitos Sociais ao falar, por exemplo, em “ajustamento social do socialmente desejável para o economicamente

27 ATRIA, 2005, p. 47.

28 SILVA, 2008, pp. 587-599.

29 TORRES, 2003, p. 1-2.

possível”, como o faz Rivero³⁰. Falar-se-á, igualmente, em uma certa “subordinação da efectividade concreta a uma reserva do possível”, como o faz Canotilho³¹. Defender-se-á, também, a existência de uma “raridade material do objeto da pretensão como limite real” aos Direitos Sociais, no dizer de Christian Starck³², ou mesmo na dependência que os Direitos Sociais teriam não apenas de aplicação de normas constitucionais, mas, e sobretudo, dos próprios fatores econômicos, bem como dos “condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros”, assegurado, sempre, o volátil “conteúdo essencial”, como o faz Miranda³³. Assim, o resultado da avaliação dos direitos a efetivar e dos recursos para efetivá-los sequer deverá ser considerada verdadeira e própria restrição ao Direito Social não efetivado³⁴.

Tais posições doutrinárias³⁵ acarretam, sem dúvida, uma vulnerabilidade, uma redução ou aniquilamento da fundamentalidade dos Direitos Sociais, de sua força normativa, ainda que se pretenda assegurar a efetivação de um conteúdo jurídico mínimo, o qual teria (apenas ele) um grau de fundamentalidade capaz de gerar direitos subjetivos sociais aos seus titulares. Logo, se a pretensão reclamada estiver fora desse mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos passa a depender de fatores condicionantes de sua força normativa ou de sua eficácia imediata, tais como a existência de recursos públicos, a regulamentação por legislação infraconstitucional etc.

30 RIVERO, *apud* MIRANDA, 2000, p. 392.

31 CANOTILHO, 1994, p. 365.

32 STARCK, *apud* MIRANDA, 2000, p. 392.

33 MIRANDA, 2000, p. 392.

34 MIRANDA, 2000, p. 393.

35 Gerardo Pisarello, de modo correto, identifica quatro planos diferentes do discurso jurídico-político a fundamentar a identificação dos Direitos Sociais como meros princípios norteadores ou normas programáticas, ou fundamentar a ideia de que o Poder Judiciário nada pode ou nada deve fazer para garanti-los. O primeiro plano seria composto pela noção histórica de que os Direitos Sociais seriam cronologicamente posteriores aos Direitos Cíveis e Políticos. O segundo, embasado pela noção normativa ou filosófica, sustentaria que apenas os Direitos Cíveis e Políticos estariam diretamente vinculados à Dignidade da Pessoa Humana, pelo que haveria uma subordinação dos Direitos Sociais aos Cíveis e Políticos. O terceiro plano de natureza teórica estaria vinculado à noção de que haveria uma diferença estrutural entre os Direitos Sociais, de um lado, e Cíveis e Políticos, de outro, a impedir a oferta de mecanismos similares de proteção. O quarto plano, de ordem dogmática, derivaria dos demais, e afirmaria que os Direitos Sociais não seriam Fundamentais nem judicialmente exigíveis (PISARELLO, 2007, pp. 14-16).

Tais posições doutrinárias pecam ao confundir Direitos Sociais com Direitos Prestacionais. Partindo do pressuposto incorreto ou, no mínimo, infundado, de que apenas os Direitos Sociais seriam prestacionais, positivos, apenas eles exigiriam um agir estatal, apenas sua proteção implicaria o aporte de recursos públicos, apenas eles seriam custosos ou, pelo menos, bem mais custosos, se comparados aos de primeira geração. O equívoco reside no fato de que todos os Direitos são custosos³⁶, todos são prestacionais no sentido de que todos, em algum aspecto de seu âmbito normativo, exigem um agir estatal para sua efetiva proteção.

Entretanto, encontra-se, também, na doutrina, teses que defendem a fundamentalidade ampla dos Direitos Sociais. Pulido³⁷ opõe-se a Atria (ainda que de modo equivocadamente parcial), inicialmente para desconstituir a ideia de que buscar fundamentos para os direitos sociais na solidariedade significa dizer que não se pode fundamentar direitos sociais como subjetivos, posteriormente para afastar a ideia de que a existência de diferenças estruturais entre os direitos individuais e os sociais tornam estes últimos indeterminados. O autor³⁸ reconhece que o ideal coletivo por si mesmo não consegue fornecer fundamentação adequada para direitos subjetivos, reafirmando que a noção de subjetividade do direito deve partir da posição do indivíduo, o qual deve ser protegido até para que possa bem interagir em comunidade ou face a ela. Nesse ponto, identifica-se uma convergência de pensamento entre os autores. Entretanto, contrapondo-se a Atria, destaca Pulido³⁹:

Como consequência, nada se pode objetar à crítica de Atria contra a possibilidade de fundamentar o caráter de direitos subjetivos dos direitos sociais na concepção socialista. Não obstante, o problema da perspectiva de Atria consiste em derivar desta crítica uma licença para sustentar a tese segundo a qual os direitos sociais não podem ser considerados de nenhuma maneira como direitos subjetivos e somente podem ter valor enquanto ideais políticos.

36 Conforme se verá adiante.

37 PULIDO, 2008, pp. 137-175.

38 PULIDO, 2008, p. 144.

39 PULIDO, 2008, p. 144.

Pulido⁴⁰ evidencia que o Estado Social não modifica por completo as bases do Estado Liberal, pretendendo apenas reformulá-las, ou, pode dizer-se, intencionando garantir legitimidade às liberdades públicas, tanto quanto ao aparato que as impõe. Pulido⁴¹, ademais, esclarece que o Estado Social de direito fundamenta os direitos sociais de duas formas, a primeira de forma independente, e a segunda como meios para garantia de exercício real das liberdades.

Desse modo, o autor revigora a tese da fundamentação independente de Tungendhat⁴², e recorda que “A ideia central de Tungendhat assinala que, para responder à pergunta acerca de quais direitos deve ter uma pessoa, somente pode ser fundamental o conceito de necessidade”. Continua esclarecendo Pulido⁴³:

De acordo com este autor [Tungendhat], os direitos fundamentais estabelecem regras de cooperação social que traçam as condições nas quais se desenvolvem os vínculos entre os indivíduos e entre estes e o Estado. O conteúdo destas regras de cooperação não é imutável, mas se manifesta em cada época, de acordo com os valores e interesses predominantes ou em conformidade com as reivindicações que se impõem, como resultado das lutas sociais.

A ideia advinda das Revoluções liberais cria a figura de um homem autossuficiente, o qual necessita apenas de direitos compostos por obrigações de abstenção, ou seja, necessita apenas que sua esfera particular e sua liberdade sejam respeitadas, pois pressupõe-se que este homem é totalmente capaz de satisfazer a si mesmo e suas necessidades.

Ao contrário, Tungendhat⁴⁴ empreende esforços para mostrar a necessidade de mudança dessa crença liberalista que acaba por esquecer de grande parte da sociedade que não possui condições de fazer valer-se por si própria, ou seja, parte da sociedade que precisa de ajuda externa. Assim, Tungendhat defende a construção de um sistema de direitos fundamentais

40 PULIDO, 2008, pp. 144-145.

41 PULIDO, 2008, p. 145.

42 TUNGENDHAT, 1997 *apud* PULIDO, 2008, p. 145.

43 PULIDO, 2008, p. 145.

44 TUNGENDHAT, 1997 *apud* PULIDO, 2008, p. 145.

que se enraíze no conceito de necessidade⁴⁵, ou seja, no conjunto de necessidades do qual a pessoa é titular e, assim, o exercício da liberdade do indivíduo impõe um correlato dever ao Estado e aos particulares.

No pensamento de Tungendhat⁴⁶, toda sociedade deve ocupar-se com a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, fim principal da comunidade política e imperativo de justiça social. Assim, a necessidade individual de autoajuda e de bens mínimos necessários para o exercício das liberdades importam em regras de cooperação social próprias do esquema de solidariedade.

Nesse contexto, afirma Pulido⁴⁷: “os direitos sociais se tornam compatíveis com as liberdades dentro do marco do Estado” e “por meio do conceito de pessoa como sujeito titular de um conjunto de necessidades, Tungendhat oferece uma fundamentação independente dos direitos sociais”⁴⁸.

Contudo, Pulido⁴⁹ também destaca que os direitos sociais podem ser fundamentados como meios para o exercício real das liberdades. O autor, todavia, ao sustentar que os Direitos Sociais possuiriam conteúdo vasto, afirma que as duas concepções mencionadas supra não seriam excludentes, senão complementares⁵⁰.

Por todas essas razões é que, para Pulido⁵¹, “da crítica à fundamentação socialista dos direitos fundamentais não se pode derivar uma negação do caráter jurídico desses direitos”, que seriam prioritários diante dos correlatos deveres de solidariedade, face aos demais indivíduos e ao próprio Estado, sendo, assim, independentes.

Para Pulido⁵²:

esta fundamentação independente é complementar à fundamentação liberal dos direitos sociais, como meios para o exercício efetivo das liberdades. Nesse segundo tipo de fundamentação instrumental, também os direitos sociais têm uma prioridade substantiva frente aos correlatos deveres de prestação.

45 PULIDO, 2008, p. 156.

46 TUNGENDHAT, 1997 *apud* PULIDO, 2008, p. 146.

47 PULIDO, 2008, p. 147.

48 PULIDO, 2008, p. 147.

49 PULIDO, 2008, p. 147.

50 PULIDO, 2008, p. 149.

51 PULIDO, 2008, p. 149.

52 PULIDO, 2008, pp. 149-150.

Com razão, Pulido, ao identificar complementariedade em tais concepções de fundamentação. Todavia, deve ter-se o necessário cuidado para que não se caia na armadilha de transformar a vinculação dos Direitos Sociais aos direitos de primeira geração (presente na fundamentação instrumental) em subordinação ou inferioridade dos primeiros em relação aos segundos. O cuidado justifica-se na medida em que diversas teorias que fundamentam uma diferença de força normativa entre tais Direitos, em desfavor dos Sociais, direta ou indiretamente, embasam-se em argumentos históricos, hierárquicos e de conflito que surgem a partir de um equivocado entendimento dos efeitos e alcances da vinculação dos Direitos Sociais aos de primeira geração.

Afinal, como bem esclarece Pisarello⁵³, ao apresentar-se os Direitos Sociais como direitos tardios (historicamente), subalternos (axiologicamente) e com estrutura diferente e desprovida de força normativa (juridicamente), contribui-se para que tais Direitos continuem sendo vistos como secundários e mais facilmente limitados, sendo portadores de um maior nível de tolerância para os casos de sua ineficácia.

Para Pulido⁵⁴, assim, ambos os direitos (de primeira e de segunda geração), teriam prioridade substantiva em face dos deveres correlacionados e ambos comporiam a estrutura do Estado social. Dessa forma, os direitos de primeira geração procurariam satisfazer as necessidades de exercício de liberdade privada e autonomia política, enquanto os direitos sociais se voltam à necessidade de dispor de meios para existência digna, por intermédio da satisfação das necessidades sociais e prevenção dos custos sociais.

Finalmente, Pulido⁵⁵ observa que todos os direitos que estão na Constituição são, de certa forma, indeterminados, ou seja, dependem de interpretação e a prestação está ligada à luta ideológica. Nesse contexto, a diferença entre os direitos sociais e os civis e políticos seria estrutural, o que não descaracterizaria nenhum dos elementos de fundamentalidade de ambos os direitos.

Assim, o fato de existir indeterminação é próprio da linguagem principiológica, característica não só dos direitos sociais, mas de todos os direitos e que, em última instância, faz com que a luta ideológica de desloque da

53 PISARELLO, 2007, p. 137.

54 PULIDO, 2008, p. 150.

55 PULIDO, 2008, p. 150.

política para a interpretação e, assim, do Poder Legislativo para o Judiciário⁵⁶. É o que esclarece:

Nos direitos sociais, a indeterminação se apresenta porque a disposição que estabelece o direito não fixa com clareza em todos os casos qual é a prestação mediante a qual se satisfaz o direito. (...). Esta indeterminação peculiar do objeto não se apresenta do mesmo modo nos direitos de liberdade, porquanto nestes últimos a conduta devida é uma abstenção e o constitucionalmente contrário ao direito é qualquer tipo de conduta.

Pulido, assim, parece cair na armadilha que pretende desarmar ao identificar, como muitos o fazem, a positividade apenas nos Direitos Sociais e a negatividade como elemento intrínseco às Liberdades Públicas. Entende, pois, os Direitos Sociais como prestacionais e os de primeira geração como negativos.

Justamente por isso, ao apresentar o que aponta como sendo as concepções mais significativas sobre o conceito e a estrutura dos Direitos Sociais⁵⁷, identifica-os como posições *prima facie*⁵⁸, os quais, todavia, ao contrário dos de primeira geração (já que apenas os sociais seriam prestacionais), podem sofrer restrições legislativas justificadas em razão de limitações (proporcionais) econômicas.

Não há dúvidas no sentido de que a posição de Pulido importa em um real e importante avanço se comparada à tese de Atria, no que pertine à força normativa dos Direitos Sociais. Todavia, ao identificar uma diferença estrutural entre os Direitos de primeira e segunda gerações, admite que o cálculo econômico, ainda que submetido ao crivo da proporcionalidade (aqui identificada como proibição da proteção deficiente), sirva como fator de legitimação de restrição aparentemente apenas aos Direitos Sociais. Também por, de modo equivocado, vincular a positividade apenas aos Direitos Sociais (que identifica como sendo os únicos de natureza prestacional), sustenta força normativa diferente aos Direitos de primeira e segunda gerações, em detrimento dos segundos, sustentando que a prestação devida em caso de desproteção dos Direitos Sociais envolve o a elaboração de leis

56 PULIDO, 2008, p. 150.

57 PULIDO, 2008, pp. 151-173.

58 PULIDO, 2008, p. 168.

tendentes a satisfazer as necessidade básicas do indivíduo, enquanto que a prestação devida, para os casos de desproteção às Liberdades Públicas, envolverá o provimento dos meios necessários ao exercício das liberdades e dos direitos políticos⁵⁹.

Novamente aqui os Direitos Sociais, e apenas eles, têm sua carga normativa máxima vinculada à obtenção dos meios para satisfação de suas necessidades básicas, enquanto os Direitos Cívicos e Políticos são aquinhoados não com o mínimo, mas com todos os meios materiais necessários para seu exercício.

É como se os Direitos Cívicos e Políticos não pudessem ser protegidos, senão totalmente. É como se apenas os Direitos Sociais pudessem ser tutelados de modo progressivo. Essas premissas são falsas.

É como se apenas os Sociais exigissem recursos públicos para sua proteção, necessários ao custeio de uma ação protetiva. É como se apenas os Direitos Cívicos e Políticos não exigissem o aporte do erário ou o exigissem de modo bastante reduzido, necessário ao custeio (bem mais reduzido) de uma ação negativa (um não fazer). Essas premissas são, também, falsas.

Não se pode admitir, pelo menos não à luz do atual texto constitucional, a existência de um *hard law* representado pelos Direitos de primeira geração e de um *soft law* representando os demais direitos fundamentais, que, neste caso, apenas permaneceriam sendo chamados de fundamentais por saudosismo, piedade, ideologia, má-fé, má-compreensão ou qualquer outro fundamento que revele uma distorção perante a realidade das coisas.

4. A fundamentalidade dos direitos sociais: o custo dos direitos

Tal como exposto nos tópicos anteriores, os direitos de primeira geração relacionam-se à igualdade formal e liberdade como espaço livre de intervenção estatal. Nesse contexto, o Estado protegeria os direitos negativamente, por intermédio de um não fazer, de uma omissão. Por isso, tais direitos são chamados, ideologicamente, de direitos negativos.

Por sua vez, os direitos sociais reclamariam um fazer por parte do Estado, um agir, sendo, por isso mesmo, chamados de direitos positivos. Assim, o Estado protegeria, por exemplo, a saúde com a criação de hospitais,

59 PULIDO, 2008, pp. 168-169.

a educação com a criação de escolas, e assim por diante. Logo, a divisão entre direitos negativos e positivos criou a falácia de que a proteção dos Direitos Sociais seria mais custosa, afinal, proteger algo por um não fazer é menos dispendioso do que proteger algo por um fazer.

Desse modo, considerando os direitos sociais como geradores de maiores custos, o Estado tem, em tese, maiores justificativas para não os tutelar. Ou seja, diante das necessidades sociais infinitas haveria “um limite de possibilidades materiais para esses direitos”⁶⁰, o que levaria à possibilidade de realização dos direitos sociais na medida da disponibilidade de recursos, ou seja, da reserva do possível ou à possibilidade de satisfação apenas de seu conteúdo essencial ou necessidades básicas. Nesse sentido, na mesma linha de diversos autores mencionados supra:

Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. Assim, seguramente, mais verbas para o ensino fundamental pode implicar em menos verbas para o ensino superior; e a mesma disputa financeira pode ocorrer no custeio da saúde pública. Nestes casos, a discricionariedade do legislador está presente⁶¹.

Os argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial ganharam corpo, especialmente no Brasil, comumente utilizados pelo Estado para justificar a não realização dos Direitos Sociais, e apenas a eles, blindando as Liberdades Públicas destes argumentos.

O argumento traz um conceito econômico para a discussão jurídica e transfere para a esfera da disponibilidade daquele responsável pela destinação dos recursos orçamentários a garantia não dos Direitos Sociais, mas de seu núcleo essencial, o mínimo existencial, o que pretere o próprio mandamento constitucional, privilegiando aspectos meramente econômicos e o que é mais grave, gerando uma diferença de grau de proteção entre Direitos igualmente Fundamentais (primeira e segunda gerações) sequer presente no texto de nossa CRF/88.

Em verdade tais argumentos não se sustentam. Primeiro porque o orçamento e a sua destinação estão nas mãos dos administradores, depois

60 BARCELLOS, 2011, p. 277.

61 SCAFF, 2010, p. 29.

porque o Estado é organizador e alocador de recursos e, ao mesmo tempo, responsável por arrecadá-los. Logo, governar é a arte de escolher prioridades e avaliar bem as necessidades.

Não se pode aceitar tamanha simplificação da complexidade do sistema econômico e social, isso porque a “presença do poder público na implementação dos Direitos Sociais independe de mais ou menos recursos públicos, mas encontra-se diretamente ligada à função principal do Estado na sociedade moderna, qual seja, assegurar o bem comum”, pelo que a alocação de recursos revela-se um ato de vontade política⁶², vontade essa que deve estar vinculada à Constituição e à vontade popular.

Nesse sentido, é a própria sociedade quem suporta o custo dos direitos por meio da tributação. Depois, tal como sustentaram Sunstein e Holmes, autores destacadamente reconhecidos pelos estudos relacionados à temática, na importante obra *O custo dos direitos*, todos os direitos têm um custo:

Para o verdadeiro fato de que os direitos dependem dos governos, é necessário acrescentar um corolário lógico, rico em implicações: os direitos custam dinheiro. É impossível protegê-los ou demandá-los sem recursos e apoio público. [...] Tanto o direito ao bem-estar como a propriedade privada têm custos públicos. O direito à liberdade de contratar envolve custos, não menos que cuidados médicos, direito à liberdade de expressão ou uma vida decente. Todos os direitos recebem algo do tesouro público.⁶³

Outrossim, para os autores, os direitos têm dentes⁶⁴. É dizer que não há direitos com custos e direitos sem custos, uma vez que todos os direitos exigem um fazer, uma prestação positiva do Estado, isso porque o direito para ter força precisa que outras pessoas o reconheçam como um dever e isso só acontece quando o direito é capaz de causar certa ameaça de castigo ou punição nas pessoas diante da sua lesão.

62 BARRETO, 2013, pp. 213-214.

63 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 33. No original: “A la verdad evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar un corolario lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. [...]. Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público”.

64 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 35.

Assim, é o aparato institucional do Estado o único capaz de conceder ao direito a força normativa necessária. O Estado é quem concede ao Direito “os dentes” indispensáveis para causar o temor de descumprimento nos indivíduos na sociedade. Na prática “*los derechos pasan a ser algo más que meras declaraciones sólo si confieren poder a organismos cuyas decisiones sean legalmente vinculantes*”⁶⁵.

Desse modo, na visão de Sunstein e Holmes⁶⁶, os indivíduos que não vivem sob a tutela de governos capazes de cobrar impostos e encontrar solução efetivas não têm direitos jurídicos. A ausência de Estado significa ausência de direitos. Para eles, “*um derecho sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios*”⁶⁷.

A realidade brasileira, inclusive a constitucional, comprova a afirmação dos autores e descaracteriza a vinculação do caráter prestacional apenas aos Direitos Sociais, pois, por exemplo, se é certo que o Estado protege o direito social à saúde com a criação de hospitais, como foi dito alhures, não é menos certo que também protege a propriedade com criação de delegacias, contratação de policiais e manutenção de todo o sistema penal de repressão ao crime, o que, como é sabido, também custa dinheiro.

Na mesma linha, destaca Alcalá⁶⁸:

Todos os direitos têm uma dimensão positiva e negativa nessa perspectiva, uma vez que todos exigem benefícios estatais que tenham custos econômicos para sua garantia efetiva, como a fundação de um aparato judicial efetivo do Estado, uma polícia competente, registros de propriedades, entre outros aspectos, bem como uma dimensão negativa ou violação da abstenção pelo Estado [...] e pelos indivíduos [...].

Assim, em matéria referente aos custos dos direitos, conclui-se que o pertencimento à primeira ou às gerações posteriores não é, isoladamente, elemento idôneo para se elaborar diferenças qualitativas de proteção.

65 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 37.

66 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 37.

67 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 38.

68 ALCALÁ, 2009, p. 145. No original: “*Todos los derechos tienen en tal perspectiva una dimensión positiva y negativa, ya que todos ellos requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva garantía, como son el fundamento de un aparato jurisdiccional eficaz del Estado, una policía competente, registros de propiedad, entre otros aspectos, como asimismo una dimensión negativa o de abstención de vulneración tanto por el Estado [...], como por los particulares [...]*”.

É certo que os Direitos Fundamentais, como esclarece Martínez⁶⁹, por representarem, também, uma realidade social, estão condicionados por elementos extrajurídicos (social, econômico, cultural etc.), que podem favorecer, dificultar ou mesmo impedir sua eficácia. O que se nega é a incidência de tais elementos apenas ou sobretudo aos Direitos Sociais. A contingência não é um fenômeno específico dos Direitos Sociais.

Assim, para além do argumento de que os recursos são finitos, o que existe é a certeza de que, justamente em face dessa finitude, o ato de governar, o ato de escolher prioridades, deve ser encarado com profundo rigor, questionamento e fundamentação, pois é certo que os direitos sociais são todos essenciais para a vida digna.

De modo correto e pertinente alertam Sunstein e Holmes⁷⁰ ser necessário que, na qualidade de cidadãos façamos, as seguintes perguntas: a) consoante quais princípios se alocam recursos para a proteção dos Direitos? b) quem define quanto recurso se gastará e em quais Direitos? c) que grupo específico será tutelado com referida alocação? d) nossas prioridades nacionais, em relação à exigibilidade de Direitos, são apenas um vão reflexo da influência dos grupos poderosos ou promovem o bem estar geral? e) quanto desejamos gastar em cada direito? f) qual é o pacote ótimo de direitos a serem protegidos, considerando que os recursos destinados a proteger uns deixarão de estar disponíveis para tutelar outros? g) os direitos redistribuem a riqueza de alguma forma publicamente justificável? Afinal, concluem, em uma democracia, os gastos coletivos deverão ser supervisionados coletivamente.

5. A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da nossa vigente Constituição da República

O preâmbulo de nossa vigente Constituição da República institui o Estado Democrático de Direito, o qual se destina a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”⁷¹.

69 MARTINEZ, 2004, pp. 46-47.

70 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, pp. 242-249.

71 BRASIL, 1988.

Nas primeiras linhas do texto constitucional, fica evidente que os Direitos Sociais, os Civis e os Políticos devem ser assegurados pelo Estado. Não há qualquer indício no sentido de que os Direitos Sociais devam ser “menos” assegurados do que os demais.

Vê-se, ademais, desde logo, a destacada importância concedida à dignidade da pessoa humana alçada a valor fundamental da ordem jurídica brasileira, princípio-matriz de toda atuação estatal, elencada, desde o art. 1º, como fundamento do Estado brasileiro, razão pela qual se pode afirmar que “*el Estado está al servicio de la persona humana*”⁷².

Assim, o constituinte eleva o homem à condição de elemento central e impõe ao Estado o dever de garantir a mais variada gama de direitos e liberdades, tudo com vistas ao bem-estar do ser humano.

Nesse contexto, o fundamento da dignidade da pessoa humana concede unidade de sentido à realização dos Direitos Sociais e impõe ao Estado o dever de sua garantia em toda e qualquer atuação. Isso porque, na garantia de direitos fundamentais, vê-se garantida a dignidade, atributo de todos os seres humanos.

Nossa Constituição da República é paradigmática ao reconhecer toda a força e fundamentalidade aos direitos sociais, como também o fez em relação aos direitos de gerações posteriores. Portanto, nosso texto constitucional simboliza um marco jurídico de democracia e institucionalização dos direitos fundamentais no país, uma vez que o valor da dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, sobre o qual se funda o Brasil, insculpidos no art. 1º, III da CF/88 impõe-se como núcleo básico de toda hermenêutica do sistema jurídico, como critério de valoração e baliza de atuação estatal.

Por outro lado, e igualmente importante, o art. 3º do texto constitucional determina como objetivos fundamentais de nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. Tais comando são exatos e explícitos demais para que possa ser sustentada a diferença de força normativa entre os Direitos Sociais e os das demais gerações.

Ademais, em seguida, no art. 5º, § 1º, encontra-se o importante comando que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias

72 ALCALÁ, 2009, p. 146.

fundamentais (sejam de primeira, sejam de segunda, sejam de qualquer geração) têm aplicação imediata.

Mas não é só. Os direitos sociais estão dispostos na CRF/88 no Título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II, que versa sobre a ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. O art. 6º estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Assim, o Título II de nossa CRF/88 torna os Direitos Individuais e os Sociais igualmente fundamentais. São, ambos, indissociáveis. Partilham de uma unidade axiológica básica, pelo que eventuais diferenças de estrutura ou realização não podem afastar tal pressuposto inexorável. Não podemos, ademais, esquecer que uma das funções mais relevantes a ser exercida pelos Direitos Fundamentais é, precisamente, vincular as diversas manifestações de poderes presentes na sociedade, dentre eles o Poder Estatal.

Portanto, ao reconhecer a estes direitos uma dimensão fundamental, o Estado obrigou-se a comportamentos (omissivos e comissivos) que os garantam na integralidade. Ou seja, o constituinte tinha os direitos fundamentais como baliza para atuação do Estado, basta observar a localização do dispositivo legal, logo no início do texto constitucional, para compreender que o constituinte desejou desenvolver toda organização de nossa República a partir desses direitos, indispensáveis à realização da Dignidade Humana.

Ademais disso, ao lado da dignidade, também como fundamento da República Federativa do Brasil está a cidadania, e sobre esse aspecto, acrescenta Smanio⁷³:

A cidadania, que ganhou uma nova visão constitucional em 1988, passando a ser fundamento do nosso Estado Democrático e Social de Direito, com amplos direitos assegurados na Constituição, precisa também ser efetivada em nossa vida social, deixando de ser apenas uma previsão formal do sistema jurídico. Cidadania e Direitos Fundamentais passam a constituir um “Núcleo Duro” do chamado Estado Democrático e Social de Direito, trazendo as Políticas Públicas para o centro do debate político e jurídico.

73 SMANIO, 2013, p. 4.

Desse modo, quando a Constituição estabelece a cidadania como princípio fundamental ela “[...] abrange essa dimensão de concretização dos direitos fundamentais. Daí falarmos que as Políticas Públicas se legitimam na concretização da cidadania”⁷⁴.

Nesse sentido, a própria Constituição já elenca a forma de atuação estatal, por meio de políticas públicas para garantia de direitos fundamentais sociais. Concretamente, cabe ao Estado promover a dignidade da pessoa humana e a cidadania assegurando prestações materiais que possibilitem o desenvolvimento de cada projeto racional de vida. O resultado será a realização e eficácia do texto constitucional, deixando seu caráter meramente retórico.

Desse modo, os direitos sociais fundamentais vinculam igualmente o agir estatal, pelo que não há diferença substancial entre estes e os direitos civis e políticos, pois todos exigem uma conduta do Estado, comissiva ou omissiva, em menor ou maior grau. Assim, todos os direitos fundamentais são essenciais devendo portar igual força normativa. A bem da verdade “os Direitos Humanos, todos, são complementares entre si, e interdependentes”⁷⁵. E, mais ainda, a garantia de todos e de cada um é necessária para promoção e efetividade da dignidade da pessoa humana.

As políticas públicas sociais de responsabilidade, especialmente, dos Poderes Legislativo e Executivo, são a via primeira de materialização dos direitos fundamentais e são, ainda, mais do que simples programas de governo, verdadeiras normas jurídicas, dotadas, assim, de força normativa.

Nesse sentido, esclarece Alcalá⁷⁶:

Os direitos sociais não se distinguem por serem programáticos em face dos direitos individuais que teriam eficácia direta e imediata; só acontece que estes últimos já estabeleceram sua configuração legislativa e seus meios e proteção na legislação civil, processual e penal, enquanto que, no caso dos pri-

74 SMANIO, 2013, p. 13.

75 BRITO FILHO, 2015, p. 35.

76 ALCALÁ, 2009, p. 157. No original: “Los derechos sociales no se distinguen por ser de carácter programático frente a los derechos individuales que serían de eficacia directa e inmediata, sólo ocurre que los segundos tienen ya establecida su configuración legislativa y sus medios e protección en la legislación civil, procesal y penal, mientras que en el caso de los primeros ello se está concretando más recientemente, en la medida que hay voluntad política y toma de consciencia de su igual carácter de derechos fundamentales que los primeros, como asimismo, de su indispensable aseguramiento para hacer respetar un contenido de calidad de vida digna para todas las personas”.

meiros, isso está sendo concretizado mais recentemente, na medida em que há vontade política e consciência do mesmo caráter de direitos fundamentais que os primeiros, bem como de sua garantia indispensável para garantir um conteúdo de qualidade de uma vida digna para todas as pessoas.

Não obstante o mandamento constitucional, na prática, o que se observa é que a efetivação dos Direitos Sociais encontra óbices que procuram ser justificados por razões ausentes de nosso texto constitucional republicano, razões que, no mais das vezes, procuram identificar em tais Direitos alguma peculiaridade, injustificadamente ausente nos Direitos de primeira geração, peculiaridade essa que, ao fim e ao cabo, acaba por, na melhor das hipóteses, vincular sua força normativa apenas à efetivação de valores sociais básicos que a doutrina, em regra, não sabe ou consegue identificar sem incidir em casuísmos e subjetivismos.

Nesse sentido, acrescenta Barreto⁷⁷: “a exclusão dos direitos sociais reflete, a nosso ver, o predomínio de um tipo de ‘hermenêutica constitucional’ que entra em conflito com o próprio paradigma político e jurídico do estado democrático de direito”, e, complementa, de modo a evidenciar sua posição, que os Direitos Sociais

não se encontram, portanto, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. [...]. Os direitos sociais, como direitos nascidos, precisamente, em virtude e como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se como núcleo normativo central do estado democrático de direito⁷⁸.

O autor em destaque argumenta, também desconstituindo ilusões em relação aos Direitos Sociais, primeiro reforçando a inexistência de conflito entre os Direitos Individuais e os Sociais, sustentando que estes últimos não são de segunda ordem; depois deixando evidente sua descrença no argumento de que os Direitos Sociais dependem de uma economia forte e, por fim, em relação à reserva do possível, reforça que se trata de uma ideia falaciosa, isso porque, para Barreto⁷⁹ “a escassez de recursos como argu-

77 BARRETO, 2013, pp. 205-206.

78 BARRETO, 2013, p. 207.

79 BARRETO, 2013, p. 214.

mento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais”.

Diante disso, conclui Barreto⁸⁰:

Os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, cabe ainda ressaltar que, embora o constituinte tenha relacionado os direitos sociais à coletividade, isso em nada lhes diminui a força normativa, interpretada a partir das necessidades de cada pessoa individualmente considerada em suas necessidades, isso porque por meio dos direitos e garantias fundamentais se assegura a dignidade da pessoa humana, o que desloca a matéria da esfera política para o âmbito do Direito, transformando em uma obrigação jurídica.

Entendimentos diversos reforçam a tese reducionista dos que negam aos direitos sociais o caráter de direitos subjetivos. É dizer: se percebida, na prática, que a realização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas voltadas à coletividade não é satisfatória para um indivíduo que seja, está esse indivíduo autorizado a requerer frente aos poderes públicos medidas que lhe garantam efetividade da prestação de direitos fundamentais pelo Estado, pois a sua dignidade de pessoa humana é razão suficiente para isso.

O Estado deve planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam direitos sociais a todas as pessoas, mas deve também garanti-los a cada pessoa, individualmente. Em outras palavras: o Estado deve assegurar esses direitos à coletividade, mas não se pode descuidar de nenhum indivíduo, porque, ao lado do interesse geral, há o interesse pessoal e as pessoas vão manifestar necessidades diferentes.

Nesse sentido, importante e correta reflexão acerca das garantias para uma melhor efetivação dos Direitos Sociais é ofertada por Pisarello⁸¹, que propõe uma reconstrução democrática, participativa e multinível a envolver as seguintes etapas:

80 BARRETO, 2013, p. 221.

81 PISARELLO, 2007, pp. 111-138.

a) A percepção de que os Direitos Fundamentais possuem um caráter poliédrico e complexo, compostos, em todas as gerações, por direitos prestacionais e não prestacionais, custosos e não custosos, determinados e indeterminados, com conteúdo exigível *ex constitutione* e de configuração legal, com dimensão objetiva e subjetiva e com estrutura de mandatos e princípio diretivos bem como com estrutura de direitos exigíveis judicialmente;

b) Uma reconstrução complexa das garantias dos Direitos Fundamentais, que deverá passar tanto pelos sujeitos encarregados de efetivá-los (valorizando-se o papel dos órgãos não jurisdicionais, como tribunais de contas e defensorias públicas eis que as vias judiciais não devem ser nem as únicas nem a principal via de proteção) quanto aos níveis em que tal tutela pode ser exigida (mister um caráter multi-institucional de proteção, infra e supra-estatais, locais, regionais, nacionais e internacionais); e

c) uma reconstrução democrática das garantias dos Direitos Sociais, implementando-se garantias mais participativas e menos institucionalistas, a valorizar a participação dos próprios titulares de tais Direitos em sua defesa e conquista, relativizando a estratégia fundada na “ilusão do bom poder”, repensando-se o papel do Estado para que se possa perceber e resolver a profunda contradição em se encomendar a tutela dos Direitos Fundamentais ao Poder que está em melhor condição de vulnerá-los, pelo que o protetor ideal seria aquele que abdicasse de sua intrínseca tendência à dominação e à arbitrariedade – um poder constantemente limitado e disciplinado em termos democráticos.

Esse ponto merece, no presente artigo, um maior aprofundamento. Muito embora Pisarello⁸² realize importantes sugestões acerca das garantias institucionais dos Direitos Sociais, especialmente no que refere às realizadas pelo Legislativo e Judiciário, é no campo das denominadas garantias sociais ou extra-institucionais (que dependerão, de modo fundamental, da atuação do próprio titular do Direito) que pode ser encontrada importante e correta análise.

Alerta Pisarello⁸³ que, normalmente, tais garantias sociais estão vinculadas às reivindicações dos denominados Direitos Cíveis e Políticos, mas que também podem, e devem, podendo assumir, todavia, seu devido e relevante lugar na luta pela efetividade dos Direitos Sociais.

82 PISARELLO, 2007, pp. 114-122.

83 PISARELLO, 2007, p. 123.

Identifica, em seguida, dois tipos diferentes de garantias sociais, as de participação indireta e as de participação direta.

Como exemplo das primeiras destaca⁸⁴:

a) A possibilidade de escolha dos representantes dos órgãos encarregados de tutelar os Direitos Fundamentais, sendo, assim, excelente instrumento de apoio à efetivação de tais Direitos.

b) A possibilidade de supervisão permanente e ativa de tais representantes, eis que as garantias eletivas são frágeis sem que se permita fiscalizar, de modo permanente, a atuação ou a inação dos representantes, o que pode ser feito com o exercício do direito de associação, de informação, de crítica perante os atos normativos e jurisdicionais que possam consistir em lesões aos Direitos Sociais;

c) A possibilidade da iniciativa popular do processo legislativo, inclusive de emenda à Constituição;

d) A possibilidade de participação em audiências públicas, inclusive controlando os gastos públicos, em suas fases ascendente e descendente, instituindo-se, ainda, diversas formas de consultas e impugnações de atos administrativos.

e) A possibilidade de amplo acesso aos mecanismos de tutela jurisdicional, especialmente no que pertine à tutela coletiva. Tal possibilidade deve ser seguida de um amplo acesso a garantias de participação na execução das decisões judiciais.

Como exemplo das segundas, oferta especial atenção às seguintes⁸⁵:

a) Amplo acesso para articulação de Cooperativas de produção e consumo;

b) Uso de boicotes de consumidores;

c) Ocupação de espaço público e privado;

d) Invasões de imóveis desocupados ou improdutivos;

e) Uso da Desobediência Civil;

f) Uso de estratégias que envolvam uma resistência ativa, ou seja, uma ação de quem resiste contra alguém.

Esclarece que, em regra, o Direito Penal busca coibir tais mecanismos de autotutela mais agudas⁸⁶. Nesses casos, fundamental a luta pela despe-

84 PISARELLO, 2007, pp. 123-126.

85 PISARELLO, 2007, pp. 126-128.

86 PISARELLO, 2007, pp. 126-127.

nalização de tais condutas ou mesmo pela elaboração de estatutos jurídicos que possibilitem o exercício de tais Direitos. Afinal, alerta o presente trabalho, quem tem fome, tem pressa.

Assim, alerta, corretamente, Pisarello⁸⁷:

[...] em situações de certa gravidade, autoridades públicas e indivíduos podem ser obrigados a reconhecer e tolerar exercícios de autoproteção de direitos sociais que, embora limitem os direitos de outras pessoas, visam preservar sua própria sobrevivência e dignidade e / ou expandir a qualidade democrática da esfera pública. Essa obrigação pode significar, dependendo do caso e do tipo de propriedade afetada, a renúncia ao processo penal como mecanismo de solução dos conflitos levantados [...]. Nesse sentido, as autoridades públicas poderiam ser forçadas a estabelecer espaços de negociação e diálogo e, se necessário, legalizar a prática questionada, reconhecendo, por exemplo, direitos de posse sobre terras ocupadas ou imóveis.

Este artigo, portanto, não apenas reconhece igual fundamentalidade a todos os Direitos Fundamentais, independentemente da geração em que estejam integrados, mas, especialmente, na mesma linha de Pisarello, procura reconhecer instrumentos mais contundentes para a efetividade dos Direitos Sociais.

6. Conclusão

Nos termos do que foi explanado no presente artigo, percebe-se uma necessidade urgente e imperiosa de reconhecimento pleno da fundamentalidade dos Direitos Sociais. Desse modo, os argumentos contrários à fundamentalidade desses Direitos procuram diferenciá-los dos Direitos Individuais, com objetivo de privá-los de efetividade e de oponibilidade em face do Estado. Mister constar que tal raciocínio tem angariado inúmeros defensores, uns mais contundentes do que outros, é verdade, mas resta imperioso constatar que se trata de uma teoria atualmente majoritária.

87 PISARELLO, 2007, p. 128. No original: “(...) en situaciones de cierta gravedad los poderes públicos y los particulares pueden verse obligados a reconocer y a tolerar ejercicios de autotutela de los derechos sociales que aunque limitan derechos de otras personas, tienen por objeto preservar la propia supervivencia y dignidad y/o ampliar la calidad democrática d ela esfera pública. Esa obligación puede suponer, según el caso y el tipo de bienes afectados, la renuncia a la vía penal como mecanismo para resolver los conflictos suscitados (...). En este sentido, los poderes públicos podrían verse obligados a establecer espacios de negociación y diálogo y, llegado el caso, a legalizar la práctica cuestionada, reconociendo, por ejemplo, derechos posesorios sobre las tierras o inmuebles ocupados.”

Nesse sentido, todavia, não se pode aceitar a vitória do entendimento que produz uma *capitis diminutio* dos Direitos Sociais, especialmente em face do vigente texto de nossa Constituição da República. Afinal, a própria Constituição dota os Direitos Sociais de todo conteúdo necessário para, de igual forma que os direitos individuais, serem exigíveis em sua integralidade, ou seja, o texto constitucional não diferencia os direitos de segunda geração dos direitos de primeira geração, igualando-os em fundamentalidade e essencialidade para a vida digna.

Sim, porque em um Estado Social Democrático de Direito todos os Direitos Fundamentais são indivisíveis, complementares, inalienáveis e, portanto, devem ser assegurados e garantidos pelo Estado, de igual maneira, como obrigação derivada da dignidade da pessoa humana. Assim, todos eles devem possuir igual essencialidade e oponibilidade face aos Poderes (sociais e políticos).

Assim, colocar qualquer restrição a plena realização de Direitos Sociais que parta do pressuposto de que se tratam de Direitos exclusivamente prestacionais ou custosos, inferiores, secundários ou subsidiários é colocar nas mãos do Estado decisão que não é sua, uma vez que tal decisão já foi tomada pela vigente Constituição da República.

Privar o cidadão de seus direitos fundamentais sociais garantidos constitucionalmente é negar-lhe dignidade, o que, em última análise furta-lhe a própria condição de ser humano, pois a dignidade só pode ser valor supremo se os direitos fundamentais forem garantidos a todos na integralidade, na ausência de saúde, por exemplo, ninguém poderá ter sequer vida, quicá vida digna.

Justamente por isso, mister uma maior preocupação com os mecanismos de tutela dos Direitos Sociais, estabelecendo meios mais efetivos e contundentes para que tais Direitos possam, assim, gozar de fundamentalidade desprovida de qualquer redução, ainda que suave.

Urge que tais medidas sejam tomadas de imediato, afinal: “Se eu não for por mim, quem será? Se for só por mim, que sou eu? Se não agora, quando?”, como bem salienta o ideal judaico-cristão de Talmud.

Para tanto, importante considerar o fato de que qualquer pretensão de mudança efetiva nas estruturas já sedimentadas exige não apenas a identificação de um quadro geral de injustiças, mas, sobretudo, reflexões doutrinárias responsáveis. Tentou-se, com este trabalho, celebrar tal reflexão.

Referências

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos em el constitucionalismo democrático latino-americano. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, pp. 143-205, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007>. Acesso em: 03 jan. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007>.
- ALEXU, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ATRIA, Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004), pp. 15-59. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>
- BARCELLOS. Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Fundamentais e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *O Constitucionalismo Social. A Constituição como Instrumento Jurídico de Contenção do Poder Econômico*. In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 27-70.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 jan. 2019.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2015.
- CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Revista de Filosofia Política, Porto Alegre, LePM Editores, nº 2, 1985.
- DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, 2009.

- KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do bem-estar social na idade da razão. A reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998.
- MARSHALL, Theodor. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria*. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 137-175.
- ROBLES, Gregorio. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*. 1. ed. Barueri: Manole, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus Fosse um Ativista dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cortez, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2.ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 145-172.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCAFF, Fernando Facury. *A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização*. In: SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21-42.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587 a 599.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas:

- A Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-15.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *El Costo de Los Derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.
- VEGHTE, B. W. "Welfare State". In: DARITY JR., W. (ed.). *The International Encyclopedia of the Social Sciences*. Nova York: Macmillan, 2007, v. 9.

Recebido em 16 de fevereiro de 2018.

Aprovado em 03 de abril de 2019.

As minirreformas políticas e eleitorais de 2015 e 2017 no contexto democrático da contemporaneidade

Political and electoral mini-reforms in 2015 and 2017 on the democratic context of contemporaneity

Igor Martins Coelho Almeida*
Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.

1. Introdução

Os mecanismos de representatividade política têm passado por crises e instabilidades ao longo das últimas décadas. Nas maiores democracias ocidentais, é constante a queda no número de pessoas que participa dos processos de escolhas de seus representantes. Pesquisas de opinião têm revelado que instituições de representação popular para a condução dos Estados possuem credibilidade popular cada vez mais baixa. No Brasil, o cenário não é distinto. O percentual de abstenções e votos considerados inválidos cresce a cada eleição geral.¹ Congresso Nacional e partidos políticos aparecem como as instituições mais desacreditadas da República.²

* Doutorando em Direito – Especialidade Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA; Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA; Professor na área de Direito Administrativo e Direito Financeiro no Centro Universitário UNDB, em São Luís / MA; ocupou cargo de Secretário Adjunto de Direitos Humanos do Governo do Maranhão (2015-2016). E-mail: imcalmeida7@gmail.com.

1 O resultado oficial do 1º turno das Eleições Gerais de 2018 apontam que quase 30 milhões de eleitores se abstiveram de comparecer às urnas (20,33%) em todo país. Dos que compareceram, mais de 10 milhões votaram em branco (2,65%) ou anularam (6,14%).

2 Pesquisa Datafolha do Grau de Confiança nas instituições, publicada em julho de 2019, aponta que 46% da população confiam muito pouco e 45% não confiam no Congresso Nacional. Em relação aos partidos políticos, 36% confiam muito pouco e 58% não confiam. No nível de confiança, ambas ficam atrás da Presidência da República, do Poder Judiciário, do Ministério Público, das grandes empresas nacionais e da imprensa.

Como é possível a consolidação e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito quando as instituições formatadas para sua condução estão em completo descrédito junto aos cidadãos?

Na tentativa de reverter esse quadro, o Congresso Nacional elaborou e aprovou minirreformas ao longo dos últimos anos com objetivo de reestabelecer o pacto de confiança entre o sistema político-eleitoral e a sociedade. Mecanismos como a cláusula de barreira e o fim do financiamento empresarial são apenas dois exemplos dessas iniciativas parlamentares. A questão que se coloca para debate é: como essas iniciativas se amoldam às mais modernas teorias sobre a democracia? Para responder à questão é necessário apresentar novos elementos que permitam uma visão mais ampla, plural, diversa e participativa sobre a democracia contemporânea.

Assim, como objetivo geral deste trabalho, pretende-se analisar as minirreformas políticas e eleitorais realizadas no Brasil nos anos de 2015 e 2017 a partir das teorias democráticas contemporâneas. Para alcançar tal objetivo, seguir-se-á o caminho de a) apresentar as teorias contemporâneas sobre democracia; b) apresentar a conjuntura sociopolítica – em especial a partir das jornadas de junho de 2013 – que culminou com a resposta do Congresso Nacional; e c) analisar os principais aspectos das recentes reformas eleitorais de 2015 e 2017 e como elas respondem à concepção democrática contemporânea e os anseios sociais pós junho de 2013.

Esta pesquisa é classificada quanto ao método de abordagem como indutiva. O presente trabalho aborda questões legislativas, a partir da análise das reformas eleitorais brasileiras ao longo da última década, bem como a contemporânea doutrina sobre democracia no século XXI. Com relação aos objetivos, esta pesquisa é exploratória. Esta visa proporcionar uma maior familiaridade com o problema, a fim de torná-lo mais explícito. Tem como objetivo central o aprimoramento de ideias ou descobertas de intuições.³ Esta pesquisa se utiliza das informações obtidas por consulta a sistemas de consulta legislativa.

Quanto ao método de procedimento, a pesquisa é documental. Esta é realizada a partir de documentos contemporâneos ou retrospectivos, considerados cientificamente autênticos.⁴ Segundo as vertentes teórico-metodológicas, esta pesquisa é de tecnologia científica, a qual converte o pen-

3 GIL, 2002.

4 GIL, 2002.

samento jurídico e toda a sua produção em uma tecnologia voltada para as questões sociais.⁵

2. O Estado contemporâneo e seus liames democráticos

O objetivo deste tópico é traçar linhas iniciais sobre como a ideia de democracia representativa se construiu ao longo dos últimos séculos no atual modelo de Estado e como ela pode ser interpretada para enfrentar esses desafios de uma sociedade que se apresenta, em cada oportunidade, menos interessada na participação democrática.⁶

2.1 Da ideia de representação à formação do poder político: representantes e representados

A democracia dos Estados modernos apresenta como premissa fundamental a criação de um regime com bases jurídicas e filosóficas da antiguidade clássica (fundada na democracia direta) e a inclusão dos cidadãos no processo de decisão política. Porém, um obstáculo se colocava inicialmente: como resgatar a democracia e a participação do povo nos processos de decisão política quando o *locus* de atuação deixa de ser a cidade e passa a ser a Nação, com um território vasto e uma população muito superior ao que se apresentava na Atenas da antiguidade? A resposta vem na ideia de *representação*, que se fortalece com a formação dos Estados Nacionais europeus no início da Idade Moderna. Diante da vastidão dos territórios, demonstrou-se inviável o modelo de assembleia de todos os cidadãos em caráter regular, como na Atenas da Antiguidade. Essa virada histórica aponta para o fortalecimento da representação política.

El Estado medieval es un Estado de gran superficie, y es dualista frente al antiguo Estado, que era unitário. Su pueblo no está formado tanto por unión de individuos

5 GUSTIN; DIAS, 2013.

6 Os elevados índices de abstenção em eleições e processos de decisão ao redor do mundo demonstram isso. Nas últimas eleições presidenciais dos Estados Unidos da América, em 2016, o índice de comparecimento e de votação foi de cerca de 52%, o mais baixo desde as eleições de 2000. Nas eleições francesas de 2018, no primeiro turno para as eleições legislativas, o índice de abstenção ultrapassou os 50%, o mais alto desde a instalação da 5ª República, em 1958. Nas eleições gerais do Brasil (onde, ao contrário dos EUA e da França, o voto é obrigatório), em 2018, o índice de abstenção foi de 20,3%, o maior desde 1998. Em números absolutos, aproximadamente 30 milhões de eleitores não compareceram às urnas.

*iguales cuanto por una pluralidade de individuos y asociaciones; asociaciones provistas de imperium, con um señor a la cabeza; iglesias y claustros con sus miembros; comunidades y asociaciones corporativas de otras clases, son muchas veces elementos inmediatos del Estado que encierran dentro de sí una grand parte del pueblo, el cual por este hecho deja de tener relación directa con el poder del Estado. Este momento histórico ofrece a la idea de la representación una amplia base social. La rica vida corporativa da lugar a una Concepción teórica de la idea, y hace aparecer por vez primera una doctrina científica de la corporación en los glosadores y canonistas. Independientemente de toda teoría, los acontecimientos políticos y sociales impulsan a la creación de los órganos representativos.*⁷

A solução encontrada para a nascente democracia liberal foi a inclusão da ideia da representação política para a formação *da vontade popular*. É por volta do século XVIII que sistemas aparentemente antagônicos começam a se fundir. A ideia da democracia antiga somada ao sistema representativo dos Parlamentos no absolutismo molda a *democracia liberal representativa* para garantir, sobretudo, os direitos, garantias e liberdades individuais emergentes. Hoje apresenta-se como o modelo democrático compatível com a complexidade dos problemas que atingem as sociedades modernas.⁸ Contudo, nos últimos anos, esse modelo vem enfrentando crises de legitimidade.

Em conceito mais amplo, a representação ocorre pela relação que uma pessoa tem com outra – ou com um grupo – no exercício da vontade da primeira sendo expressa pela última, criando um vínculo jurídico. Em sentido restrito “*se entiende por representación la relación de un órgano com los miembros de una corporación, la voluntad de estes miembros*”,⁹ com o órgão primário (o indivíduo/povo) tendo como poder apenas expressar de modo imediato sua vontade. A representação política é uma versão debilitada do conceito jurídico de *representação*. Traz consigo importante elementos, como o *accountability*. Essa prestação de contas da atuação dos representantes para com os representados deve acontecer não apenas em períodos eleitorais, mas de forma sistemática.¹⁰

7 JELLINEK, 1981, p. 432.

8 MIRANDA, 2002.

9 JELLINEK, 1981, p. 429.

10 SARTORI, 1999.

Busca-se hoje a *legitimidade* em decisões que, mesmo construídas pelos Parlamentos, sejam submetidas a escrutínio popular. Condições formais e materiais devem ser criadas para que os cidadãos possam livremente expressar sua vontade, tendo em vista que “a participação cívica na *polis* é, pois, uma condição indispensável à plena realização da Democracia”,¹¹ trazendo consigo uma carga de valor substancial. Na construção do *poder político*, vale destacar qual seria a relação entre representante e representado. Siéyès apontava a necessidade de desvinculação entre os dois. Em que pese o representante fosse “a voz” do representado no Parlamento, sua atuação deveria ser livre, pois a consulta constante ao povo (diverso e plural) poderia trazer conflitos. Essa independência parcial diante da vontade dos eleitores é um dos princípios do governo representativo, caracterizado pela rejeição dos mandatos imperativos e da revogabilidade discricionária teoria forjada no constitucionalismo inglês do século XVIII. A superioridade do sistema representativo se encontra exatamente no fato de permitir um distanciamento entre as decisões do governo e a vontade popular.¹² As decisões são tomadas com base em critérios racionais, a partir dos parâmetros legais e constitucionais, deixando de fora – em tese – as paixões que movem a vontade popular. Isso não significa que o povo fique afastado das instâncias políticas. Devem ser criadas instituições e procedimentos que outorguem a ele maior controle, como eleições periódicas e democratização dos partidos e espaços de decisão política, e isso é possível porque a liberdade de opinião pública sobre assuntos políticos foi garantida e ampliada.

A concepção tradicional de que os cidadãos estão pessoalmente representados pelos membros do Parlamento e que devem acatar os atos legislativos é coerente e acertada com a fundamentação jurídica da representação popular. Trata-se da vontade de um povo, como uniformidade, deixando de lado a diversidade que o constitui,¹³ o que é um perigo se vista com os olhos da democracia material. Essa vontade transmite a falsa ideia de unidade e uniformidade dentro de uma sociedade repleta de contradições. O processo legislativo é uma imagem real de um sistema social, ou seja, a forma e o conteúdo da produção das normas refletem os valores manifestados

11 FEIJÓ, 2017, p. 37.

12 MANIN, 1995.

13 JELLINEK, 1981.

pelo segmento social que se sente representado por aquele Parlamento.¹⁴ Uma casa legislativa composta majoritariamente por um segmento social ou econômico tende a discutir e elaborar leis que atendam seus interesses. Na estruturação geral do Estado, as regras eleitorais e de escolhas dos representantes devem ser cuidadosas e bem construídas para que não sejam eleitos representantes majoritários de um grupo ou segmento social, o que oferece um risco para a democracia.¹⁵

O processo legislativo manifesta a necessidade de criação de um sistema de normas. Como parte integrante de um sistema social, apresenta grande complexidade e por isso carece de conhecimentos temáticos e científicos variados para que seja legítimo. Ademais, é necessário conhecimento prévio das etapas e prazos para a decisão formal, bem como de tempo adequado para construção de alternativas.¹⁶ A ausência de cuidado com a razoabilidade e proporcionalidade no procedimento legislativo também pode ser apontada como fragilização da democracia.

2.2 A democracia substancial e sua institucionalização no Brasil

Na construção de sua teoria, Robert Dahl apresenta cinco elementos que caracterizam um governo como democrático,¹⁷ descrevendo atributos qualificadores que se assemelham ao que outros – como Norberto Bobbio – classificam de *democracia formal*.¹⁸ Alerta-se que, sem que as condições necessárias para a igualdade política sejam satisfeitas, ocorre o favorecimento de uma elite político-econômica na permanência do poder, desconfigurando o caráter plural da democracia.¹⁹ Nesse cenário, há uma

14 LUHMANN, 1980.

15 JELLINEK, 1981.

16 LUHMANN, 1980.

17 Quais sejam: a) a participação efetiva dos cidadãos com oportunidades iguais no processo; b) a igualdade de voto; c) o entendimento coletivo, ou seja, o necessário investimento em educação para que todos os cidadãos possam, livremente, manifestar-se no processo democrático; d) o controle exercido sobre o planejamento das políticas públicas, e e) a inclusão de todos os adultos.

18 DAHL, 2012.

19 Com suporte na base de dados do resultado das eleições gerais de 2018 divulgado pelo Tribunal Superior Eleitoral, o portal de notícias G1 publicou reportagem realizando um comparativo do perfil étnico e econômico dos deputados e deputadas federais eleitos com o perfil da sociedade brasileira em geral. De acordo com a reportagem de 21 de outubro de 2018, as mulheres representam apenas 15% de todos os membros da Câmara dos Deputados (segundo o último Censo do IBGE, elas são 51% da população brasileira); segundo a etnia, 24,4% dos eleitos se declararam pretos e/ou pardos (na sociedade, o percentual da

democracia de fachada, pois mesmo que os governantes sejam escolhidos em eleições periódicas e (supostamente) livres, existe a manutenção de *status quo*. A representação sociológica é elemento da representação política, devendo o Parlamento ser reflexo do país, apontando a representatividade (étnica, social, econômica, religiosa) como condição necessária para a compreensão da política de representação.²⁰

Em contraposição, está a democracia substancial. Nela prevalecem conteúdos que são inspirados em ideais revolucionários e típicos do pensamento democrático do igualitarismo – jurídico, social e econômico.²¹ Os elementos que permitem aprofundar o conceito de democracia também são importantes para o processo de criação legislativa. Em uma democracia sólida e substancial, os processos legislativos devem prezar pelo exercício do debate, tolerância e respeito, não existindo legitimidade democrática em processos legislativos que excluem tais valores. A democracia substancial não deve se satisfazer apenas com igualdade política e participação de seus cidadãos nos processos eleitorais, pois “é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa oferecendo aos cidadãos possibilidade de desenvolvimento integral e liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social”.²²

A experiência democrática não deve estar restrita às macro instituições políticas mas se aproximar dos cidadãos, pois “a democracia só é possível e duradoura quando os cidadãos efetivamente sentem que têm directa interferência na gestão das comunidades em que imediatamente se situam”²³ e a democracia política/institucional com formas de participação popular instiga a prática democrática na sociedade. Analisando o cenário duas décadas depois dos primeiros escritos sobre democracia, Jorge Miranda ratifica a tese sobre a relação simbiótica entre democracia e participação popular quando afirma que um governo se qualifica como democrático

população que assim se autodeclara é de 55,9%); em relação à escolaridade, 80,9% dos eleitos em 2018 declararam ter ensino superior completo (na população brasileira em geral, esse percentual é de apenas 15,3% segundo dados PNAD de 2016); por fim, 46% dos eleitos em 2018 declaram ser “deputados” como ocupação usual, 9,9% declaram-se empresários e 7,6%, advogados. Os dados divulgados pelo TSE demonstram a completa dissociação do perfil do parlamento brasileiro com a sociedade que diz representar.

20 SARTORI, 1999.

21 BOBBIO, 2004.

22 CANOTILHO, 2003, p. 289.

23 MIRANDA, 1976, pp. 402-403.

quando o povo tem mecanismos efetivos de determinar diretrizes políticas nos órgãos estatais.²⁴

A democracia do século XXI exige mais do que instrumentos puramente formais de escolhas de representantes ou que as decisões destes sejam inquestionáveis pelo povo. Em uma sociedade complexa, com profunda diversidade político-cultural, esperar que as decisões oriundas do sistema legislativo sejam, por si só, caracterizadas como *democráticas*, não é correto, tendo em vista que podem conter dispositivos que infrinjam o valor substancial do conceito contemporâneo de democracia.

Na teoria contemporânea da democracia, fundamental a correlação entre a *quantidade* (marca da democracia representativa) e os *valores*. A democracia liberal fundada na representação não pode atuar devidamente na presença de uma cultura que despreza valores sociais, culturais e, até mesmo, científicos. É necessário fortalecer valores como meritocracia e o princípio da seleção, desde que alinhados a outros, como o princípio da igualdade. Caso haja a desvalorização deste princípio em detrimento do mérito, nada se consegue senão uma igualdade em demérito.²⁵ A perversão na representação política no Brasil é resultado dessa igualdade em demérito, que privilegia demasiadamente a meritocracia sem a construção de mecanismos de correção das distorções do sistema político-partidário.

O fortalecimento da democracia passa, em primeiro lugar, por dar mais peso ao *demos* na própria representação mediante a introdução de limites ao mandato no nexo representativo, em direção à institucionalização de uma democracia semidireta. Esse seria o caminho para confrontar *a)* a volta a uma *concepção medieval de representação*, que leva a um sistema de representativo altamente disfuncional e localmente fragmentado, perdendo de vista o interesse geral, e *b)* o surgimento de uma democracia direta, que causaria a morte da própria democracia.²⁶

O artigo 14 da Constituição brasileira remete à necessária distinção que eleva o valor da decisão popular no exercício do poder político: a *soberania popular* é exercida também por iniciativas diretas de tomadas de decisão, como o plebiscito e o referendo.²⁷ A vontade do constituinte foi

24 MIRANDA, 2002.

25 SARTORI, 1999.

26 SARTORI, 1999.

27 BRASIL, 1988.

de estabelecer poderes de exercício democrático ao cidadão para além da democracia representativa.

Como manifestação da democracia liberal representativa, o dispositivo aponta para o sufrágio universal e para o voto direto e secreto, apresentando-os como elementos básicos caracterizadores de uma democracia.²⁸ Adotou-se a igualdade de voto como princípio e a divisão do sistema eleitoral majoritário para eleições de cargos do Poder Executivo e do Senado da República e o sistema proporcional para as eleições parlamentares. Este último tem gerado críticas em setores da sociedade brasileira, o que levou à proposição de vários projetos legislativos para alteração (ou aperfeiçoamento) do sistema às características nacionais.²⁹

O modelo proporcional brasileiro (adotado apenas na Finlândia e Chile³⁰) sofre críticas, pois torna os partidos políticos muito dependentes do desempenho individual dos candidatos para que seja alcançado o quociente eleitoral. Isso confere às eleições um caráter personalista, acentuando “a dependência do partido e a determinar a sua fragilidade programática”,³¹ refletindo a fragilidade da institucionalidade democrática.

2.3 Democracia política: institucionalidade, procedimentalidade e os partidos

Mesmo tendo em conta a estima dos valores democráticos materiais, deve-se reconhecer a importância da democracia política³² como caminho que deve ser percorrido para se alcançar a democracia substancial.³³ As

28 DAHL, 2012.

29 Como exemplo, temos os Projetos de Lei do Senado (PLS) 86/2017, de autoria do Senador José Serra e 345/2017, de autoria do Senador Eunício de Oliveira, foram aprovados no Senado Federal, e estão atualmente tramitando na Câmara dos Deputados, que tratam da adoção do sistema eleitoral distrital misto alemão nas eleições proporcionais brasileiras.

30 Mais informações sobre os sistemas eleitorais desses dois países podem ser encontradas na obra *Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas*, de José Antônio Giusti Tavares.

31 MENDES, 2016, p. 755.

32 A análise que Jorge Miranda faz leva em conta uma percepção de *democracia política* enquanto o entendimento de uma democracia liberal com instituições políticas (notadamente Executivo e Legislativo) pautadas pela representatividade com eleições livres, universais e periódicas. Alinha-se, nessa perspectiva, a uma aproximação com o liberalismo político e o liberalismo filosófico do Renascimento europeu. Assim, remonta a todo um conjunto de órgãos e instituições liberais baseados sobretudo nas doutrinas de Locke e Rousseau sobre poder político e separação de poderes.

33 MIRANDA, 1976.

instituições da democracia política precisam estar fortalecidas e com canais políticos livres de qualquer intervenção exógena para não danificar seu funcionamento. Mais do que isso, é necessário aprofundar seus instrumentos. Assim, procedimento e institucionalidade são importantes para o fortalecimento democrático, conferindo legitimidade ao sistema, haja vista que o processo legal não é apenas um conjunto de normas, mas um “sistema especial de comportamento que trata de um determinado método especial de legislação e que prossegue o objetivo de elaborar leis e pôr em vigor”.³⁴ Esse *sistema especial* tem o princípio da maioria como regra, a fim de racionalizar o processo legislativo, e com isso permitir a manutenção de diálogos e negociações internas que visam alcançar aquilo que seja possível dentro da institucionalidade.

Nessa simbiose entre democracias liberal e substancial, os procedimentos são importantes porque aumentam o consenso atual na elaboração de leis. Para que o processo legislativo seja legítimo, devem estar presentes elementos que estão relacionados em como a sociedade os encara, como, por exemplo, a autonomia do sistema político e a separação dos papéis de cada um dos Poderes e Instituições.³⁵ O procedimento formal encontra fundamento no conceito mais denso e contemporâneo de democracia, pois em uma sociedade cuja base é o diálogo, o respeito às instituições, a separação de Poderes e que reconhece o sistema político como caminho para a condução do Estado, não haverá maiores questionamentos sobre a legitimidade do procedimento legislativo para a formulação de leis caso tais elementos sejam seguidos à risca.

Nas democracias políticas modernas, os principais protagonistas no procedimento legislativo são os partidos políticos. A inserção dos partidos na vida política da sociedade é relativamente recente. A influência dos partidos no sistema político começa apenas a partir do segundo quarto do século XIX, com o fortalecimento institucional da democracia representativa na Europa e a “extensão do sufrágio popular e das prerrogativas parlamentares”.³⁶ Há um movimento de mão dupla, com partidos que surgem a partir de movimentos internos nos Parlamentos e os partidos políticos nascidos de movimentos de grupos sociais fora do sistema representativo,

34 LUHMANN, 1980, p. 146.

35 LUHMANN, 1980.

36 DUVERGER, 1967 In: CHARLOT, 1974.

como verdadeiros grupos de pressão e resultado da expansão do sufrágio. Os primeiros partidos políticos, como conhecemos hoje, surgiram nos Estados Unidos a partir de 1828, espalhando-se pelo mundo até chegar à Grã-Bretanha pelas reformas eleitorais de 1832 e 1867 e na França em 1848.³⁷ Chega-se à segunda metade do século XX com uma concepção mais qualificada sobre *partidos políticos*: uma organização durável e local bem estabelecida que mantém relações regulares e variadas com a escala nacional e que possui vontade deliberada de seus dirigentes nacionais e locais em tomar o poder político, de exercê-lo e influenciá-lo com a preocupação de procurar o apoio popular através das eleições ou outro modo.³⁸

No Brasil, a institucionalização dos partidos políticos como instrumentos de democracia representativa só acontece na Constituição de 1946, mas isso não significa que os primeiros partidos políticos brasileiros tenham surgido apenas nessa data. No Império e na Primeira República no Brasil, o sistema impedia que os partidos fossem os protagonistas.³⁹ Até o fim do século XX, os partidos políticos brasileiros estiveram às voltas com extinções, criações e intervenções. Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 conseguiu-se estabelecer segurança e liberdade de atuação dos partidos políticos como únicos protagonistas da democracia representativa.

A *democracia de partidos* (expressão cunhada por Bernard Manin) proporcionou a formação de partidos de massa – que no início eram vistos como ameaça à democracia – e foram fundamentais para consolidação do governo representativo entre fins do século XIX e os anos 1970 do século XX. Segmentos populares passaram a ter incidência em certas organizações partidárias, inclusive participando da seleção dos candidatos. O surgimento desses partidos levou à criação de uma identidade social e cultural entre representantes e representados. O que está em declínio no sistema atual é justamente a identificação entre representante e representado. Contudo, mesmo nos países com história de formação de grandes partidos de massa, uma grande distância separava as lideranças partidárias de suas bases (criando uma “elite proletária”). Manteve-se o caráter elitista do governo.⁴⁰

37 CHARLOT, 1974.

38 CHARLOT, 1974.

39 BONAVIDES, 2016.

40 MANIN, 1995.

3. A conjuntura pré-reformas: a (nova) crise política brasileira

Em 2013, vários movimentos sociais – notadamente, o estudantil – saíram às ruas para manifestar contra o aumento das passagens do transporte público em algumas capitais. A forte repressão policial e a velocidade das convocações das manifestações pelas redes sociais fizeram milhares de pessoas tomarem as ruas das principais cidades do país, com pautas de reivindicações difusas. Como grande catarse social, expuseram tudo aquilo que parecia ser um debate necessário. Em que pese a pluralidade dessas pautas, a insatisfação com o sistema político brasileiro foi linha mestra. Nos anos seguintes, tentar mudar esse sistema e permitir um aprofundamento da democracia no Brasil estava nas mãos da institucionalidade político-partidária. Foram tomadas algumas medidas para responder às demandas das ruas e que serão analisadas – bem como sua relação com a atual concepção democrática – a seguir.

3.1 As jornadas de junho de 2013 e a (nova) crise política

Como resultado de um grande processo de insatisfação popular com o sistema político-representativo, as manifestações conhecidas como “Jornadas de Junho de 2013” são consideradas o estopim do mais recente processo de desgaste do sistema político brasileiro. A pauta de reivindicações estava pulverizada: protestos contra a realização da Copa do Mundo de Futebol;⁴¹ melhorias na saúde e educação; campanha pelo Revalida⁴² para médicos cubanos; contra a proposta de emenda constitucional que retirava do Ministério Público os poderes de investigação criminal (PEC 37); dentre outros. Contudo, um eixo entrelaçava todas elas: o descontentamento com o modelo político-partidário da democracia brasileira. O antipartidarismo tem sido tradição e característica da política brasileira, com manifesta vontade de concentração de poderes no âmbito do Executivo. Isso alimenta a crítica às próprias instituições parlamentares, levando à condução de práticas personalistas no exercício do poder, em ambos os Poderes.⁴³

41 BBC BRASIL, 2013.

42 Exame obrigatórios para quem cursa Medicina no exterior e quer exercer a profissão no Brasil, a manifestação do Revalida ocorreu em virtude da criação pelo Governo Federal do programa Mais Médicos, que concedia bolsas a médicos estrangeiros ou brasileiros formados no exterior para atuarem em regiões longínquas, sem cobertura médica.

43 GOMES, 2019.

Momentos de tensão por conta de um suposto *apartidarismo* das manifestações eram comuns. Por conta da pluralidade de pautas e ideologias, alguns partidos – atuando de forma legítima – também foram às ruas com suas bandeiras em defesa de pautas específicas. Houve repúdio à presença dos militantes partidários, com palavras de ordem como “Sem Partido! Sem Partido!”.⁴⁴ Era a demonstração da insatisfação com um sistema que, para alguns, já não dialogava com a sociedade no atendimento de suas demandas. A crise do modelo de democracia representativa – às vésperas de completar 30 anos do fim da ditadura militar – começava a entrar em ruínas. Esses posicionamentos demonstram a crise da *democracia de partidos*, pois nesse modelo são eles que organizam os modos de expressão da opinião pública. As manifestações de junho de 2013 evidenciaram o esfacelamento da democracia de partidos, aprofundando o modelo da democracia de público. É claro que o povo pode (e deve) se manifestar como entidade política, capaz de falar e agir independentemente dos que estão no governo.⁴⁵ Contudo, a tradição histórica da democracia apresenta um modelo coordenado de manifestação. A partir de 2013, os partidos políticos passam a ficar (ainda mais) aliados desse papel de coordenação histórica.

Entretanto, crise política no Brasil não é novidade. Paulo Bonavides já apontava que sua existência é própria do presidencialismo montado no país a partir de uma experiência (fracassada) do modelo norte-americano. O Brasil viverá em eternos conflitos entre os Poderes e entre estes e a sociedade enquanto reformas democráticas estruturais e profundas não forem feitas, pois “o presidencialismo responde com dificuldades à mudança dos tempos, ao desafio das crises, ao reequilíbrio periódico das instituições face a novas exigências de comportamento político e social”.⁴⁶ Já na década de 1960, Bonavides expunha as dificuldades de diálogo entre Executivo e Legislativo, resultado de uma cisão ideológica profunda que impediu a construção de pontes em áreas e políticas comuns, o que acabou por resultar no golpe militar e instalação da ditadura em 1964.

Há cerca de 50 anos, Bonavides já defendia algo que só se concretizaria em 2017: o financiamento público de campanhas e do sistema partidário, pontos de uma reforma eleitoral mais ampla. Nos anos 1960, os processos

44 UOL, 2013.

45 MANIN, 1995.

46 BONAVIDES, 1978, p. 92.

eleitorais estavam cada vez mais caros por conta dos investimentos milionários realizados por empresas e cidadãos, repercutindo em representantes alinhados ideologicamente aos seus financiadores. As elites tinham encontrado uma forma de burlar a universalidade do sufrágio a todos e garantir certos privilégios.⁴⁷ A forte ingerência financeira causava desordem e debilitava a ordem democrática brasileira, sendo “o financiamento dos partidos pelo Estado, sob regime de rigorosa fiscalização” o único meio de neutralizar que os interesses econômicos fragilizassem ainda mais nosso sistema.⁴⁸ Trata-se do mesmo cenário de instabilidade política vivenciada pelo Brasil na última década⁴⁹ até os movimentos de reforma de 2015 e 2017. O financiamento empresarial das eleições está na contramão dos interesses dos cidadãos em geral, mas em acordo com os interesses dos eleitores que ignoram políticas de bem-estar da coletividade, sendo que “o custo social de tais distorções é provavelmente muito maior do que aquele do roubo aberto”.⁵⁰ Essa hipótese é possível mesmo em eleições mais baratas ou com financiamento público, mas o grau de incidência é muito menor. Assim, o financiamento público, por si só, não é resposta definitiva para corrigir as distorções no sistema democrático representativo, mas uma delas.

3.2 Os primeiros movimentos de reforma pós-junho de 2013

Como resposta à onda de manifestações, a Presidência da República encaminhou Mensagem⁵¹ ao Senado Federal que propunha “um amplo e ime-

47 “A burguesia, que perdeu a batalha do sufrágio universal, ganhou novamente o poder das urnas, estendendo sobre o País vasta rede de conspiração financeira, através de capitais particulares ou oficiais, individuais ou agrupados que se caracterizam por sua inconfessável origem, e cuja intervenção concentrada tem por imediata consequência a contaminação da vontade democrática, o falseamento do processo eleitoral” (BONAVIDES, 1978, p. 101)

48 BONAVIDES, 1978.

49 Em passagem histórica no ano de 1963, Paulo Bonavides relembra com dois fatos que marcaram a memória política brasileira se desencadearam a partir de um modelo “ultrapassado” para a História e para a realidade brasileira. Afirma o constitucionalista que “o presidencialismo brasileiro continua em 1963 vivendo a mesma crise de que redundou no suicídio de Vargas e na renúncia de Jânio Quadros: uma disputa mortal do Executivo com o Legislativo, uma desconfiança capital entre o Presidente da República e o Congresso, uma concentração de ódios, como jamais se viu, pondo as reformas em termos ideológicos quase inarredáveis. Está o Brasil cada vez mais próximo de confirmar o fim de todos os regimes presidenciais da América Latina: a sublevação e a ditadura” (1978, p. 96)

50 MANIN; PRZEWORSKI; STROKES, 2006. p. 113.

51 G1, 2013.

diato esforço conjunto para a renovação do sistema político brasileiro”. Para o Executivo, as manifestações demonstravam, “de forma inequívoca, a força e o caráter irreversível do processo de consolidação de uma democracia participativa em nosso país”. Na mensagem presidencial, a proposta para o Congresso Nacional realizar um plebiscito sobre as bases fundamentais da reforma política almejada pela sociedade brasileira, pois “a simples manifestação de concordância ou discordância popular com um modelo já predefinido pode afastar a sociedade da ampla discussão dos alicerces e princípios que deverão orientar a renovação do sistema de representação política”.⁵² Como pontos para apreciação popular, a Presidência da República propunha a abordagem de cinco linhas mestras da reforma política.⁵³

Agindo de forma contrária, o Congresso Nacional decidiu não realizar o plebiscito e construiu, ele próprio, as bases que julgava necessárias para a reforma política brasileira. O Legislativo, então, iniciou o processo legislativo de *mudança* no sistema em sentido contrário ao reivindicado pelos manifestantes de junho de 2013, que pugnavam por mais espaço de participação política. As primeiras mudanças efetivas só ocorreram a partir de 2015. Para as lideranças do Congresso, não era aceitável que temas tão complexos, como os sugeridos pela Presidência da República e por entidades da sociedade civil organizada,⁵⁴ fossem discutidos e votados próximo à realização do processo eleitoral de 2014.

52 BRASIL, 2015.

53 “a) a forma de financiamento das campanhas eleitorais, de modo a permitir uma avaliação do modelo atual. Que o povo possa comparar as vantagens e desvantagens com relação ao financiamento exclusivamente público. Que o povo possa fazer comparação semelhante com o modelo misto, em que os candidatos recebem recursos públicos e recursos de fontes privadas, com ou sem restrições; b) a definição do sistema eleitoral, em que se faça uma opção entre o sistema proporcional como é hoje, o voto distrital [*ilegível*] voto majoritário para a eleição de parlamentares, o voto em lista fechada ou flexível, ou, então, o voto em dois turnos como propõem entidades da sociedade civil; c) a continuidade ou não da existência da suplência nas eleições para o Senado Federal; d) a manutenção ou não das coligações partidárias para a eleição de deputados e vereadores; e) o fim ou não do voto secreto no parlamento”

54 Nesse sentido, várias foram as entidades da sociedade civil que elaboraram propostas de Reforma Política. Merece destaque a *Coalizão pela Reforma Política Democrática e eleições limpas* composta por um coletivo de 114 entidades nacionais, cuja Executiva era formada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), Plataforma dos Movimentos Sociais pela Reforma Política e União Nacional dos Estudantes (UNE). Informações sobre a Coalizão e o projeto podem ser encontrados no endereço eletrônico: <http://www.reformapoliticademocratica.org.br/>

O marco que impulsionou as atividades legislativas em 2015 foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para, no mérito, declarar a inconstitucionalidade da doação empresarial nas campanhas político-eleitorais no sistema brasileiro.⁵⁵ No pedido, a OAB mencionava a “relação tóxica” entre eleições e democracia e o poder econômico, e este acabava por contaminar aqueles, pois “a infiltração [do poder econômico] cria perniciosas vinculações entre os doadores de campanha e os políticos, que acabam sendo fontes de favorecimento e de corrupção após a eleição”.⁵⁶ A doação empresarial às campanhas políticas e eleitorais violava, dessa forma, o princípio da igualdade, bem como uma *violação ao princípio democrático e ao princípio republicano*.

Em 17/09/2015, o plenário do STF julgou a ação parcialmente procedente ao declarar a inconstitucionalidade de doação por pessoas jurídicas como violação ao princípio democrático e da igualdade política. Para a Suprema Corte brasileira,

9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.

10. O telos subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas

55 Como pedidos de mérito da Petição Inicial da ADI 4.650-DF:

“e.1 – seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 24 da Lei 9.504/97, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, bem como a inconstitucionalidade do Parágrafo Único do mesmo dispositivo, e do art. 81, caput e § 1º do referido diploma legal;

e.2 – seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos; e a inconstitucionalidade das expressões ‘ou pessoa jurídica’, constante no art. 38, inciso III, da mesma lei, e ‘e jurídicas’, inserida no art. 39, caput e § 5º do citado diploma legal;

e.3 – seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 23, § 1º, incisos I e II, da Lei 9.504/97, autorizando-se que tais preceitos mantenham a eficácia por mais 24 (vinte e quatro) meses, a fim de se evitar a criação de uma ‘lacuna jurídica ameaçadora’ na disciplina do limite às doações de campanha realizadas por pessoas naturais e ao uso de recursos próprios pelos candidatos nestas campanhas;

e.4 – seja declarada a inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade, do art. 39, § 5º, da Lei 9.096/95 - com exceção da expressão ‘e jurídicas’, contemplada no pedido ‘e-2’, supra - autorizando-se que tal preceito mantenha a eficácia por mais até 24 meses, a fim de se evitar a criação de uma ‘lacuna jurídica ameaçadora’ na disciplina do limite às doações a partido político realizadas por pessoas naturais.”

56 BRASIL, 2015.

eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidência desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo.⁵⁷

O *agir estratégico* dos grandes financiadores das campanhas eleitorais vinha, segundo o Supremo Tribunal, contaminando o processo democrático de escolha de representantes, como já advertia Paulo Bonavides pouco antes do golpe militar de 1964. Com a decisão do STF, o Congresso se viu obrigado a disciplinar regras que amoldassem o sistema político-legislativo à manifestação da Corte. Os primeiros passos resultaram na minirreforma eleitoral de 2015, através da Lei n. 13.165/2015, que será objeto de breve análise.

4. As recentes minirreformas: simulacro de realização democrática

Os anos de 2015 e 2017 foram especialmente produtivos na elaboração de normas que (re)adequassem a democracia liberal representativa brasileira a parte dos anseios populares e da proposta presidencial encaminhada em meados de 2013. Por conta da regra constitucional que proíbe a criação de lei que vise alterar o processo eleitoral no intervalo de até um ano da data da eleição seguinte (art.16), as medidas efetivas só poderiam ser tomadas pelo legislativo após as eleições gerais de 2014. As novas regras começaram a ser implementadas nas eleições municipais de 2016 e nas eleições gerais de 2018, algumas delas extensivas até as eleições de 2026.⁵⁸ Os pontos mais significativos dessas mudanças – e sua relação com a concepção contemporânea de democracia – serão discutidos a seguir.

4.1 A lei nº 13.165 como primeira minirreforma da (nova) crise política

Em 2015 foi promulgada a Lei n. 13.165/2015, alterando a Lei de Eleições (9.504) e o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), com objetivo de “reduzir os custos de campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos

57 BRASIL, 2015.

58 Art. 3º, III, Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017.

Políticos e incentivar a participação feminina”.⁵⁹ A maioria das novas regras trazidas pela minirreforma de 2015 (como a lei ficou popularmente conhecida no ambiente político) foi essencialmente procedimental, regulando temas como tempo de propaganda de televisão, prazos para inscrição eleitoral de candidatos, procedimentos para prestação de contas eleitorais, regras de convenções partidárias, dentre outras. Portanto, ela não enfrentou aquilo que foi levantado como uma das principais bandeiras das Jornadas de Junho de 2013: maior participação política da sociedade e mudança significativa do sistema democrático representativo.

Ante a forte presença de elementos procedimentais, duas regras de cunho material se destacam: o artigo 45, IV da Lei n. 9.096⁶⁰ (que, ainda assim, está longe de significar a igualdade e o equilíbrio de gênero nas campanhas políticas) e a criação de uma votação nominal mínima para que um candidato possa ser eleito dentro do sistema proporcional brasileiro de lista aberta. Nesta regra, estipulou-se o número de votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente previsto no artigo 108 do Código Eleitoral. Quis o legislador evitar situações ocorridas anteriormente em que, por conta do quociente eleitoral, foram eleitos candidatos para a Câmara dos Deputados com menos de 300 votos.⁶¹

A Lei n. 13.165/2015 foi sancionada com vetos pela então Presidenta Dilma Rousseff. No projeto aprovado pelo Legislativo existiam dois dispositivos que flexibilizavam a doação de dinheiro por parte de pessoas jurídicas para candidatos e partidos em determinadas situações.⁶² O então

59 BRASIL, 2015.

60 “Art. 45, IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere o art. 49.”

61 Em *A mentirosa urna*, Costa Porto lembra da eleição para a Câmara dos Deputados de 2002. No Estado de São Paulo, o deputado Enéas Carneiro (PRONA), alcançou 1.573.642 votos. Por conta dessa votação expressiva, o quociente eleitoral de 280.000 votos foi atingido e o partido ganhou o direito a 06 (seis) cadeiras. Assim, com o Deputado Enéas Carneiro, outros cinco candidatos tomaram posse. Suas votações foram de, respectivamente, 18.000 votos, 673 votos, 484 votos, 382 votos e 275 votos. Essa situação voltou a ocorrer no mesmo Estado em 2010 – com menos intensidade, é verdade – com a eleição do Deputado Tiririca que também obteve uma votação expressiva (mais de 1 milhão de votos) e conseguiu assim que seu partido lograsse mais três assentos na Câmara dos Deputados com candidatos que tiveram votações bem abaixo do quociente eleitoral. Essas situações levaram o Parlamento brasileiro ao estabelecimento da votação mínima de 10%.

62 Artigos e incisos vetados pela Presidência da República na sanção da Lei n. 13.165/2015: “inciso XII e §§ 2º e 3º do art. 24 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, inserido pelo art. 2º do projeto de lei

projeto de lei foi encaminhado à Presidência para sanção no dia 10 de setembro daquele ano.⁶³ Somente após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de financiamento integral de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas (29 de setembro de 2015), a Presidência decidiu apreciar o Projeto de Lei, apondo veto nos dispositivos que tratavam do assunto⁶⁴ e sancionando parcialmente o PLC 75/2015 (transformado na Lei n. 13.165/2015). Os vetos foram apreciados pelo Congresso Nacional⁶⁵ em 18 de novembro, sendo mantidos.⁶⁶

Em que pese a deliberação do STF, o país continuava sem normas que se amoldassem aos anseios dos manifestantes. Houve a criação de medidas

XII – pessoas jurídicas com os vínculos com a administração pública especificados no § 2º

“§ 2º Pessoas jurídicas que mantenham contrato de execução de obras com órgãos ou entidades da administração pública direta e indireta são proibidas de fazer doações para campanhas eleitorais na circunscrição do órgão ou entidade com a qual mantêm o contrato.

§ 3º As pessoas jurídicas que efetuarem doações em desacordo com o disposto neste artigo estarão sujeitas ao pagamento de multa no valor de 100% (cem por cento) da quantia doada e à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o poder público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.”

Arts. 24-A e 24-B da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, inseridos pelo art. 2º do projeto de lei

“Art. 24-A. É vedado ao candidato receber doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de pessoa jurídica.

Parágrafo único. Não se consideram doações para os fins deste artigo as transferências ou repasses de recursos de partidos ou comitês para os candidatos.

Art. 24-B. Doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas para os partidos políticos a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo não poderão ultrapassar nenhum dos seguintes limites:

I – 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição, somadas todas as doações feitas pelo mesmo doador, até o máximo de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – 0,5% (cinco décimos por cento) do faturamento bruto, somadas todas as doações feitas para um mesmo partido.

§ 2º A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco vezes a quantia em excesso.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no § 2º, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o poder público pelo período de cinco anos por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa.

§ 4º As representações propostas objetivando a aplicação das sanções previstas nos §§ 2º e 3º observarão o rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e o prazo de recurso contra as decisões proferidas com base neste artigo será de três dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.”

63 BRASIL, 2015.

64 Ressalte-se que a Presidência da República estava resguardada pelo artigo 66, §1º da Constituição Federal, que estabelece o prazo de quinze dias úteis para sanção ou veto dos projetos.

65 Art. 66, §4º CF/88.

66 BRASIL, 2015.

para o fortalecimento das instituições partidárias como resposta à instabilidade democrática vivenciada pós junho de 2013. A democracia substantiva – e com ela, a possibilidade de mudança no sistema representativo para conceder mais espaço ao povo – teria nova chance dois anos depois, às vésperas das eleições gerais de 2018.

4.2 As reformas política e eleitoral de 2017 – uma linha do tempo

No processo legislativo como instrumento para legitimação do sistema político, a construção de pacotes legislativos e a simplificação da complexidade são importantes para a racionalidade do processo,⁶⁷ e isso parece necessário em alguns pontos e discussões que são eminentemente técnicas e operacionais. Esse “pacote” veio em 2017, com objetivo de atingir algumas das demandas dos manifestantes de junho de 2013. Enfim, parte do conteúdo material diz respeito à própria essência do fundamento democrático do Estado. Para a sociedade em geral, as regras criadas naquele ano simplificaram o processo eleitoral, na tentativa de legitimar o sistema.

4.2.1 Lei 13.488/2017: tramitação, proposta inicial e versão final

Posteriormente à Lei n. 13.165/2015 e a decisão do STF proibindo o financiamento empresarial para candidatos e partidos políticos, a Câmara dos Deputados começou a amplificar o debate sobre mudanças no sistema representativo da democracia brasileira. Em 11 de outubro de 2016 foi criada a Comissão Especial para análise, estudo e formulação de proposições relacionadas à Reforma Política, em ato da Presidência da Câmara,⁶⁸ composta por 30 membros titulares e igual número de membros suplentes.

Logo nas primeiras reuniões da Comissão, o Deputado Relator afirmou que era necessário expandir o debate legislativo com membros e representantes de outros Poderes e entidades da sociedade civil organizada que já pautavam a necessidade de uma reforma política mais profunda, que atendessem aos anseios democráticos.⁶⁹ Entre seis audiências públicas

67 LUHMANN, 1980.

68 BRASIL, 2016.

69 “Consideramos imprescindível aos trabalhos da Comissão ouvir autoridades, especialistas e entidades representativas da sociedade brasileira. Para tanto, faremos uso dos instrumentos usuais da Casa: as audiências públicas. A nossa ideia é reservar de oito a dez reuniões da Comissão de audiências públicas para

e reuniões de trabalho realizadas entre 22 de novembro de 2016 e 20 de junho de 2017,⁷⁰ a Comissão ouviu propostas de especialistas, entidades e membros do sistema de justiça.

Somente em 19 de setembro de 2017 (menos de 20 dias antes do fim do prazo estipulado para que novas regras pudessem ter vigência nas eleições de 2018), a Comissão Especial apresentou a versão consolidada de seu trabalho, resultando no Projeto de Lei (PL) n. 8.612/2017. Sujeito ao regime de urgência,⁷¹ o processo de tramitação durou exatos dezesseis dias (atípico para a tradição da Câmara dos Deputados). Foi aprovado com 48 emendas, desconfigurando quase por completo o projeto inicial apresentado pela Comissão.⁷² O governo representativo foi originalmente concebido e justificado como debate e a ideia de representação sempre esteve ligada à da discussão, sendo algo inerente a uma Assembleia. O sistema proporcional é marcado pela diversidade social e assim o debate deve ser o ponto de encontro de convergências e assunção de compromissos para com o Estado.⁷³ A extrema celeridade na tramitação do Projeto na Câmara dos Deputados revela a dissonância não apenas com o conteúdo democrático, mas até mesmo com o fundamento básico do governo representativo.

No dia 05 de outubro de 2017, o PL foi encaminhado ao Senado Federal e se transformou no Projeto de Lei da Câmara (PLC) 110/2017. Em uma tramitação que durou menos de 24 horas, foi aprovado em Plenário sem análise da Comissão de Constituição e Justiça daquela casa legislativa,

as oitavas do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral ou representante por ele indicado; de membros do Ministério Público Eleitoral; da Ordem dos Advogados do Brasil; de representantes da sociedade civil organizada (MCC, CNBB, ABI, UNE, Frente Brasil Popular, Momento Povo sem Medo, CUT, CTB, UGT, Força Sindical e demais Centrais Sindicais; dos ex-Presidentes da República e de cientistas políticos, professores e especialistas nos temas em debate. Além dessas, nossas propostas contemplam a realização de audiências públicas regionais e, se necessário, com o apoio técnico dos funcionários da Casa, em cada uma das Regiões do País (Centro-Oeste, Norte, Nordeste, Sudeste), para oitiva de especialistas e autoridades regionais.” (Relator Dep. Federal Vicente Candido PT-SP, Câmara dos Deputados – DETAQ. Comissão Especial – Reforma Política. Número 1321/16. 08/11/2016, p. 3).

70 A Comissão Especial reuniu-se com convidados e membros externos em 20/11/2016, 29/11/2016, 01/12/2016, 22/03/2017, 10/05/2017 e 20/06/2017.

71 “Art. 155. Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente.”

72 BRASIL, 2017.

73 MANIN, 1995.

substituída pelo Parecer n. 174/2017 -PLEN/SF.⁷⁴ No mesmo dia, a proposta foi encaminhada à Presidência da República, sendo sancionada no dia 06 de outubro de 2017, originando a Lei n. 13.488/2017.

A Lei n. 13.488/2017 modifica as Leis n. 9.504/1997 (Lei das Eleições), n. 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) e n. 4.737/1965 (Código Eleitoral), bem como revoga dispositivos da Lei n. 13.165/2015. Nesta norma encontram-se os principais pontos de convergência para garantir a consolidação e aprofundamento da democracia, alterando a estrutura do sistema político-partidário brasileiro. Se aprovado conforme versão final da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, as mudanças seriam ainda mais radicais.

O projeto inicial previa a alteração da redação da Lei dos Partidos Políticos (9.096/1995) para garantir a “gestão democrática e participação dos filiados; renovação periódica nos cargos de direção e deliberação; transparência no que diz respeito às regras de funcionamento e gestão dos recursos públicos e privados”.⁷⁵ Em conjunto, a proposta de inclusão do artigo 10-C à lei, para garantir, no mínimo, 70% dos órgãos partidários ocupados mediante eleição dos seus dirigentes,⁷⁶ com previsão de sanções caso isso não ocorresse. O objetivo era garantir que os partidos políticos – protagonistas do processo eleitoral no Brasil – respeitassem, em suas instâncias, um valor democrático essencial: a alternância de poder e a transparência na gestão. Essa proposta não foi aprovada, ficando fora da redação da Lei n. 13.488/2017.

Em relação à capacidade passiva na igualdade do sufrágio, a versão inicial do projeto pretendia corrigir distorções entre os gêneros e possibilitar às mulheres maiores condições de participar do processo eleitoral e da vida partidária. Na proposta de modificação da Lei 9.096/1995, buscava-se um percentual mínimo (30%) de tempo de propaganda gratuita de rádio e

74 BRASIL, 2017.

75 BRASIL, 2017.

76 “Art. 10-C: Os partidos políticos deverão manter, no mínimo, setenta por cento dos seus órgãos partidários constituídos de forma definitiva, inclusive em nível estadual e municipal, mediante eleição dos seus dirigentes, na forma prevista em seus estatutos.

§ 1º O percentual mínimo previsto no caput será apurado de acordo com as anotações realizadas perante a Justiça Eleitoral no mês de novembro de cada ano.

§ 2º O partido que não atingir o percentual mínimo previsto no caput terá reduzidos, na proporção do percentual faltante, o tempo de rádio e televisão na propaganda partidária e a participação no Fundo Partidário no exercício seguinte.”

TV do partido político para “promover e difundir a participação feminina na política”, conferindo assim maior visibilidade às mulheres. Em conjunto, existia a previsão de mudança da Lei n. 9.504/1997 para garantir a paridade de gêneros nas eleições majoritárias: sugeriu-se a inclusão do §5º no artigo 2º e do §3º no artigo 3º da referida lei para que, na composição das chapas para prefeito e vice-prefeito, governador e vice-governador e presidente e vice-presidente, houvesse a participação de ambos os sexos.⁷⁷ Pretendia-se também a criação do artigo 10-A, a fim de garantir uma candidatura feminina quando partido ou coligação apresentasse duas candidaturas.⁷⁸ Essas propostas convergiam para o conteúdo material da democracia, bem como sobre a concepção da igualdade do sufrágio, com estabelecimento de condições e chances equivalentes na disputa. Todas foram desconsideradas pelo Congresso Nacional.

Outra proposta da Comissão Especial que merece destaque e não aprovada pelo Congresso se refere à criação de procedimentos democráticos para seleção de candidatos por partidos ou coligações quando houvesse mais postulantes ao cargo eletivo do que o número de vagas – a realização de prévias ou primárias.⁷⁹ A democratização do processo de escolha legitimaria o candidato perante seu partido/coligação e a sociedade.

Destaca-se, ainda, que tanto a versão inicial do PL 8.612/2017 quanto a versão aprovada que resultou na Lei n. 13.488/2017 trazem consigo procedimentos específicos e internos quanto ao funcionamento dos partidos, valores de limites de doações por pessoas físicas, propaganda eleitoral na *internet*, rádio e TV e nas ruas.⁸⁰ Alterações legislativas incapazes de atacar

77 PL n. 8612/2017, versão original:

“Art. 3º A Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as alterações seguintes:

Art. 2º.

§ 5º Na composição das chapas de candidatos a presidente e vice-presidente, bem como de governador e vice-governador, será assegurada a participação de ambos os sexos. (NR)

Art. 3º.

§ 3º Na composição das chapas de candidatos a prefeito e vice-prefeito será assegurada a participação de ambos os sexos. (NR)”

78 “Art. 10-A. Na eleição para o Senado Federal em que o partido ou coligação apresente duas candidaturas, uma das vagas será preenchida com um candidato do sexo masculino e a outra com candidata do sexo feminino.”

79 “Art. 7º-A Havendo mais postulantes a cargo eletivo do que a quantidade de vagas de que o partido dispõe nos termos desta Lei, devem ser observados procedimentos democráticos de seleção dos candidatos. § 1º Os partidos políticos poderão realizar prévias ou primárias no período de dezesseis de maio a trinta de junho dos anos eleitorais, podendo ser solicitado o apoio da Justiça Eleitoral para sua realização.”

80 BRASIL, 2017.

os principais problemas da mais recente crise política-democrática vivenciada no Brasil.

4.2.2 A Lei 13.487/2017 – o Fundo Especial para financiamento de campanhas

A Lei n. 13.487 teve origem no Projeto de Lei do Senado (PLS) 206/2017, protocolado em 27 de junho de 2017.⁸¹ O objetivo inicial do PLS 206 era “instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha, permitir a propaganda eleitoral paga no rádio e na televisão, e restringir o horário eleitoral gratuito aos canais de rádio e de televisão de responsabilidade do poder público”.⁸² Com a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do financiamento eleitoral por pessoa jurídica privada, faltava ao ordenamento brasileiro uma norma que dispusesse sobre o tema. Esse era o objetivo central do Projeto de Lei do Senado.

Em relação à tramitação, o PLS 206/2017 não passou por nenhum tipo de Comissão Especial. Foi protocolado diretamente no Plenário do Senado para, logo após, ser encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), conforme regimento interno. Na comissão, não recebeu nenhuma emenda. Somente em 22 de agosto de 2017 – dois meses após sua apresentação – foi deferida, nos termos regimentais,⁸³ a urgência na tramitação. Para que as novas regras pudessem ser adotadas na eleição do ano seguinte – e sem ter sido apreciado em seis sessões deliberativas anteriores – o PLS 206/2017 entrou na ordem do dia na sessão de 25 de setembro, recebendo emendas ao projeto inicial (32 ao todo). No dia 26 de setembro foi aprovado o texto substitutivo e encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão e análise, sendo renumerado (PL 8703/2017).

Na Câmara, foi encaminhado às Comissões Permanentes de Finanças e Tributação, e Constituição e Justiça e de Cidadania. A matéria foi ao plenário para apreciação apenas em 04 de outubro, discutida em turno único da sessão deliberativa extraordinária que se iniciou às 19h34min, recebendo

81 Se levarmos em consideração apenas a ordem numérica, parece um descompasso falar da Lei n° 13.487 após a Lei n. 13.488. Contudo, basta lembrar que ambas foram sancionadas no mesmo dia, portanto após a instituição da Comissão Especial na Câmara dos Deputados que originou o PL 6812/2017. Por isso sua análise posterior.

82 BRASIL, 2017.

83 Artigo 336, II do Regimento Interno do Senado Federal.

emendas. No dia 05 de outubro foi encaminhada Mensagem n. 29/2017⁸⁴ à Presidência da República para apreciação. Nesse processo, a Câmara dos Deputados alterou o projeto inicial do PLS 206/2017 e na versão final cons-tou apenas a instituição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e a extinção da propaganda partidária paga no rádio e na televisão. Após sanção com vetos, a Lei n. 13.487/2017 instituiu no Brasil o Fundo Especial de Financiamento de Campanhas (FEFC), com dotações orçamentárias da União em ano eleitoral,⁸⁵ cabendo ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) esta-belecer, em cada eleição, os critérios de distribuição dos recursos.⁸⁶

4.2.3 EC 97/2017 – A Cláusula de Desempenho e a proibição de coligações

Encerrando o ciclo das minirreformas em 2017, foi promulgada em 4 de outubro daquele ano a Emenda Constitucional n. 97. A alteração tem por objetivos *a)* proibir as coligações partidárias nas eleições proporcionais, *b)* estabelecer percentuais progressivos nos processos eleitorais de 2018, 2022 e 2026 para acesso a recursos do fundo partidário – a *cláusula de desempenho* – e *c)* o tempo de propaganda gratuita do rádio e da televisão.⁸⁷

A emenda é resultado da PEC 282/2016.⁸⁸ Além da vedação das co-ligações nas eleições proporcionais, a proposta original visava acrescentar na Constituição brasileira a autonomia dos partidos políticos, bem como disciplinar regras mais rígidas sobre seu funcionamento. Destaca-se, ainda, a criação de uma *federação partidária* para atuar com “identidade política única”, garantida sua autonomia. Seguindo o regimento interno da Câma-ra, a PEC 282/2016 foi apresentada em plenário no mesmo dia e poste-riormente encaminhada para a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

84 BRASIL, 2017.

85 “Art. 1º A Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)

Art. 16-C. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamen-tárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente:

(...)”

86 BRASIL, 2017.

87 BRASIL, 2017.

88 Em Ofício (n. 1.324 SF) encaminhado ao Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados, o então pre-sidente do Senado Federal, Renan Calheiros, identifica a PEC originalmente como 36/2016. Quando ela chega à Câmara dos Deputados e inicia sua tramitação naquela Casa ela recebe nova numeração.

Foram pensadas outras propostas existentes na casa que versavam sobre a mesma matéria.⁸⁹ Após cinco meses de tramitação (em 03 de maio de 2017), a CCJ aprovou parecer sobre a constitucionalidade, criando a Comissão Especial para analisar o conteúdo material da proposta. Em 06 de junho, ela foi instalada e vários requerimentos para realização de audiências públicas na Câmara e em diversos Estados do país⁹⁰ foram apresentados, aprovando-os nos meses subsequentes. Contudo, na ficha de tramitação do projeto não consta a realização dessas audiências. O parecer sobre o projeto foi aprovado com modificações pela Comissão Especial em 23 de agosto e encaminhado ao plenário da Casa para discussão e deliberação. Após um mês de debates, o presidente da Câmara dos Deputados enviou o texto aprovado para apreciação do Senado Federal.⁹¹

No Senado Federal, a tramitação foi surpreendentemente célere. A análise do projeto aconteceu em apenas uma sessão deliberativa do plenário: dia 03 de outubro. Em nenhum dos dois turnos de votação houve apresentação de emendas por parte dos (...) senadores que, consensualmente, aprovaram o texto de forma integral.⁹² No dia seguinte o texto final foi promulgado, transformando-se na Emenda Constitucional n. 97/2017.

No texto final, a EC 97 deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 17 da CF/88.⁹³ Na primeira parte do dispositivo, fica garantida a autonomia interna dos partidos políticos na definição de sua estrutura interna, regras de administração e funcionamento. Como protagonistas do sistema democrático representativo, garantir essa autonomia permite que suas pautas identitárias e seus valores possam ser assegurados sem interferências de outrem. Por outro lado, a autonomia sem a construção de liames demo-

89 PEC 22/2015 e PEC 84/2011.

90 Vários são os deputados e deputadas que apresentam requerimentos para aprofundamento da discussão do conteúdo da PEC 282/2016.

91 Ofício n. 1.166/2017/SGM-P. Brasília, 28 de setembro de 2017.

92 Nos dois turnos, o resultado das votações foi distinto. No primeiro, a PEC 33/2017 (numeração dada já no Senado) foi aprovada por 62 membros. Já em segundo, por 58 senadores e senadoras. Essa diferença deve-se apenas ao número de membros presentes em plenário, já que não houve votos contrários e abstenções ao projeto.

93 “§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.” (BRASIL, 2017).

cráticos mínimos tende a perpetuar máquinas burocráticas que reproduzem sistemas de escolhas de candidatos sem transparência, vinculados a interesses políticos e econômicos que podem ser dissonantes da vontade do corpo de filiados daquele partido. A garantia de autonomia interna de funcionamento dos partidos políticos, assegurada pela EC 97, por mais paradoxal que seja, permite que os responsáveis pela realização da democracia possam ser antidemocráticos nos mecanismos internos de poder.

Já na segunda parte do §1º, uma das propostas da então presidenta Dilma Rousseff⁹⁴ foi atendida pelo Legislativo: o fim das coligações partidárias nas eleições proporcionais. Como essa proibição só entrará em vigor nas eleições de 2020, não será possível avaliar, a curto prazo, o impacto no aprofundamento democrático tão reclamado ao longo da última década. Fundamenta-se a proibição das coligações para evitar distorções na vontade do eleitor, e corrigir injustiças no processo eleitoral. Elas induzem a fragmentação, pois “pouquíssimos são os candidatos às eleições proporcionais que se elegem com votos próprios, por conseguinte há grande transferência de votos dentro dos partidos e entre diferentes partidos”.⁹⁵ Essa situação reflete o total descompasso entre representante e representado.

No que se refere à cláusula de desempenho para acesso a recursos do fundo partidário, bem como a propaganda gratuita no rádio e na televisão, o artigo 3º da EC 97 criou regras de transição para os processos eleitorais de 2018, 2022 e 2026 até o percentual final estabelecido no §3º do artigo 17 de CF/88 – com redação trazida pela Emenda Constitucional e que valerá para as eleições de 2030.⁹⁶ Com os resultados das eleições de outubro de 2018, o TSE divulgou relação de 14 partidos políticos⁹⁷ que, desde 01 de fevereiro de 2019, deixaram de receber recursos do fundo partidário porque “não atingiram a composição e distribuição percentual do mínimo de votos ou não elegeram bancada mínima para a Câmara dos Deputados”,⁹⁸ descumprindo as regras dispostas no Art. 3º, I, alíneas *a* e *b* da EC

94 Em 31 de agosto de 2016, após um conturbado período de crise política e econômica, a Presidenta Dilma Rousseff, reeleita nas eleições gerais de 2014, foi afastada definitivamente do cargo em um processo de *impeachment*, assumindo o vice-presidente, Michel Temer.

95 VICTOR, 2015, p. 136.

96 BRASIL, 2017.

97 Da relação inicial constam Rede Solidariiedade, Patriota, PHS, DC, PCdoB, PCB, PCO, PMB, PMN, PPL, PRP, PRTB, PSTU e PTC. Artigo 2º, Portaria TSE n. 48, 25 de janeiro de 2019.

98 Artigo 2º da Portaria TSE nº 48, de 25 de janeiro de 2019.

97.⁹⁹ Para não comprometerem seu funcionamento, alguns desses partidos buscaram a fusão/incorporação como alternativa para o acesso aos recursos do fundo partidário (uma das principais fontes de financiamento das agremiações políticas),¹⁰⁰ cabendo ao TSE o julgamento desses processos.¹⁰¹

A cláusula de desempenho não impede a criação e existência da multiplicitude de partidos – isso afrontaria o artigo 17 da Constituição, mas impõe requisitos para que possam dispor das prerrogativas estabelecidas em lei. Importante também afirmar que ela “não sufoca a democracia porque os partidos políticos não podem ser confundidos com a forma de organização política através do substrato popular”,¹⁰² ou seja, são instrumentos importantes, mas não detêm o monopólio da vontade popular.

No modelo brasileiro da cláusula de desempenho, há o estabelecimento de mecanismos que dificultam o funcionamento parlamentar de agremiação partidária, podendo levar, em condições extremas, a graves dificuldades na existência dos partidos, levando-os a decidirem pela fusão e/ou incorporação. Justifica-se a sua criação porque a proporcionalidade extrema conduz a um legislativo muito fragmentado, prejudicando a governabilidade.¹⁰³ Trata-se de tentativa para evitar a experiência de que, por falta de maioria no legislativo, as ações governamentais sejam constantemente impedidas diante da obstrução nos procedimentos que envolvem a função legislativa.¹⁰⁴

99 “Art. 3º O disposto no § 3º do art. 17 da Constituição Federal quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão aplicar-se-á a partir das eleições de 2030.

Parágrafo único. Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que:

1 – na legislatura seguinte às eleições de 2018:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem eleito pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;”

100 CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019.

101 Nesse sentido, o TSE já julgou favorável à incorporação e fusão do Partido Republicano Progressista (PRP) ao Patriota e do Partido da Pátria Livre (PPL) ao Partido Comunista do Brasil (PCdoB). Após essas incorporações, o Patriota e o PCdoB garantem o atendimento às regras do artigo 3º, § único, I da EC 97.

102 AGRA; NETO, 2017. p. 711.

103 No processo eleitoral de 2018, a Câmara dos Deputados chegou ao recorde, com 30 partidos políticos representados.

104 NICOLAU, 2004.

A cláusula de desempenho introduzida pela Emenda 97 não é novidade no ordenamento brasileiro. Na atual ordem constitucional, a Lei n. 9.096/1995 (art. 13 e dele decorrentes) trouxe previsão semelhante, mas o dispositivo legal que abordava o tema foi considerado inconstitucional pelo STF, com fundamento de que o percentual estabelecido (5%) dificultava a garantia da representação política proporcional.¹⁰⁵ No julgamento, o Supremo deixou a possibilidade de existir cláusula de desempenho, desde que seu conteúdo não cause embaraços à representação parlamentar da sociedade brasileira. Os requisitos da Emenda 97 obedeceram às recomendações do STF, com percentuais menores e fracionados ao longo de quatro processos eleitorais (2018, 2022, 2016 e 2030), garantindo assim o mínimo de legitimidade e pluralidade no sistema de representação.

5. Conclusão

A atual crise de legitimidade democrática tem abalado as sólidas estruturas de regimes com democracias (até então) consolidadas. Como alertou Bonavides, não se trata de um ponto fora da curva. O tensionamento institucional que pode levar ao aprofundamento (e porque não ao rompimento) de fissuras causados por abalos nos sistemas político e jurídico é resultado de um modelo de democracia liberal representativa que não encontra mais respaldo em sociedades cada vez mais plurais, diversas, complexas, ramificadas e segmentadas. Esse modelo serviu durante décadas para manutenção de uma casta política governamental que pouco representava fielmente a sociedade. No caso brasileiro, por exemplo, somente em 2018 foi eleita a primeira congressista indígena desde a Independência. A realização de pesquisas e censos com membros do legislativo demonstra a subrepresentatividade de grupos majoritários da sociedade nos espaços de construção política. Diante desse descompasso, a sociedade passou a cobrar por mais esferas – institucionais ou não – de decisão política. A ocupação de um espaço não institucional pode incidir na reformulação de espaços institucionais, como foram as de junho de 2013. A questão que se apontou como problema inicial e que se pretendeu responder é se as decisões tomadas pelos representantes legislativos da população brasileira convergiram para o aprofundamento democrático reivindicado sociedade a partir daquelas manifestações.

105 Para maiores informações, consultar ADIs 1351 e 1354.

Ao longo da primeira parte deste trabalho foram traçadas as mudanças históricas e políticas no entendimento sobre a democracia, com objetivo de entender o caminho percorrido na construção de um sistema que fosse o mais adequado possível na organização política. A criação do atual modelo de democracia liberal representativa tornou-se crucial para que, no século XX, fosse construído um consenso científico que esse modelo era o mais adequado desde a formação dos Estados Modernos, respondendo a contento os desejos das sociedades ocidentais. Contudo, as mudanças e revoluções sociais, culturais e econômicas de então conduziram a uma reconfiguração do conceito de democracia que fosse além da simples escolha de representantes ou da realização de plebiscitos e referendos. Demonstrou-se necessário (re)construir um conceito de democracia que fosse mais denso materialmente. Ele se pauta pelo respeito aos direitos fundamentais, à necessidade do diálogo e incidência política e na observância dos procedimentos administrativos, legislativos e judiciais. Procedimentos internos que tolhem o diálogo em temas tão significativos para a imersão democrática – como os que aconteceram nos casos apresentados – não convergem para o conceito de democracia necessários para os tempos atuais.

Ainda são poucas as análises sobre o impacto das manifestações de junho de 2013 no sistema democrático brasileiro. Transcorridos sete anos dos eventos, é incerto dizer se haverá uma consolidação democrática (como se espera) ou o agravamento das fissuras do regime. Como alertou Bonavides na década de 1960, a situação em 2013 era bem mais complexa do que o sistema poderia responder. O processo de mudanças legislativas deveria ter sido conduzido de forma mais ampla e com conhecimentos mais abrangentes, como defende Luhmann. As fórmulas tradicionais adotadas pelo Congresso Nacional se mostram inadequadas para lidar com a complexidade de uma reforma que atenda aos valores democráticos atuais.

Encerrado o primeiro ciclo legislativo pós junho de 2013, pode-se afirmar que as reformas empreendidas que tiveram como fundamento atender à “voz das ruas”, estão, em verdade, em dessintonia com ela. Poucas foram as medidas efetivamente capazes de resguardar a democracia e o sistema político. A proibição do financiamento empresarial de campanhas (com o vanguardismo do STF), a instituição da *cláusula de desempenho* e a proibição das coligações partidárias nas eleições proporcionais convergem neste sentido. Por outro lado, pontos cruciais que poderiam aperfeiçoar o sistema democrático brasileiro não foram aprovados: garantia maior repre-

sentatividade política para grupos marginalizados da participação política, como mulheres, indígenas e negros; aperfeiçoamento do sistema de escolha de representantes do Poder Legislativo federal (voto distrital, distrital misto, etc.); e criação de maiores espaços de participação direta dos cidadãos nos processos eleitorais e nas políticas públicas. A ausência desses temas reforçará o papel da (permanente) crise política brasileira.

No que se refere à representatividade, o sistema proporcional tem colaborado para garantir uma participação mínima das minorias dentro do parlamento. Ainda assim, é inegável a sub-representação de diversos segmentos, mesmo com mais de duas dezenas de partidos representados no Congresso. O perfil socioeconômico das atuais bancadas parlamentares não reflete a sociedade brasileira, e as regras de conteúdo material presentes nas recentes legislações não garantem o equilíbrio de forças necessárias em uma disputa política por cargos no sistema legislativo. Além disso, o aspecto material das reformas não converge para um conceito contemporâneo de democracia. Não há uma *democratização da democracia*.

Faz-se necessária a identificação sobre o que tem falhado na representação política das democracias contemporâneas para tentar corrigi-las. Uma das falhas apontadas por Sartori é o “distanciamento” entre representantes e representados, por fatores que vão desde o aumento exponencial de eleitores à pluralidade de assuntos e demandas. A recomendação é que os políticos se (re)aproximem dos cidadãos. Nesse ponto, é manifesta a constatação de que o resultado das minirreformas de 2015 e 2017 não proporcionaram mecanismos diretos de aproximação entre o Congresso Nacional e a sociedade. A imposição da cláusula de desempenho, a proibição do financiamento por pessoa jurídica e a vedação às coligações em eleições proporcionais podem concretizar essa (re)aproximação, mas sob a perspectiva do “sentir-se representado” e não de uma ligação mais direta.

A ausência de uma reforma mais profunda no sistema brasileiro conduz, segundo Sartori, a um paradoxo: os eleitores não conhecem o que realmente precisam saber para avaliar o governo; mas os representantes sabem o que precisam fazer para serem reeleitos. Os espaços institucionais para formação e informação dos representados passaram ao largo das discussões nas minirreformas de 2015 e 2017. Apenas os processos eleitorais não são mecanismos suficientes para garantir que os representantes estipularão as políticas públicas necessárias para garantir o bem estar dos cidadãos. A renovação institucional dos sistemas representativos é crucial

para que haja transparência e responsabilidade democrática, bem como auxiliar os representados nos processos de escolha.

Os partidos políticos são peças fundamentais na consolidação e fortalecimento da democracia, sendo atores imprescindíveis de organização política e discussão de ideias e ideais. Contudo, não podem ter a exclusividade desse processo. Retirar o cidadão do debate público sobre reforma política é um contrassenso. A proposta do Executivo em realizar plebiscito para consulta do sistema que as pessoas são governadas é um bom ponto de partida, sendo perfeitamente possível haja vista serem as regras que nos definem enquanto sociedade. Em um país de dimensões continentais, centrar discussões, seminários e audiências públicas apenas na Capital Federal é excluir milhares de cidadãos da própria essência democrática: o debate público.

Um fator parece ainda mais grave na legitimidade democrática das minirreformas: a ausência de debates e discussão mais profunda dentro da própria casa legislativa. A tramitação dos projetos que deram origem às leis n. 13.487/2017 e 13.488/2017 demonstra isso de forma muito clara. Não se faz debate qualificado em uma casa legislativa composta de 513 membros de projeto tão significativo em apenas uma semana (dentre comissões, plenário e votação em dois turnos, como o PL 8.703/2017). Tampouco há debate qualificado em uma casa de 81 membros em apenas um dia, como foi o caso do PLC 110/2017 no Senado Federal. O fato aqui é ainda mais grave pois a ausência de debate legislativo ocorreu em projeto que pretendia reforçar a democracia.

O processo legislativo busca legitimidade na criação de símbolos (leis, atos, reuniões etc.) que tendem a inspirar confiança no sistema e os indivíduos aceitam os processos legislativos formais, pois toda essa ritualística transmite respaldo institucional. Por conta da complexidade dos temas *reforma política e reforma democrática*, o processo legislativo deve ser trabalhado com cuidado pelos legisladores. A forma apressada como alguns temas foram tratados – supressão de instâncias de discussão ou falta de especialistas no assunto – mina a credibilidade e a legitimidade dessa institucionalidade. O resultado disso acaba sendo o baixo grau de confiança que a sociedade tem no Legislativo. Clara ausência de legitimidade pelo procedimento.

Pode-se afirmar que, com objetivo principal de criar regras e procedimentos para vigência nas eleições do ano seguinte – sujeito a prazos

exíguos – toda a discussão democrática pelos representantes no Congresso Nacional ficou prejudicada. Em tema tão sensível para a estabilidade da democracia brasileira, a aprovação de reformas político/eleitorais deveria ser profundamente debatida não apenas pelos representantes do povo, mas também pelo próprio povo, como soberano e titular do poder político. Nos aspectos formal e material, os conteúdos das minirreformas políticas e eleitorais de 2015 e 2017 pouco atendem aos valores democráticos da contemporaneidade. A ausência de diálogo e debates públicos para (tentar) reformular um sistema que os tem como eixos estruturantes demonstra a descrença dos representantes para com seus representados. E o contrário também é correto.

Referências

- AGRA, Walber de Moura; NETO, Emiliane Priscilla Alencastro. A cláusula de barreira como instrumento de aperfeiçoamento da democracia. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. ISSN 1980-7791. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 28 abr. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *A crise política brasileira*. 2 ed. rev. aument. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2016
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Ato da Presidência*. Brasília, 10 out. 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/reforma-politica-1/criacao-da-comissao-especial-da-reforma-politica>: Acesso em: 02 mar. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagem nº 29/2017*. Brasília, 5 out. 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1606221&filename=Tramitacao-PL+8703/2017. Acesso em: 03 mar. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Partidos que não atingiram cláusula de desempenho ainda buscam alternativas*. Brasília, 06 fev. 2019. Disponível

- em: <https://www.camara.leg.br/noticias/551419-partidos-que-nao-atingiram-clausula-de-desempenho-ainda-buscam-alternativas/>. Acesso em: 05 mar. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 282/2016, de 24 de novembro de 2016*. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2118401> Acesso em: 19 fev. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 5735/2013, de 06 de junho de 2013*. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580148>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 8612/2017, de 19 de setembro de 2017*. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151995> Acesso em: 23 fev. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, 21 set. 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019.pdf> Acesso em: 03 mar. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Veto nº 42/2015*. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/9620> Acesso em: 23 fev. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.
- BRASIL. IBGE. *PNAD Contínua 2016: 51% da população com 25 anos ou mais do Brasil possuíam no máximo o ensino fundamental completo*. Brasília, 21 dez. 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam-no-maximo-o-ensino-fundamental-completo>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm Acesso em: 27 fev. 2020.

- BRASIL. *Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os artigos 17 e 14, §3º, inciso V da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm Acesso em: 27 fev. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm Acesso em: 28 fev. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.487, de 06 de outubro de 2017*. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e 9.096, de 19 de setembro de 1995, para instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e extinguir a propaganda partidária no rádio e na televisão. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13487.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.488, de 06 de outubro de 2017*. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2017*. Votação Aberta. 1º turno. Brasília, DF 03 out. 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7215981&ts=1553282857417&disposition=inline>. Acesso em: 04 mar. 2020.

- BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2017*. Votação Aberta. 2º turno. Brasília, DF. 03 out. 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7216125&ts=1553282857473&disposition=inline>. Acesso em: 04 mar. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei do Senado nº 206, de 2017*. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha, permitir a propaganda eleitoral paga no rádio e na televisão, e restringir o horário eleitoral gratuito aos canais de rádio e de televisão de responsabilidade do poder público. Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129782>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 75, de 2015*. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, alterando as instituições político-eleitorais. Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122392>. Acesso em: 26 fev. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 110, de 2017*. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131127>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Resolução nº 93, de 1970*. Dá nova redação ao Regimento Interno do Senado Federal. Brasília/DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650/DF*. Relator Min Luiz Fux. Data Julgamento: 17/09/2015. Diário de Justiça Eletrônico (DJE) 24/02/2016. ATA nº 16/2016. DJE nº 34. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4136819>. Acesso em: 24 fev. 2020.

- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Divulgação de Resultado de Eleições*. Ano 2018. Disponível em: <http://divulga.tse.jus.br/oficial/index.html>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Portaria TSE nº 48 de 25 de janeiro de 2019*. Diário de Justiça Eletrônico (DJE), Ano 2019, n. 020 de 29 de janeiro de 2019. P. 02. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/clausula-de-barreira>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plenário do TSE aprova incorporação do PRP ao Patriota*. Brasília, DF. 28 mar. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/tse-aprova-incorporacao-do-prp-ao-patriota>. Acesso em: 06 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Plenário aprova incorporação do PPL ao PCdoB*. Brasília, DF. 28 mai. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Maio/plenario-aprova-incorporacao-do-ppl-ao-pcdob>. Acesso em: 06 mar. 2020.
- CAESAR, Gabriela. *Perfil médio do deputado federal é homem, branco, casado e com ensino superior*. G1. 21 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/21/perfil-medio-do-deputado-federal-eleito-e-homem-branco-casado-e-com-ensino-superior.ghtml>. Acesso em: 04 mar. 2020.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CHARLOT, Jean. *Os partidos políticos*. Lisboa: Parceria A. M. Pereira LDA, 1974
- DAHL, Robert. A. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- FEIJÓ, Rui Graça. *Democracia – Linhagens & Configurações de um conceito impuro*. Porto: Edições Afrontamento, 2017.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002
- GOMES, Angela de Castro. A política brasileira em tempos de cólera. In: *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil de hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- GUEDES, Néviton. Art. 14. In: *Comentários à Constituição do Brasil / coord. J.J. Gomes Canotilho ... [et al.]*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. 4ª ed. Belo. Horizonte: Del Rey, 2013.

- INSTITUTO DATAFOLHA. *Relatório Grau de Confiança nas Instituições*. São Paulo, 2019. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2019/07/10/9b9d682bfe0f1c6f228717d59ce49fdci.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1981.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria de Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, n. 29. v. 10. out. 1995. Disponível em: http://anpocs.com/images/stories/RBCS/rbcs29_01.pdf. Acesso em: 24 abr. 2020.
- MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e Representação. Trad. Felipe Duch. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo, n. 67: 105-138, 2006. ISSN 1807-0175. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a05n67.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição e Democracia*. Lisboa: Petrony, 1976.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- NICOLAU, Jairo. *Sistemas Eleitorais*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
- PASSARINHO, Nathalia. *Governo entrega ao Congresso pedido para convocação de plebiscito*. G1. Brasília, 02 jul. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/07/dilma-sugere-que-plebiscito-aborde-ao-menos-5-temas-diz-cardozo.html>. Acesso em: 04 mar. 2020.
- SARTORI, Giovanni. En defensa de la representación política. *Claves de Razón Práctica*. España. n. 91, pp. 2-6. 1999.
- UOL. “Sem partido!”, gritam manifestantes contra uso de bandeiras em protesto em SP. São Paulo, 17 jun. 2013. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/17/sem-partido-gritam-manifestantes-contra-uso-de-bandeiras-em-protesto-em-sp.htm>. Acesso em: 01 mar. 2020.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão: Exame do atual sistema de governo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WASSERMANN, Rogério; QUERO, Caio. “Copa das Manifestações” deixa legado misto para o Brasil. BBC Brasil, Rio de Janeiro, 30 jun. 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/07/130630_final_confederacoes_cq_rw_cc. Acesso em: 27 fev. 2020.

Recebido em 12 de março de 2020.

Aprovado em 14 de abril de 2020.

Escalas de construção da Justiça: Nancy Fraser à luz de Rainer Forst

Scales of Justice Construction: Nancy Fraser in light of Rainer Forst

José Rodrigo Rodriguez*

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

1. Introdução

“Igualdade do que? Igualdade entre quem?”: como afirma Nancy Fraser, tradicionalmente, estas têm sido as duas perguntas que as teorias da justiça procuram responder. “O que?” e “Quem?”, estas duas perguntam se dirigem para os problemas da igualdade e da liberdade, que podem ser expressos pelos conceitos de redistribuição e de reconhecimento. Ainda de acordo com Fraser, estamos falando, respectivamente, de questões relativas à *distribuição de riqueza* entre os cidadãos ou cidadãs e questões relativas ao *status dos cidadãos e cidadãs*, ou seja, sua posição simbólica em relação aos demais membros da sociedade.¹

A par destas questões, segue a autora, a teoria da justiça contemporânea precisa responder a um outro tipo de questão, posta pelo processo de globalização que se acelerou a partir dos anos 90 do século XX.² Tal processo vem relativizando o poder dos estados nacionais e, por via de consequência, o poder da política, protagonizada por seus cidadãos e cidadãs, de influir sobre a formação das normas que regulam a vida dos homens e mulheres em suas respectivas sociedades. Vejamos como isso se dá.

* Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado da UNISINOS, Pesquisador Permanente do CEBRAP, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, E-mail: jrodrigorodriguez@gmail.com.

1 FRASER, 2009.

2 FRASER, 2009, p. 12.

Os cidadãos e cidadãs são afetados por uma série de decisões tomadas por empresas transacionais ou por investidores internacionais sem ter o poder de influir sobre elas. Decisões que podem resultar, por exemplo, em problemas ambientais ou na falta de financiamento para o déficit de determinados estados. Esta terceira dimensão da justiça, que permaneceu em segundo plano enquanto a política nacional foi a principal protagonista, ganha centralidade e torna problemático o “quem” da teoria da justiça.

Não é mais autoevidente hoje que as questões de justiça digam respeito apenas aos estados nacionais e seus cidadãos e cidadãs, fato que levanta problemas de *enquadramento* para as questões tratadas pelas teorias de justiça. Os problemas de redistribuição e reconhecimento passam a ser discutidos também no que diz respeito à sua escala, posto que estão ligados, na maior parte das vezes, a fenômenos e instituições fora do alcance dos estados nacionais.

Por exemplo, questões relacionadas à igualdade e à reforma do sistema tributário, precisam hoje levar em conta os investidores internacionais, responsáveis por financiar as dívidas dos estados. Um aumento de impostos pode resultar na falta de investimentos internacionais com consequências graves para a capacidade dos estados de manter em funcionamento os serviços públicos. Da mesma forma, problemas de liberdade, relacionados ao desrespeito aos direitos civis de uma pessoa podem ser levados a instâncias internacionais, por exemplo, o comitê de direitos humanos da ONU, responsável por se manifestar sobre abusos cometidos no âmbito dos estados que tenham ficado impunes.

Por essas razões, é necessário, como mostra Nancy Fraser, raciocinar em termos de escalas de justiça, buscando desenvolver uma teoria da justiça capaz de integrar todos os aspectos do problema. Aos problemas do “que” e do “quem” será preciso acrescentar o problema do “como”, o qual, como já dito, permanecia sem significativa problematização pelas teorias da justiça, ainda centradas nos estados nacionais.³

O objetivo deste texto é apresentar as principais abordagens da teoria da justiça hoje em debate com a finalidade de evidenciar suas diferenças essenciais. Para realizar esta tarefa, iremos apresentar a visão de justiça de Rainer Forst que, ao apresentar a sua posição, constrói uma classificação que nos parece extremamente útil para organizar as teorias da justiça

3 FRASER, 2009, p. 15.

contemporâneas. Forst agrupa tais teorias em dois grandes grupos, de um lado, as *abordagens alocativas*, centradas no destinatário da justiça, e, de outro, as *abordagens construtivistas*, centradas no agente da justiça.⁴

A seguir, apresentaremos os fundamentos da teoria da justiça concebida como teoria dos níveis de justiça, de Nancy Fraser, uma visão claramente construtivista – pois fundada na ideia de paridade de participação e não em critérios substantivos para a alocação de bens – que busca integrar as questões relacionadas à liberdade e à igualdade com o problema do enquadramento, preocupação que me parece complementar à visão de Forst, nos ajudando a construir um quadro mais completo dos problemas de teoria da justiça debatidos atualmente.

É verdade que outros autores, inclusive Rainer Forst, têm escrito sobre o problema da justiça global e faremos referência a estes escritos no correr da exposição. No entanto, o esquema conceitual de Fraser põe o problema da escala como central para sua concepção ao lado das questões relacionadas à redistribuição e ao reconhecimento, procurando tratá-lo sempre de forma integrada aos demais e não como uma problemática a mais, separada das demais questões.

Na parte final do texto, procuraremos responder a uma objeção às teorias construtivistas a partir da visão de Martha Nussbaum⁵ que parece central para o debate atual sobre justiça, qual seja, a acusação de que tal teoria privilegia seres humanos plenamente racionais, atribuindo aos portadores de necessidades especiais e aos animais uma posição secundária; no máximo, uma posição de objeto de solidariedade e não o status de protagonistas na definição dos critérios de justiça. Ao responder tal objeção, pretendo deixar mais claro o projeto de uma teoria construtivista e suas vantagens para os debates sobre justiça.

2. Teorias da Justiça: Entre destinatários e agentes

Seguindo a classificação proposta por Rainer Forst, podemos separar as teorias da justiça em duas figuras principais. A primeira, cujo primeiro representante é Platão, defende que a questão central a ser respondida por

4 FORST, 2014a.

5 NUSSBAUM, 2013.

uma teoria da justiça é a seguinte: a que bens cada indivíduo tem direito, ou seja, mais sucintamente: Quem fica com o que? Esta visão da justiça pressupõe que seja possível comparar os bens de cada indivíduo e os indivíduos em si mesmos para saber se eles têm “o suficiente”. Evidentemente, será sempre necessário partir de algum patamar de igualdade para que este conceito funcione. No entanto, acima de tudo, trata-se de uma visão que põe os sujeitos como destinatários da justiça e da distribuição e não como agentes da definição e da gestão do que seja o justo.⁶

Com efeito, esta visão da justiça deixa de lado problemas importantes. Primeiro, quais são as instituições responsáveis por produzir e distribuir os bens? Segundo: quem são as pessoas responsáveis por operá-las? Nesse sentido, caberia perguntar: é possível criar uma “máquina” distributiva que realize tais tarefas automaticamente? Em terceiro lugar, este modo de ver a justiça não leva em conta a necessidade de justificar a distribuição dos bens por meio de argumentos levantados em um determinado contexto. Para ela, os critérios de distribuição deveriam existir em algum lugar, fora do debate público: os critérios de justiça, portanto, seriam um fenômeno pré-discursivo e pré-político.

Finalmente, segue Forst, este modo de pensar a justiça não oferece muitos elementos para refletirmos sobre o significado das injustiças. Por exemplo, se alguém sofrer uma privação material em razão de uma catástrofe natural, ele ou ela deve ser ajudado com fundamento em nossa solidariedade ou com fundamento no reconhecimento de uma injustiça? De outra parte, se alguém sofrer exploração econômica, esse alguém deve receber determinados bens por direito, ou seja, por ter sido vítima de uma injustiça, ou porque lhe devemos solidariedade?⁷

Forst segue em sua análise para mostrar que é possível trabalhar com outra imagem da justiça, uma imagem que dê conta de todas estas questões, levando a reflexão sobre a justiça a um nível mais radical. Nosso autor parte da ideia de que a definição mesma de justiça pressupõe o afastamento do arbítrio. Nesse sentido, a justiça, em sua definição mais básica e mais radical, significa afastar o arbítrio na distribuição de bens e de oportunidades, mesmo considerando-se que esta distribuição pode variar com o tempo e com o contexto. Afinal, vivemos uma realidade marcada

6 FORST, 2014a, p. 5.

7 FORST, 2014a, p 5.

por contingências, por situações as mais variadas, situações que variam no tempo e exigem a prática de atos de distribuição reiterados.⁸

Não existe justiça, segue Forst, em uma situação de domínio, ou seja, em uma situação em que alguns tem o poder de decidir o que é justo sem a participação e a influência de todos os interessados e interessadas. Para o autor, o instinto mais básico de injustiça é “não querer ser dominado”, nunca o desejo de querer ter algo. Nesse sentido, pode-se dizer que há um desejo moral básico por justificação que torna plausível definir a justiça, para começar, como o “direito à justificação”. Nenhuma situação política deve existir sem que ela possa ser justificada para os que estiverem nela envolvidos.⁹

Esta maneira de pôr o problema da justiça nos ajuda a compreender as teorias de justiça presentes no debate contemporâneo. Por exemplo, os defensores de uma posição centrada na igualdade, como Ronald Dworkin, advogam uma distribuição igualitária de bens como critério principal de justiça. Argumentos de mérito, necessidade ou prioridade ocupam um lugar secundário para esta posição. Há outros autores, como Henry Frankfurt, críticos do igualitarismo, que questionam a centralidade da igualdade como critério de justiça, afirmando que a justiça deve ser medida a partir de uma lista de bens básicos. A existência de desigualdades não deve ser considerada ruim, mas sim a existência de pessoas que vivem abaixo de um determinado patamar.

Forst segue sua explicação, mostrando como as duas posições têm muito em comum. Ambas deixam de questionar quem é o responsável por fazer e dividir o bolo. Os igualitaristas deixam de lado o problema da produção dos bens e das pessoas responsáveis pela distribuição. De sua parte, os críticos do igualitarismo, que pensam nos termos de uma lista básica de bens, também deixam de lado o problema da fixação deste patamar básico de bens. Afinal, “ter o suficiente” é uma noção relacional, que implica em uma definição no contexto de discursos que procuram justificar uma ou outra conformação da lista.¹⁰

Ser privado de uma série de bens ou oportunidades injustamente, sem a possibilidade de debater ou influir sobre a situação, é certamente muito diferente de ser privado destes mesmos bens e oportunidades porque eles

8 FORST, 2014a, p. 8.

9 FORST, 2014a, p. 8; FORST, 2014b.

10 FORST, 2014a, p. 9.

estão em falta por alguma razão, por exemplo, em razão de catástrofes naturais. Apenas a primeira situação pode ser classificada como injusta, pois neste caso as pessoas não estão sendo tratadas como seres humanos iguais, dignos de participarem do processo de justificação da situação em que se encontram.

Mas não seria possível chegar a uma lista final de capacidades a serem desenvolvidas como critério final para uma teoria da justiça, como propõe Martha Nussbaum em “Fronteiras da Justiça” na esteira de “A Ideia de Justiça” de Amartya Sen? Para esta visão, o que importa em uma teoria da justiça é definir a qualidade de vida das pessoas, ou seja, é atingir um determinado resultado. A abordagem centrada nas capacidades define a justiça em função de uma visão substantiva da dignidade humana, que deve incluir a possibilidade de gozar e exercitar a série de capacidades definidas pelos critérios de justiça. Capacidades como a de viver com liberdade, poder votar, não ser discriminado, gozar de um certo patamar material de vida, entre outras.¹¹

É fácil perceber que também esta visão da justiça não se preocupa com o tipo de envolvimento das pessoas no processo de definição das capacidades. Ao focar principalmente no resultado da distribuição, no conteúdo de uma certa visão da dignidade humana, este modo de pensar deixa de lado as condições pelas quais estas capacidades são obtidas. Se uma ditadura for capaz de efetivar a lista de capacidades que caracterizam uma situação de justiça, será razoável classificar tal situação como justa? Ela pode ser uma situação melhor, de acordo com alguns padrões, mas certamente não será uma situação mais justa.

Como afirma Forst, algumas posições são ambivalentes em relação a este problema, por exemplo, a visão de Amartya Sen. Em “A Ideia de Justiça”, Sen critica o “institucionalismo abstrato” de quem busca uma estrutura fixa e transcendental para definir o que significa justiça, defendendo uma abordagem que se preocupe com a comparação de situações em seu contexto real. Sen deseja desenvolver uma teoria de justiça que pense a vida das pessoas em situações reais. A despeito de sua preocupação com a comparação, com o debate argumentativo a respeito das capacidades em contextos reais, característica que aproxima Sen da segunda visão de justiça, sua teoria deixa de lado alguns pontos importantes.¹²

11 FORST, 2014a, p. 11.

12 FORST, 2014a, p. 13.

Primeiro, Sen não discute a genealogia da injustiça, ou seja, as razões pelas quais uma determinada situação de injustiça se instaurou. De novo, não faz sentido classificar como “injusta” uma situação nascida de uma catástrofe natural: ao centrar sua análise sobre uma determinada lista de capacidades, esta questão fica em segundo plano. Trata-se de uma posição consequencialista, preocupada com o resultado e não com o processo que levou até aquele ponto, tampouco no modo como as pessoas tomaram parte dele.

É verdade que Sen admite que pode haver argumentos variados sobre o que é justo, os quais são objeto de disputa na esfera pública. No entanto, ele é vago sobre como deveria ser realizado tal debate, ou seja, sobre quais seriam as condições mediante as quais seria possível debater adequadamente e fixar uma lista de capacidades. A teoria da justiça de Rawls e as demais abordagens construtivistas, oferecem uma caracterização detalhada destas condições, cruciais para a sua definição de justiça.

Coerentemente, Sen não possui uma teoria das instituições, o que é essencial para uma teoria da justiça. Pois são as instituições que garantem a efetivação dos princípios de justiça, em especial o princípio que garante o direito de todas e todos de tomar parte do processo discursivo de construção da justificação de sua situação de vida. As instituições expressam este princípio e podem violá-lo em seu processo de funcionamento. De novo, centrar o debate no problema do resultado significa relegar esta questão a um segundo plano.¹³

A teoria da justiça de Rawls é a primeira expressão do paradigma construtivista, o qual abrange a própria obra de Rainer Forst, e a obra de Nancy Fraser, que será abordada em seguida. Forst mostra que, em sua essência, a teoria de Rawls está preocupada em respeitar a autonomia de pessoas livres e iguais como agentes da definição do que seja o justo. Por isso mesmo, este autor não considera os homens e as mulheres como meros destinatárias de justiça, mas como sujeitos ativos na definição do que seja justo. Sua abordagem é construtiva, portanto, preocupada em pôr os homens e as mulheres como sujeitos ativos na definição do justo.¹⁴

Segue Forst afirmando que Rawls está preocupado também em excluir de sua teoria da justiça tudo aquilo que seja arbitrário, tudo aquilo que

13 FORST, 2014a, p. 14.

14 FORST, 2014a, p. 17.

não possa ser justificado. Por esta razão, por meio do conceito de véu da ignorância, Rawls busca subtrair da definição da estrutura básica da sociedade e dos critérios de justificação dos princípios de justiça as capacidades naturais das pessoas e as desigualdades sociais. A deliberação sobre a estrutura básica deve deixar as capacidades naturais e as desigualdades de lado, pois elas certamente iriam resultar em diferenças que não possam ser legitimadas.

O critério de justiça de Rawls, para Forst, busca determinar o que seja uma sociedade bem ordenada e não definir um critério para distribuir quantidades de bens entre as pessoas. Trata-se de uma teoria de justiça procedimental, ou seja, que não tem como objetivo alocar bens a partir de critérios substantivos, mas sim criar uma estrutura básica, um esquema institucional capaz de manter um sistema de cooperação social justo, eficiente e produtivo por várias gerações. A justiça como equidade de Rawls está preocupada, principalmente, em quem são os indivíduos e não com o que eles recebem de acordo com um critério que seja independente de sua vontade.¹⁵

O ponto central é que as instituições funcionem com base em princípios justificados e que não incluam privilégios nem criem grupos excluídos do sistema de cooperação, permanentemente dependentes do sistema de distribuição de bens. É justamente por esta razão que Rawls critica o *welfare state* capitalista: ele não garante que a propriedade do capital seja suficientemente dispersa de modo a evitar que uma pequena parte da sociedade controle toda a economia.

É claro, podemos questionar se Rawls foi capaz, com a utilização do conceito de “véu de ignorância”, de oferecer um mecanismo adequado para realizar a tarefa de construir uma estrutura básica de sociedade capaz de realizar a tarefa a que ele mesmo se propôs. Em uma análise mais detalhada da teoria de Rawls seria imprescindível pôr esta questão. Para o que nos interessa aqui, isto é, organizar as várias teorias da justiça a partir de alguns problemas fundamentais, podemos ficar com as afirmações de Forst e com sua classificação.¹⁶

Rainer Forst afirma, a seguir, que o princípio de justiça mais fundamental para qualquer visão construtivista da justiça é o *princípio da justi-*

15 FORST, 2014a, p. 19.

16 FORST, 2014a, p. 20.

ficção, geral e recíproca, segundo o qual toda a pretensão a bens, direito, liberdades deve ser justificada de tal forma que ninguém possa projetar sua vontade sobre o outro, devendo justificar-se discursivamente perante a totalidade dos membros da sociedade. Toda regra de justiça complementar que seja criada deve ser justificada desta mesma maneira, o que significa que tais regras não serão consideradas como justificativa para atos de mera assistência fundados na solidariedade, mas sim como fundamento de atos obrigatórios, praticados no contexto de um sistema de regras de justiça.¹⁷

Neste ponto da exposição, é mais fácil compreender por que as teorias de justiça alocativas tendem a esquecer do poder. Elas se põem do ponto de vista do destinatário dos bens, exigindo que sejam praticados atos de distribuição, se assim forem necessários, sem se preocupar como o sistema de distribuição funciona. Afirmar que a questão do poder é central para a justiça significa afirmar que a estrutura básica da sociedade precisa estar fundada em uma justificação geral e recíproca. Também que as demais regras de justiça devem ser produzidas com a utilização do mesmo procedimento de justificação. Nesse sentido, a ideia do ser humano como alguém digno, ou seja, alguém que não deve ser submetido à dominação, é central para a gramática da justiça sem sentido construtivo.¹⁸

3. Escalas de Justiça

Nancy Fraser apresenta como princípio central de sua teoria da justiça a ideia de *paridade de participação*. De acordo com essa ideia, existe justiça quando as instituições permitem que todos participem como parceiros paritários na vida social. Combater as injustiças significa superar todos os obstáculos para a efetivação desse princípio, por exemplo, instituições econômicas incapazes de providenciar os recursos necessários para esta finalidade, situação em que estamos diante de um problema distributivo. Mas combater as injustiças também significa combater as hierarquias de valor cultural que negam tratamento igualitário a todos e a todas, caso em que estamos diante de um problema de reconhecimento.¹⁹

17 FORST, 2014a, p. 21.

18 FORST, 2014a, p. 23.

19 FRASER, 2009, p. 16.

Como se vê, também neste caso, estamos diante de um princípio construtivo de justiça nos termos de Forst, um princípio preocupado com o modo de participação dos homens e mulheres no procedimento de construção dos princípios de justiça. Fraser segue mostrando que a injustiça distributiva diz respeito à estrutura de classes das sociedades, ligada à *distribuição de riqueza* e que a injustiça simbólica, que resulta de um não reconhecimento, diz respeito à ordem de status, ligada a questões culturais. A estrutura de classes e a ordem de status não correspondem necessariamente uma à outra, a despeito de haver interações entre elas. Nesse sentido, a redistribuição não pode ser tomada como resultado da falta de reconhecimento ou vice-versa: é preciso levar em conta estes dois níveis de justiça para compreender os problemas de justiça da sociedade contemporânea.²⁰

Além desses dois níveis de justiça, é necessário incluir em uma teoria da justiça questões de *pertencimento* e de *procedimento* que emergem com a perda de força dos estados nacionais. Decidir quem conta como membro de uma ordem política significa dizer quem tem o direito de participar dela em situação de paridade com os demais membros. Ademais, é preciso definir as regras por meio das quais os problemas de reconhecimento e distribuição serão solucionados, o que aponta para questões de procedimento, altamente sensíveis quando falamos de problemas internacionais ou transnacionais, posto que não existe um estado internacional dotado de poder para impor suas regras a todo o globo.²¹

A *questão do pertencimento* levanta dúvidas sobre a justiça dos critérios de inclusão ou de exclusão dos membros de uma ordem política, ou seja, levanta problemas a respeito da cidadania. Além disso, estas regras de pertencimento podem ser questionadas em sua capacidade de dar voz a todos os membros da comunidade política. Nancy Fraser chama estes dois problemas de *problemas de representação*. Estamos diante de um problema de representação quando as fronteiras políticas ou as regras decisórias negam injustamente a participação na vida social de algumas pessoas em paridade de condições com as demais. Este tipo de injustiça pode estar ligado a injustiças distributivas ou de reconhecimento, mas não se confunde com elas.²²

20 FRASER, 2009, p. 16.

21 FRASER, 2009, p. 17.

22 FRASER, 2009, p. 18.

Há dois níveis de injustiça diferentes no que diz respeito à representação. A assim chamada *injustiça ordinária* na participação nega a algumas pessoas a possibilidade de tomar parte de forma plena na vida social. Este tema tem sido tratado, faz muito tempo, pela ciência política quando avalia a adequação dos diversos sistemas eleitorais. Qual é o melhor sistema de votação, majoritário ou representativo? Devemos ter quotas de candidatos e candidatas representantes de minorias para garantir uma representação mais paritária? Essas são algumas das questões que se pode por desta perspectiva.²³

Além desse nível, temos o nível de injustiça que se refere ao *enquadramento dos problemas políticos*, ou seja, situações em que a delimitação de uma comunidade política é feita de modo a excluir injustamente pessoas que deveriam ter o direito de participar dela. Foi o processo de globalização que tornou evidente esta forma de injustiça. As fronteiras nacionais podem ser vistas, em várias ocasiões, como meios de evitar que os mais pobres combatam as forças que os oprimem, por exemplo, o poder das empresas transnacionais e os representantes do capital financeiro, ambos poderes atuantes para além dessas fronteiras e, por isso mesmo, postos à salvo do poder de influência dos cidadãos e cidadãs nacionais.

O problema de representação que se refere à construção de fronteiras pode levar a demandas por redefinir as fronteiras dos estados nacionais, por exemplo, por meio da declaração de independência de determinadas regiões. Este tipo de demanda não transcende a visão tradicional de política como atividade estatal e nacional. A par deste tipo de demanda, temos *demandas transformativas* que postulam a construção de instituições que superem a divisão política tradicional, ou seja, questões que postulam um enquadramento pós-westphaliano.²⁴

Uma demanda transformativa do enquadramento deve postular um princípio de participação de todos os afetados. De acordo com tal princípio, todos e todas as afetadas por uma instituição ou estrutura devem ter o direito de participar dela em situação de paridade, o que exige uma reinvenção das instituições com a criação de novas arenas transnacionais capazes de democratizar a vida social neste terceiro nível de injustiça.

23 FRASER, 2009, p. 19.

24 FRASER, 2009, p. 23.

Para Fraser, não se trata de substituir os estados nacionais e as atuais organizações internacionais por um sistema completamente novo. Organismos como a ONU, a OEA e outras agências internacionais tratam de uma série de problemas relativos à articulação entre os estados que permanecem centrais para a vida social. Fraser tem em mente um sistema diferente, que conviva com estas instituições e com os estados nacionais, mas que permita uma participação efetiva dos interessados em problemas transnacionais, hoje inacessíveis à democracia praticada nos limites de política protagonizada pelos estados nacionais.²⁵

Não é fácil imaginar como este sistema possa ser institucionalizado, afirma Fraser, a começar pela dificuldade de definir quais sejam todos os interessados em uma determinada instituição ou estrutura. Deve-se evitar o regresso infinito em que tudo é apresentado como causa de tudo, todas as pessoas e fatos aparecem como interconectados, tonando-se impossível excluir quem quer que seja da participação nas diversas ordens políticas.²⁶

Uma segunda dificuldade diz respeito à circularidade. Como decidir sobre problemas de enquadramento democraticamente sem pressupor o resultado ao qual se quer chegar, ou seja, sem pressupor a necessidade de uma situação de paridade de participação já no processo de definição das várias formas de enquadramento? Esta objeção pode-se fazer a qualquer ordem política, afirma Fraser. Para enfrentá-la é necessário concordar a respeito de uma deliberação suficientemente boa, que criasse uma estrutura básica que fosse sendo aperfeiçoada a cada novo ciclo de deliberação, de modo a transformar o suposto círculo vicioso em uma espiral de democratização.²⁷

Finalmente, uma terceira dificuldade diz respeito à necessidade de distinguir o que é moral do que é político, ou seja, a dificuldade de separar o que são obrigações morais, que devemos a todos os membros da humanidade, de obrigações políticas, que devemos aos nossos companheiros, participantes da mesma ordem política. Seria adequado moralizar a política desta maneira, equalizando obrigações morais e obrigações políticas?²⁸

Fraser afirma que tal objeção está mal colocada. O princípio que exige a participação de todos os afetados exige a criação de novas arenas trans-

25 FRASER, 2009, p. 4.

26 FRASER, 2009, p. 44.

27 FRASER, 2009, p. 45.

28 FRASER, 2009, pp. 45-46.

nacionais as quais teriam sim critérios de inclusão e exclusão e não excluiriam a existência das arenas tradicionais, nacionais e internacionais. É importante dizer que a obra de Fraser fala destas “novas instituições” de maneira muito vaga. Ela se limita a traçar os principais desafios à sua construção e a afirmar sua convivência com as estruturas nacionais e internacionais, sem arriscar apresentar uma visão mais concreta das mesmas.

Os escritos de Rainer Forst seguem pelo mesmo caminho. O autor se limita a afirmar a pertinência de seu princípio central de justiça, o direito à justificação, na esfera transnacional, de maneira muito semelhante à Nancy Fraser, ou seja, mostrando como há hoje questões que fogem da influência da política nacional, portanto, à possibilidade de influência de cidadãos e cidadãs, o que produz situações de injustiça. Ademais, ele também não se arrisca a propor esquemas institucionais para a esfera transnacional, deixando este problema em aberto.²⁹

Quanto a este ponto específico, qual seja, o problema das instituições transnacionais, internacionais, nacionais e sua relação, vale lembrar a interessante posição de Seyla Benhabib, apresentada em “Another Cosmopolitanism”. Ao contrário dos dois autores, Benhabib procura se colocar mais próxima da realidade dos conflitos contemporâneos, afirmando que existe uma competição entre estruturas cosmopolitas e estruturas centradas no estado nacional no mundo de hoje.

Seu livro afirma que o cosmopolitismo é uma tendência inscrita no real, ou seja, inscrita nas instituições criadas pelo mundo logo após a segunda guerra, que apontavam no sentido da participação de todos e todos os cidadãos na gestão dos problemas internacionais, globais. Há forças políticas reais que defendem estas instituições e se contrapõem àqueles que desejam sabotá-las para manter ou expandir seu poder. A despeito de também deixar em aberto a configuração possível de uma nova ordem totalmente cosmopolita, Benhabib contribui com a análise deste problema ao situá-lo no estudo das estruturas realmente existentes e de sua eventual evolução, sem postular um sistema institucional para efetivar um determinado princípio de justiça pensado em abstrato.³⁰

29 FORST, 2014.

30 BENHABIB, 2006.

4. Considerações finais

Em “Fronteiras da Justiça” Martha Nussbaum critica a teoria da justiça de Rawls, e com ela toda a tradição construtivista, ao afirmar que ela privilegiaria seres humanos racionais, autônomos, plenamente capazes de expressar e argumentar em um contexto de debate público.³¹

Ao pensar a justiça desta forma, qualquer portador de necessidades especiais, especialmente no que diz respeito a suas capacidades mentais, ficariam em segundo plano. Por serem supostamente incapazes de expressar claramente sua vontade e participar do debate público, elas seriam no máximo objeto de justiça, por exemplo, na condição de destinatários de nossa solidariedade. Nunca ocupariam a posição de protagonista na definição dos critérios de justiça.³²

Uma abordagem centrada nas capacidades que procure produzir um determinado resultado é capaz de superar essa dificuldade. Afinal, de acordo com Nussbaum, ela não estaria preocupada em construir procedimentos abstratos que resultem na exclusão de tantos seres humanos da definição de justiça, mas sim garantir a todos e a todas determinadas condições de vida igualitárias, de acordo com suas capacidades e necessidades. A existência de uma determinada lista de capacidades fundamentais garantiria critérios objetivos para o bem estar das pessoas.

Com efeito, Nussbaum apresenta a sua lista de capacidades e afirma que os portadores de necessidades especiais, no que diz respeito a suas capacidades mentais, estão privados de apenas algumas delas, em graus variados, o que não os prejudicaria definitivamente, afinal, elas poderiam ser exercidas por tutores. Nesse sentido, tais pessoas fazem jus a todas as capacidades que qualquer outra pessoa faria jus, apenas não poderiam exercê-las pessoalmente em alguns casos específicos. A lista de capacidades de Nussbaum inclui: (1) a vida, (2) a saúde psíquica, (3) a integridade psíquica, (4) o sentido, a imaginação e o pensamento, (5) as emoções, (6) a razão prática, (7) a afiliação, (8) as demais espécies, (9) o jogo, (10) o controle do meio ambiente. Por exemplo, os deficientes mentais graves estariam privados apenas das capacidades (4), (6) e (10), que deveriam ser exercitadas em seu nome por tutores.³³

31 NUSSBAUM, 2013.

32 NUSSBAUM, 2013, p. 75.

33 NUSSBAUM, 2013, pp. 91-93.

O problema da abordagem construtivista para Nussbaum não reside na suposição de que tais abordagens deixariam os deficientes desassistidos, mas sim que ela os trataria como destinatários de solidariedade e não como agentes ativos no processo de definição dos critérios de justiça. Por estarem privados de autonomia, eles não seriam considerados titulares do direito a justificação, mas sim meros objetos de atos de solidariedade.

Até onde posso ver, esta crítica não atinge as abordagens construtivistas, ainda que ela exija que se discuta com cuidado o que pode significar, para esta abordagem, autonomia do sujeito e debate público. Ou seja, é preciso esclarecer com todo o cuidado o que significa tomar parte no processo de construção das normas que regulam a vida social, especialmente no que diz respeito aos requisitos para considerar alguém autônomo e no que diz respeito àquilo que pode contar como argumento no processo de justificação.

Nesse ponto da análise, vale a pena lembrar das críticas de Iris Marion Young à concepção de moral, política e direito típicas do liberalismo clássico, que separaram e hierarquizaram razão e desejo, localizando a razão no espaço público e o desejo e as emoções, no âmbito privado. Este movimento relega ao campo do privado tudo o que destoe de um determinado padrão de racionalidade – aquele capaz de aplicar princípios gerais a casos concretos – deixando de lado tudo o que é singular, pessoal, particular de cada pessoa, como por exemplo o tom de voz, o modo de se pôr no espaço e de se expressar.³⁴

Para superar esta crítica, afirma Iris Young, é preciso ampliar o conceito de discurso para abarcar manifestações que não sejam argumentativas e racionais, o que parece ser plenamente compatível com a tradição construtiva, a despeito de atingir um ou outro de seus autores. Como Young mesma aponta, uma teoria que valorize a comunicação é a mais promissora para uma teoria feminista da política, ou seja, uma teoria que olhe os sujeitos como capazes de criar as normas que regulam a sua própria vida, sem obedecer a regras nascidas da tradição ou de alguma fonte transcendental.

Por isso mesmo, é relevante acrescentar que, mesmo portadores de necessidades especiais que parecem estar completamente alheios à realidade podem sim se comunicar, desde que o esforço de comunicação, ainda que diante de casos extremamente graves, seja capaz de compreender sua ra-

34 YOUNG, 2012.

cionalidade específica e traduzir suas expressões para um discurso público compreensível por todos e por todas.

O trabalho emocionante de Nise da Silveira, por exemplo, com pessoas diagnosticadas como esquizofrênicas, internadas no Hospital Dom Pedro II, no Rio de Janeiro, tornou-se famoso por se propor a decifrar as imagens do inconsciente por intermédio de obras de arte como escultura, pinturas e desenhos, produzidos pelos pacientes.³⁵ Osório Cesar, que trabalhou em São Paulo com objetivos semelhantes, também contribuiu para ampliar os limites da expressão humana, contribuindo para tornar inteligível e parte do debate público o ponto de vista de pacientes mentais com quadros graves.³⁶

Diante destes esforços de compreensão tão comoventes e esclarecedores, não faz sentido algum, mesmo em casos extremamente graves, imaginar que seria aceitável, de um ponto de vista construtivista, tratar quem quer que seja como mero objeto de solidariedade e não como um ser humano capaz de expressão autônoma, ainda que tal expressão necessite de um processo de tradução por pessoas competentes para esta finalidade.

Referências

- ANDRIOLO, Arley. “A “Psicologia da Arte” no Olhar de Osório Cesar: Leituras e Escritos”, *Psicologia, Ciência e Profissão*, n. 23, vol. 4, pp. 74-81, 2003.
- BENHABIB, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- FORST, Rainer. *Justice, Democracy and the Right of Justification*. London: Bloomsbury, 2014a.
- FORST, Rainer. *The Right to Justification. Elements of a Constructivist Theory of Justice*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2014b.
- FRASER, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2009.
- NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento*. São Paulo: Martins Fontes: 2013.

³⁵ SILVEIRA, 1992.

³⁶ ANDRIOLO, 2003.

SILVEIRA, Nise. *As Imagens do Inconsciente*. São Paulo: Ática, 1992.

YOUNG, Iris Marion. “O ideal da imparcialidade e o público cívico”, *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº9. Brasília, pp. 169-203, setembro – dezembro de 2012.

Recebido em 04 de janeiro de 2017.

Aprovado em 27 de janeiro de 2020.

“Saberei ensinar aos desgraçados a vereda do desespero” – Entre o crime de insurreição e o direito à resistência: o abolicionismo radical de Luiz Gama

“I shall be able to lead the wretched down the path of desperation” – Between the crime of insurrection and the right of resistance: Luiz Gama and his radical fight against slavery

Júlio César de Oliveira Vellozo*

Universidade Presbiteriana Mackenzie e Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo – SP, Brasil.

Silvio Luiz de Almeida**

Universidade Presbiteriana Mackenzie e Fundação Getúlio Vargas, São Paulo – SP, Brasil.

“Estou no começo: quando a Justiça fechar as portas dos tribunais, quando a prudência apoderar-se do país, quando nossos adversários ascenderem ao poder, quando da imprensa quebrarem-se os prelos, eu saberei ensinar aos desgraçados a vereda do desespero. Basta de sermões, acabemos com os idílios (...) ao positivismo da macia escravidão eu antepoño o das revoluções da liberdade; quero ser louco como John Brown, como Spartacus, como Lincoln, como Jesus; detesto, porém, a calma farisaica de Pilatos”¹.

Luiz Gama

* Tem pós-doutorado pela Faculdade de Direito da USP e pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca. Doutor em História Social/USP, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da graduação e pós-graduação stricto sensu da Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp). E-mail: juliovellozo@gmail.com.

** Pós-doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito/USP, doutor em Direito pela mesma Universidade e professor da pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola de Administração da FGV. E-mail: silviolvq@gmail.com.

1 GAMA *apud* FERREIRA, 2007, pp. 271-288.

1. Introdução

Durante muito tempo, a historiografia sobre o abolicionismo paulista tratou a morte de Luiz Gama, ocorrida em novembro de 1882, como um marco temporal decisivo na história do movimento. Ela marcaria a divisão entre um período no qual se privilegiava a luta nos tribunais e uma nova fase, em que a ação direta e os conflitos armados tornaram-se a via principal. A saída de cena de Gama representaria, portanto, o fim da fase legalista da luta e o início de um período revolucionário, que acabaria por derrotar definitivamente a escravidão.²

Para essa historiografia, o suposto legalismo e fé na justiça demonstrados por Gama contrastavam com a figura intrépida de Antônio Bento, que, em um gesto teatral que nunca foi devidamente documentado, teria jurado diante do caixão do companheiro que continuaria sua obra. Nessa leitura, a continuidade se daria como superação: menos processos, mais ação direta; menos apelos à lei, mais atividade armada, já que Bento liderava os chamados Caifazes, grupo que invadia fazendas e libertava escravizados *manu militari*.

De forma consciente ou não, essa periodização projetou sobre Gama a imagem de alguém pouco disposto a um enfrentamento mais decisivo, um homem crente nas possibilidades institucionais da justiça mesmo em uma sociedade escravista. Aqui e acolá, essa posição do líder negro parece ser atribuída às suas relações com as elites da cidade de São Paulo, já que Gama era membro proeminente da maçonaria e integrou as fileiras do Partido Liberal em São Paulo durante um longo período.

Essa visão de um Gama legalista foi contestada por uma série de autores durante a década de 1990, dentre eles Elciene Azevedo, que evidenciou o quanto essa noção era falha ao revelar a ação do líder abolicionista de modo mais multifacetado.³ Mais recentemente, em *Flores, balas e votos*, Angela Alonso demonstrou que a mudança para uma tática que incluía os confrontos a partir da década de 1880 foi um processo nacional, não sendo resultado de injunções específicas das opções de Antônio Bento e da dinâmica do movimento abolicionista paulista. Alonso evidenciou ainda

2 Para abordagens nesse sentido, ver: FONTES, 1976. AZEVEDO, 1987. Para uma crítica a esta visão, AZEVEDO, 2010.

3 AZEVEDO, 2010; AZEVEDO, 1999. Ver também MACHADO, 1995.

que a dimensão armada da luta contra a escravidão não correspondia a uma opção filosófica de líderes supostamente mais radicais, a exemplo de Bento, sendo antes uma necessidade imposta pelo fechamento dos espaços institucionais e pela consequente radicalização dos líderes antiescravistas que em outros contextos haviam lançado mão de mecanismos menos incisivos. Em outras palavras, a adoção de métodos mais ou menos radicais foi resultado de cada fase concreta da batalha pela abolição e não das ideias das lideranças. Desse modo, mesmo personagens sabidamente legalistas, como Joaquim Nabuco, deram apoio aos métodos de luta mais radicais nos momentos em que estes pareciam ser a única resposta eficiente.⁴

Este artigo filia-se a esta vertente historiográfica que, de diferentes modos, permite questionemos a ideia de que Gama teria sido um líder legalista e confiante nas possibilidades da justiça Imperial, oferecendo um novo prisma para a questão. Nele, buscaremos demonstrar que Luiz Gama empreendeu a luta pela abolição a partir de um viés profundamente anti-sistêmico, tendo, inclusive, ameaçado os escravistas com a hipótese de um levante escravo. Seu uso da justiça, ao contrário de demonstrar posição legalista, fé nas instituições do Império ou crença em soluções gradualistas, refletia uma visão radical acerca dos direitos naturais, do direito à resistência e do caráter da propriedade.

O texto é dividido em três partes. Na primeira, sustentaremos que, ao afirmar sua identidade enquanto homem negro, ex-escravizado e descendente de africanos, Luiz Gama procurou se posicionar como um elemento intermediário entre dois mundos: o dos homens livres e o dos escravizados, podendo, portanto, “ensinar aos desgraçados a vereda do desespero”, ou seja, da luta contra o sistema.⁵ Na segunda parte, buscaremos demonstrar como Gama utilizava a imprensa para pressionar os juízes com uma ênfase que contrariava um dos elementos basilares da organização da justiça, que tinha no respeito à figura dos magistrados um pilar decisivo. Na terceira parte, mostraremos como o líder abolicionista fez uma mobilização sofisticada dos conceitos de resistência e insurreição, utilizando-se tanto da teoria política como da teoria do Direito, o que lhe permitiu elaborar uma tática de luta contra a escravidão que, embora envolvesse o Direito, não tinha compromisso com a manutenção da ordem jurídica estabelecida.

4 ALONSO, 2015.

5 Ver nota 1.

Antes disso, a derrubada da ordem escravocrata era o objetivo final, o que demonstraria que a rebelião escrava, mais do que uma ameaça com fins de barganha, era uma alternativa real.

No fim das contas, o que defendemos neste artigo é que Luiz Gama empreendeu o que chamamos de uma guerra total contra a escravidão, que envolvia desde atividades assistenciais aos cativos, passando por todo um sistema de obtenção de alforrias através de ações de liberdade e de mecanismos como a compra, até chegar aos enfrentamentos mais frontais ao sistema. O termo guerra total é emprestado da história militar e, classicamente, refere-se a um tipo de estratégia na qual busca-se atingir o inimigo em diversas frentes: da logística à moral, passando pela dimensão militar propriamente dita.⁶ Consideramos que a metáfora seja adequada porque, conforme buscaremos demonstrar, Gama utilizou-se de uma multiplicidade de instrumentos de combate, dentre eles o ataque aberto às instituições do período e aos ocupantes dos cargos mais importantes do judiciário, com uma radicalidade raramente encontrada em outros líderes do movimento.

Para isso, utilizamo-nos do método bibliográfico, da leitura de documentos primários como artigos de Luiz Gama publicados em jornais de época e da pesquisa em processos nos quais ele esteve envolvido na condição de advogado de escravizados. Do ponto de vista teórico-metodológico, apoiamos-nos na elaboração do historiador alemão Reinhart Koselleck, especialmente em sua defesa de que, em cada momento histórico determinado, os agentes partilham uma experiência determinada e um horizonte de expectativas concreto. Essa experiência na qual os coetâneos encontram-se mergulhados pressupõe que, em um determinado momento histórico, a dimensão temporal do passado entra em relação de reciprocidade com a dimensão temporal do futuro, produzindo uma semântica do tempo: um conjunto de conceitos que permitem que os agentes compartilhem uma experiência.⁷

No caso analisado, essa experiência trazia especificidades importantes em países como o Brasil e os Estados Unidos, que, após se constituírem como Estados independentes, ressignificaram e relançaram a experiência escravista em novos termos, estendendo-a durante o século XIX.⁸ Enquan-

6 GUIOMAR, 2004; MASSON, 2000.

7 KOSELLECK, 2006. KOSELLECK, 2014.

8 Para uma abordagem das teorias de Koselleck e de possíveis relações com a questão da escravidão ver MARQUESE; SILVA JR, 2018.

to no restante dos países o momento fundador de um novo tempo histórico havia se dado na virada do século XVIII para o XIX, nos Estados Unidos e no Brasil havia uma espécie de segundo começo, que se projetava para o pós-escravidão. Países como a França e a Inglaterra, por exemplo, viviam, no tempo de Luiz Gama, um momento de discussão sobre as experiências do liberalismo político, realizando ajustes em sua engenharia social de acordo com o que a história havia ensinado. Para os Estados Unidos, que acabara de abolir a escravidão depois de uma Guerra Civil sangrenta, e o Brasil, que ainda não o fizera, tratava-se de estabelecer um outro começo, com todas as implicações que isso traz.

A questão é que havia um obstáculo importante por aqui: a ruptura do sistema escravista que abriria espaço para este novo tempo implicava a expropriação em larga escala de uma classe de proprietários radicalizada e disposta a lutar pela dilatação no tempo de sua posição privilegiada. Nossa visão é de que, mergulhado neste espaço de experiência compartilhado com aliados e adversários, Gama decidiu desempenhar um papel específico na trama: o de intermediário entre dois mundos, de alguém capaz de mobilizar os elementos mais interessados na solução do grande impasse.

2. Entre Orfeu e Árion

Há pouca informação verificável sobre o início da vida de Luiz Gonzaga Pinto da Gama. O que sabemos vem de uma carta escrita por ele a Lúcio de Mendonça e que consiste na única fonte biográfica mais completa a seu respeito.⁹ Nela, Gama afirma ter nascido em Salvador, em 1830, filho de uma negra livre chamada Luiza Mahin e de um descendente de portugueses cujo nome ele preferiu jamais revelar. Quando o garoto tinha oito anos, sua mãe foi para o Rio de Janeiro, deixando-o sob os cuidados do pai. Segundo uma carta escrita a Lúcio de Mendonça,¹⁰ a partida de Mahin pode ter sido uma fuga por conta de sua participação na Sabinada, em 1837. Sem a mãe por perto, o garoto acabou sendo vítima de um crime que, conforme demonstrou Sidney Chalhoub, era bastante comum no período: a

9 A correspondência entre Gama e o abolicionista republicano Lúcio de Mendonça consiste na mais completa fonte de seus biógrafos. Certa vez, Mendonça pediu que Gama lhe escrevesse um texto relatando sua vida. O produto desse pedido é uma carta decisiva para o nosso conhecimento a respeito do líder abolicionista, carta esta que foi minuciosamente estudada por Ligia Fonseca Ferreira. Cf. FERREIRA, 2008.

10 FERREIRA, 2008.

escravização ilegal através da venda de negros livres ou libertos para serem escravizados.¹¹ Endividado por conta do vício no jogo, o pai negociou-o como escravizado e ele foi enviado para o Rio de Janeiro, à bordo do navio *Patacho Saraiva*. Da capital do país, foi levado para Santos e, de lá, a pé para Campinas, onde seria vendido. Ao chegar ao mercado, no entanto, Luiz Gama teria sido tratado como “refugo” — como eram chamados os cativos indesejados para a compra — por ser baiano. Desde a Revolta dos Malês, a Bahia era vista como terra de escravizados rebeldes e insubmissos. Desse modo, Gama acabou, ainda criança, como escravizado doméstico em São Paulo, propriedade de Antônio Pereira Cardoso, o homem que o comprou e que não conseguiu revendê-lo. O fato de Gama ressaltar a rejeição por sua suposta rebeldia baiana, bem como a especulação de que a mãe teria lutado na Sabinada e em outras revoltas¹² reforça a construção de uma autoimagem marcada por uma rebeldia de berço.

Quando tinha 17 anos, a casa na qual era cativo hospedou o estudante Antonio Rodrigues do Prado Júnior que, percebendo sua capacidade intelectual, decidiu ensiná-lo a ler e a escrever. O acesso aos livros provocou uma verdadeira revolução em sua vida: um ano depois desse encontro com a leitura, o garoto fugiu após ter conseguido algo que ele nominou como “provas inconcussas de sua liberdade”.¹³ Assim, Luiz Gama conseguiu provar que sua escravização era ilegal, na medida em que havia nascido de ventre livre. Depois de ter conseguido a liberdade para si, se dedicaria a conseguir na justiça a liberdade para outros escravizados ilegalmente.

Com os conhecimentos que adquirira em um esforço autodidata, Gama conseguiu transformar-se em ajudante de ordens de Francisco Furtado de Mendonça, chefe de polícia e professor catedrático da Faculdade de Direito. Segundo o próprio Gama, seu superior apoiava sua atividade intelectual de modo ativo e, quando Mendonça tornou-se diretor da biblioteca da faculdade, as condições para que Gama estudasse foram ampliadas. Ligia Fonseca Ferreira, a mais importante estudiosa da vida e da obra de Luiz Gama, narra as relações do líder abolicionista com o jurista e com a Faculdade de Direito da seguinte forma:

11 CHALHOUB, 2012.

12 GAMA, In: FERREIRA, 2011, pp. 199-205.

13 GAMA, In: FERREIRA, 2011, pp. 199-205.

Luiz Gama evolui cotidianamente no universo jurídico, do qual fazem parte também seus principais aliados. Seu amigo e protetor, conselheiro Furtado de Mendonça, chefe da polícia de São Paulo, a quem Luiz Gama dedica as *Primeiras trovas burlescas*, é professor e bibliotecário-chefe da Faculdade de direito, o que nos autoriza supor que, graças a ele, Luiz Gama, leitor voraz, teve acesso àquele recinto. Um de seus melhores amigos, o chefe liberal José Bonifácio, *o moço*, autor de poesias que Luiz Gama publica como anexo nas duas edições de seu livro, integra o corpo docente daquela instituição. Junto aos estudantes, Gama desfrutará de grande popularidade até o fim da vida.¹⁴

Em 1869, Gama enfrentou uma grande controvérsia que lhe custaria o emprego de amanuense, mas que elevaria seu prestígio e liderança a um novo patamar: entrou na justiça como curador de um cativo de nome Jacinto, que alegava ter sido introduzido no Brasil após a lei de 1831, que proibira o tráfico, de modo que seu cativo seria ilegal. O juiz do caso, Rego Freitas, afirmou que o pedido continha um vício, pois a ação deveria ter sido ingressada na cidade em que Jacinto vivia. Indignado, Gama atacou Rego Freitas na imprensa com argumentos embasados juridicamente e em termos bastante duros. Em função do episódio, acabou sendo demitido e rompendo com Furtado. Rego Freitas moveria um processo contra Gama, que venceria o embate no ano seguinte, recusando-se a contratar um advogado e defendendo-se ele mesmo. Ao fim do julgamento, uma pequena multidão de estudantes e populares simpáticos ao abolicionismo o acompanhou até sua casa, fato relatado pela imprensa da época.

Após uma sucessão de episódios de alcance semelhante a esse e nos quais demonstrou grande habilidade jurídica e intelectual, Luiz Gama se transformou na figura central do abolicionismo paulista e em uma das referências nacionais do movimento, usando o Direito como instrumento privilegiado de atuação.¹⁵ Nesse contexto, nos parece plausível que uma das funções da constante afirmação de sua identidade negra e de ex-escravizado seria estabelecer uma contrapartida permanente a esse processo de consagração relativa no mundo dos brancos. Dito de outra maneira: aceito entre os brancos, ainda que com todos os limites, Gama preocupou-se em afirmar de forma radical e pouco típica à época sua condição de negro.

14 FERREIRA, 2007, pp. 271-288.

15 ALONSO, 2015.

Sua literatura foi o lugar privilegiado desse posicionamento, especialmente seus poemas satíricos, um gênero prestigiado pelo menos desde o século XVIII e que Gama dominou com destreza, como afirmam Lígia Fonseca Ferreira, Manuel Bandeira e Alfredo Bosi, dentre outros.¹⁶ Além dos méritos de sua fatura propriamente literária, a poesia de Luiz Gama é perpassada por motivos políticos, dentre eles a desmoralização da escravidão, a defesa da igualdade de todos perante a lei e a valorização do negro. Essa valorização partia da afirmação da negritude e – não menos importante – da ancestralidade africana do próprio Gama, algo que já foi largamente discutido pela bibliografia que se ocupou da sua obra e que nos interessa pelo contexto no qual está inserida.

As características físicas da negritude são enfatizadas em poemas como o famoso “e lá vai verso”, no qual o eu-lírico afirma ser um “Orfeu de Carapinha”:

quero que o mundo me encarando veja
Um retumbante orfeu de carapinha,
Que a Lira desprezando, por mesquinha,
Ao som decanta de Marimba augusta;
E qual outro Arion entre os Delfins,
Os ávidos piratas embaíndo —
as ferrenhas palhetas vai brandindo,
Com estilo que preza a Líbia adusta¹⁷.

Bastante representativo da poesia de Luiz Gama, o trecho traz uma série de signos que marcam a afirmação do eu-lírico¹⁸ enquanto negro e, para além disso, enquanto oriundo da África. As duas coisas são distintas na medida em que houve um processo de construção de novas identidades por parte dos escravizados em solo americano, havendo uma importante diferenciação entre escravos africanos e nascidos no Brasil.¹⁹

16 Manuel Bandeira incluiu dois poemas de Luiz Gama em sua *Antologia da poesia romântica brasileira* e considerava o poema “quem sou eu” uma “obra prima da poesia satírica brasileira”. Cf. FERREIRA, 2011. p. 22. Ver ainda BOSI, 1964, BOSI, 2000.

17 “E lá vai verso” In. FERREIRA, 2011.

18 Para os fins deste artigo, pressupomos que os poemas citados teriam um caráter autobiográfico e nos permitiremos tratar o eu-lírico dos poemas como sendo o próprio Luiz Gama.

19 MATTOS, 1998.

No poema, essa afirmação de uma negritude grandiosa surge na auto-designação do eu-lírico como um “retumbante orfeu de carapinha”, um verso que une uma referência aos cabelos encaracolados dos negros ao adjetivo “retumbante”, dando a ideia de alguém que gritava ao mundo e que pretendia ser ouvido. Ainda mais simbólica, ao menos para o argumento central deste trabalho, é a associação desse eu-lírico à figura mítica de Orfeu, um personagem que, na narrativa grega, tem a capacidade de provocar diversos tipos de encantamento através de sua música, que era usada tanto para mobilizar, fazendo com que pessoas e animais o seguissem, quanto para imobilizar. Orfeu era ainda alguém capaz de transitar entre dois mundos – o dos vivos e o dos mortos, que na tradição grega recebe o nome de Hades. Quando sua amada Eurídice desce ao Hades, Orfeu decide buscá-la, enfrentando toda espécie de desafios e perigos. Com sua lira, consegue encantar, de diferentes modos, todas potenciais ameaças. É interessante notar que o Hades e o caminho que levava até ele não eram povoados por pessoas más sofrendo punição, o que nos permite levantar a hipótese de que Gama esteja construindo uma analogia entre esse lugar e o mundo dos escravizados.

Nessa chave interpretativa, Orfeu ocuparia o lugar de um intermediário entre dois mundos, de alguém capaz ir ao Hades e retornar ao mundo dos vivos, usando para isso o encantamento de sua lira. Através de sua música, Orfeu podia falar com os que estavam no Hades, sabia convencê-los, emocioná-los, levá-los à paralisia ou à ação, um poder que mobilizaria na tentativa de resgatar sua amada Eurídice.

No lugar da lira, o Orfeu de Gama tinha como instrumento uma marimba africana, instrumento que, como assinalou Lígia Ferreira Fonseca, era “de percussão com teclado formado por placas de madeira, percutidas por duas baquetas, fazendo-o ressoar em cabaças”.²⁰

Na mesma estrofe em que mobiliza a figura de Orfeu, Gama faz referência a Arion ao se afirmar “outro Arion entre os Delfins”. Assim como Orfeu, Arion usava sua música como forma de se proteger e de encantar, só que, nesse caso, esse instrumento era usado a fim de engabelar os piratas que tentavam roubá-lo,²¹ permitindo que ele fosse guiado pelos golfinhos

20 FERREIRA, 2011, p. 49.

21 “Arião exímio músico da antiguidade, por ter muitos bens, foi raptado por marinheiros coríntios. Sem poupar-lhe a vida, ordenaram que se atirasse ao mar. Antes de jogar-se do navio, cantou, com a lira, uma ária. Dizem que um golfinho, encantado pela voz, salvou o músico ao carregá-lo até a praia”. VEIGA, 2011.

a um lugar seguro, a salvo dos salteadores dos mares. Desse modo, Gama se apresenta nos dois primeiros versos do trecho acima tanto como um Orfeu a encantar os escravizados em seu Hades cotidiano quanto como um Arion que, com a mesma habilidade, se livraria dos piratas, que podem ser pensados como uma referência aos traficantes de escravizados que haviam condenado tanta gente àquela condição.

Essa condição de intermediário entre dois mundos, de alguém capaz de encantar, convencer e guiar pessoas que estão em uma dimensão que não é a do mundo dos brancos, parece reforçar o argumento de que Luiz Gama buscou se apresentar como alguém que teria à mão a hipótese de colocar os escravizados em movimento por sua liberdade.

O poema cujo trecho acabamos de dissecar encontra-se no livro *Primeiras Trovas Burlescas de Getulino*, publicado por Gama sob o pseudônimo de Getulino. Segundo Lígia Fonseca Ferreira,²² a escolha do nome estaria ligada à Getúlia, nome dado pelos romanos a uma parte do norte do continente africano. Ao denominar-se Getulino, o poeta autodidata apresenta-se como alguém cuja origem estaria no continente africano.

Mesmo fora de seu fazer literário, Gama era cioso da simbologia dos nomes. Ao batizar o filho, por exemplo, deu-lhe o nome de Benedito Graco, em referência aos irmãos Graco, de Roma. Também aqui podemos notar uma sinalização do líder abolicionista para a radicalização, uma vez que os irmãos Graco empreenderam uma radicalizada luta por mudanças sociais que teve como eixo o conflito e a mobilização dos despossuídos, e não a conciliação.²³ Assim como Gama, os Graco se transformaram em intermediários entre o mundo das elites romanas e o dos despossuídos de então.

3. Nos jornais, contra os juízes

Desde a luta pela Independência, os jornais eram um espaço privilegiado de luta política e de disputa de ideias. Gama, no entanto, fazia um uso diferenciado desse veículo ao utilizar os jornais como forma de mobilizar a opinião pública para acompanhar os processos jurídicos nos quais ele próprio atuava.

Além de escrever para outros jornais, Gama mantinha uma coluna fixa no *Correio Paulistano*, de seu amigo e companheiro de luta abolicionista

22 FERREIRA, 2011, p. 39.

23 CORASSIN, 2008.

Azevedo Marques. Nessa coluna, narra e comenta embates jurídicos travados por ele e por outros advogados que defendiam os direitos dos escravizados a fim de pressionar os juízes por sentenças favoráveis e angariar o apoio da população.

Em 1869, em um caso típico em que ele adota esse procedimento, os ataques se dirigem ao magistrado Florêncio Soares Muniz. Tratava-se do caso de Benedicto, que era pertencente ao espólio de Ana Francisca de Moraes e que havia sido alforriado por um dos herdeiros. A ação de Luiz Gama pedia que Benedicto pudesse depositar em juízo o valor correspondente ao que era devido aos outros herdeiros, que concordavam com o procedimento. No entanto, nos dizeres do líder abolicionista, “o estolido juiz” indeferiu o requerimento, mandando vender o escravizado em hasta pública. Diante do caso, Gama denunciava nas páginas do jornal *Radical Paulistano* que “esta lamentável ocorrência é nada menos que um grave atentado, cometido bruscamente, pela autoridade ignorante, contra uma vítima desprotegida”. O ato do juiz era ainda: “mais uma prova eloquente, exibida, em nome do senso revoltado, contra o fatal sistema de confiar-se cargos de judicatura a pessoas nimiamente ignorantes, despidas até mesmo dos mais mezinhos rudimentos de direito, como é seguramente o senhor Florencio Soares Muniz”.²⁴

Em artigo sobre outro processo judicial, Luiz Gama explicita o objetivo desse tipo de publicação no jornal. A disputa em tela envolvia os escravizados Elias, Joaquina e Marcelina, que haviam sido alforriados por Maria Angelica do Nascimento com a condição de que a servissem até a morte e que, depois disso, servissem ao seu marido por mais dois anos. Contrariando a lei e a vontade da falecida, o marido decidiu vender os cativos. Diante disso, o advogado José Antonio Miragaya havia entrado na justiça com base na escritura pública que registrava a alforria concedida. O juiz, no entanto, negou o pedido. Após narrar o acontecido em sua coluna, Luiz Gama afirmou o seguinte:

Vou dirigir ao governo uma petição no intuito de chamar o sr. dr. juiz municipal de Jacareí ao rigoroso cumprimento do seu dever, petição que hei de publicar nas colunas deste jornal. Esta publicação tem por fim levar ao conhecimento do público um atroz atentado e recomendar ao exmo. Dr. Chefe

24 *Radical Paulistano*, 30 de setembro de 1869.

de polícia o cidadão Joaquim Antônio Raposo como benemérito do art. 179 do Código Criminal.²⁵

O texto de Gama ameaça de forma clara o viúvo, Joaquim Antônio Raposo, de enquadramento no Art. 179 do Código Criminal, que trata do crime de “reduzir à escravidão pessoa livre, que se achar em posse de sua liberdade”.²⁶ A pena correspondente é bastante dura: “prisão por três a nove anos e de multa correspondente à terça parte do tempo; nunca porém o tempo de prisão será menor que o cativo injusto mais uma terça parte”.²⁷ Se condenado, Raposo deveria cumprir pena de prisão por nove anos, dado o tempo de cativo indevido a que foram submetidos os ex-escravizados. Além disso, ao publicizar o ocorrido, Gama pressionava o juiz do caso e o chefe de polícia, que ficavam, desse modo, expostos e constrangidos a tomarem uma atitude.

Gama cumpriu sua promessa e, no dia seguinte, as páginas do *Correio Paulistano* estampavam sua petição. Nela, o advogado reafirma a motivação que o leva a publicar o procedimento judicial no jornal: “a publicação que faço da seguinte petição (...) tem o duplo fim de inteirar o respeitável público de uma ocorrência gravíssima, e de evitar, com a publicidade, que a petição fique arquivada em algum cartório ou gaveta de autoridade, e os míseros libertos sepultados vivos em bárbara escravidão”.²⁸ Tratava-se, claramente, de pressionar e constranger as autoridades diante da opinião pública, já importante à época e mobilizada, ou ao menos sensibilizada, para a causa da abolição.

No texto da petição, Luiz Gama é bastante duro com o juiz de Jacaré, cujo ato é classificado como “mais revoltante quanto é certo que, no seu memorável despacho, o meritíssimo juiz invoca desastrosamente um grosseiro sofisma, ofensivo do seu grau científico, e indigno da sua posição de magistrado”. Ele continua, com grande assertividade, denunciando as consequências do ato do magistrado:

25 *Correio Paulistano*, 26 de maio de 1872.

26 Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm consultado em 30 de agosto de 2017.

27 *Idem*.

28 *Correio Paulistano*, 28 de maio de 1872.

Este mau procedimento do juiz deu causa à bárbara prisão de um dos libertos por capangas do pretendido senhor, e à sua condução, amarrado, para o poder de quem nenhum direito tem para mantê-lo em escravidão; o que o não faria, por certo, se não fora poderosamente auxiliado pela inaudita incúria, e pela indesculpável ignaria do meritíssimo juiz.²⁹

Outro expediente típico de Luiz Gama era pressionar os juízes em relação ao cumprimento dos prazos, algo que fazia em artigos curtos e irônicos, às vezes de poucas linhas e em tom de anúncio publicitário: “Pede-se ao ilustrado sr. dr. Juiz municipal o obséquio de despachar, como entender de justiça, as duas causas de manumissão que jazem no seu escritório, sendo para notar-se que seis dos manumitentes requerem depósito e estão sofrendo prisão na cadeia”.³⁰

O caso envolvendo Rego Freitas é bastante paradigmático pelas consequências causadas. Luiz Gama acabou demitido por um homem por quem nutria grande amizade e que teve papel decisivo em sua formação. Além disso, foi processado pelo juiz que atacara nas páginas dos jornais. Suas palavras, ditas quando o líder abolicionista ainda não gozava do prestígio que amealharia nos anos seguintes, foram muito duras. No *Correio Paulistano* de 20 de novembro de 1869, Gama afirma que o despacho do juiz havia sido “fútil”, “ofensivo da lei” e exigia que o magistrado cumprisse seu “rigoroso dever”, não se furtando a alertar que o “estúpido emperramento de Freitas” não iria pará-lo, pois ele tinha “coragem e moralidade”.³¹

Em outro episódio, depois de uma longa disputa em torno da determinação do valor a ser arbitrado pela alforria da escravizada Polidora, os ataques se dirigiram ao juiz Santos Camargo. Depois de afirmar que “os decanos da famosa academia paulistana deveriam cobrir as frentes envergonhados” por terem lhe dado um diploma, Gama afirmava:

É esplêndida e incomparável a atitude arrogante do magno juiz (...). Que originalidade de concepção, e que leonino rompante nas manifestações! É incontestavelmente a águia sublimada da jurisprudência (...). Águia na ferina altivez do olhar; águia nas asas da casaca e nas esguias gâmbias; (...) águia nas

29 Idem.

30 *Correio Paulistano*, 10 de novembro de 1871.

31 AZEVEDO, op. Cit. p. 112.

unhas posto que não tenha garras; águia na vontade, nas arrojadas pretensões e na ardência da palavra; águia, enfim, no gênio e na sanha contra os negros.³²

Mais tarde, Luiz Gama publicaria um poema, em “homenagem” ao “sapientíssimo dr. Felício”, juiz da causa. A radicalidade desse poema, que foi trazido à tona por Elciene Azevedo, pode ser medida por seus versos finais: “Quer liberdade? / busque outro ofício / que eu — grão Felício — / O pregão já mandei pela cidade / Atentem nisso! / A liberdade / sem piedade / Eu vendo como Judas vendeu Cristo”.

Esse tipo de uso dos jornais demonstra que a postura de Gama em relação às estruturas mais basilares da justiça era de questionamento frontal. Na lógica do liberalismo, em função de sua posição e responsabilidade, o magistrado deve gozar de prestígio e respeito para o bom funcionamento da lei. A natureza de sua posição pede um distanciamento em relação aos procedimentos da política, às polêmicas mais cotidianas, de modo que seja preservada a ideia de equidistância, de independência e de desinteresse diante da questão em tela. Isso fica evidenciado por toda a ritualística que envolve sua figura, e que inclui paramentos, vestimentas, lugar ocupado na disposição espacial do tribunal e pronomes de tratamento.³³

Ao atacar os juízes dessa maneira, rebaixando-os intelectualmente, expondo sua venalidade e compromisso com os interesses do cativo, Gama demonstra o caráter radical de sua atividade, que se desenvolve não como crença no judiciário e nas leis, mas como um uso instrumental de suas possibilidades. Este uso é feito em paralelo a uma denúncia radical de suas estruturas e compromissos.

4. A ameaça calculada de uma revolta geral

Desde que passou a ocupar um papel importante na sociedade paulista como líder abolicionista, Gama fez questão de frisar a grande influência que tinha sobre os escravizados. Em um “a pedido” publicado no jornal *Correio Paulistano*, Gama relata que, desde o início de sua atividade como protetor dos cativos, havia sofrido ameaças de morte, mas que, dessa vez, “o caso é mais sério”, porque pessoa “de subida distinção” possuía docu-

32 AZEVEDO, 1999, p. 246.

33 SCHRITZMEYER, 2001, pp. 91-95.

mentos mostrando que seus inimigos estavam “resolvidos a me mandar para a eternidade”.

Diante do fato narrado e denunciado publicamente, a atitude de Luiz Gama foi a de devolver a ameaça. No mesmo texto, afirma: “façam o que bem entenderem. Estou em meu posto de honra. Tenho amigos em toda parte. E se os que almejam o meu assassinato, pessoas que eu bem conheço, estão vivos, devem-no à minha nímia prudência”.³⁴

Quem poderiam ser os “amigos” do líder abolicionista espalhados por toda parte e que, abrisse Gama mão de sua prudência, colocariam em risco a vida de seus inimigos? Parece bastante verossímil que a referência aos “amigos” diga respeito aos escravizados, espalhados por todos os quadrantes da Província de São Paulo. A ideia de que os fazendeiros interessados na escravidão só estariam vivos graças à prudência de Gama é indicativa de que ele teria, ou afirmava ter, o poder de ordenar ou de permitir que os escravizados se levantassem contra seus senhores e, como parte dessa insurreição, acabassem matando seus opressores.

A insinuação de Gama sobre a possibilidade de provocar ou permitir uma ação violenta dos escravizados seria reiterada de tempos em tempos. Era uma espécie de lembrança permanente de que Orfeu poderia tocar sua marimba em direção aos que estavam no Hades da escravidão, usando sua condição de intermediário entre dois mundos. Tratava-se da invocação de um poder importante, fosse este real ou imaginado, especialmente em uma sociedade na qual um levante escravo nos moldes daquele ocorrido no Haiti era um medo permanente.

Algum tempo depois do anúncio sobre as ameaças de morte que sofria, em 10 de novembro de 1871, em meio a graves escaramuças com Rafael Tobias de Aguiar, líder do partido liberal e um proprietário especialmente violento com os cativos, Luiz Gama publicou um texto no *Correio Paulistano* que nos parece decisivo na construção de sua tática da ameaça de insurreição. Tratava-se de uma resposta à acusação de que ele se valia das agitações estudantis da Faculdade de Direito para promover uma insurreição escrava, com o apoio da loja maçônica América. Segundo Luiz Gama, seus denunciadores afirmavam que: “isto aqui, ao peso de enormes calamidades, ardia entre desastres temerosos, e desolações horríveis, ateados por agentes da INTERNACIONAL!...e que eu (que não deveria, por

34 *Correio Paulistano*, 24 de setembro de 1870.

certo, faltar à sinistra balbúrdia) estava capitaneando uma tremenda insurreição de escravos...!”³⁵ (maiúsculas mantidas do original).

Depois de afirmar que tudo aquilo não passara de “simples manejo de boatos humorísticos, propalado por histriões (...)”, Luiz Gama dizia que era preciso que o malévolo espírito de intriga política fosse denunciado. Avisava, assim, que era agente da Loja América “em questões de manumissão, e, com o eficaz apoio dela, tenho promovido muitas ações perante os tribunais, em favor de pessoas livres, ilegalmente mantidas em cativoiro”. Esclarecia, a seguir, “que não sou e nem serei jamais agente ou promotor de insurreições, porque de tais desordens e conturbações sociais não poderá provir o menor benefício à mísera escravatura e muito menos ao partido republicano”.³⁶

Apesar dessa afirmação clara de que não promoveria insurreições escravas pois elas não resultariam em bons frutos para os dois movimentos dos quais fazia parte – o abolicionista e o republicano –, Gama faz uma advertência que impressiona pela radicalidade. Em suas palavras:

Se algum dia, porém, os respeitáveis juizes do Brasil esquecidos do respeito que devem à lei, e dos imprescindíveis deveres que contraíram perante a moral e a nação, corrompidos pela venalidade ou pela ação deletéria do poder, abandonando a causa sacrossanta do direito e, por uma inexplicável aberração, faltarem com a devida justiça aos infelizes que sofrem escravidão indébita eu, por minha própria conta, sem impetrar o auxílio de pessoa alguma, e sob a minha única responsabilidade, aconselharei e promoverei, não a insurreição, que é um crime, mas a ‘resistência’ que é uma virtude cívica, como a sanção necessária, par por preceito ao salteadores fidalgos, aos contrabandistas impuros, aos juizes prevaricadores, e aos falsos impudicos detentores. Esta é a verdade que profiro sem reбуço, e que jamais incomodará aos homens de bem.³⁷

A afirmação de Gama de que estaria pronto para lançar mão da resistência como uma “sanção necessária” contra os “salteadores fidalgos”, os “contrabandistas impuros” e os “juizes prevaricadores” caso fossem fecha-

35 Correio Paulistano, 10 de novembro de 1871.

36 Correio Paulistano, 10 de novembro de 1871.

37 Correio Paulistano, 10 de novembro de 1871.

das as possibilidades de atuação nos marcos da legalidade demonstra uma grande radicalidade.

Para aquilatarmos o significado dessas declarações – feitas no catártico ano de 1871, no qual a batalha em torno da aprovação da Lei do Ventre Livre se daria –, é interessante entrarmos em contato com uma manifestação feita por moradores do município de Campinas datada do mesmo ano. O documento, reproduzido abaixo, mostra o nível de preocupação da população livre e privilegiada com a possibilidade de uma insurreição escrava:

Os cidadãos abaixo-assinados, residentes no Município de Campinas vem respeitosa e humildemente trazer perante V. Exa a representação seguinte.

É notório e sabida por toda a Província a grande superioridade numérica da população escrava sobre a população livre, neste município. É igualmente palpável e patente a todos o antagonismo congênito à diversidade de condições das duas raças (...) a população escrava é a inimiga capital da população livre (...) este município, o maior núcleo de escravos da Província só tem a esperar destes [os escravos] toda a sorte de males que a sua própria condição anômala lhes inspira.

Basta, portanto, que no seio deste município habitem escravos e aliás em número avantajadíssimo aos seus municípios, para que sua existência e prosperidade, avultadas aos olhos da Província e do Império, sejam velados de perto por estes e eficazmente ajudados por uma força pública permanente e respeitável.³⁸

Na carta, a requisição de uma força pública não está ligada ao medo da criminalidade escrava ou a uma vigilância voltada a evitar fugas: o abaixo-assinado é claro em afirmar que os escravizados são portadores de ideias sobre seus direitos e que têm expressado seus anseios por liberdade. A ideia de que essas reivindicações possam assumir a forma de uma insurreição é aventada pelos brancos:

(...) Na escravatura do Brasil, depois da abolição do tráfico de africanos, operou-se uma, hoje, completa substituição do pessoal agrícola. Em outros tempos a raça africana boçal quase compunha a totalidade dos escravos.

Então, o estado de embrutecimento e pouquidade de inteligência que cons-

38 Arquivo Público do Estado de São Paulo, Fundo Escravidão, O-5535A.

tituíam sua feição particular, menos confiança inspiravam e mais facilmente permitiam em sua sujeição aos serviços de seus senhores. Hoje, esses, como que desapareceram do regime da escravidão e foram substituídos por escravos filhos do país, e notadamente das províncias do norte, das quais, em sua máxima parte, emigraram para a nossa.

Estes, nascidos e educados entre nós e conseqüentemente participando da nossa unidade, costumes e dotados de uma esfera intelectual muito mais dilatada que a de seus primitivos troncos tendem a aspirações compatíveis com o seu desenvolvimento e portanto a liberar-se daquela subserviência passiva dos primeiros (...) Seu espírito mal suporta o jugo da escravidão e tenta emancipar-se deste, como n'olo revelam fatos repetidos em toda parte.

Assim é que perguntando um escravo de São João do Rio Claro, porque motivo havia assassinado seu senhor, respondeu ele “que não sabia a razão porque havia de trabalhar toda sua vida em proveito exclusivo de um homem igual a si”. Outro, acusado como único autor da morte de seu senhor, o fazendeiro deste município Joaquim Guedes, respondera ao delegado desta cidade por esta forma: “suponha que eu, neste momento, aperto-lhe a garganta e lhe sufoco, sem que o seu guarda, que aqui está me vigiando de um passo para [?]; serei, neste caso, o único responsável pelo crime ou o é também o soldado que assentiu na perpetração do delito?”.

Como estes, outros fatos poderiam expender; mas creem os abaixo-assinados que os que ficam narrados dão a justa medida do desenvolvimento considerável que milita em favor dos escravos que hoje compõe o pessoal de todas as fazendas deste município.³⁹

O texto relata ainda o “pânico extremado” que tomou conta de todos quando correu pelo município a boataria de que uma insurreição escrava estaria sendo preparada e que era iminente. Isso teria provocado nos escravizados, que talvez estivessem distraídos do assunto, a ideia de levar a cabo um movimento insurrecional:

Este fato é do maior alcance, não só pelo que se observou, como e principalmente porque o pânico extremado como foi, sem reserva e com imprevidências de toda sorte, provocou estudo e comentários da parte dos escravos, talvez inteiramente despreocupados da ideia de revolta, e como que veio a

39 Arquivo Público do Estado de São Paulo, Fundo Escravidão, O-5535A.

lembrar a possibilidade de uma tentativa de animá-los a empreender atentados mais graves. (...)

É baseada nestas cogitações e nos factos narrados que a motivam que os abaixo-assinados, ainda que calmos e despidos de terrorismo, profundamente convencidos de que todavia há perturbação nos espíritos e que a tranquilidade da população livre somente voltará quando for colocada nesta cidade à disposição da respectiva autoridade, uma força suficiente, vem pela presente cientificar V Ex. destas ocorrências importantes e solicitar, com a brevidade possível, a remessa de um contingente, que com o que existe nessa cidade, faça o número de cem praças efectivas e permanentes (...).⁴⁰

É interessante notar como o uso da palavra insurreição ocorre tanto nas afirmações de Luiz Gama sobre a possibilidade de um apelo à ação dos cativos quanto no abaixo-assinado vindo de Campinas, o que pode indicar que essa era uma possibilidade que pairava no ar àquela época. Enquanto os moradores do maior município escravista da província usam de forma clara o termo para qualificar um possível movimento dos cativos, Gama afirma com clareza que não lançaria mão de uma *insurreição*, mas de atos de *resistência*.

O conceito de resistência será abordado mais adiante neste artigo. Agora o que nos interessa é a relação entre a descrição de seu ato – o chamamento dos escravizados para uma ação política – e o conceito de insurreição. À primeira vista, o fato de Gama tentar dissociar sua ação da palavra insurreição parece posicioná-lo como um líder mais comedido e menos radical. Esse suposto comedimento, no entanto, não se sustenta diante de suas ameaças e da descrição de um quadro que nada mais é do que uma insurreição. Essa radicalidade é exposta, por exemplo, na epígrafe que abre este artigo, onde Gama afirma que saberá “ensinar aos desgraçados a verdade do desespero” e que pretende agir como um John Brown, condenado à morte por incitar os cativos à rebelião, e como um Spartacus, conhecido justamente por liderar uma das maiores rebeliões escravas da história. Em nossa visão, a recusa do termo insurreição está ligada, na verdade, à tipificação desse ato presente no Código de 1830, texto que Luiz Gama, como alguém que lidava diariamente com o direito penal, conhecia muito bem.

40 Arquivo Público do Estado de São Paulo, Fundo Escravidão, O-5535A.

Conforme demonstraram Monica Duarte Dantas e Vivian Chieregati Costa em pesquisas que abriram uma nova senda na compreensão do direito penal do século XIX, o Código Criminal de 1830 realizou uma tipificação bastante complexa dos crimes contra a ordem pública.⁴¹ Deixando para trás o velho conceito de crime de lesa-majestade, os legisladores brasileiros acabaram por estabelecer os crimes de conspiração, rebelião, sedição, insurreição e resistência, cada qual com uma tipificação muito específica.

Segundo Dantas e Costa, os deputados e senadores brasileiros construíram essa tipificação complexa a fim de abrandar as penas para os movimentos políticos contrários à Coroa. No momento da aprovação do Código Criminal, o Brasil vivia uma grave crise da monarquia, que perdia forças e sofria oposição cerrada do parlamento, especialmente da Câmara dos Deputados. Desse modo, a caracterização do crime de rebelião, por exemplo, exigia que os rebeldes, “reunindo-se uma, ou mais povoações”, juntassem “mais de vinte mil pessoas”, o que era praticamente impossível no Brasil daquela época. Desse modo, nenhum ato político contestatório grave acabava tipificado como rebelião. Essa construção permite que os atos de rebeldia contra a monarquia, que poderiam ser levados à cabo por aqueles mesmos deputados que votavam o Código, fossem caracterizados como crimes menos graves, como os de resistência ou conspiração.

Essa construção de uma tipificação que dificultava o enquadramento dos movimentos revolucionários como crimes mais graves e passíveis de punições mais severas, criava, entretanto, um problema. Como abrir o espaço para revoltas das elites sem permitir que por esta mesma brecha passassem as lutas dos escravizados? Segundo Dantas, o caminho escolhido foi a criação do crime de insurreição, cuja inspiração saiu da proposta de Código Penal para o estado norte-americano da Louisiana, formulado por Edward Livingston. Tratava-se de uma região escravista que, como o Brasil, tinha que construir uma legislação que evitasse as rebeliões dos cativos. Dessa maneira, o crime ficou tipificado no Código Criminal de 1830 do seguinte modo:

41 COSTA, 2013; DANTAS, 2015; DANTAS, 2011; DANTAS, 2011 (b).

TÍTULO IV

Dos crimes contra a segurança interna do Império, e publica tranquilidade (...)

CAPÍTULO IV

INSURREIÇÃO

Art. 113. Julgar-se-ha cometido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.

Penas — Aos cabeças — de morte no grau máximo; de galés perpétuas no médio; e por quinze annos no minimo; — aos mais — açoutes.

Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

Art. 115. Ajudar, excitar, ou aconselhar escravos a insurgir-se, fornecendo-lhes armas, munições, ou outros meios para o mesmo fim.

Penas — de prisão com trabalho por vinte annos no grau máximo; por doze no médio; e por oito no mínimo.⁴²

Vê-se que a punição para o crime de insurreição era bastante dura tanto para os escravizados envolvidos na luta quanto para os elementos que os auxiliassem: a morte ou a prisão com trabalho por vinte anos, no grau máximo. Alguém como Luiz Gama que, como vimos, se apresentava como um intermediário entre o mundo dos livres e aquele dos escravos, que afirmava que poderia agir como Spartacus ou John Brown, que dizia ter a vida de seus adversários nas mãos uma vez que teria “amigos por toda a parte”, poderia, em caso de um levante escravo, ainda que parcial, ser enquadrado no crime de insurreição. Conforme visto acima, segundo o artigo 114 do Código Criminal, os que ajudassem ou excitassem os escravos a insurgir-se seriam enquadrados no crime de insurreição, podendo ser, se em grau máximo, condenados à morte.

Desse modo, seu cuidado em refutar a acusação de que preparava uma insurreição pode ser visto como uma prevenção ou cautela para não ser acusado de um crime tão grave. Assim, é possível compreender a citação que trouxemos acima – na qual o líder abolicionista afirma “que por minha própria conta, sem impetrar o auxílio de pessoa alguma, e sob a minha

42 Código Criminal do Império do Brasil (1830). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/16-12-1830.htm> (consultado em 2 de novembro de 2017).

única responsabilidade, aconselharei e promoverei, não a insurreição, que é um crime, mas a ‘resistência’ que é uma virtude cívica” –, por novo ângulo. Toda a construção da frase está calcada na ideia de uma ação, de um ato de vontade de sua parte na medida em que ele livra os amigos maçons de qualquer responsabilidade e que usa o verbo “promoverei” na primeira pessoa do singular. Desse modo, não podemos pensar em uma simples desobediência, que caracterizaria o ato de resistência como pensado classicamente. Nos parece que a insurreição era “um crime” não do ponto de vista valorativo, ou seja, não porque ela fosse moralmente errada, mas, porque ela era assim tipificada no código penal.

Para que o argumento aqui exposto seja fundamentado, é importante que sejam feitas três considerações acerca dos conceitos de resistência e insurreição. A primeira é que a resistência a que se refere Luiz Gama inscreve-se no âmbito da definição moderna e iluminista deste conceito. Desse modo, não se trata de um “direito”, no sentido positivista, em que as possibilidades de resistência estariam restritas à legalidade. E parece evidente que ao falar em resistência, Luiz Gama não esteja se referindo ao tipo penal de resistência, previsto no capítulo IV do Código Penal Imperial e que consiste na oposição violenta ao cumprimento de ordem legal, mas ao *direito de resistência*.⁴³ No contexto do abolicionismo, pode-se inferir que a resistência aludida por Gama seja a resistência *política*, que se manifesta ou como objeção de consciência ou, de modo mais extremo, como *desobediência civil*. Dentro dessa chave conceitual retirada da modernidade, a escravidão é apresentada por Luiz Gama como uma forma de tirania na medida em que colide com o direito natural de liberdade. Desse modo, Gama adapta à causa abolicionista o discurso pertencente ao jusnaturalismo moderno que, na formulação de seus principais autores, não significava um óbice à escravidão negra.⁴⁴ A versão moderna do jusnaturalismo parte de uma afirmação universal da liberdade individual, algo que está além do direito positivo que, por sua vez, retira sua legitimidade do respeito a princípios de caráter universal. Aqui, a construção discursiva é evidente: a violação do “direito natural” à liberdade, inerente a qualquer homem ou mulher, leva à quebra do contrato social, o que resulta no des-

43 Sobre a conceituação moderna do direito de resistência ver LOCKE, 2001; THOREAU, 1999; JEFFERSON, 1964.

44 Nesse sentido, a revolução haitiana é um marco essencial. Ver JAMES, 2000.

crédito do ordenamento jurídico positivo e na perda da autoridade por parte das instituições políticas. É possível dizer, a partir do modo com que Luiz Gama trata a questão da liberdade, que sua concepção de direito natural flutua entre duas concepções modernas de jusnaturalismo: a liberal e a republicana. Como abolicionista, Luiz Gama entendia a liberdade como um atributo inerente ao indivíduo, independentemente de quaisquer formas de organização política. O que Luiz Gama faz é inserir os negros na humanidade e afirmar que nenhum poder capaz de reduzir o ser humano à servidão é legítimo, em leitura que se aproxima de certas concepções liberais do jusnaturalismo. Por outro lado, Luiz Gama simultaneamente concebe a liberdade como virtude cívica, como valor a ser protegido por um arranjo institucional adequado. Neste sentido, o republicanismo de Gama expressa a ideia de que o direito natural à liberdade dos escravizados só poderia ser assegurado por uma forma de governo condizente com a liberdade, no caso, a República.⁴⁵

A segunda consideração é a de que, tendo em vista que Luiz Gama caracteriza o direito de resistência como um *direito natural de resistência*, algumas consequências podem ser observadas. A primeira delas é a de que, ao estender o debate da escravidão do direito positivo para as sendas da filosofia do direito, Luiz Gama coloca seus adversários em uma condição de inferioridade ética que implica tanto uma crítica pessoal arrasadora quanto confere maior força à contestação do sistema que lhes ampara. O resultado é que juízes que Luiz Gama critica moral e intelectualmente com tanta veemência só têm lugar porque a escravidão é um adubo venenoso que, ao cair na terra, permite somente que o que há de pior possa vicejar, sejam instituições, leis e homens. A escravidão redundava na degradação moral e intelectual de toda uma sociedade. Por isso, resistir à escravidão e às instituições que lhe garantem a existência seria mais do que um direito, no sentido de uma possibilidade de exigir, mas de um dever que se impõe a todos.

Por fim, a terceira consideração diz respeito àquilo que, no discurso de Luiz Gama, inaugura o que podemos chamar de “dupla via argumentativa”. Ao afirmar a injustiça das normas escravocratas e, ao mesmo tempo, acenar à possibilidade de uma rebelião dos escravizados, Luiz Gama acua seus adversários por duas vias. Por um lado, denuncia a ilegitimidade das normas e o direito/dever de resistência, tanto dos destinatários quanto das

45 ALMEIDA, 2019.

autoridades aplicadoras leis escravocratas. Por outro, deixa implícito que a ilegalidade das condutas de quem se opõe ao direito de resistência diante de uma ordem jurídica injusta incita rebeliões e dá margem à desobediência civil.

Desse modo, é possível dizer que, ao escrever nos jornais, Luiz Gama estava não apenas terçando as armas da política, dentre quais as ameaças e a medição de força, mas também atuando como jurisconsulto ao aconselhar as autoridades a agirem em conformidade com o direito natural, com o justo, caso contrário, elas próprias poderiam ser responsabilizadas pelo crime de incitar uma insurreição. A retórica de Luiz Gama é de quem aconselha, chama à razão e dá chance para o arrependimento eficaz. Desse modo, o abolicionista cria um ardil discursivo notável em que a autoridade judiciária que determina o cumprimento de uma lei injusta torna-se ao mesmo tempo porta voz da imoralidade da escravidão e um estímulo ao crime de insurreição. Diante disso, pode-se dizer que, na leitura do iluminismo feita por Luiz Gama, direito e escravidão constituem um oxímoro, um paradoxo diabólico que transforma defensores da lei em criminosos, exatamente por defenderem a lei. Nesses termos, a escravidão aparece como a vitória da falta de sentido, da contradição e da injustiça.

5. Conclusão

Este artigo teve por objetivo questionar a ideia de que Luiz Gama foi um líder legalista, crente nas possibilidades da justiça e defensor de uma postura pouco assertiva no enfrentamento da escravidão.

Conforme buscamos demonstrar, ele construiu uma identidade muito forte de homem negro, ex-escravo e oriundo do continente africano, o que era, por si só, uma atitude contestatória de grande frontalidade em um país escravista. Além disso, levantamos a hipótese de que, nos marcos dessa identidade, o autor tenha se apresentado como um intermediário entre dois mundos, o dos escravos e o dos homens livres, podendo, em situação limite, agir como alguém que orientasse, inspirasse ou permitisse uma ação radical por parte dos escravizados. Essa posição de elemento de ligação, de intermediário entre dois mundos, foi afirmada de maneira clara em várias declarações nas quais o líder abolicionista ameaçou, de forma mais ou menos explícita, promover algum tipo de ação de contestação da ordem mobilizando os escravos.

Nesse processo, Luiz Gama jogou de forma hábil com os conceitos de resistência e insurreição, mobilizando-os tanto do ponto de vista da teoria política e constitucional quanto do ponto de vista do direito penal. Através desse procedimento, Luiz Gama buscou pressionar taticamente os inimigos e, ao mesmo tempo, se proteger, na medida do possível, de consequências mais graves. Para isto, ampliou o debate sobre a escravidão, retirando-o do âmbito da estrita legalidade para o da filosofia do direito.

Por tudo isso, Luiz Gama deve ser visto como um dos mais radicais combatentes da escravidão. Para além disso, o seu uso sofisticado do direito, que foi muito além da habilidade e da destreza na prática do foro, ou do simples conhecimento da lei positiva, mostra que o líder abolicionista foi também um pensador do direito.

Referências:

- ALONSO, Angela. *Flores, votos e balas. O movimento abolicionista brasileiro (1868-1888)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- ALMEIDA, Silvio. *Republicanism and questão racial*. IN SHWARCZ, L.; STARLING, H. *Dicionário da República*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- AZEVEDO, Elciene. *O Direito dos Escravos. Lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo*. Campinas: Editora da Unicamp, 2010.
- AZEVEDO, Célia Maria. *Onda negra, medo branco. O negro no imaginário das elites - século XIX*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.
- AZEVEDO, Elciene. *Orfeu de Carapinha. A trajetória de Luiz Gama na Imperial Cidade de São Paulo*. Campinas: Editora da Unicamp, 1999.
- CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. <https://doi.org/10.2307/2515574>
- COMPARATO, Fábio Konder. *Luiz Gama, herói do povo brasileiro*. São Paulo: Folha de S.Paulo, 13 de maio de 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1305200709.htm> Acesso em: 17/10/2017.
- CORASSIN, Maria Luiza. *A Reforma Agrária na Roma Antiga*. São Paulo: Brasiliense, 2008
- COSTA, Vivian Chierigati. *Codificação e formação do Estado-nacional*

- brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-Independência. 2013. Dissertação (Mestrado em Culturas e Identidades Brasileiras) — Instituto de Estudos Brasileiros, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. <https://doi.org/10.11606/d.31.2013.tde-04112013-164930> Acesso em: 22/02/2016.
- DANTAS, Monica Duarte. Da Luisiana para o Brasil: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832). *Jahrbuch fur Geschichte Lateinamerikas (1998) / Anuário de História de América Latina*, 2015. <https://doi.org/10.7767/jbla-2015-0110>.
- DANTAS, Monica Duarte. Dos Statutes ao Código Brasileiro de 1830: o levante de escravos como crime de insurreição. *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro*, v. 452, pp. 273-309, 2011.
- DANTAS, Monica Duarte. Revoltas, motins e revoluções: das Ordenações ao Código Criminal. In: DANTAS, Mônica Duarte. *Revoltas, motins e revoluções. Homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX*. São Paulo: Alameda, 2011. <https://doi.org/10.3368/lbr.53.2.e31>.
- FERREIRA, Ligia Fonseca. *De escravo a cidadão: Luiz Gama, voz negra no abolicionismo*. In: MACHADO, Maria Helena; CASTILHO Celso Thomas (orgs.). *Tornando-se livre : agentes históricos e lutas sociais no processo de abolição*. São Paulo: Edusp, 2015.
- FERREIRA, Ligia Fonseca. *Luiz Gama (1830-1882): étude sur la vie et l'œuvre d'un Noir citoyen, militant de la lutte anti-esclavagiste au Brésil*. Tese de doutorado. Paris: Universidade de Paris 3; Sorbonne Nouvelle, 2001, 4 v.
- FERREIRA, Ligia Fonseca. *Luiz Gama por Luiz Gama: Carta a Lúcio de Mendonça*. São Paulo: Teresa: revista de Literatura Brasileira, n° 8/9, pp. 300-321, 2008. <https://doi.org/10.11606/issn.2447-8997.teresa.2008.116741>.
- FERREIRA, Ligia Fonseca. Luiz Gama: um abolicionista leitor de Renan. São Paulo: *Estudos Avançados*, v. 21, n° 60, 2007, pp. 271-288. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000200021> Acesso em: 17/10/2017.
- FONTES, Alice Aguiar de Barros. *A prática abolicionista em São Paulo: os Caifazes (1882-1888)*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: FFLCH, USP, 1976.
- GAMA, Luiz. *Com a palavra, Luiz Gama. Poemas, artigos, cartas, máximas*.

- São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2011.
- GAMA, Luiz. *Primeiras Trovas Burlescas & outros poemas* São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GUIOMAR, Jean-Yves. *L 'Invention de la Guerre Totale, XVIIIe–XXe siècle*. Paris: Éditions du Félin, 2004.
- JAMES, C.R.L. *Os jacobinos negros*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. São Paulo: IBRASA, 1964.
- KOSELLECK, Reinhardt. *Estratos do tempo. Estudos sobre a história*. Rio de Janeiro: Contraponto; Editora PUC-RJ, 2014.
- KOSELLECK, Reinhardt. *Futuro passado. Contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto; Editora PUC-RJ, 2006.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- MACHADO, Maria Helena Pereira Toledo. *O plano e o pânico. Os movimentos sociais na década da abolição*. São Paulo: Edusp, 2010.
- MARQUESE, Rafael de Bivar. SILVA JÚNIOR, Waldomiro. Tempos históricos plurais: Braudel, Koselleck e o problema da escravidão negra nas Américas. *Hist. Historiogr.*, v. 11, n. 28, set-dez, ano 2018, pp. 44-81 - DOI: 10.15848/hh.v0i28.1363.
- MASSON, Philippe. *Guerre Totale*. In: MONTBRIAL, Thierry de; KLEIN, Jean (org). *Dictionnaire de Stratégie*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.
- MATTOS, Hebe Maria. *Das cores do silêncio: os significados da liberdade no Sudeste escravista, Brasil século XIX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- MENNUCCI, Sud. *O precursor do abolicionismo no Brasil (Luiz Gama)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.
- POMPÉIA, Raul. *Última página da vida de um grande homem*. Rio de Janeiro: Gazeta de Notícias, 10 de setembro de 1882, p. 1.
- SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore *Controlando o poder de matar uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado – Tese de Doutorado – Programa de Pós Graduação Antropologia Social*. Universidade de São Paulo, 2001.
- SCHWARCZ, L.; STARLING, H. *Dicionário da República*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019
- THOREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. Porto Alegre: L&PM, 1999;

VEIGA, Paulo Eduardo Barros. *Virgílio e Ovídio. Poetas de Orfeu*: Um estudo sobre a Poética da Expressão, seguido de Tradução e notas. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Estudos Literários da Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Câmpus de Araraquara, 2011

Recebido em 28 de dezembro de 2017.
Aprovado em 08 de junho de 2020.

A justiça comutativa e a doutrina da restituição na Suma Teológica de Santo Tomás

The commutative justice and the doctrine of the restitution in the Summa Theologica of Saint Thomas

Lino Rampazzo*

Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena – SP, Brasil.

Marcus Tadeu Maciel Nahur**

Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena – SP, Brasil.

1. Introdução

Este estudo pretende analisar a temática relativa ao conceito de Justiça e às suas espécies no pensamento de Tomás de Aquino, apresentado especificamente em algumas questões da Suma Teológica, que é considerada sua obra principal. Entre as espécies de justiça ressalta-se o assunto relativo à justiça comutativa que, na Suma, parte da reflexão aristotélica sobre “justiça corretiva” e destaca a importância da restituição, considerada por Tomás de Aquino como um ato de justiça comutativa. O problema a ser levantado diz respeito seja ao correto conceito de justiça comutativa e às suas consequências no pensamento do Aquinate, como também à atualidade desta reflexão clássica. A sociedade midiática, muito mais do que no passado, fica abalada diante de frequentes exemplos de desvios de bens, sejam públicos,

* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (Universidade de Coimbra). Doutor em Teologia pela Pontificia Università Lateranense (Roma). Professor no Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL) – U.E. de Lorena. E-mail: lino.rampazzo@uol.com.br

**Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)– U.E. de Lorena (SP) e Professor de Filosofia do Direito no Curso de Direito do Centro UNISAL. E-mail: macielnahur@gmail.com.

como particulares, e exige que haja o devido ressarcimento. A hipótese do trabalho, então, define-se pela necessidade social do dever da restituição e aponta para o objetivo geral da pesquisa. Este diz respeito seja à correta focalização da questão da restituição na Suma, como à atualidade desta problemática. Trata-se, pois, do dever rigoroso e incontornável de restituição dos bens espoliados e de reparação dos danos causados pela espoliação.

Os objetivos específicos consistem em apresentar o esquema geral da Suma Teológica para poder entender melhor onde está colocada a temática sucessivamente estudada. Depois haverá a análise das características fundamentais da Justiça e das suas espécies básicas, da reflexão aristotélica sobre “justiça corretiva”, retomada por Tomás de Aquino na expressão “justiça comutativa”, com destaque para a restituição, considerada por ele como um ato de justiça comutativa. O esquema geral da Suma vai apresentar a temática da justiça como inserida na parte ética da obra, na perspectiva de um possível diálogo entre a visão teológica e a racional. Significativo é o espaço dado à justiça que é a virtude mais analisada na Suma. O diálogo do teólogo Tomás com a leitura racional se manifesta também nas definições da justiça e das suas espécies básicas a partir da antiguidade clássica. O que aponta, no atual clima de interdisciplinaridade, para a valorização do diálogo entre diferentes perspectivas. Nesse sentido, pretende-se apresentar, como tese central, a interrelação estreita entre justiça e direito em Tomás de Aquino, na medida em que ele argumenta não haver direito justo sem a aproximação íntima dessas duas esferas, com a ênfase que o escolástico confere, no caso, à justiça comutativa, enquanto uma rigorosa exigência de realização do direito-dever de restituição.

A metodologia utilizada terá como referência principal o texto mesmo da Suma, a partir da sua versão original na língua latina, com a sucessiva contribuição de doutrinadores da área especificamente jusfilosófica. A escolha se justifica, dentro do Projeto de Pesquisa “Justiça: noções fundamentais, comutatividade e restituição na visão tomasiana”, articulado com a Linha de Pesquisa “Direitos Sociais, Econômicos e culturais” do Programa de Mestrado em Direito do Centro Unisal. A justificativa da escolha deste tema, do ponto de vista social, encontra-se na atualidade do assunto diante da presente crise da sociedade, inclusive em nível global, na qual não podem ser esquecidas todas as exigências da efetividade da justiça.

Assim, de início, apresenta-se uma estruturação da própria Suma Teológica, de modo que se possa ter uma melhor visão da posição que a justiça

ocupa nessa obra do Doutor Angélico. Em seguida, passa-se à apresentação daquelas que são consideradas as características fundamentais da justiça. Na etapa seguinte, o texto já avança para tratar das espécies de justiça, notadamente, a justiça geral e a justiça particular, sendo esta última subdividida em justo distributivo e justo corretivo. Indo mais adiante, agora, a investigação focaliza o chamado justo particular corretivo, na medida em que ele está relacionado com a noção de igualdade perfeita ou absoluta. Com essas bases concatenadas, então, por fim, a investigação pode afunilar e se concentrar na questão central da restituição, que é tratada por Tomás de Aquino dentro da chamada justiça comutativa, enquanto efetivação de um direito-dever exigível para a correta e completa reparação de malfeitos praticados que causam prejuízos a terceiros de boa-fé.

2. A Justiça na Suma Teológica

Para entender melhor a problemática deste artigo, apresenta-se o esquema geral da obra e, particularmente, o espaço significativo que, nela, Tomás de Aquino dá para a temática da justiça e da injustiça.

A *Suma Teológica* é articulada em três Partes. A Primeira Parte (questões 1-119), dogmática, sobre Deus em si mesmo, sobre o mistério da Trindade e sobre a atividade criadora de Deus (anjos, seres corpóreos, homem). Na Segunda Parte, moral, Tomás de Aquino considera o homem, impelido pela Graça, na sua aspiração de conhecer e amar a Deus para ser feliz no tempo e na eternidade. Esta Parte, por sua vez, está subdividida em duas seções: a primeira seção da Segunda Parte (*prima secundae I-II*: questões 1-114), e a segunda seção da Segunda Parte (*secunda secundae II-II*: questões 1-189).

Primeiro (I-II), ele apresenta os princípios teológicos do agir moral, estudando como, na liberdade de escolha humana, para praticar o bem, integram-se a razão, a vontade e as paixões, às quais se acrescenta a força que dá a Graça de Deus, bem como a ajuda que é oferecida também pela *lei moral*. Analisam-se, aí, especificamente os seguintes temas: o fim último, os atos humanos, as paixões, as virtudes, os vícios e os pecados; a lei, a graça. Sobre este fundamento, Tomás de Aquino delinea a fisionomia do homem que vive segundo o Espírito e que se torna, assim, um ícone de Deus (II-II). Aqui, ele estuda as três virtudes teologais – fé, esperança e caridade –, seguidas do agudo exame de mais de cinquenta virtudes morais,

organizadas em torno das quatro virtudes cardeais – prudência, justiça, fortaleza e temperança. Termina, então, com a reflexão sobre as diferentes vocações na Igreja. Na terceira Parte da Suma (questões 1-90), novamente dogmática, Tomás de Aquino estuda o Mistério de Cristo por meio do qual se pode alcançar novamente a Deus Pai. Nesta seção, escreve páginas sobre o Mistério da Encarnação e da Paixão de Jesus e sobre os sete sacramentos.¹ Devido à sua morte prematura, Tomás de Aquino não completou a *Suma*. Ele tinha chegado a falar do sacramento da penitência (I parte).

A última parte, chamada de *Suplemento* (questões 1-99), foi redigida pelo seu amigo e secretário, Frei Reginaldo de Piperno; e analisa os seguintes temas, a partir dos sacramentos não estudados anteriormente: a penitência (II parte), a unção dos enfermos, a ordem, o matrimônio; e, em seguida, o juízo particular e universal, a ressurreição dos mortos e as realidades futuras.²

Todo esse esquema reflete a visão filosófica de Tomás de Aquino, especialmente aquela que se refere às relações entre razão e fé, natureza e graça. A visão das relações entre razão e fé possui como base algumas convicções filosóficas e teológicas. Antes de tudo, o realismo gnosiológico; ou, em outros termos, a profunda confiança na radical racionalidade do único horizonte do *ser*, que não pode dar origem a ordens contrastantes de verdades. Em segundo lugar, a convicção de que a razão humana, também se sustentada no *ser* por parte de Deus, seja originariamente fornecida de tudo aquilo que lhe é necessário para agir conforme sua natureza. Em terceiro lugar, a tese de que a graça de Deus não anula, mas supõe e aperfeiçoa a natureza humana. A ordem da fé, que corresponde à “graça”, não anula, pois, a ordem da razão, que corresponde à “natureza”, mas a aperfeiçoa.

O conhecimento filosófico pode, pois, completar-se no conhecimento teológico sem, com isso, precisar renunciar ao seu específico campo; e, da mesma forma, a teologia pode servir-se da filosofia, sem desvirtuar-se.³

1 TORREL, 2003.

2 AQUINO, 2012. Cada parte da Suma está dividida em questões e artigos. E cada artigo começa com a colocação do tema, objeções e uma contraobjeção. Em seguida, aparece a resposta ao problema e sucessivamente as respostas às objeções. Já foi lembrado que a segunda parte está subdividida em duas seções. O Tratado da Justiça, considerado neste artigo, se encontra na segunda seção da Segunda Parte. Diante disso, as citações da Suma vão ser apresentadas conforme o exemplo a seguir: ST, II-II, q. 58, a. 11, 3. Isso significa: Suma Teológica, segunda seção da Segunda Parte, questão 58, artigo 11, resposta à terceira objeção.

3 PERONE; FERRETTI; CIANCIO, 1975.

Neste sentido, entende-se a escolha dos temas da Suma Teológica: Deus, Homem e Cristo. E especificamente, quando trata do homem, analisa também aquelas virtudes, as cardeais, que anteriormente tinham sido estudadas pela filosofia grega, e que são objeto específico do saber racional.

Com referência ao espaço reservado ao estudo das virtudes cardeais (II-II), percebe-se que ele dedica 10 questões para tratar da prudência (questões 47-56), 66 questões relativas à justiça (questões 57-122), 18 questões sobre a fortaleza (questões 123-140) e, por fim, 30 questões sobre a temperança (questões 141-170). Pode-se verificar, para entender a importância que ele dá à reflexão sobre a justiça, também a quantidade de questões que tratam das virtudes teologais: 16 questões sobre a fé (questões 1-16), 5 sobre a esperança (questões 17-22) e 24 sobre a caridade (questões 23-46). Em suma ele fala mais sobre a justiça do que sobre as outras três virtudes cardeais, que somam 58 questões. Aplicando tudo isso ao nosso estudo, a reflexão filosófica de Tomás de Aquino acaba apresentando-se como o exemplo um possível diálogo, com base em argumentos racionais, sobre os sempre debatidos temas do Direito e da Justiça.

Depois deste levantamento quantitativo pode-se passar ao qualitativo, quer dizer, à verificação dos subtemas legados à justiça e ao vício oposto, a injustiça (II-II). Grifam-se as questões que vão ser consideradas neste artigo.

1. A Justiça em si mesma: *o direito, objeto da justiça* (q. 57); *a justiça* (q. 58); *a injustiça* (q. 59); *o juízo* (q. 60).
2. Partes subjetivas da Justiça:
 - 2.1 Em si mesmas:
 - 2.1.1 *justiça comutativa e distributiva* (q. 61);
 - 2.1.2 *a restituição enquanto ato de justiça comutativa* (q. 62).
 - 2.2 Vícios opostos:
 - 2.2.1 à justiça distributiva: *a acepção de pessoas* (q. 63);
 - 2.2.2 à justiça comutativa: *o homicídio* (q. 64); *a mutilação, o açoite e o encarceramento* (q. 65); *o furto e o roubo* (q. 66); *a injustiça do juiz no julgar* (q. 67); *a acusação injusta* (q. 68); *a injustiça do acusado* (q. 69); *a injustiça da testemunha* (q. 70); *a injustiça dos advogados* (q. 71); *a injúria* (q. 72); *a difamação* (q. 73); *o mexerico* (q. 74); *a zombaria* (q. 75); *a maldição* (q. 76); *a fraude nas compras ou vendas* (q. 77); *a usura nos empréstimos* (q. 78).

3. Partes integrantes da Justiça: *fazer o bem e evitar o mal* (q. 79).
4. Partes potenciais da Justiça: q. 80
 - A) Com referência a Deus: q. 81- 100
 - B) Com referência aos pais: q. 101
 - C) Com referência aos superiores: q. 102-105
 - D) Com referência aos benfeitores: q. 106-107
 - E) Com referência às virtudes e vícios sociais: q. 108-122

Afirmou-se, acima, que na segunda seção da Segunda Parte, Tomás de Aquino realiza um agudo exame de mais de cinquenta virtudes morais, organizadas em torno das quatro virtudes cardeais. Pôde-se, pois, perceber isso na apresentação do esquema relativo à virtude da Justiça, em que aparece a indicação destas outras virtudes, por exemplo, a religião, a devoção, a oração, a piedade filial, o respeito, a honra etc.

3. Justiça: características fundamentais

Desde a antiguidade, já se conhece uma definição clássica sobre justiça, que assim dizia: “*iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem.*”⁴ Tal definição é assim traduzida: “Justiça é o hábito da alma que, para conservar a utilidade comum, atribui a cada um sua dignidade”. É importante notar que essa conceituação ciceroniana não se limita a apresentar uma mera noção pragmática de utilidade; ao contrário, estabelece sua estreita relação com a justiça e com o direito. Nesse sentido, a utilidade ganha maior densidade teórica e prática, pois passa a ser considerada mesmo como fundamento da justiça e finalidade do direito.⁵ A outra definição clássica de justiça foi aquela que assinalou o seguinte: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*”⁶ Esta definição é traduzida da seguinte forma: “Justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu direito”.

Os referidos textos foram colocados em discussão, apontando se a justiça deveria ser entendida como hábito ou vontade, bem como se caberia

4 CÍCERO, 1906, p. 3.

5 MASTINO, 2013, n. 6.

6 ULPIANO, 1907, p. 13.

compreender a justiça como atribuição de dignidade ou de direito.⁷ Uma análise feita sobre essas clássicas definições de justiça, apontando para a noção fundamental de virtude, que ambas implicam e focalizam, é bastante significativa e contribui para o esclarecimento daquelas sutilezas.

O que por primeiro se observa na definição de Ulpiano é que se trata de uma vontade constante e perpétua. Ora essa caracterização da vontade é justamente o que qualifica a virtude: a justiça é uma virtude. [...]. A justiça não é assim efêmera, circunstancial e passageira: como virtude, deve ter o caráter de permanência. Como virtude, a justiça é um hábito (de “habere”: ter, manter-se) da alma, segundo a expressão de Cícero, que traduz bem o *hexis psyches*, agora de Aristóteles, para o qual esse hábito é, na realidade, uma disposição permanente da alma que leva a fazer bem, de modo prazeroso, o que lhe é específico.⁸

Além disso, caberia ser destacada também aquela questão de se atribuir a devida dignidade e de se atribuir o devido direito, enquanto especificidades contidas nas referidas definições clássicas, sem deixar de se assinalar que elas vieram relacionadas com a própria virtude da justiça.

Ora, a virtude da justiça é a vontade de atribuir ou dar a cada um o que é seu. Vimos Cícero referir ao “seu” com “dignidade”, termo que traduz o *aksia* grego [...]. O termo grego quer significar dignidade, valor, [...]; o adjetivo correspondente (*aksios*) significa apreciável, [...], adequado, justo [...]. O certo é que o juriconsulto romano substituiu o *suam dignitatem* por *ius suum*, naturalmente com o mesmo sentido do que é próprio, do que pertence. A justiça é a vontade de dar a cada um o que é seu.⁹

De qualquer maneira, não deixa de ser relevante observar que não se pode afastar a influência estoica e, mais remotamente, a aristotélica nas formulações romanas, na medida em que já se trazia dos gregos a ideia de articulação do direito com a virtude da justiça.¹⁰ O certo é que toda essa

7 SENN, 1927, p. 3.

8 CAMELLO, 2003, pp. 212-213.

9 CAMELLO, 2003, p. 214.

10 CAMELLO, 2007, p. 185.

conceituação clássica de justiça, que teve projeção no universo jurídico romano, foi recepcionada no pensamento tomasiano.

O homem é dotado de capacidade de distinguir o bem e de se inclinar para ele. Com efeito, assim como possui a disposição (*habitus*) natural para entender os princípios especulativos, também nele existe a disposição (*habitus*) natural para entender os princípios práticos, dos quais dependem todas as boas ações. Este *habitus* natural prático é a “sindérese”, que dirige o homem para o bem e o afasta do mal.

As virtudes estão baseadas neste *habitus* geral do intelecto prático. As potências naturais estão determinadas a agir de um modo único, não havendo liberdade de escolha. Ao contrário, as potências racionais, que são próprias do homem, não estão determinadas em um só sentido; podem agir em vários sentidos, segundo a sua livre escolha; assim, a escolha que fazem do sentido em que agem produz uma disposição constante, mas não determinista, nem infalível, que é o *habitus*. Desse modo, as virtudes são *habitus*, disposições práticas para se viver retamente, desviando-se do mal. Elas ajudam o homem a evitar o mal feito.

A ação virtuosa consiste exatamente em, por meio da razão prática, discernir o bem do mal e executar o escolhido mediante a vontade orientada por ela. A sociedade civil carece de um convívio social guiado pelo bem. E, no caso da vida social, esse bem não é individual, mas comum. Todo o conjunto de experiências sinderéticas, isto é, de experiências hauridas pela prática da ação virtuosa, é capaz de formar um corpo de hábitos bons e justos, guiados pela regra de ouro *bonum faciendum et male vitandum*, que assim pode ser traduzido: fazer o bem e evitar o mal. A propósito, este é o princípio que orienta, como pano de fundo, a teoria tomasiana da justiça.¹¹

Tomás de Aquino insere o conceito de justiça no âmbito ético. Ele segue a ética das virtudes. As virtudes estão baseadas neste *habitus* geral do intelecto prático. Nesse sentido, as virtudes são disposições práticas para viver retamente e para fugir do mal. Para o escolástico, entre as virtudes éticas ou morais, especificamente, há aquelas que são principais ou cardeais, quais sejam, a justiça, a temperança, a prudência e a fortaleza. A justiça é, pois, a primeira virtude cardinal. E, de fato, o Doutor Angélico diz expressamente que o ato de justiça consiste em dar a cada um o que é seu. Mas, essa fórmula exige explicação. O ato de justiça torna-se o ato habitual de

11 ST, II-II, q. 79, a. 1.

dar, com vontade perpétua e constante, a cada um o que lhe pertence, nada a mais e nada a menos, dentro de uma relação de igualdade entre pessoas. Nela se encontra o “esplendor da virtude”.¹² Trata-se de uma atividade da razão prática de discernir o meu do seu, e o seu do meu. Assim, justiça e direito estão relacionados. O direito é objeto da justiça. A justiça deve ser ladeada pelo direito no pensamento tomasiano. O direito guarda relação com a justiça na medida em que é justo (*ius dictum est, quia iustum est*).¹³ Logo, essa relação deixa de existir se o direito não é justo. É bem aqui que se pode notar a relação de continente e conteúdo entre justiça e direito. Tomás de Aquino tratou do direito a propósito da virtude da justiça, tendo como sua fonte principal a ética aristotélica – *Ética a Nicômaco* –, mas sem perder de seu horizonte também o direito romano – *Corpus Juris Civilis*.¹⁴ Do universo romano, o escolástico resgata a justiça como vontade constante e perpétua de dar a outrem o que realmente lhe pertence, vale dizer, seus direitos devidos.

Ao abordar a arte jurídica na *Suma Teológica*, Tomás de Aquino decidiu trazer para o mundo tornado cristão todo o ensinamento de Aristóteles sobre justiça particular, destacando as trocas entre as pessoas que devem ser resolvidas pela justiça comutativa e, por conseguinte, pelo direito justo para esse tipo de relação.¹⁵ Dizer que o direito é objeto da justiça implica, pois, entender a exigência de estreita relação entre a teoria da justiça e a do direito, não se concebendo uma dissociação entre ambos. Nesse sentido, na visão tomasiana, o direito interessa à justiça e ao justo, ou seja, estão interrelacionados, embora nem sempre se identifiquem um com outro. Essa identificação se opera na medida em que o direito “[...] busca a realização da justiça”.¹⁶

Para Tomás de Aquino, há um justo natural e um justo positivo. O justo natural existe não por declaração do legislador, mas simplesmente porque se encontra na natureza. O justo positivo é derivado do justo natural. O justo legal diz respeito, imediatamente, ao bem comum, que é um princípio da própria política, tão necessário, ao convívio pacífico na

12 ST, II-II, q. 58, a. 3.

13 ST, II-II, q. 57, a. 1, 3.

14 VILLEY, 2007, p. 117.

15 VILLEY, 2003, p. 119.

16 BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 259.

sociedade civil, e, mediatamente, ao convívio harmônico entre os particulares.¹⁷ Nota-se aqui uma relação entre ética e política, na medida em que a ideia de justiça, uma noção ética, faz sua interface com a de bem comum, uma noção política.¹⁸ Assim, o justo positivo é importante para “ordenar os bens particulares ao bem comum”.¹⁹ Significa que diz respeito à distribuição do que é devido a cada um segundo o objetivo social maior, qual seja, o bem comum. E o bem comum representa não apenas o bem da sociedade, mas o bem dos particulares.

A justiça vai do sentido à prática, no plano da experiência comum. Ela se eleva até a qualidade de virtude e de valor, na medida em que se afirma e aperfeiçoa a convivência pessoal e social. Claro que ela não está isenta de experiências negativas em um ou outro campo: falta de sentido da justiça pela prática da injustiça. De modo semelhante, a injustiça pode se tornar um vício ou antivisor recorrente na vida pessoal e social. De qualquer maneira, a busca da justiça permanece resistente, até porque tem sempre algo de uma luta por direitos justos. O sentido da justiça se constitui e se afirma primordialmente como o sentido do outro. O outro não é uma coisa, um instrumento ou uma imagem, mas uma pessoa a ser respeitada. O sentido da justiça instaura e reforça a igualdade humana, fazendo com que a pessoa acolha a pessoa, em sua dignidade, acima de toda utilidade, reconhecendo que o ser humano é um sujeito de direitos e deveres. A justiça há de fazer triunfar o critério da dignidade humana. Não é por outra razão que assim se diz:

Aprofundando a análise, constata-se que esse domínio da justiça se estende às ações e às relações, às situações e às instituições, o que se traduz em um ela permanente de dar às pessoas a qualidade de uma virtude e à sociedade, o valor de uma plena humanização, na superação racional, livre e generosa da estreiteza de todo egocentrismo individual ou social.²⁰

A ação designa a atualização e o empenho da liberdade, fonte e determinação da responsabilidade, em relação ao resultado ou ao efeito pro-

17 AQUINO, 2011, p. 132.

18 AQUINO, 2011, p. 132.

19 ST, II-II, q. 61, art. 1.

20 JOSAPHAT, 2012, p. 588.

duzido pelo agir. A ação visa ao outro, assegurando ou violando o que lhe é devido, praticando a justiça ou a injustiça. A ação tem essa dimensão transitiva, enquanto causadora de bem ou mal a outrem. Concebida na consciência, a justiça ou injustiça se realiza plenamente na ação. Pela ação justa ou injusta, realiza-se o bem ou o mal para outras pessoas. Não há dúvida de que essas ações se estendem e se estabilizam, construindo redes de relações, de situações, de instituições, estruturas ou sistemas. Assim, o domínio da justiça compreende todo o campo de sociabilidade. A justiça é base da estruturação e do funcionamento de cada unidade e de todo o campo social. Ela confere ao processo de socialização a sua qualidade propriamente humana, orientando e amoldando esse processo ao critério do bem, do respeito e da promoção acertada e eficaz do direito para todos. Não é por outra razão que assim se diz: “Qualidade interior e prática efetiva, a justiça é o valor e a virtude do bom relacionamento da pessoa e da boa organização da sociedade”.²¹ Em estreita conexão com essa objetividade da justiça, enfatiza-se que o justo se alinha à efetiva prática do bem em relação ao outro. A justiça reconhece a alteridade como medida das próprias pessoas que superam seus caprichos egocêntricos. Tomás de Aquino lembra que a justiça tem como matéria própria aquelas coisas que se referem ao outro.²² Por isso, ela requer que se dê a cada um o que é seu. Retomando aquilo que Aristóteles dizia na obra *Ética a Nicômaco*, portanto, o escolástico afirma a necessidade de se atribuir a outrem o que lhe é devido. Para que um ato sobre alguma coisa seja virtuoso, é preciso que se atue como hábito, sabendo o que realizar, se eleja algo a ser realizado por um fim devido e se opere de maneira indefectível. Na definição de justiça, pois, há de se identificar três componentes, quais sejam: vontade, constância e perpetuidade. Dante disso, Tomás de Aquino coloca aquela que considera a mais completa definição de justiça, a saber: “a justiça é o hábito segundo o qual cada um, com constante e perpétua vontade, dá a cada um seu direito”.²³ É por isso que se faz da justiça o “grande corretivo permanente e de todos os desvios do egocentrismo individual ou corporativo, que surgem espontaneamente como excesso na afirmação da identidade de cada um”.²⁴

21 JOSAPHAT, 2012, p. 580.

22 ST, II-II, q.58, a.1.

23 ST, II-II, q.58, a.1.

24 JOSAPHAT, 2012, p. 590.

É pela via da justiça que se empenha em assegurar o que é devido ao outro como uma obrigação estrita, dando-lhe ou restituindo-lhe todo seu direito e só o seu direito. A justiça não é um movimento de dó ou um sentimento de compaixão. A justiça busca estabelecer, com todo o rigor, a medida exata do que é o direito devido na realidade das coisas, das ações e das relações interpessoais ou sociais. Por isso, Tomás de Aquino faz questão de frisar que a justiça envolve, necessariamente, uma operação exterior, de tal modo que é preciso fixar que “o ato próprio da justiça não é outra coisa que dar a cada um o que é seu”.²⁵ Em sua qualidade de valor e virtude da perfeita retidão do agir em relação ao outro e para o bem comum, a justiça tem a característica mais geral que consiste em manter e promover o direito justo, não se afastando da igualdade nos intercâmbios entre os membros da sociedade, assim como na organização e no funcionamento do próprio sistema social. Desse modo, é possível sintetizar as propriedades da justiça, destacando-se as suas características fundamentais: valor e virtude da ação, alteridade, dever estrito, objetividade e igualdade.²⁶ Pode-se dizer que, na ótica tomasiana, a vontade precisa sempre de uma virtude cardeal que a ajude a superar seu egoísmo, e essa virtude será a justiça quando o bem seja o de outros homens.

4. Justiça: espécies básicas

O paradigma da justiça e, particularmente, a característica da igualdade que ela busca estabelecer comporta diferentes modelos de compreensão e aplicação. Tem-se assim o universo da justiça com suas espécies distintas e conexas entre si, pois forma uma espécie de retidão ético-jurídica, tecida pela multiplicidade de direitos a serem assegurados às pessoas e a se inscreverem nas próprias instituições e na realidade político-jurídica dos sistemas da sociedade.

A noção de justiça e as distinções de suas espécies se definem pela consideração do todo e das partes, da sociedade como totalidade formada de pessoas que, no entanto, não são simples partes, mas constituem um todo em si, havendo uma unidade a ser respeitada tanto pela proteção dos bens individuais, quanto do bem coletivo. Pode-se esquematizar o campo

25 ST, II-II, q. 58, a. 1.

26 JOSAPHAT, 2012, p. 591.

concreto e os modelos de diferenciação das espécies de justiça mediante a consideração das relações das partes com o todo, das partes entre si ou em sua referência ao todo, no caso, a sociedade.

Há três campos de incidência da justiça. O primeiro se refere ao domínio das relações que as partes de um todo social mantêm entre si, em toda sorte de intercâmbios e em todos os planos da vida humana, fazendo-se mutuamente o bem ou o mal. O segundo designa a imensa rede das relações do todo com as partes, de qualquer tipo de sociedade com as pessoas ou grupos de pessoas que a compõem. O terceiro é tecido pelas relações das partes com o todo social, das quais emerge o conjunto de responsabilidades e deveres dos elementos constitutivos de uma sociedade no tocante à sua forma e ao seu funcionamento.

Após identificar que o vocábulo justiça é polissêmico, Aristóteles procede ao exame da assim chamada justiça total. Ela consiste na virtude de observância do *nómos* – lei em sentido amplo –, ou seja, respeito pelas regras que vigem para o bem da toda a coletividade. Esse tipo de justiça é o gênero, isto é, a sua aceção mais abrangente. Se são muitos os sentidos do termo justiça, esse é o mais genérico, pois a abrangência de sua aplicação é a mais extensa possível na medida em que envolve o bem comum.²⁷

A justiça particular corresponde a uma parte da virtude, referindo-se ao outro singularmente no relacionamento direto entre as partes. Pode-se dizer que o justo particular é, de certo modo, espécie do gênero justo total, pois aquele que comete um injusto particular não deixa de violar a lei e, como tal, praticar um injusto em sentido mais genérico. Nesse caso, tem-se uma especificação do termo justiça, porque se procede “pelo tipo de diferença” – *per genus et differentiam* – da mais ampla à mais estreita das significações.²⁸

A justiça particular comporta divisões. De um lado, é espécie do justo particular o justo distributivo; de outro, o justo corretivo. A primeira aceção do justo particular, isto é, o justo distributivo, relaciona-se com todo tipo de benefícios e encargos atribuídos aos membros da coletividade. A segunda aceção do justo particular, o justo corretivo, consiste em estabelecer e aplicar um juízo de ajustamento nas transações entre as partes. Não se deve esquecer que o justo particular corretivo comporta bipartição, por-

27 ARISTÓTELES, 1993, pp. 21-23.

28 ARISTÓTELES, 1993, pp. 25-27.

que engloba tanto as relações baseadas na voluntariedade do vínculo entre as partes (atos negociais), constituídas pelo elemento estrutural sinalagmático, quanto as relações estabelecidas por ações violadoras ou clandestinas (atos ilícitos). O justo particular corretivo é exigido para reparar todas as formas de transgressões deterioradoras de bens individuais ou coletivos. Em 1245, Roberto Grosseteste terminou a tradução da *Ética a Nicômaco*, a qual é utilizada de imediato por Alberto Magno, mas Tomás de Aquino, seu discípulo, procura uma tradução mais rigorosa dessa mesma obra, a de Guilherme de Moerbeke, e faz dela uma exposição comentada ao longo do ano de 1269. A doutrina da justiça, desenvolvida por Aristóteles, em seu livro V, será a base principal do tratado da justiça que o Aquinatense redige entre os anos de 1271-1272, datas da composição da “Segunda Parte da Segunda Parte” da Suma Teológica.²⁹ Pode-se dizer, então, que Tomás de Aquino toma a teoria da justiça aristotélica como sua referência primordial, dando a ela atenção especial, sendo certo que, em seu conjunto, o tratado da justiça da Suma Teológica, o mais extenso de todos os consagrados às virtudes, traz organização e síntese de toda a temática vinculada a essa virtude.

5. Justo particular corretivo: igualdade perfeita ou absoluta

A justiça corretiva baseia-se em critério exclusivamente objetivo de restabelecimento do equilíbrio rompido entre as partes. Trata-se da igualdade aritmética. Ela se vincula à ideia de igualdade perfeita ou absoluta. A aritmética aplicável permite a ponderação entre a perda e o ganho. Assim, uma parte pratica a injustiça particular e a outra sofre tal injustiça. Entre o mais e o menos, busca-se o objetivamente justo. É preciso definir quem lesou e quem foi lesado, pois a ninguém é dado tomar além daquilo que lhe pertence ou causar qualquer prejuízo a outrem.³⁰

O justo corretivo tem dupla aplicação. Uma delas consiste no reequilíbrio das relações sociais fundadas na liberalidade das trocas entre as partes, de modo que a igualdade lhe preserve a justa medida. A outra diz respeito à reparação da situação anterior ao desequilíbrio causado por uma das partes. Trata-se da justiça particular corretiva reparadora, indispensável para o

29 URDÁNOZ, 1956, pp. 159-161.

30 ARISTÓTELES, 1993, pp. 27-29.

renivelamento das partes, o que só se consegue com o retorno ao *status quo ante* (“o estado em que as coisas estavam”). O sujeito ativo de uma injustiça recebe a respectiva sanção por ter agido como causador de um dano indevidamente provocado a outrem, enquanto o sujeito passivo da injustiça se vê ressarcido pela reparação em relação ao prejuízo sofrido.³¹ A justiça particular corretiva reparadora, especificamente, é a necessária medida de restituição das condições anteriores em que se encontravam as partes, vale dizer, antes da consumação entre elas de uma desigualdade causadora de desequilíbrio nas suas relações. As partes que se relacionam com base nesse tipo de situação de justiça e injustiça são: o autor da injustiça, ou seja, o agente que investe contra aquele que sofre o prejuízo, e o receptor do ato injusto, isto é, a parte passiva da relação em que se consumou o prejuízo.

Não é por outra razão que se diz que a justiça particular corretiva é chamada também de “diortótica”. Ao contrário da distribuição de bônus e ônus às pessoas, ela zela pela correta reparação do quinhão que foi subtraído ou apropriado por alguém de outrem. Com fundamento na proporção aritmética, ela envolve a “devolução daquilo que foi acrescido a alguém”.³² É bastante simples o seu critério: à perda indevida de alguém deve corresponder uma correção equivalente.

Tomás de Aquino não deixou de identificar na teoria da justiça as partes da justiça em si mesmas, divididas em distributiva e comutativa. Para ele, enquanto a primeira se ocupa de repartir entre os particulares os bens da comunidade, do todo social, a segunda atende aos intercâmbios que se operam entre as pessoas. Mas a igualação que cada uma delas procura é, por conseguinte, distinta de uma e outra. A justiça distributiva tem de adaptar ou ajustar uma coisa a um grupo de pessoas, motivo pelo qual não se pode ter uma precisão aritmética do que se dar a cada um. Sua igualdade é proporcional. Por sua vez, a justiça comutativa adapta as coisas entre si, para as quais é mais fácil conseguir uma equivalência exata. Sua igualdade é geométrica, de acordo com a terminologia de Aristóteles, secundada aqui por Tomás de Aquino.³³ O escolástico dispensa atenção especial à justiça comutativa, porque, como realização perfeita da igualdade com as outras espécies ou partes, como propósitos de reproduzir no tecido social

31 BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 139.

32 MASCARO, 2012, p. 68.

33 ST, II-II, q. 61, a. 2.

uma igualdade semelhante, ela reflete a articulação do direito natural e do direito positivo, sendo que este último deve ser uma obra humana em que o rosto do primeiro se ache fielmente esculpido. E é dentro da justiça comutativa que se insere a questão da restituição.

6. A justiça comutativa: rigor estrito do direito e dever de restituição

O “Doutor Angélico” não deixa de discutir tudo quanto possa se apresentar como oposição à justiça. Primeiramente, expõe toda uma questão consagrada à injustiça em geral.³⁴ Não é por outra razão que, na concepção tomasiana, a injustiça constitui, por assim dizer, “[...] um vício com um único propósito, o de estar deliberadamente disposto a opor-se àquilo que é exigido pela justiça”.³⁵ Desse modo, Tomás de Aquino chama a atenção para os muitos vícios que podem comprometer direitos justos. Quanto ao justo comutativo, mais precisamente, foco dessa análise, ele fala dos vícios do homicídio, das mutilações, do furto e da rapina, da contumélia, da difamação, da murmuração, da zombaria, da maldição, da fraude cometida na compra e venda, e do pecado da usura.³⁶

O termo justiça comutativa seria uma inovação de Tomás de Aquino, ao comentar e prolongar a “justiça corretiva” de Aristóteles. O filósofo do Liceu já falava da justiça nos intercâmbios costumeiros entre pessoas, sobretudo, nas relações negociais.³⁷ Assim, de maneira corrente, mas ainda não tão precisa, define-se a “justiça comutativa” como justiça entre as partes individuais. Mas, não é só isso. Além desse campo mais cotidiano das relações, a “justiça comutativa” é invocada como guia para os protagonistas de todos os tipos de ações e relações em que surgem direitos bem determinados a serem garantidos ou reparados, quando ocorrem violações. Logo, essa espécie rigorosa e valiosa de justiça rege as relações entre pessoas, grupos e sociedades em geral.

Nas trilhas de Aristóteles e, mais ainda, das achegas aprimoradas de Tomás de Aquino ficam estabelecidos os imperativos inexoráveis da justiça comutativa, bem como o dever rigoroso e incontornável de restituição dos

34 ST, II-II, q. 59.

35 MACINTYRE, 1991, p. 223.

36 ST, II-II, q. 72-78.

37 JOSAPHAT, 2012, p. 593.

bens espoliados e de reparação dos danos causados pela espoliação. Nesse sentido, o que distingue e define essencialmente a forma primeira e fundamental da virtude e do valor da “justiça comutativa” é o caráter absoluto do direito e do sujeito desse direito à restituição e à reparação. Portanto, há uma exigência rigorosa e inalienável de restituição ou reparação que ela impõe a quem viola. Não deve haver dúvida de que “o dever da restituição ou da reparação se impõe a todo aquele ou aqueles que cometerem a injustiça ou detêm o bem alheio de modo indevido”.³⁸ Em face de um problema de justiça, sempre é importante se estabelecer uma relação ético-jurídica, e, nesse caso, um referencial ainda presente, mesmo no cenário contemporâneo do juspositivismo, é aquele de matriz aristotélico-tomasiano.³⁹

Quanto ao conceito de justiça, já se sabe que se compõe de três elementos essenciais, sendo visível a sua concretização em todas as situações nas quais esses elementos são encontrados juntos. A justiça é sempre voltada a outrem, ou seja, envolve relações interpessoais. Ela está ligada à noção de débito para com outra pessoa ou aquilo que lhe é devido, e, por conseguinte, àquilo a que essa outra pessoa tem direito. Com isso, a justiça não diz respeito a todas as relações ou transações entre uma pessoa e outra, mas somente àquelas que exigem reparação de um malfeito. Além disso, ela requer a recomposição dos desequilíbrios nas relações pela via da igualdade.

Com essa tratativa, pretende-se dar ao conceito de justiça precisão suficiente para ser útil em uma análise da razoabilidade prática e amplitude suficiente para que seja digno de sua proeminência na vida coletiva. Assim, quanto à teoria da justiça e dos direitos, há esse esforço para demonstrar que os direitos subjetivos nada mais são do que uma relação de justiça, cujas três características são: (i) ser interpessoal, (ii) possuir um dever [*debitum*] e (iii) uma igualdade, envolvendo dois sujeitos e uma ação. Um direito subjetivo de alguém é aquilo que é devido a ele por outro(s) sujeito(s).⁴⁰

É aqui que a teoria da justiça clássica, de formulação aristotélico-tomasiana, ainda pode ajudar na resolução de muitas relações jurídicas na atualidade, na medida em que no universo de tantas fraudes ou corrupções privadas e públicas, além das punições aos agentes desviantes, a noção de justiça comutativa se apresenta como fundamental para as reparações

38 JOSAPHAT, 2012, p. 594.

39 FINNIS, 2007, pp. 57-59.

40 FINNIS, 2008, pp. 113-115.

devidas por eles, em função dos prejuízos causados a terceiros. E, no caso, é a restituição que opera essa reparação. Sem o devido ressarcimento pelo agente fraudador ou corrupto, permanece incompleta a efetividade da tão necessária justiça comutativa, gerando aquilo que a coletividade costuma tratar por sensação de impunidade ou até mesmo, de maneira popular, lançando frases de efeito, tal como “aqui o crime compensa”. Além disso, a realização do justo comutativo tem um importante caráter pedagógico, inclusive, contribuindo para desarmar visões distorcidas que, muitas vezes, contaminam as sociedades contemporâneas no sentido de que malfeitos acabam valendo a pena. Aqui, uma lição clássica ainda ecoa com muita ressonância para os tempos atuais, sobretudo, quando essas visões distorcidas, perigosamente, vão se disseminando pelo tecido social, qual seja, a de que o bem justo, naturalmente entendido como a essência do direito, precisa de uma correta compreensão dos fatos.⁴¹ Significa dizer que fraudes ou corrupções, enquanto fatos espoliadores, provocam prejuízos a terceiros; logo, nada mais justo que os malfeitores sejam obrigados ao ressarcimento ou à reparação dos danos causados. De maneira muito direta, isso é a correta efetivação de um ato de justiça comutativa.

Essa justiça comutativa, de base aristotélico-tomasiana, tem enorme relevância nas relações intersubjetivas. Nesse caso, não só o conceito de uma justiça geral, mas também o de justiça distributiva são insuficientes para o trato específico dos conflitos oriundos de tais relações. Essa distinção fica bem demarcada nos seguintes dizeres:

[...] a justiça distributiva busca, então, compensar todos que sofreram o dano no curso relevante da vida em comum, ao passo que o esquema para garantir a justiça comutativa busca apenas compensar aqueles que sofreram dano pelo ato de alguém que não conseguiu viver à altura de seus deveres (na justiça comutativa) de cuidar e respeitar o bem-estar dos outros – e de quem portanto, é exigido que pague indenização.⁴²

A justiça comutativa traz o respeito necessário ao direito estrito, àquilo que é devido em razão do que a pessoa faz e, por isso, merece algo de bem ou de mal. Mas ela não envolve apenas esse aspecto pessoal e vai além dele,

41 MAGALHÃES FILHO, 2003, pp. 21-23.

42 FINNIS, 2008, p. 179.

pois o conteúdo da “justiça comutativa” e do dever absoluto que impõe assume também um aspecto material, ou seja, um conjunto de coisas, de dados reais, bens que pertencem ao injustiçado, entendidos não somente no plano individual, mas também no plano social. Uma observação não pode passar despercebida no tocante ao aspecto pessoal. Ele engloba não apenas determinada(s) pessoa(s), mas também grupos de pessoas e até sociedade inteiras. Em consequência, quando se depara com o violador da justiça comutativa, o dever de restituir ou reparar é primordial, não importando se ele caberá ao responsável de maneira isolada, solidária, simultânea, sucessiva ou supletiva. O certo é que ele, por sua ação ou omissão lesiva, deve sempre corrigir o mal feito, restituindo ou reparando, total ou parcialmente, aquilo de que se aquiriu indevidamente. A justiça comutativa existe para não permitir nenhum tipo de locupletamento indevido, porque a ninguém é dado se enriquecer ilícitamente. A posse ou detenção injusta do que é alheio reclama de forma imperativa a devida restituição ou reparação, de modo que o justo comutativo seja preservado. Sem esse justo comutativo, e de uma lei efetiva capaz de assegurá-lo, é como se estivesse dando um “prêmio” para um mal feito, o que é absolutamente incompatível não só com o princípio da justiça, como do próprio direito como objeto dessa mesma justiça.

Tomás de Aquino tratou do direito a propósito da virtude moral da justiça, tendo como suas fontes principais a ética aristotélica – *Ética a Nicômaco* – e o direito romano – *Corpus Juris Civilis*.⁴³ Ao tratar da arte jurídica na *Suma Teológica*, Tomás de Aquino decidiu reintroduzir no mundo tornado cristão todo o ensinamento de Aristóteles sobre justiça particular, destacando as trocas nas relações entre as pessoas que devem ser resolvidas pela justiça comutativa.⁴⁴ Assim, a determinação de uma propriedade, fixando o que é de um e o que de outrem, pertence à esfera da justiça comutativa, a qual deve ser sempre reparada quando alguém viola aquilo que é do outro, locupletando-se indevidamente com o que não é seu. Nesse universo da justiça e direito, chama bastante atenção do escolástico a justiça comutativa como espécie de justiça particular. Dando ênfase para essa justiça particular, posto que ela transmite o sentido mais acurado do ato justo nas relações interpessoais, cabe assinalar os seguintes dizeres:

43 VILLEY, 2007, p. 117.

44 VILLEY, 2003, p. 119.

Mas destaquemos que a acepção mais precisa da palavra, seu sentido primeiro, que merece mais atenção: a justiça particular. O objeto próprio dessa virtude é atribuir a cada um o seu – *suum cuique tribuere* – conforme a fórmula tradicional já mencionada por Platão e que será retomada por toda a literatura clássica: que se efetue uma partilha adequada, em que cada um não recebe nem mais nem menos do que a boa medida exige.⁴⁵

O ato próprio da justiça comutativa é repor a coisa mesma tirada ou recebida indevidamente. Esse ato satisfaz plenamente a igualdade exigida pelo direito justo. A articulação da justiça comutativa como realização perfeita da igualdade entre as partes, efetivando uma necessária igualdade no tecido social, inclusive, reflete a relação entre o próprio direito natural e o direito positivo.⁴⁶

Ao tratar da justiça comutativa, Tomás de Aquino focaliza bem de perto a questão da restituição⁴⁷, propondo oito perguntas específicas sobre ela, a saber: a) se é ato da justiça comutativa; b) se é necessária para a salvação; c) se é preciso restituir mais do que o subtraído; d) se deve se restituir até o que não se tirou; e) se deve se restituir àquele de quem se tirou algo; f) se o que tirou algo está obrigado a restituir; g) se os que não receberam algo estão obrigados a restituir; h) se deve se restituir imediatamente.

Quanto à primeira, Tomás de Aquino não deixa dúvida alguma de que restituir é colocar alguém de novo no domínio ou posse do que é seu. Na restituição, há uma igualdade de justiça, de acordo com a compensação que se faz da coisa subtraída pela própria coisa devolvida, o que caracteriza a essência da justiça comutativa. Logo, a restituição é um ato da justiça comutativa, quando a coisa está em poder alheio contra a vontade do seu legítimo dono.

Com relação à segunda, o Doutor Angélico assevera que restituir implica a devolução da coisa que foi tirada injustamente de seu dono, a fim de que essa entrega restabeleça a devida igualdade. Desse modo, se é necessário preservar a justiça na vida, segue-se que a restituição do que foi injustamente tirado de alguém é indispensável para a salvação.

45 VILLEY, 2005, p. 41.

46 ESTEBANEZ, 1988, p. 501.

47 ST, II-II, q. 62.

No tocante à terceira, para o escolástico, quando alguém se apossa injustamente de coisa alheia, há duas consequências a serem consideradas. Uma é a desigualdade objetiva. A outra é a culpa pela injustiça praticada. A primeira consequência deve ser remediada por via da restituição da coisa subtraída; a segunda, por sua vez, requer o ato de punição pela subtração. Significa dizer que o agente deve restituir, antes ou depois da condenação, aquilo que tirou de outrem. Depois de condenado, esse mesmo agente ainda deve cumprir o castigo que lhe foi imposto, mesmo que já tenha restituído a coisa anteriormente.

No que se refere à quarta, o Aquinate está seguro de que há uma indeclinável obrigação de restituição, porque a subtração indevida de algo traz prejuízo a terceiros. Para ele, há duas maneiras de causar dano a outrem. Uma, por lhe tirar algo que lhe pertencia. Outra, por lhe impedir de alcançar o que estava em vias de possuir licitamente. No primeiro caso, a restituição é exigida para reparar o dano causado a quem já possuía algo em ato. No segundo, ao menos, é plausível alguma compensação para aquele que possuía algo em potência.

No que diz respeito à quinta, Tomás de Aquino esclarece que a restituição restabelece a igualdade da justiça comutativa pela adequação das coisas e esta não pode ficar incompleta. A injusta incompletude perdura se aquele que fica com menos do que lhe cabe permanece com a falta indevida. Assim, justamente para que se complete o que ainda lhe falta é que se impõe ao agente da subtração a restituição integral daquilo que lhe é devido.

Para a sexta, ele diz que devem ser considerados dois aspectos em relação a quem tira a coisa alheia. O primeiro aspecto é da coisa tirada em si mesma. O segundo, o do ato da indevida apropriação. Quanto à coisa tirada em si mesma, o agente da subtração está obrigado a restituí-la enquanto a mantém em seu poder, pois aquele possui mais do que é seu deve ser privado dessa posse excessiva indevida, cabendo-lhe devolvê-la àquele que ainda está com falta dela. Com relação ao ato da subtração, ele pode ser realizado de três formas: contra a vontade do dono da coisa, com o seu consentimento e na condição de depositário, mas não para utilidade própria. No primeiro caso, o sujeito está obrigado à restituição por causa de sua ação ofensiva ao que é alheio. No segundo, há sua obrigação de restituir, porque ninguém daria seu assentimento para outrem se apropriar de algo que lhe pertence se soubesse que o seu ato de consentir lhe acarretaria indesejado prejuízo. No terceiro, a restituição é obrigatória se o

agente operou com grave culpa na perda ou dilapidação da coisa, pois não é admissível que o seu legítimo dono suporte prejuízo a que não deu causa.

No que concerne à sétima, na ótica tomasiana, está obrigado à restituição todo aquele que realiza uma subtração injusta, o que pode acontecer direta ou indiretamente. A primeira situação pode se dar de três formas, quais sejam: impulsionando a subtração, agindo como aquele que subtrai a coisa ou participando do ato de subtrair. A segunda se concretiza em não agir para impedir a subtração, quando se pode e deve assim proceder, o que ocorre nas diversas atitudes de convivência praticadas. De qualquer modo, tanto em uma quanto em outra situação a restituição é obrigatória, pois ambas levam a injustas apropriações, que não podem ser admitidas, na medida em que trazem prejuízo ao legítimo dono da coisa.

Por último, em relação à oitava, Tomás de Aquino deixa bastante claro que, assim como subtrair a coisa alheia é uma ofensa contra a justiça comutativa, também o é a sua retenção, porque ela impede o dono de utilizá-la, configurando uma violação a esse direito. Comparando com o pecado, do qual se deve fugir como se foge da serpente, o “boi mudo da Sicília” não hesita em dizer que se deve restituir imediatamente a coisa subtraída ou, ao menos, pedir uma dilação de prazo para restituí-la àquele que pode conceder a outrem o uso da coisa. Se não há o ato de restituição, quando ele é devido, a justiça fica incompleta, faltando-lhe um aspecto fundamental, qual seja, respeitar o que é de cada um integralmente, para que ninguém fique com o que não lhe pertence em prejuízo ao que cabe legitimamente ao que sofreu a injustiça de um desfalque desonesto.

7. Conclusão

Para melhor entender a visão tomasiana sobre justiça, foi apresentado todo o esquema da sua obra principal, a *Suma Teológica*. Viu-se que a Suma trata de Deus (Iª Parte), do Homem (IIª Parte) e de Cristo (IIIª Parte). A Segunda Parte, que é especificamente moral, por sua vez, está subdividida em mais duas seções: a primeira seção da Secunda (I-II) e a segunda seção da Secunda (II-II). Na primeira (I-II), analisam-se os temas do fim último, dos atos humanos, das paixões, das virtudes, dos vícios e dos pecados, da lei e da graça. E, na segunda (II-II), estudam-se as virtudes teologais (fé, esperança e caridade) e mais de cinquenta virtudes morais, organizadas em torno das quatro virtudes cardeais: prudência, justiça, fortaleza e temperança.

Percebeu-se, nesse esquema, o espaço considerável que a Suma reserva para tratar do tema da “Justiça”, especialmente se comparado ao das outras virtudes. Todo esse esquema de reflexão sobre as virtudes retrata a visão filosófica de S. Tomás, especialmente aquela que se refere às relações entre razão e fé, natureza e graça: razão e fé se integram e dialogam; e a graça não destrói a natureza, mas a pressupõe. Por isso, na mesma obra, são consideradas tanto as virtudes teológicas, específicas da fé cristã, como as virtudes cardeais, tipicamente humanas e já consideradas na filosofia grega da antiguidade.

Na análise sobre as características fundamentais da justiça, foram consideradas as definições de Cícero e de Ulpiano que julgam esta virtude como um hábito que valoriza a alteridade e o bem comum, no respeito da “dignidade”, em grego *aksia*, do ser humano, influenciadas seja pela visão aristotélica, como estoica. E tal conceituação clássica foi recepcionada por Tomás de Aquino. Para ele as virtudes são um hábito natural prático, a “sindérese”, que dirige o homem para o bem e o afasta do mal. E a justiça é a primeira virtude cardinal, que consiste em dar a cada um o que é seu. Neste sentido, a justiça deve ser ladeada pelo direito. Tomás distingue entre um justo natural e um justo positivo, sendo, este, derivação daquele. E o sentido da justiça se constitui e se afirma primordialmente como o sentido do outro. É possível sintetizar as propriedades da justiça, destacando-se as suas características fundamentais: valor e virtude da ação, alteridade, dever estrito, objetividade e igualdade.

Quanto à diferenciação das espécies de justiça, há três campos de incidência da justiça: o primeiro diz respeito às relações das partes com o todo, em toda sorte de intercâmbios e em todos os planos da vida humana; o segundo designa a imensa rede das relações do todo com as partes, de qualquer tipo de sociedade com as pessoas ou grupos de pessoas que a compõem; e o terceiro é tecido pelas relações das partes com o todo social. Se são muitos os sentidos do termo justiça, o mais genérico é o que envolve o bem comum.

A justiça particular corresponde a uma parte desta virtude, referindo-se ao outro singularmente no relacionamento direto entre as partes. A justiça particular comporta divisões. De um lado, é espécie do justo particular o justo distributivo; de outro, o justo corretivo que consiste em estabelecer e aplicar um juízo de ajustamento nas transações entre as partes. Este último é exigido para reparar todas as formas de transgressões deterioradoras

de bens individuais ou coletivos. O justo corretivo tem dupla aplicação: a do reequilíbrio das relações sociais fundadas na liberalidade das trocas entre as partes; e a que diz respeito à reparação da situação anterior ao desequilíbrio causado por uma das partes.

Quanto à expressão “justiça comutativa”, percebe-se tratar-se de uma inovação de Tomás de Aquino, ao comentar e prolongar a “justiça corretiva” de Aristóteles. O que distingue e define essencialmente a o valor da “justiça comutativa” é o caráter absoluto do direito e do sujeito desse direito à restituição e à reparação. A “justiça comutativa” traz o respeito necessário ao direito estrito, àquilo que é devido em razão do que a pessoa faz e, por isso, merece algo de bem ou de mal. A “justiça comutativa” existe para não permitir nenhum tipo de locupletamento indevido, porque a ninguém é dado se enriquecer ilicitamente. A articulação da justiça comutativa como realização perfeita da igualdade entre as partes, efetivando uma necessária igualdade no tecido social, inclusive, reflete a relação entre o próprio direito natural e o direito positivo. Ao tratar da justiça comutativa, Tomás de Aquino focaliza bem de perto a questão da restituição, nos seus vários aspectos.

Enfim, a virtude da justiça marcou toda a reflexão ético-jurídica da civilização ocidental e se tornou um tema emblemático, inclusive no campo do direito, ao qual confere um especial significado: e a análise do pensamento deste autor clássico até hoje indica caminhos a serem trilhados para que a justiça seja vivenciada e a injustiça seja evitada, tendo sempre como objetivo o respeito pela dignidade humana e o bem comum.

Nos tempos atuais, os malfeitos decorrentes de relações espúrias entre público e privado têm causado prejuízos bastante desconfortáveis à coletividade. Diante desse cenário, o meio social tende a reagir com manifestações que oscilam entre sentimentos de injustiça e pedidos de justiça para os comportamentos desviantes dos malfeitores.

Claro que as respostas com atos de justiça não podem ser dadas apenas para satisfação de apelos populares. A justiça não pode ser efetivada sem critérios racionais. Mas também não pode deixar de se realizar em toda justiça. Nesse sentido, o pensamento ético-jurídico de Tomás de Aquino, formulado há tempos, ainda ressoa como uma resposta coerente, consistente e criteriosa para os reclamos de que falta justiça para os atos fraudulentos daqueles que praticam malversações com a coisa pública, vale dizer, com os multifacetários atos de corrupção ativa e passiva. E, nesse ponto mais

especificamente, sobretudo, percebe-se o quanto é necessário insistir na importância da restituição a ser exigida de todo faltoso para que não fique incompleta a resposta da justiça para os malfeitos. E é bem simples entender quão necessário é o ato de restituição para que se perfaça um pleno ato de justiça. Com a restituição, alguém é colocado de novo no domínio ou posse do que é seu. Ela implica a devolução da coisa que foi tirada injustamente de seu dono, a fim de que essa entrega restabeleça a devida igualdade. Não basta cumprir a punição sofrida, pois é também preciso devolver o indevidamente subtraído, apropriado ou desviado. Não se tem dúvida alguma de que qualquer uma dessas situações acarreta prejuízos, direta ou indiretamente, a terceiros inocentes. Não se pode permitir que os prejudicados fiquem com menos do que lhes era devido. Do mesmo modo, não se pode ser condescendente com o locupletamento indevido, pois aquele que mantém consigo algo que não lhe pertence rompe com a noção básica de que cada um só deve ter e manter aquilo que lhe pertence. É preciso sempre lembrar que as coisas, sejam elas bens individuais ou coletivos, têm seus legítimos donos e não se pode admitir que eles sejam usurpados nesse seu justo direito, inclusive do direito de usufruir desses bens que lhes foram açambarcados. Portanto, pode-se dizer que essas são razões muito simples e objetivas pela restituição, já assinalada por Tomás de Aquino. Os múltiplos prejuízos à sociedade contemporânea não podem ficar à margem de atos de justiça completos, os quais envolvam punição e restituição infligidas aos malfeitores. O pensamento do “Doutor Angélico”, então, pode ser assim sintetizado: não basta punir, é preciso também restituir.

Referências

- AQUINO, São Tomás. *Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino*. Trad. de Francisco Benjamin de Souza Neto Petrópolis: Vozes, 2011.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. v. VI. Texto bilíngue: latim-português. Trad. de Aldo Vannucchi *et al.* 2. ed. São Paulo: Loyola, 2012.
- ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Trad. de Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1993.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. A Justiça: a respeito de uma fórmula (não vazia). In: RAMPAZZO, L.; NASCIMENTO, G. A. F. (org.). *Biodireito, Ética e Cidadania*. Taubaté: Cabral, 2003. pp. 207-236.
- CAMELLO, Maurílio José de Oliveira. *Honestum*: relações entre a ordem moral e a jurídica dos gregos ao direito romano. In: RAMPAZZO, Lino; SILVA, Paulo Cesar da. (org.). *Questões atuais de direito, ética e ecologia*. Campinas: Alínea, 2007. pp. 163-196.
- CICERO, Marco Tulio. *De Inventione*. Frankfurt-M: Suhrkamp, 1906.
- ESTÉBANEZ, Emilio Garcia. División de la Justicia. In: AQUINO, Tomás de. *Suma de Teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1988. pp. 501-517.
- FINNIS, John Mitchell. *Direito Natural em Tomás de Aquino: sua inserção no contexto do Juspositivismo Analítico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.
- FINNIS, John Mitchell. *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2008.
- JOSAPHAT, Carlos. *Paradigma teológico de Tomás de Aquino: sabedoria e arte de questionar, verificar, debater e dialogar: chaves de leitura da Suma de teologia*. São Paulo: Paulus, 2012.
- MACYNTIRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *A essência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2003.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MASTINO, Isabella. «Utilitas valuit propter honestatem»: Cicerone e il principio giuridico dell'utilitas. *Diritto@Storia*, Sassari (Italia), anno XII, n. 11, pp. 5-26, 2013. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/11/D&Innovazione/Mastino-Cicerone-Principio-giuridico-utilitas.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.
- PERONE, Ugo e Annamaria; FERRETTI, Giovanni; CIANCIO, Claudio. *Storia del pensiero filosofico*. v. 1. Torino: SEI, 1975.
- SENN, Felix. *De la justice e du droit*. Paris: Sirey, 1927.
- TORREL, Jean-Pierre. *La Summa di San Tommaso*. Trad. de Patrizia Conforti. Milano: Jaca Books, 2003.
- ULPIANO, Domicio. *Regularum Liber*. Frankfurt-M: Suhrkamp, 1907.

- URDÁNOZ, Teófilo. *Introducción al tratado de la justicia en Suma Teológica de Santo Tomás*. Madrid: BAC, 1956.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Trad. de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

Recebido em 17 de dezembro de 2017.

Aprovado em 16 de julho de 2020.

Jacob Burckhardt como teórico do Estado: o esmaecimento de uma obra de arte

*Jacob Burckhardt as a State's theoretician:
the fade of a work of art*

Philippe Oliveira de Almeida*

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ, Brasil.

Raul Salvador Blasi Veyl**

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

1. Introdução

Há, no pensamento do historiador suíço Jacob Burckhardt¹ (1818-1897), uma doutrina do Estado? É esta a questão que procuraremos solucionar no presente artigo. Burckhardt e Leopold von Ranke (seu mestre) são considerados os dois maiores historiadores produzidos no século XIX pelo mundo germânico. Porém, a tradição exegetica, não raro, os situa em polos opostos da pesquisa historiográfica: Ranke seria o fundador da História Política; Burckhardt, o pai da História Cultural.

* Professor adjunto de Filosofia do Direito na Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Doutor em Direito pela UFMG, com residência pós-doutoral na UFSC e na UFMG. E-mail: philippealmeida@gmail.com

** Mestrando em direito pela UFMG. Bacharel pela mesma instituição. E-mail: raulveyl@gmail.com

¹ Burckhardt nasceu e cresceu em um mundo no qual a linguagem dos intelectuais consistia, grosso modo, no dialeto suábio de Hegel. Contudo, o domínio do Idealismo Absoluto já era objeto de questionamentos, tanto na filosofia quanto na historiografia. A crítica à proposta de uma filosofia da história mobilizará, dentre outros, o Ranke, conhecido como o fundador da historiografia positivista. Ranke foi um dos responsáveis pela institucionalização, na universidade, da pesquisa historiográfica, que finalmente conquistava um estatuto próprio, distinto do ofício dos filósofos e dos artistas. O intelectual alemão é conhecido pela afirmação segundo a qual a tarefa do historiador é “mostrar aquilo que realmente aconteceu”. É um erro classificar Ranke como um autor positivista. Cf. DA MATA, 2011; BARROS, 2013.

O interesse de Burckhardt pelo itinerário das artes no Ocidente – sua “fuga para a Itália”, isto é, sua dedicação à arquitetura, à pintura e à escultura renascentistas, encaradas como arquétipos para todos os povos – é, no mais das vezes, descrito como um “esteticismo apolítico”, sinal de repúdio à idealização do Estado feita por Ranke. Se a “escola prussiana” de História Política comandada por Ranke parecia estar comprometida com o Reich (buscando, na investigação do “passado nacional”, meios para legitimar o *Machtstaat* de Bismarck), a História Cultural de Burckhardt representaria uma estratégia escapista para evitar o debate ideológico. Ora, nas últimas décadas, referida caricatura começou a ser problematizada, à medida que aspectos políticos e sociais do trabalho de Burckhardt foram recuperados. Como Felix Gilbert² salienta: “Para Burckhardt [...] a História Política e a História Cultural não podem aparecer fortemente separadas”.

Detrator da hiperespecialização na atividade historiográfica, Burckhardt almeja encampar o “ponto de vista da história universal”, uma compreensão totalizante, sincrética e sincrônica dos fenômenos humanos (que abarque, dentre outras coisas, o impacto da cultura sobre as instituições políticas). Fiel ao legado de Ranke³, Burckhardt concebe a ciência histórica como um esforço para resgatar o “horizonte mental do passado”, evidenciando a “continuidade espiritual” de nossa civilização e preservando nosso patrimônio cultural. Nesse sentido, como testemunha da perenidade dos valores humanos (a despeito de sua mutabilidade), o historiador deve partir de uma visão holística, que não capitule frente a fronteiras disciplinares.

O autor define a barbárie como “ausência de história”. Em suas palavras⁴: “O conhecimento do passado é o único que pode fazer o homem livre do império que, por meio dos símbolos, etc., exercem os usos sociais sobre ele”⁵. O conhecimento historiográfico, que pressupõe a compreen-

2 GILBERT, 1988, p. 23. “To Burckhardt [...], political and cultural history cannot have appeared to be sharply separated”. (Tradução nossa).

3 Na lição de Gilbert (1998, p. 20): “When Burckhardt abandoned theology and decided to study history, he went to Berlin because Ranke was there”. No obituário que escreveu para si mesmo, já em idade avançada, Burckhardt reiterará seu respeito pela memória de Ranke, bem como seu compromisso com a compreensão rankeana da ciência histórica (enquanto reconstituição “do que realmente aconteceu”, a partir das fontes do período). Como Richard F. Sigurdson (1990, p. 419) pontua: “In Ranke’s conservatism [...] Burckhardt found a political outlook that was by nature close to his own.”.

4 BRUCKHARDT, 1951, p. 50.

5 BURCKHARDT, 1951, p. 50. “El conocimiento del pasado es lo único que puede hacer al hombre libre del imperio que, por medio de los símbolos, etc., ejercen sobre el los usos sociales”. (Tradução nossa).

são de que “o espiritual é mutável, como o social”⁶ confere ao indivíduo a prudência, o ceticismo e o distanciamento necessários para que viva de forma plena.

Revela-se, aqui, a pretensão a uma grelha analítica omniabrangente, que, como em Herder, Hegel e Marx, seja capaz de evidenciar a interdependência entre território, sociedade, política, lei, religião e arte. Desse modo, apesar de condenar o aparelhamento do conhecimento historiográfico pelo discurso nacionalista operado pela “escola prussiana” (com seus “cegos panegíricos da pátria”), Burckhardt jamais abandonou por completo a História Política rankeana, fagocitada por um olhar mais amplo⁷. É essa dimensão que, atualmente, muitos comentadores têm se dedicado a restaurar. Todavia, tais leituras seguem sendo deveras limitadas. Qual a opinião de Burckhardt a propósito dos radicalismos políticos do Oitocentos? Como o autor se posiciona, entre ultramontanos, democratas liberais, comunistas e socialistas? Seria um conservador heterodoxo? Um filomarxista (nascido apenas vinte dias depois do criador do materialismo dialético)? Um aristocrata liberal, tal como quer Alex Khan⁸? Via de regra, o estudo da teoria política de Burckhardt adstringe-se aos temas supramencionados, tal como afirma Richard Sigurdson⁹, evitando tópicos mais abrangentes e de maior densidade filosófica – como sua definição de “Estado”. Nosso *paper* pretende oferecer uma (singela) contribuição aos esforços para suprir essa lacuna.

Diversamente do que defende Zygmunt Bauman, a Modernidade Tardia não é líquida, mas *sólida*. Os Estados soberanos que se desenvolveram no Ocidente após a Revolução Francesa conseguiram, ao longo dos anos, garantir posse relativamente pacífica sobre seus domínios (*rex in regno suo est imperator*), fixando, com abrangência e profundidade até então impen-sadas, regras gerais para todas as esferas da vida cotidiana (assuntos de natureza jurídica, moral, monetária, gramatical etc.). Longe de minarem tal sistema, as inúmeras guerras nacionalistas travadas no século XX terminaram por estabilizá-lo, fazendo com que cada Estado, em seu respectivo distrito, se tornasse a instância máxima de deliberação. Um dos maiores

6 BURCKHARDT, 1951, p. 50. “*lo espiritual es mudable, como lo material*”. (Tradução nossa).

7 Sobre a função nacionalista da historiografia produzida no século XIX, v. ALMEIDA, 2008.

8 KHAN, 2001.

9 SIGURDSON, 1990, p. 417.

indicativos do sucesso do Estado moderno, como forma de controle social, é o fato de que, hoje, frequentemente *naturalizamos* sua estrutura burocrático-organizacional (a democracia procedimental, o controle jurídico do poder político, a separação de poderes etc.), incapazes sequer de conceber um mundo no qual semelhante modelagem administrativa não existisse¹⁰. Porém, não podemos nos esquecer de que essa configuração geopolítica *tem uma história*, cuja origem (*pudenda origo*) inicia-se no século XIX.

Nascido na Basileia, cidade-Estado suíça a um só tempo cosmopolita e paroquiana, Burckhardt (que se definia a si próprio como um “alemão periférico”) foi um espectador privilegiado do processo de construção da ideia de Estado nacional. Distante do epicentro das convulsões sociais europeias e à margem dos interesses imediatos das grandes potências, a Basileia era o sítio perfeito para um exame desapassionado da paisagem política oitocentista. Pessimista quanto ao nacionalismo alemão e ao militarismo prussiano – ameaças à autonomia da pequena República onde vive –, Burckhardt, como afirma John Hinde¹¹, considera ilusório o anelo de “equilíbrio” entre nações – paz armada – perseguido pelos estadistas de então. Rodeado por homens tomados pelo “instinto de rebanho” (para valerem-nos da expressão nietzschiana), o autor não se sente em casa no seu tempo. Leal ao paradigma tardo-medieval do “pequeno Estado” (*Kleinstaat*)¹², Burckhardt vê com horror as tentativas do século XIX de, dominado pelo *esprit de nouveauté* (a necessidade de “contínua renovação” e “eterna revisão”), fazer *tabula rasa* da ordem social pretérita.

O desprezo pelas novas concepções de Estado, nação e nacionalismo, bem como pela crescente influência da opinião pública e pelo fortalecimento do comércio, deixou marcas nos escritos do historiador, tal como afirma Peter Burke:

Burckhardt alimentava uma genuína antipatia pela Revolução Francesa, pelos Estados Unidos (que jamais visitou), pela democracia de massas, pela uniformidade, pelo industrialismo, militarismo, nacionalismo, pelas estradas de ferro e pelo que chamava “toda a balbúrdia do poder e do dinheiro”, manifestações que considerava tanto interligadas quanto inevitáveis. Em plena época

10 Sobre referida “naturalização”, v. ALMEIDA, 2018.

11 HINDE, 2000, p. 5.

12 SIGURDSON, 2004, p. 23.

da unificação da Alemanha e da Itália, ele condenava o Estado moderno centralizado, “reverenciado como um Deus”, conforme escreveu, “e governado como um sultão”¹³.

Burckhardt publicou três livros em vida (em menos de dez anos): *A época de Constantino o Grande* (de 1852); *O Cicerone* (de 1855); e *A cultura do Renascimento na Itália* (de 1860). Depois, decidiu priorizar a docência, só lançando outros textos com extrema relutância. Com base nas lições que ministrou nos quarenta anos que se seguiram à edição d’*A cultura no Renascimento na Itália*, dois livros póstumos foram editados: *História da cultura grega* e *Reflexões sobre a história universal*. Ademais, suas *Cartas* redigidas entre 1838 e 1897 foram compiladas. Não há nenhuma obra de Burckhardt em que não possamos identificar críticas ao “culto da unidade do Estado e da grandeza de seu raio de ação”. Assim, para compreender a teoria do Estado erigida pelo autor, esquadrimos todos esses textos, à exceção de *O Cicerone* e *História da cultura grega*. Trata-se de material imprescindível para que capturemos a marcha da modernização das instituições políticas no Ocidente, após a ruptura do *continuum* espiritual europeu provocada pela Revolução Francesa¹⁴. A obra de Burckhardt não é somente uma “investigação sobre a história da beleza”¹⁵ – como ele mesmo gostava de descrevê-la –, mas também uma reflexão sofisticada a propósito da essência do Estado.

2. As raízes nacionalistas da teoria geral do Estado

Enquanto ramo autonomizado do saber, a Teoria Geral do Estado nasceu apenas no século XIX – embora os primórdios de sua gestação remontem ao *Cinquecento* e ao labor de humanistas como Maquiavel, Bodin e Botero. A Era de Metternich (isto é, o período de relativo equilíbrio entre os países ocidentais implementado após o Congresso de Viena) tornava imperiosa a criação de uma nova gramática conceitual, capaz de traduzir as tensões políticas da Europa pós-napoleônica. Delineando-se como um agregado de unidades políticas independentes (os Estados soberanos, que rasgam a

13 BURKE, 1991, p. 4.

14 Sobre o papel disruptivo da Revolução Francesa, v. ARENDT, 1990.

15 BURCKHARDT, 2003, p. 229.

túnica inconsútil da Cristandade medieval), o Ocidente oitocentista viu-se face à necessidade de estabelecer um discurso especulativo que explicasse, antecipasse e *justificasse* as complexas correlações de forças que emergiam naquele momento. Nesse sentido, a Teoria Geral do Estado é o reflexo, no âmbito do *logos* apodítico, do processo de centralização do poder e consolidação das fronteiras territoriais vivenciado pela Europa ao tempo da Restauração. Eis o motivo de, mesmo hoje, dita ciência (instrumento de legitimação das monarquias que se recompuseram com a derrocada de Napoleão) encontrar-se maculada por cacoetes característicos do Oitocentos.

“Toda nação é um Estado; todo Estado, uma pessoa nacional”: a declaração do jurista suíço Johann Kaspar Bluntschli¹⁶ (um dos artífices da Teoria Geral do Estado) expressa, com justeza, o ímpeto nacionalista do século XIX. Ainda em fins do século XVIII, anunciará: “A Alemanha não é mais um Estado” (*Deutschlandistkein Staatmehr*).¹⁷ No entender do filósofo de Stuttgart, o quadro geopolítico pós-revolucionário – marcado pela ascensão de grandes governos burocratizados e racionalizados, que administram largas faixas territoriais – não comporta espaço para instituições como o Sacro Império, organização compósita, forjada da justaposição de forças regionais autônomas. Napoleão, que Hegel celebra como o grande professor de Direito Público do Ocidente, teria, com suas incursões militares, obrigado os príncipes europeus a (abandonando o pluralismo jurídico do Antigo Regime) se aglutinarem em monádicos, insulares e autorreferenciais Estados modernos. *No country for oldmen*: só restaria, às comunidades políticas, a escolha (enfrentada, já no Renascimento, pela Itália de Maquiavel) entre crescer e perecer, ampliar seu poderio econômico-militar ou sucumbir à sanha de potências estrangeiras. Gradualmente, a identidade étnica, linguística e religiosa da população passará a ser o único fator a circunscrever a jurisdição do soberano. A homogeneidade cultural (isto é, a pertença a uma tradição comum) se tornará requisito indispensável para que um Estado seja reconhecido como tal, argamassa utilizada para sedimentar a unificação político-social. Estado *nacional*: doravante, o Poder Público será interpretado como a *personificação* de um grupo de indivíduos ligados por

16 BLUNTSCHLI, 1891.

17 HEGEL, 1999. Para uma análise da obra, v. ALMEIDA, OLIVEIRA, 2016. Sobre o pensamento político de Hegel, recomendamos a leitura de ROSENZWEIG, 2008. Ver, ainda, BOURGEOIS, 1999. No que diz respeito à doutrina jusfilosófica hegeliana, cf. SALGADO, 1996.

laços históricos e sanguíneos, o avatar, projetado no palco das relações *inter gentes*, de um *Volksgeist*. O sucesso de semelhante concepção é atestado por sua persistência: em seu consagrado manual, publicado, pela primeira vez, em 1941, Darcy Azambuja¹⁸ definirá o Estado como “nação politicamente organizada”, fazendo eco às percepções de Bluntschli.

Esse modelo “organicista” frequentemente leva a deformações na nossa compreensão de culturas políticas diversas da formada no Ocidente contemporâneo. É comum que estudiosos se refiram, a propósito da Antiguidade, à “nação grega” ou à “nação romana”. Ademais, períodos que não contêm uma autoridade política centralizadora (como é o caso do Medievo) são erroneamente retratados como cenários de anarquia e barbárie, desprovidos de qualquer mecanismo de resolução de conflitos e de estabilização de expectativas. Mesmo hoje, são raros os intelectuais que, como Pierre Clastres¹⁹, preocupam-se evidenciar como “sociedades sem Estado” conseguem se organizar politicamente. A partir da observação das experiências pós-revolucionárias dos Estados nacionais, o jusfilósofo Georg Jellinek (autor de uma das mais influentes obras de Teoria Geral do Estado já redigidas) inferirá que *toda e qualquer* comunidade política deve apresentar, *necessariamente*, “povo”, “território” e “soberania”, sob pena de mergulhar no caos. Assim, no encaicho de Jellinek, inúmeros pesquisadores se lançarão ao temerário exercício de rastrear (até em coletividades francamente anti-territoriais e anti-soberanas, como as tribos nômades) as mesmas categorias descobertas pelo intelectual saxão. É o caso, por exemplo, de Karl Doehring²⁰, que chega a falar em “soberania pessoal” (distinta da soberania territorial dos Estados modernos) para se referir às *polis* da Grécia Clássica.²¹ O traço nacionalista que acompanha, desde a sua gênese, a Teoria Geral do Estado, impossibilita que ela analise, sem anacronismos, corpos sociais anteriores ao Concerto Europeu.

Não raro, diversos Teóricos do Estado, ao buscar uma fuga imediata dos padrões Jellinekianos ou das raízes nacionalistas inerentes à própria lógica fundante da Teoria do Estado, arvoram-se em uma abordagem dita “política”. Entretanto, ainda esboçam uma Teoria que se quer Geral, ten-

18 AZAMBUJA, 1941, p. 23.

19 CLASTRES, 1988.

20 DOEHRING, 2008.

21 Uma densa reflexão sobre o conceito de ‘soberania’ pode ser encontrada em BARACHO, 2015.

tando estruturar, em conceitos tipicamente modernos, as experiências políticas desde a Antiguidade. Esquecem-se, muitas vezes, de que a noção de Política é experiência eminentemente mais ampla e complexa do que a formação do Estado e, que, por isso mesmo, não se restringe a ela e tampouco é comportada por sua tipologia. Herman Heller, em sua Teoria do Estado, já apontava problemas na estruturação de uma Teoria Geral do Estado.

Depreende-se do título da presente obra, que não nos propomos a construir uma teoria ‘geral’ do Estado, com caráter de universalidade para todos os tempos, porque não o julgamos, em absoluto, possível. Não se devem temer confusões com uma teoria ‘particular’ do Estado, mesmo que existisse uma ciência semelhante. A Teoria do Estado cultivou-se na Alemanha, desde há tempo, como uma disciplina especial que, a partir do século XIX, se denomina expressamente ‘geral’ porque, desde então, o círculo dos seus problemas restringe-se progressivamente, vindo finalmente a reduzir-se a pouco mais que a história e construção de alguns conceitos fundamentais de Direito Político.²²

Daí a importância de se reconstituir o pensamento político de Burckhardt. Em virtude de sua desconfiança no que toca ao Estado militar que desponta na contemporaneidade, o historiador suíço nos oferece um ângulo diferente – contra-hegemônico – para que interpretemos o *locus* ocupado pelo Poder Público. Em um momento no qual quase todos os grandes acadêmicos teciam louvores à unificação nacional, Burckhardt pregava a radical descentralização das instituições estatais. Resistindo ao cesarismo da democracia de massas, foi um dos primeiros a anteverem a alvorada do Estado Total celebrado por Ernst Jünger. Vai dizer:

Será mais interessante para você, meu caro senhor, observar como o maquinário do Estado e da administração é transformado e militarizado; para mim – como as escolas e a educação são tratadas, etc. A classe dos trabalhadores, entre todas as outras, passará por um período dos mais estranhos; suspeito que, no momento, isto soe como uma completa loucura, mas, ainda assim, não posso pôr de lado a idéia de que o Estado militar terá de se tornar ‘industrialista’. O acúmulo de seres, o amontoado de homens nos pátios e nas fábricas não podem ser abandonados eternamente à sua sede de riquezas; um

22 HELLER, 2000, p. 22.

planejado e controlado grau de pobreza, com promoção e uniformes, começando e terminando diariamente ao rufar dos tambores, é o que logicamente deverá advir.²³

Nesse sentido, como leciona Albert Salomon²⁴, Burckhardt teria, mais do que qualquer outro filósofo ou historiador, antevisto a chegada do Estado Totalitário, principalmente em razão dos já consolidados conflitos sociais, o que obrigava o Estado a expandir, sobremaneira, seus poderes.

Tal como Alexis de Tocqueville²⁵, que publica *O Antigo Regime e a Revolução* em 1856, Burckhardt entende o Estado pós-revolucionário, não como uma negação dos regimes absolutistas da Modernidade Clássica, mas como a realização plena das aspirações centralizadoras dos déspotas esclarecidos. Para além da retórica jacobina acerca dos “direitos do homem”, Burckhardt identificava, no século XIX, um acelerado fortalecimento do poder coativo do Estado, prenúncio de uma “Era de Guerras”. Sobre o tema, escreve o autor:

Nada espero do futuro; possivelmente teremos asseguradas algumas décadas mais ou menos suportáveis, uma espécie de Império Romano. Pois sou da opinião de que democratas e proletários, mesmo considerando-se que fazem os mais tempestuosos esforços, terão de bradar contra um despotismo cada vez mais violento, já que nosso charmoso século foi feito para qualquer coisa, menos para uma genuína democracia. Uma explicação mais detalhada sobre tudo isso iria apenas soar impiedosa. Há muito não é possível conectar um verdadeiro organismo social à nossa envelhecida Europa; qualquer coisa do gênero está confiscada desde 1789.²⁶

Assim, contra as filosofias do progresso disseminadas por socialistas e liberais, Burckhardt ridicularizava a representação da história como o desenvolvimento da Razão no tempo – cujo apogeu estaria no modelo de Estado de Direito consolidado pelo *Code Napoléon*. É por isso que, para o

23 BURCKHARDT, 2003, p. 286.

24 SALOMON, 1945, p. 244.

25 TOCQUEVILLE, 1999. Um paralelo entre os escritos de Tocqueville e de Burckhardt pode ser encontrado em FLORENZANO, 2007.

26 BURCKHARDT, 2003, p. 216.

autor, a Filosofia da História (“*contradictio in adjecto*”) não seria mais que uma pseudo-teologia, baseada na ilusão de que nossa própria época seria o “coroamento de todos os tempos”: “Os filósofos da história consideram o passado como antíteses e etapa prévia a nós, vendo-nos como o produto de uma evolução.”²⁷

Ao lado de nomes como Burke, Tocqueville, de Maistre, Spengler, Toynbee e Nietzsche, Burckhardt é pensador seminal na tradição de críticos da cultura que, através de uma lente pessimista, conservadora, antiprogressista, antidemocrática, anti-hegeliana e antimarxista, lamentará a moderna industrialização capitalista, que seria responsável por tolher a liberdade intelectual e a individualidade criativa. Segundo o autor:

Por isso é altamente ridícula nossa presunção de viver na era do progresso ético, comparada com aqueles tempos de perigo cuja força livre da vontade ideal se recorta sobre o céu em centenas de catedrais com suas altas torres. A isso deve-se acrescenta nosso lamentável ódio contra o diverso e múltiplo, contra os acontecimentos simbólicos e os direitos adormecidos, nossa tendência a identificar o moral com o preciso e nossa incapacidade para compreender o mesclado e o fortuito. Não se trata, naturalmente, de uma nostalgia ou volta à Idade Média, mas de compreender. A vida de hoje é um negócio, até então era uma existência; apenas existia o povo em conjunto; mas, ao invés, florescia o popular. [...] Cabe duvidar inclusive da intensificação do desenvolvimento intelectual, já que à medida que avança, a cultura da divisão do trabalho pode tender a estreitar cada vez mais a consciência do indivíduo. Nas ciências, a visão de conjunto está a ponto de manchar-se diante de todo o acúmulo de descobertas especiais de feitos isolados. [...] A situação mais desafortunada na nossa época é da arte e da poesia, que carecem no interior de asilo nesse mundo desassossegado, no meio desse ambiente ingrato que ameniza seriamente toda a sinceridade da produção²⁸.

27 BURCKHARDT, 1961, p. 46. “*Los filósofos de La historia consideran el pasado como antítesis y etapa previa a nosotros, viendo em nosotros el producto de una evolución.*” (Tradução nossa).

28 BURCKHARDT, 1961, p. 121 e ss. “*Por eso es altamente ridícula nuestra presunción de vivir en la era del progreso ético, comparada con aquellos tiempos de peligro cuya fuerza libre de voluntad ideal se recorta sobre el cielo en cientos de catedrales con sus altas torres. A esto hay que añadir nuestro odio lamentable contra lo diverso y lo múltiple, contra los acaecimientos simbólicos y los derechos dormidos, nuestra tendencia a identificar lo moral con lo preciso y nuestra incapacidad para comprender lo bigarrado y lo fortuito. No se trata, naturalmente, de añorar la vuelta a la Edad Media, sino de comprender. La vida de hoy es un negocio, entonces era una existencia; apenas si existía el pueblo en conjunto; pero, en cambio, florecía lo popular [...] Cabe dudar incluso de la intensificación del*

Assim, antecipando filósofos apocalípticos como Alasdair MacIntyre e Roger Scruton, Burckhardt percebe o domínio tecnocientífico e as doutrinas igualitaristas (comunismo, nacionalismo...) como um prenúncio da barbárie universal iminente, do dismantelamento da alta cultura.

3. O Estado como “sistematização da violência”: a tensão entre poder, devoção e inteligência criativa na doutrina de Burckhardt

Burckhardt pertencia a uma família patricia, já caracterizada como “os Médicos da Basileia”, com uma longa linhagem de catedráticos universitários e ministros eclesiásticos. Essa é, indubitavelmente, uma das razões de o historiador esposar uma cosmovisão francamente aristocrática e elitista. Após uma crise de fé, o autor desistiu de seguir os passos do pai (e dos avôs), abrindo mão de um futuro como ministro protestante. Voltando-se para a carreira acadêmica, foi aluno, em Berlim, de Ranke, J. G. Droysen, August Böckh e Franz Kugler. Em uma de suas cartas, afirmará: “As qualidades que possuo, adquiriria-as de Kugler, que tinha uma percepção para o que era essencial, mesmo naquelas esferas em que era um diletante, pois sabia como despertar o interesse nelas”²⁹.

O papel de Kugler na formação de Burckhardt só é equiparável ao de Ranke. Pioneiro, entre os alemães, nos estudos de história da arte, Kugler pretendia analisar o fenômeno artístico como uma expressão da história cultural geral. Há, na meta totalizante de Kugler, uma nota hegeliana evidente. Com efeito, Kugler frequentou, na juventude, as lições de Hegel, sendo o autor da famosa litografia *Hegel am Katheder*, de 1828, e tendo para com o legado do mestre uma relação tão ambivalente quanto a de Burckhardt. Ora, Burckhardt foi aluno e colaborador de Kugler, atuando, entre 1846 e 1847, como assistente na revisão dos manuais de história da pintura e de história da arte de seu professor. Já aqui Burckhardt manifesta a crença de que o *Quattrocento* inaugura uma nova era, o fim da Idade Média e o início do mundo moderno – um redespertar das artes plásticas, da

desarrollo intelectual, puesa medida que progresa la cultura la división del trabajo puede propender a estrechar cada vez más la conciencia del individuo. Em las ciencias, la visión de conjunto está ya a punto de empañarse ante todo el cúmulo de descubrimientos especiales de hecho saislados [...] La situación más infortunada em nuestra época es la del arte y la poesía, que carecen interiormente de asilo en este mundo desasosegado, em medio de este ambiente ingrato que amenaza seriamente a todo el candor de la producción” (Tradução nossa).

29 BURCKHARDT, 1961, p. 246.

literatura e da ciência, que estariam até então a dormir o sono do românico e do gótico. Também a relação entre as expressões mais elevadas da cultura e as “condições civis gerais”, a tendência geral da vida, ocupa, desde já, a reflexão de Burckhardt³⁰.

Por breve tempo (durante o ano de 1845), trabalhou como editor do jornal conservador *Basler Zeitung* (única atividade de militância política em que Burckhardt se envolveu ao longo da vida), antes de tornar-se professor na Universidade da Basileia, ocupação que desempenhou de 1844 a 1895. Seu comprometimento com a sua cidade natal e seu desprezo pelo militarismo prussiano o levaram a recusar um convite para lecionar na Universidade de Berlim (coração da ciência historiográfica, naquele momento), como “sucessor de Ranke”³¹.

Em consonância com suas orientações teóricas, Burckhardt sempre procurou guiar-se, na Basileia, a partir de um modelo de “ascetismo secular” extraído dos humanistas da Renascença. Como um antídoto à pasteurização e à violência do mundo moderno – ao “homem sem qualidades” que, no século XX, Robert Musil desenhará –, Burckhardt se dedica a uma “estética da existência” (para falarmos como Foucault)³², uma estratégia de cultivo de si e de autotranscendência. Trata-se de uma posição cívica: contra as pressões políticas e sociais dirigidas à massificação, Burckhardt fomenta sua personalidade independente, voltada às artes, às letras, às descobertas científicas e às maravilhas do mundo natural³³. À semelhança dos grandes polímatas do Renascimento (os “homens universais” versados em diversas áreas do conhecimento), Burckhardt encara o *self* como obra de arte, produto do autodomínio e da imaginação. À semelhança de Leonardo e Michelangelo (dois artistas e investigadores de notória versatilidade), Burckhardt mantém uma rotina solitária, depressiva e celibatária, oposta à megalomania de seus projetos intelectuais – a calma exterior oculta a emoção interior. O certo é que, fazendo-se herdeiro da tradição

30 Sobre Kugler, recomendamos a leitura de GARBERSON, 2011. Trata-se de uma resenha da obra de Michel Espagne, *Franz Theodor Kugler. Deutscher Kunsthistoriker und Berliner Dichter*. Sobre a colaboração entre Burckhardt e Kugler, ver: FERNANDES, 2005.

31 TONSOR, 1997, p. 5.

32 Sobre Foucault e a estética da existência, conferir: ALMEIDA, 2016.

33 SALOMON, 1945; SIGURDSON, 1990.

de *studia humanitatis*³⁴ que remonta à Renascença italiana, Burckhardt deu sentido a uma vida de isolamento.

O pensamento de Burckhardt é fluido e flexível, não se subordinando a um sistema conceitual. Sua metodologia historiográfica não pode ser confundida com uma filosofia da história, já que o filósofo sempre se mostrou avesso a especulações teóricas. Em passagem célebre de suas Cartas, declara:

Seus camaradas hábeis em prever mudanças de opinião disputam uns com os outros para afundarem-se cada vez mais nesta ignóbil era – eu, por outro lado, apartei-me dela por inteiro, secretamente, e, por essa razão, estou fugindo para o belo e indolente Sul, onde a história está morta, e eu, que estou tão cansado do presente, serei revigorado pela vibração da antiguidade como que por uma maravilhosa e pacífica tumba. Sim, eu quero escapar de todos eles, dos radicais, dos comunistas, dos industrialistas, dos intelectuais, dos pretensiosos, dos racionais, dos abstratos, do absoluto, dos filósofos, dos sofistas, dos fanáticos pelo Estado, dos idealistas, dos ‘istas’ e ‘ismos’ de todo tipo – do outro lado encontrarei apenas os jesuítas, e, entre os ‘ismos’, somente o absolutismo; e estrangeiros podem, em geral, evitar ambos.³⁵

Noutro momento Burckhardt salientará: “Nunca, como bem se sabe, penetrei no Templo do genuíno pensamento, mas por toda minha vida me encantei nos corredores e átrios dos peribolos, onde a imagem, no sentido mais amplo da palavra, reina”³⁶. Ainda em suas Cartas, o autor observa: “Nunca, em toda minha vida, tive uma mente filosófica, e até a história progressa da filosofia é mais ou menos um livro fechado para mim”³⁷. Em

34 Não nos cabe aqui aprofundar o tema da tradição de *studia humanitatis*, entretanto, quanto ao seu significado e uso recorrente, vale uma pequena digressão elaborada por Quentin Skinner (1996, p. 22) em seu livro *Fundações do Pensamento Político Moderno* acerca do conceito de *studia humanitatis* e de seu uso na contemporaneidade: “Mais uma vez, porém, parece-me – e nisso apenas sigo a lição dos ensaios fundamentais do professor Kristeller – que a resposta não se encontra fugindo-se ao emprego do termo, mas confinando-lhe o uso a seu sentido renascentista original, utilizando-o apenas com referência àqueles que estudaram e se destacaram num grupo particular de disciplinas que se ordenavam em torno do estudo da gramática, retórica, história e filosofia moral.”

35 BRUCKHARDT, 2003, p. 198.

36 BRUCKHARDT, 2003, p. 338.

37 BRUCKHARDT, 2003, p. 375.

ponderação sobre as estratégias metodológicas de Burckhardt, Salomon³⁸ aponta:

Burckhardt não está interessado na acumulação de dados acerca de conquistas ou produtos culturais. Ele não se importa com antiguidades. Ele está interessado somente em um aspecto da história. Quer descrever, para analisar como esses dados se expressam no trabalho da mente do homem histórico, o fenômeno da própria realização.

O autor, inclusive, deixa claro: “Se por um acaso qualquer isso lhe pareça filosofia hegeliana, lhe dou um aviso: ela é como uma droga no mercado, deixe-a ficar onde está”³⁹. Entretanto, por compreender a História como uma ciência, não de “fatos”, mas de “escolhas” – acreditando que a tarefa do historiador é pintar grandes painéis da trajetória da humanidade –, Burckhardt se aventurará a cunhar categorias gerais (válidas, a princípio, para toda e qualquer época), conceitos universais e necessários. Conforme o autor:

Como professor de história, dei-me conta de um fenômeno muito curioso: a súbita desvalorização de todos os meros ‘acontecimentos’ do passado. De agora em diante, em minhas aulas, enfatizarei a história cultural, e manterei apenas, da estrutura externa, o que for absolutamente indispensável. Pense um pouco em todas as batalhas mortas e sepultadas nos cadernos de anotações de todos os Viri Eruditissimi em suas cátedras universitárias! Felizmente para mim, nunca me aprofundei muito nesse tipo de coisa.⁴⁰

38 SALOMON, 1945, p. 235. “Burckhardt is not interested in the accumulation of data on cultural achievements and products; he does not care for “antiquities”. He is only interested in one aspect of history. He wishes to describe, to the extent that these data express the working of the mind of historical man, the phenomena of human self realization.” (Tradução nossa).

39 BURCKHARDT, 2003, p. 240. Como Peter Gay (1990, p. 158) observa: “[Burckhardt] Rejeitava Hegel em particular e a filosofia em geral, mas a idéia hegeliana estava presente nos textos de classicistas e historiadores da arte que tinham seu respeito; ademais, [...] a idéia de uma ordem total era, de qualquer forma, simpática a ele”. Também Burke (1991, p.11) identifica resquícios de Hegel em Burckhardt: “A despeito de seu declarado repúdio pelos filósofos da história, a obra de Burckhardt apresenta traços nítidos das ideias destes. O segmento acerca do ‘Estado como obra de arte’, por exemplo, encontra um paralelo na discussão hegeliana, contida nas *Preleções acerca da filosofia da história*, sobre o sistema político da Grécia antiga enquanto ‘obra de arte política’ (*Das politische Kunstwerk*); da mesma forma, ecoa no segmento ‘O desenvolvimento do indivíduo’ a discussão de Hegel acerca da ‘individualidade’, da objetividade e da subjetividade. Ernst Gombrich chega mesmo a afirmar que a obra de Burckhardt foi ‘construída sobre fundamentos hegelianos’, apontando particularmente para a idéia do *Zeitgeist*”.

40 BURCKHARDT, 2003, p. 277.

Poderíamos dizer que, à semelhança de Ranke, Burckhardt desprezava a Filosofia Especulativa; no entanto, à diferença de Ranke, entendia que a alternativa à historiografia hegeliana não se encontrava em uma ciência de fatos, mas em uma arte de interpretações. É por esse motivo que acreditamos ser possível extrair, de seu trabalho, uma teoria do Estado. Para o autor, o Estado é, juntamente com a religião e a cultura, uma *invariante antropológica*, quer dizer, uma noção que (apesar de materializar-se diferentemente, no curso do tempo) está presente em todos os povos. Representando o poder, a devoção e a inteligência criativa, Estado, religião e cultura seriam, para Burckhardt, forças interdependentes e antagônicas, que, de maneira permanente e gradual, influiriam umas sobre as outras. Ao historiador competiria descobrir como, em um período determinado, esses três fatores se relacionam. Conforme Burckhardt, o Estado origina-se da *libido dominandi*, a “vontade de poder”; a religião, por sua vez, deriva de uma necessidade metafísica. São potências estáveis. A cultura, por outro lado, configura-se numa potência móvel, dinâmica, nascida do imaginário, criação espontânea, fomento da vida material e expressão da vida espiritual e moral. As principais manifestações da cultura são as línguas, a sociabilidade, a técnica, a arte, a poesia, a ciência e a filosofia (sua manifestação última e suprema). À diferença da religião e do Estado, a cultura não tem pretensão coativa – contudo, enquanto soma das evoluções do espírito, exerce a função de instância crítica das demais dimensões da existência humana. Para Burckhardt – cuja perspectiva acerca do tema será, posteriormente, incorporada por Nietzsche – a cultura é uma “obra de arte orgânica e coletiva”, uma “meta-obra de arte que engloba todas as outras formas díspares de arte e as transcende”⁴¹. À medida que a roda da fortuna gira, um ou outro desses elementos prepondera sobre os demais. Assim, há épocas religiosas (como o Medievo), culturais (como o Cinqucento) e políticas (como o Oitocentos).

Se o Estado é estático e a cultura, dinâmica, então o devir sempre se deslindará como uma relação conflituosa entre a política e a imaginação (individual e coletiva), uma tensão dialética entre poder e liberdade. Segundo Salomon⁴²:

41 DUNCAN, 2000, p. 21.

42 SALOMON, 1945, p. 241. “Burckhardt’s analysis of the phenomenon of power in its diverse aspects have made clear that there is an invariable ‘power’ that is directed toward establishing enduring social institutions and stabi-

A análise de Burckhardt sobre o fenômeno do poder em seus diversos aspectos deixa claro que há uma invariável de poder que é dirigido à estabilização de instituições sociais duradouras bem como das conquistas e usurpações da propriedade legal. Essa invariável encontra-se com o requerimento de outra invariável que Burckhardt chama de cultura. Ele define o termo descrevendo todos os livres e espontâneos atos emergindo das necessidades ideais e materiais do homem – é a esfera da independência humana e da liberdade. Em uma terminologia sociológica, é a esfera da sociedade, o posto do poder coercitivo e da pressão da violência sistematizada que está personificada no Estado.

É por isso que, para Burckhardt, a violência está na raiz de todo e qualquer Estado, violência que pode ser compreendida como uma perversão moral ou como uma força histórica construtiva (haja vista que estimula a cultura a, contra o risco de cristalização e engessamento, conceber novas formas expressivas). Não há Poder Público, por mais justo que seja, que não se encontre fundado em um *crime* (como o parricídio primordial descrito por Freud em *Totem e tabu*). Ora, para Burckhardt – impregnado pelo pessimismo de Schopenhauer, filósofo pelo qual nutria profunda admiração –, “o poder é em si mesmo mau” (*die Machtansichböseite*)⁴³. O autor acolhe a tese, anti-iluminista, da não-extinguibilidade do mal, do horror ctônico (dionísio) que estaria inscrito mesmo nas mais belas e harmônicas (apolíneas) edificações do homem.⁴⁴

lizing deeds of conquest and usurpation into legal property. This invariable meets with the requirements of another invariable that Burckhardt calls 'culture'. He defines the term as describing all free and spontaneous acts arising out of the material and ideal needs of man – it is the sphere of human independence and of freedom. In sociological terminology, it is the sphere of society, the opposite of coercive power and of the pressure of systematized violence which is embodied in the state” (Tradução nossa).

43 Sobre o tema, recomendamos a leitura de NEWCOMB, 2009.

44 O uso de termos nietzscheanos, aqui, não é fortuito. Lecionando na mesma universidade, Nietzsche e Burckhardt foram próximos. Na verdade, é sabido que o interesse de Nietzsche pela historiografia de Burckhardt era consideravelmente maior que o interesse de Burckhardt pela filosofia de Nietzsche (ainda que este fosse, eventualmente, citado nas aulas daquele). Embora compartilhassem afinidades eletivas (como a admiração por Schopenhauer, a devoção à Antiguidade e ao paganismo mediterrânico, a reverência pelo indivíduo de exceção e o desprezo pelo “despotismo das massas”), os dois homens possuíam temperamentos simetricamente opostos. Nietzsche buscava, em Burckhardt, um espelho, um precursor de sua doutrina acerca da vontade de poder. Mas Burckhardt, apesar de reconhecer os efeitos catalizadores do conflito para o desenvolvimento histórico (influência do filósofo Ernst von Lasaulx), via com desconfiança toda *libido dominandi*. Aos olhos de Burckhardt, faltaria ao jovem Nietzsche a prudência, a moderação e o ceticismo necessários a um intelectual. Para uma aproximação entre os pensamentos de Nietzsche e Burckhardt, tomando como ponto de partida o conceito de ‘cultura’, recomendamos a leitura de CHAVES, 2000.

Para Burckhardt, o mito da bondade natural do homem, de sua origem não-violenta (que seria corrompida pela civilização), estimula, paradoxalmente, a extrema violência da sociedade moderna, que, para restaurar a Idade de Ouro, se lança a expurgos e holocaustos que não encontram precedentes nas desencantadas e pessimistas sociedades tradicionais. Conforme o autor⁴⁵:

O grande dano teve início no século passado, principalmente através de Rousseau, com sua doutrina da bondade da natureza humana. Com base nisso, os plebeus e as pessoas educadas destilaram a doutrina da idade do ouro que viria infalivelmente, desde que as pessoas fossem deixadas por sua conta. O resultado, como qualquer criança sabe, foi a completa desintegração da ideia de autoridade na cabeça dos mortais, e é claro que, em consequência, periodicamente somos vítimas do poder absoluto. Enquanto isso, a ideia de bondade natural do homem transformou-se, entre o estrato inteligente da Europa, na ideia de progresso, isto é, fazer dinheiro e desfrutar de confortos modernos sem perturbação, com a filantropia para acalmar a consciência. Contudo, anteontem, os vitoriosos prussianos acharam necessário declarar estado de sítio em Königshütte.

É por isso que, no entender de muitos, Burckhardt seria o fundador do “culto europeu à violência”, ou seja, da idealização da crueldade como força criativa e produtiva, aliada da arte e da literatura, bem como da identidade individual e comunitária.

É notória a “mórbida fascinação” de Burckhardt pela guerra e pela violência como forças de destruição e de revitalização. Haveria, no entender do autor, uma “barbárie saudável”, que permitiria o rejuvenescimento e a metamorfose espiritual. O desejo por “grandes mudanças periódicas” é, para o historiador, inerente à raça humana, e possibilita a aceleração do processo histórico. Entretanto, Burckhardt está longe de ser um epígono da sanha beligerante.

James Martin vai dizer que Burckhardt não era um glorificador incondicional do conflito, embora acreditasse que uma Guerra genuína, tal como se viu na disputa dos Gregos com os Persas na Batalha das Termópilas, por

45 BURCKHARDT, 2003, p. 1996. A crítica de Burckhardt à filosofia do progresso ecoa na condenação pós-moderna ao caráter utópico dos projetos racionalistas de planejamento social. Sobre o tema, v. CUNHA, 1996.

exemplo, pudesse revitalizar uma decadente e moribunda população ou nação⁴⁶. Sobre o tema, Jaeger afirma que Burckhardt estava longe de apoiar a violência dos despotismos renascentistas e, mais ainda, distante de ver de forma positiva o militarismo e nacionalismo de seu próprio tempo⁴⁷. Peter Gay, com amplo conhecimento de psicologia (tendo publicado diversos estudos relacionados à história da psicanálise), se aventura a estabelecer um perfil da personalidade de Burckhardt, descrevendo-o como um homem de contrastes⁴⁸. Filho de um religioso protestante, o pensador suíço substituiu seus estudos teológicos pela pesquisa historiográfica, travando, desde então, uma luta virulenta contra o cristianismo. Referida luta, porém, não se reflete em sua vida cotidiana, mas em seus escritos.

Conjurando a força pagã da Antiguidade, insuflada de nova vida no Quatrocento, Burckhardt pretende exorcizar suas origens calvinistas. Segundo Gay⁴⁹: “Em Burckhardt, é certo que há um contraste excepcional entre a extravagante violência em que se concentra e a sóbria moderação de sua vida”. O pensador suíço deleita-se em preencher com detalhes sórdidos a paisagem que desenha. Para Gay, Burckhardt era um sibarita intelectual, que amava refestelar-se, em espírito ainda que não na carne, em regalos licenciosos e delírios sexuais, encontrando um “prazer profano” nos monstros que pintava. Conforme Gay⁵⁰ aponta:

Burckhardt também tinha suas polaridades. Homem emotivo, e no entanto celibatário retirado, um mestre da pluma que se realizava sobretudo na palavra falada, um pessimista de visão clara que amava o mundo, um cosmopolita provinciano - são tensões que, somadas, não redundam em incoerência. No nível consciente, em todo caso, foi o amor infatigável e o interesse intensificado de Burckhardt pela cultura humanista que proporcionaram um centro vital à sua existência.

Tal como aponta Jaeger, esse mito romântico relacionado à “transgressão exuberante” das origens (que irá seduzir Nietzsche, Ruskin, Weber,

46 MARTIN, 2010, p. 318.

47 JAEGER, 2013, p. 46.

48 GAY, 1990.

49 GAY, 1990, p. 133.

50 GAY, 1990, p. 136.

Frazer e T. S. Eliot) foi estimulado pelas descrições de Burckhardt da Grécia Antiga e da Itália Renascentista como idades, a um só tempo, de vitalidade e de violência, nas quais a vontade de poder do tirano é a responsável por produzir cultura⁵¹. Os heróis, os homens de ação, a despeito das atrocidades que cometem, são justificados por suas obras: a “grandeza histórica” é conquistada por meio da iniquidade.

Passo a passo, a violência originária cede espaço para o Direito, cabendo ao historiador reconhecer a (para valer-mo-nos da terminologia de Foucault) “mancha de sangue nos códigos”. Segundo Burckhardt⁵²: “Até os Estados erigidos sob as maiores infâmias, se veem obrigados a desenvolver com o tempo uma espécie de normas de direito e honestidade, pois os justos e honestos as fazem para dela irem se apoderando pouco a pouco”.

Com efeito, bem como defende Jaeger, *A cultura do Renascimento na Itália* servirá de inspiração para diversas peças e novelas, que, tomando por protagonistas figuras como Savonarola e Cesare Borgia, atualizam o ideal do exótico e do *daimônico*, do homem de gênio que age certo por linhas tortas, comete atrocidades, mas realiza feitos notórios⁵³.

4. A singularidade do Estado moderno, “pseudo-organismo com existência própria”

Burckhardt define o Estado, de maneira ampla, como o “agrupamento político de um povo”⁵⁴. O autor busca um conceito capaz de abarcar experiências tão diversas quanto a *pólis* grega, o Império Romano e as monarquias absolutistas. Rechaça, de plano, a teoria aristotélica das formas de governo, que, a seu juízo, não seria capaz de abranger a multiplicidade de configurações que a esfera pública pode assumir, na história. Ademais, rejeita as doutrinas contratualistas e as identificações, oitocentistas, entre Estado e nação – para Burckhardt, tais propostas só seriam capazes de descrever a arquitetura político-jurídica do Ocidente moderno. Qualquer projeto de “sistematização da violência” pode dar origem a um Estado;

51 JAEGER, 2013, p. 43.

52 BURCKHARDT, 1961, p. 79. “Hasta los Estados erigidos sobre las mayores infamias se ven obligados a desarrollar con el tiempo una especie de normas de derecho y de honestidad, pues los justos y los honestos se las arreglan para ir apoderándose de ellos poco a poco” (Tradução nossa).

53 JAEGER, 2013, p. 48.

54 BURCKHARDT, 1949, p. 17 e ss.

contudo, apenas a Europa pós-medieval, autonomizando o campo do político (isto é, separando Estado e sociedade) criou grandes aparelhos burocrático-administrativos que, como “pseudo-organismos com existência própria”, passaram a representar a “vontade central” da comunidade. É moderna a ideia do Estado como aparato coercitivo de poder administrado por uma autoridade centralizada permanente. Burckhardt, já em sua primeira obra, argumentava que o Império Romano (mesmo no apogeu do período do Dominato) nunca conseguiria ser tão autocrático quanto o Estado pós-revolucionário.

Em outros termos, o despotismo dos Imperadores romanos não demonstrou muita preocupação com uma cuidadosa supervisão das coisas cotidianas, com a regulação de todo e cada detalhe da vida, especialmente com a regulação das tendências culturais, tal como se vê no Estado Moderno. A lei dos Imperadores, que ficou conhecida por sua má-reputação por atender tão pouco da vida do indivíduo, por exigir taxas tão opressivas, por prover tão negligentemente a segurança, contentou-se em estabelecer suas fronteiras nos propósitos mais essenciais e em não fazer qualquer restrição na vida local das províncias, que haviam sido subjugadas com jorros de sangue.⁵⁵

O Exército, o Senado e o Imperador, em permanente disputa (marcada por medo e respeito), eram forças que se limitavam mutuamente, enfraquecendo Roma. Além disso, oráculos, presságios e cerimoniais litúrgicos, interferindo a todo o momento nas deliberações públicas, impediam que o Império fosse regido com base na *realpolitik*. Como Burckhardt⁵⁶ relata: “Desde que o trono imperial tornou-se o primeiro prêmio na loteria, há pais em todas as classes sociais que, escrupulosamente, observam o dia a dia dos seus mais talentosos filhos por sinais de potencial tendência ao domínio”.

55 BURCKHARDT, 1949, pp. 69-70. “In other respects, the despotism of the Roman Emperors did not show so much concern with the painstaking supervision of trifles, with regulations for each and every detail of life, specifically with the dictation and control of cultural tendencies, as is likely to infect the modern state. The rule of Emperors, which has won such ill repute for attending so little to the life of the individual, for exacting such oppressive taxes, for providing for public security so badly, was content to confine itself to its most essential purposes and to make no restrictions on the local life of the provinces which had once been subdued with streams of blood” (Tradução nossa).

56 BURCKHARDT, 1949, p. 22. “Since the imperial throne had come to be the first prize in a lottery, there were parents in all classes of society who scrupulously observed the daily life of their more gifted children for signs of future dominion” (Tradução nossa).

É a “descoberta do homem e do mundo” no Renascimento (quer dizer, a derrocada das superstições religiosas) que permitirá ao Poder Público se transformar em uma máquina de dominação pautada na racionalidade instrumental e na *raison d’État*⁵⁷. Somente o “regime de soldados” ensaiado, entre o fim do século II e o início do século III, por Septímio Severo poderia representar um prenúncio dos oníparos Estados modernos. Tal como afirma Burckhardt⁵⁸: “Septimuseverus (193-211) foi o primeiro exemplo de um governante inteiramente militar. Há algo não-romano, algo moderno, no orgulho da profissão e posto militar, o qual foi exibido, inclusive como um legado.”

Uma das peculiaridades, no século XIX, do processo de construção dos Estados nacionais constitui-se na identificação entre Direito e lei positiva. As inúmeras fontes do Direito – costumes, contratos, doutrina, etc. – foram, pouco a pouco, subordinadas às normas gerais e abstratas fabricadas pelas assembleias legislativas chanceladas pelo Poder Público. Operou-se um “sequestro do Direito pela política”, na medida em que as regras de conduta destituídas de coação (ou melhor, não albergadas pelo detentor do monopólio legítimo da violência) perderam sua validade jurídica. Correntes como a Escola da Exegese irão oferecer a base teórica em que se apoiará esse movimento de redução do pluralismo jurídico. Ora, Burckhardt tem consciência do quão recente é a noção de que a ordem legal e o ordenamento jurídico se confundem – sabe que essa articulação não é o resultado natural de uma lógica inquebrantável, mas o produto tardio de uma série de escolhas contingentes. O autor vai dizer:

Tendo em mente que o direito pode ser forte como um conjunto de usos sociais, ainda na ausência quase total do Estado e sem a assistência deste (como ocorrida, por exemplo, entre os germanos antigos), não seria difícil chegar à conclusão de que o Estado não é a sua única premissa.⁵⁹

57 BURCKHARDT, 1949, p. 143.

58 BURCKHARDT, 1949, p. 21. “Septimius Severus (193-211) is the first representative of thorough military rule. There is something un-Roman, something modern, in the pride of military profession and rank which he displayed even as a legate” (Tradução nossa).

59 BURCKHARDT, 1961, p. 130. “Teniendo en cuenta que el derecho puede ser fuerte como un conjunto de usos sociales aun con la ausencia casi total del Estado y sin la asistencia de éste (como ocurría por ejemplo entre los antiguos germanos), no sería difícil llegar a la conclusión de que el Estado no es su única premisa” (Tradução nossa).

O Estado, nesse sentido, não é o único “asilo do Direito”. No Medievo, os estadistas modernos (arrogando-se o papel de autoridades exclusivas na determinação do que é justo e do que é injusto) seguramente seriam excluídos: a monarquia medieval, frequentemente caricaturizada, pelos modernos, como tirânica, “se move dentro de uma órbita de ação muito limitada, rodeada pela Igreja, universidades, as ordens, as cidades e as corporações, que são outras tantas repúblicas, amparadas por seus privilégios e seus estatutos.”⁶⁰ É preciso, então, investigar em que momento no passado se deu o ponto de inflexão a partir do qual o Estado moderno, instituição artificialmente construída, despontou suprimindo a autonomia de outras organizações (como as guildas) dotadas, antes, de poder legiferante e judicante. Os estudos de Burckhardt a propósito da Renascença caminham nessa direção.

5. As cidades-Estado renascentistas como ponto de inflexão na história política ocidental

Na opinião de Koselleck, Burckhardt seria o único, dentre os historiadores do século XIX, a pensar a noção de “crise” (e sua capacidade disruptiva)⁶¹. O pensador suíço chegou a descrever seu próprio trabalho como uma “teoria das tormentas”. Decadências, desastres e revoluções seriam, na visão de Burckhardt, fases com enorme potencial heurístico na pesquisa historiográfica. É por meio das auroras e dos crepúsculos (dos instantes de reação e salto) que o historiador pode apreender as notas fundamentais de uma época. “A essência da história é a mudança”: modos de vida “ossificados” tornam inevitável o desenvolvimento de novos padrões⁶². Ora, dentre os incontáveis exemplos de ruptura de época, aquele que despertará mais fascínio sobre Burckhardt é o instante de transição entre a Cristandade medieval e a Europa moderna. Isso fica claro, inclusive, em suas cartas “[...] gosto de temas que estão à cheval na fronteira entre a Idade Média e os tempos modernos. É verdadeiramente divertido descrever a diversidade da vida naqueles tempos, por causa de suas diferentes formas e de sua vitalidade”⁶³.

60 BURCKHARDT, 1961, p. 75. “*se mueve dentro de una órbita de acción muy limitada, rodeada por la Iglesia, las universidades, las órdenes, las ciudades y las corporaciones, que son otras tantas repúblicas, amparadas por sus privilegios y sus estatutos.*” (Tradução nossa).

61 KOSELLECK, 1999.

62 BURCKHARDT, 1945, p. 62.

63 BURCKHARDT, 2003, p. 263.

Burckhardt é um dos principais responsáveis (junto com Jules Michelet) por fixar a concepção, ainda hoje predominante, segundo a qual o Renascimento representaria uma linha divisória entre o Medievo e a Modernidade, doravante vistos como dois universos contrapostos, a Idade das Trevas e a Idade das Luzes. O conceito de “Idade Média” não estava – por óbvio! – presente aos homens medievais. É com os renascentistas e os iluministas (homens como Petrarca, Giovanni Andrea, Giorgio Vasari, Rafael, Du Cange, Christoph Cellarius, Diderot, Condorcet e Voltaire) que a noção de um *medium tempus*, situado entre a queda do Império Romano do Ocidente e a ascensão do Quatrocento, começou, gradualmente, a se formar. *Medium tempus*, tempo intermediário, mediano e medíocre, caracterizado (nas palavras do célebre historiador iluminista Edward Gibbon, marco nas pesquisas sobre o declínio do Império) pelo “triumfo da barbárie e da religião”. O que esses intelectuais almejavam era, na verdade, uma avaliação crítica (uma axiologia) dos tempos que eles próprios vivenciavam. O programa, por eles capitaneado, de retorno às fontes da Antiguidade clássica, passou a se apresentar como a única alternativa possível para superar o “obscurantismo” e a “superstição” da Cristandade, em direção a uma sociedade nova, esclarecida e secularizada. O escritor renascentista François Rabelais falava da “espessa noite gótica” que se encerrava com a aurora do século XV⁶⁴.

Com efeito, uma metáfora óptica, que contrapunha a Idade das Luzes à Idade das Trevas, começava a imperar. O Medievo passou a ser retratado como uma época negra, hiato entre duas luminosas civilizações, a antiga e a nossa. É natural, pois, que, quando em fins do século XVIII o ideário da Ilustração e a fé no progresso tecnocientífico tenham entrado em crise, uma representação diferente da Idade Média tenha despontado. Ora, uma nova axiologia da Modernidade, menos ingênua quanto ao potencial emancipatório da razão instrumental, implicava em uma nova axiologia do Medievo.

O movimento anti-ilustrado encontrou sua expressão intelectual mais viva nos românticos (figuras como o jovem Michelet, Goethe, Victor Hugo, Walter Scott, Carlyle e Chateaubriand), responsáveis por empreender uma crítica ao mundo moderno e uma reabilitação da Idade Média. Como indicam os intelectuais Michael Löwy e Robert Sayre, os românticos distinguiram-se pela rejeição à sociedade burguesa e pela nostalgia de um mundo

64 FRANCO JÚNIOR, 2001, p. 10.

pré-capitalista⁶⁵. Nesse contexto, o Medievo passa a ser visto como um período esplêndido, a Era das Catedrais, orgânica, insuflada de espiritualidade e marcada por vínculos de fraternidade entre os homens – o que se oporia, termo a termo, à cultura mecânica, materialista e individualista, dos tempos modernos.

O escritor iluminista Gotthold Ephraim Lessing, autor da primeira grande tragédia alemã sobre a vida burguesa, já antecipara essa reviravolta do mito da Idade Média, ao declarar: “Noite da Idade Média, que seja! Mas era uma noite resplandecente de estrelas”⁶⁶. Não precisamos insistir no fato de que as caricaturas do Medievo como Idade das Trevas e Era das Catedrais constituem invenções modernas, forjadas para auxiliar na formação da identidade do homem moderno. É em face de uma Idade Média mítica que a Modernidade apresentará a si mesma como avanço ou como decadência. Tais perspectivas terão reflexos nos trabalhos da historiografia e da filosofia contemporâneas⁶⁷.

Nessa trilha, o Renascimento Italiano receberá lugar de destaque. As tentativas de periodização do Renascimento surgem, no século XIX, do projeto de encontrar – numa única data, num único fato, num único lugar, num único domínio da atividade humana – o radical ponto de inflexão entre uma era e outra. Um corte artificial, tal como já reforçado por Alphonse Allais⁶⁸, pois que, procurando uma ruptura absoluta, desconsiderava as continuidades que se estabeleciam. Leonardo Bruni, Giorgio Vasari e os iluministas já haviam percebido que, no *Quattrocento*, ocorrera um florescimento das artes, que atribuíam à conquista da liberdade política pelas cidades-repúblicas italianas. Porém, como mostra o historiador Peter Gay⁶⁹, é com Burckhardt que a Renascença começa a ser percebida como época histórica autônoma. Não que o Renascimento, para Burckhardt, se constitua em um período de transição entre o Medievo e a Modernidade; na perspectiva do pensador suíço, a Modernidade é, em si mesma, uma era de transição permanente, cujas características fundamentais já se encontram plenamente fixadas na Renascença. O autor herda a metáfora óptica

65 LÖWY, 2015.

66 FRANCO JÚNIOR, 2001, p. 12.

67 Sobre o tema, recomendamos a leitura de MAYOS SOLSONA, 1993.

68 ALLAIS, 1988, *apud* CARRIÈRE, 1988, p. 17 e ss.

69 GAY, 1990, p. 137.

que opõe a Idade das Luzes à Idade das Trevas, e tenta fundamentá-la factualmente transformando a Itália do século XV em macaréu no qual as águas do riacho medieval se teriam esgotado ao se chocarem com o oceano moderno. Burckhardt pode ser considerado o criador da Renascença.

O historiador Jacques Le Goff⁷⁰ acusa Burckhardt de ser o responsável pelo definitivo estabelecimento, no imaginário popular, das concepções ilustradas da negra Idade Média e das douradas Eras da Antiguidade e da Modernidade. Essa observação, contudo, não nos parece justa. Como, em uma de suas Cartas, Burckhardt expõe:

Abra mão de sua hostilidade para com a Idade Média! O que ainda, de alguma forma, pesa sobre nós são os macacos da Idade Média, não a verdadeira, genuína era de Dante e seus pares, que são, *au contraire*, pessoas maravilhosas. A antiguidade clássica, se fosse imposta *par ordre de Mufti*, não seria menos enfadonha. Tenho em minhas mãos as provas históricas da maneira maravilhosa como as pessoas se divertiam na Idade Média, quando a vida era mais colorida e rica do que podemos imaginar. Mas isso é incidental. Apenas não permita que os liberais continuem se impondo a você com referência a questões históricas; no fundo eles ainda estão somente tagarelando, à sombra dos enciclopedistas. Mas veja você, vou lhe dizer uma coisa, a cultura que temos hoje, etc. – não vale nada, e o único resultado disso é que todo mundo é feito em molde único. É uma longa história, Hermann, a difusão da cultura e o decréscimo de sua originalidade e individualidade, da vontade e da capacidade; e um dia o mundo irá sufocar e cair sobre o estrume de seu próprio filisteísmo.⁷¹

À moda de Goethe (um dos fundadores do moderno “diário de viagens”), Burckhardt se dirigirá à Itália para apartar-se dos embates político-ideológicos que minavam o mundo *germanófono*⁷². Dessa incursão resulta o livro *A cultura do Renascimento na Itália*. O livro despertou, na Europa de seu tempo, um culto à Renascença. A obra de Burckhardt serviu à nova classe média da era industrial como um verdadeiro guia de viagem. Era Burckhardt o cicerone incumbido de levar a pequena burguesia para além

70 LE GOFF, 2008.

71 BURCKHARDT, 2003, p. 213.

72 GOETHE, 1999.

do puritanismo do Norte, em direção à sensualidade exótica do Sul. Como sugere o crítico de arte britânico Jonathan Jones⁷³, antes de Burckhardt, o Cinquecento dos textos acadêmicos era associado menos a Donatello que a Savonarola, menos ao erotismo pagão reabilitado que ao moralismo reformista prenunciado. Nesse sentido, *A cultura do Renascimento na Itália* parecia rejuvenescer e oxigenar uma Europa sufocada pelo pentecostalismo, resgatando a memória dos ideais profanos que teriam sido mobilizados na península italiana quando do nascimento do mundo moderno. Porém, ainda hoje acadêmicos discutem se Burckhardt tinha a intenção de oferecer um tributo ou uma condenação da Renascença⁷⁴. Com efeito, a postura de Burckhardt face aos homens do Cinquecento (e, em especial, aos “homens políticos”) é, no mínimo, ambivalente. O historiador, a um só tempo, admira e despreza as cidades-Estado que ganham independência ao fim do Medievo. Embora, apelando à memória (por vezes *inventada*) de seu passado republicano, comunas como Florença e Veneza tenham sido polos de engajamento cívico e vida ativa (contrastando com a apatia gerada pela democracia de massas), tais sociedades prenunciam o maquiavelismo e a pulsão tecnocrática que caracterizará o Estado moderno. Sigurdson⁷⁵, ao tratar do tema, afirma que ler *A Cultura do Renascimento na Itália* é reconhecermos na análise feita por Burckhardt sobre a patologia do individualismo político.

Analisando as mudanças políticas retratadas em *A cultura do Renascimento na Itália*, a professora Roberta Garner⁷⁶ verá uma contradição elementar da Modernidade descrita por Burckhardt: de um lado, a crise das formas de legitimação tradicionais do político mostra que a sociedade é, em última instância, a fonte que constitui as instituições – constatação que traz, em seu bojo, a apelo à democracia social; de outro lado, a durabilidade das novas instituições criadas depende de um processo de racionalização, formalização e centralização – de um monopólio da violência que tende a reduzir os cidadãos a uma massa anônima de súditos.

Para Burckhardt, o conflito entre o Sacro Império Romano e o Papado, travado desde o início da Idade Média Central, criou um vazio de poder

73 JONES, 2010.

74 Por todos, v. GAY, 1990.

75 SIGURDSON, 1990, p. 427.

76 GARNER, 1990, p. 52.

na península italiana⁷⁷. Cada instituição punha em questão a legitimidade da outra sobre a região – daí que, resistindo ao controle de ambas, a Itália tenha se convertido em uma constelação de micro-Estados nacionais, cidades abertas, de estrutura moderna. Portanto, para Burckhardt, é o esvaziamento das instituições medievais, a falência de sua engenharia política – um processo de negação operado no Renascimento Italiano –, que torna possível a gênese do Estado moderno. No entendimento do autor, o Estado moderno é uma obra de arte – porque produto de reflexão, criação consciente, embasada em manifestos e bem calculados fundamentos. É assumidamente artificial, diferenciando-se, a seu juízo, das instituições tradicionais, que, apelando a instâncias situadas para além do domínio humano – Deus, a ordem cósmica etc. –, se apresentariam como naturais, espontâneas, dadas e não construídas, frutos da razão e não da vontade. Para Burckhardt, Frederico II (imperador romano-germânico) e Ezzelino da Romano (seu aliado), gênios da *realpolitik*, já prenunciariam, no século XIII, a política moderna – sendo, pois, fenômenos mais emblemáticos que qualquer teoria da monarquia constitucional que Santo Tomás de Aquino pudesse conceber. Porém, é apenas no século XIV que o Estado como obra de arte se cristaliza⁷⁸.

A luta entre os Papas e a Casa dos Hohenstaufen, a dinastia da Suábia que dominou o Sacro Império entre os séculos XII e XIII, teria levado à absoluta fragmentação política da Itália. O esgotamento da autoridade política da Igreja e do Império sobre a região conduziria à necessidade de criação, *exnihilo*, de arranjos institucionais totalmente novos, que nada deveriam à arquitetura sócio-política do Medievo. A consciência do caráter artificial do político surgiria aqui. Repúblicas e principados não seriam formas de governo inscritas desde tempos imemoriais no coração dos homens, mas apenas o resultado de decisões conjunturais. Assim, para fazer face à ameaça de anarquia que se instaura com a falência de duas superpotências medievais, inaugura-se o Estado moderno, criação consciente e calculada⁷⁹.

77 BURCKHARDT, 1991.

78 BURCKHARDT, 1991.

79 BURCKHARDT, 1991, p. 21 e ss.

Burckhardt fala de “Estados erguidos totalmente sobre si mesmos e organizados em função disso”⁸⁰. Nesse cenário, é natural que as elites se vejam às voltas com o problema da legitimidade. Se a dominação não é dada, mas construída, contingente, e não eterna, é necessário que justifique seus fundamentos, sob pena de ser considerada despotismo puro e simples. A busca de uma nova legitimidade levará ao desenvolvimento da “ficção genuinamente moderna da onipotência do Estado”⁸¹. Conduzirá, também, à criação de cortes, visto que a companhia de poetas e eruditos se apresentará como uma alternativa para camuflar a força bruta que subsidia a conquista do poder: “A ilegitimidade, rodeada de perigos constantes, isola o déspota; a aliança mais honrosa que ele pode eventualmente selar é aquela com o talento individual mais elevado, independentemente de sua origem”⁸². À medida que o Estado como obra de arte se desenvolve, a autoconsciência como obra de arte também floresce. Prenunciando teses que serão exploradas, décadas mais tarde, por autores tão distintos quanto o alemão Norbert Elias⁸³, o francês Michel Foucault⁸⁴ e o canadense Charles Taylor⁸⁵, Burckhardt mostra que a subjetividade, como modernamente a conhecemos, não é uma característica inata, mas o resultado de um processo histórico determinado. Para o autor, foi a tirania que, estabelecendo uma progressiva distinção entre a vida privada e a esfera pública e forçando a insularidade do príncipe⁸⁶, favoreceu o desenvolvimento da individualidade dos déspotas – e, por reflexo, dos cortesãos e dos súditos. Passou-se do cultivo do poder ao cuidado de si, ao aperfeiçoamento da personalidade, levado ao paroxismo com a figura do polímata, do “homem universal”.

Propondo explicações para a construção do Estado e a descoberta do individual, *A cultura do Renascimento na Itália* tornou-se um clássico do nicho literário que, amplamente difundido no século XIX, ocupava-se do problema teórico da definição e das causas do mundo moderno. Nesse sentido, pode ser comparado aos trabalhos dos pais da sociologia (Comte,

80 BURCKHARDT, 1991, p. 24.

81 BURCKHARDT, 1991, p. 26.

82 BURCKHARDT, 1991, p. 25.

83 ELIAS, 1994.

84 FOUCAULT, 2003.

85 TAYLOR, 1997.

86 Sobre a noção de “insularidade do príncipe”, ver: GROSSI, 2007, pp. 9-28.

Marx, Durckheim, Weber), contemporâneos de Burckhardt. Pode ainda, ser associado a obras como *O sentido da história*, de Karl Löwith, e *A legitimidade da Idade Moderna*, de Hans Blumenberg, sobretudo na medida em que ambos os autores procuram, assim como Burckhardt, discutir o sentido, as especificidades e os rumos da modernidade, de modo a tornar a modernização em si um objeto de reflexão.

6. Conclusão

Para Burckhardt, como “sistematização da violência” (expressão da *libido dominandi*), o Estado pode ser encontrado em qualquer tempo ou lugar. Trata-se, pois, de uma categoria transcultural, que se confunde com a noção de “comunidade política” – a estrutura de repartição de poder adotada por um dado grupo social. Porém, na mesma linha de Sigurdson, como mecanismo de centralização dos meios de gestão (forma através da qual um povo, nos marcos de um território específico, se sujeita a uma autoridade soberana), o Estado é fenômeno tipicamente moderno⁸⁷. Muitos contemporâneos de Burckhardt entendiam que os Estados nacionais oitocentistas, com seu elaborado aparato de dominação (Estado-Maior) e sua complexa base normativa (que seria a manifestação do *ethos* de uma população), constituir-se-iam no ponto de cumeada da história humana. Nesse sentido, desde a Antiguidade, o Estado já se encontraria *in germine*, só atingindo, porém, seu momento de maturação após a Revolução Francesa. Essas perspectivas, contaminadas pelas filosofias do progresso – que, em sua perspectiva, prestou-se apenas a unir os homens e mesclá-los (através das ferrovias) e ser um instrumento de demolição, para que um modelo diferente pudesse ser construído no terreno limpo e revirado⁸⁸ –, serviriam, no entender de Burckhardt, como propagandas para projetos nacionalistas (como o da Prússia de Bismarck); entretanto, prejudicariam nossa compreensão da arquitetura político-institucional de civilizações pretéritas.

À semelhança de Tocqueville⁸⁹, Burckhardt verá com alarme a absorção das pequenas comunas republicanas tardo-medievais por grandes centros político-militares. A nação, a seu juízo, é avessa à cultura. Tal como

87 SIGURDSON, 1990.

88 BURCKHARDT, 2003, p. 395.

89 TOCQUEVILLE, 1999.

afirma Stephen Tonsor⁹⁰, o oposto das cidades-Estado, para Burckhardt, são os Estados supercentralizados e geograficamente ampliados, tal como o Império francês de Napoleão e o Império Germânico depois de 1871.

Burckhardt não vê a marcha do Estado soberano como um avanço, mas como uma decadência face à “sociedade de sociedades” que constitui a Europa ao fim do Medievo. O sufrágio universal (que Burckhardt rejeita) representaria uma “ilusão de interatividade”, incapaz de substituir a vivência de participação política dos habitantes das pequenas cidades autônomas⁹¹. É nas cidades-Estado renascentistas que o historiador localizará o berço do “maquiavelismo” que caracteriza a *práxis* política de seu próprio tempo. Utilizando-se, para fins estratégicos, da especulação, da economia doméstica, dos negócios da agricultura e da engenharia, as repúblicas e os principados da Itália do *Cinquecento* oferecem uma matriz a partir da qual serão moldadas as monarquias absolutistas. No Renascimento opera-se “a multiplicação e a concentração conscientes dos instrumentos de poder”⁹², fator imprescindível para a organização funcional das grandes casas reais na Modernidade Clássica: “É somente nos Estados italianos que as consequências de uma total consciência política, o modelo da administração maometana e uma prática antiquíssima de produção e comércio reúnem-se para fundar uma verdadeira ciência estatística”⁹³.

Todavia, durante o Antigo Regime essa centralização restará incompleta – como Pietro Costa⁹⁴ evidencia, o Estado absolutista é o mais pleno Estado de Direito, haja vista que sua atuação ainda é severamente restringida pelas prerrogativas de outras instituições públicas como o Império, a Igreja e as corporações de ofício. Só o nacionalismo que emerge dos movimentos revolucionários burgueses extirpará os resquícios “feudais” que

90 TONSOR, 1997.

91 BURCKHARDT, 1961; 2003.

92 BURCKHARDT, 1991, p. 90.

93 BURCKHARDT, 1991, p. 91. Noutro momento, o autor argumentará: “*Luego surgió poco a poco el moderno Estado centralizado, que reina esencialmente sobre la cultura y la condiciona, un Estado que es adorado como un diós y que gobierna como un sultán. Monarquías como las de Francia y España imperaban desmesuradamente sobre la cultura, entre otras razones, por el hecho de hallarse a la cabeza del partido religioso fundamental. A su lado aparecían, ahora políticamente impotentes, pero rodeados todavía de privilegios sociales, los estamentos privilegiados por nacimiento y el clero. Y cuando la revolución vino a cambiar el nombre de este Estado omnipotente, que dejó de llamarse Luis, para pasar a llamarse república, lo único que no cambió en medio de tanta mudanza fue este concepto tradicional del Estado*” (BURCKHARDT, 1961, p. 183).

94 COSTA, 2006.

subsistiam no Ocidente, fazendo do Estado nacional o único ente com legitimidade para exarar normas (comunidades como a Basileia de Burckhardt serão, pois, fósseis vivos). Entretanto, como aponta Sigurdson⁹⁵, Burckhardt, diferentemente dos autores de seu tempo, não vê o desenvolvimento de uma comunidade de poderosas nações como uma positiva conquista do Ocidente. Para ele, esse seria um triste legado da maior revolução do século anterior.

Após a Revolução Francesa, o Estado soberano já não será mais “obra de arte”, mas, sim, “artefato tecnológico”, máquina automotriz; é a expressão, não das refinadas e sórdidas cortes do século XVI – com seu regime de “sodomia política”, na feliz expressão de Camille Paglia⁹⁶ –, mas do espírito materialista e massificado do capitalismo. A democracia de massas (assim como a retórica dos direitos fundamentais) seria apenas uma máscara a acobertar o absoluto despotismo de um Poder Público onipotente, que deita sua sombra sobre todas as esferas do mundo da vida.

Mas, para serem reeleitos, os líderes do povo, os demagogos, devem ter as massas a seu lado, e elas, por sua vez, exigem que alguma coisa sempre esteja acontecendo ou, caso contrário, não acreditam que o ‘progresso’ esteja em curso. Não se pode escapar desse *cerclévieux* enquanto continuar existindo sufrágio universal. Uma coisa após a outra terá de ser sacrificada: posições, possessões, religião, modos civilizados, conhecimento puro – enquanto as massas puderem pressionar seus *Meneurs*, e enquanto algum poder não gritar: Calem-se! – e não há o menor sinal disso no momento. E (conforme há muito lamentei para você) esse poder pode, de fato, emergir apenas das profundezas do mal, e seu efeito será horripilante.⁹⁷

Longe de ser “o reino da liberdade realizada”, o Estado moderno é, para Burckhardt, a negação de todo livre-arbítrio. Se a polarização entre cultura e Estado é inerente a todo e qualquer momento histórico, na Modernidade tardia ela alcança tonalidades dramáticas, à medida que “comandos militares supostamente republicanos”⁹⁸, sem qualquer respeito

95 SIGURDSON, 2004, p. 47.

96 PAGLIA, 1992, p. 41.

97 BURCKHARDT, 2003, pp. 365-366.

98 BURCKHARDT, 2003, p. 368.

pela tradição, governam com crueldade enormes contingentes populacionais, reduzidos a massa amorfa. A única alternativa seria retornar a uma era anterior ao entrelaçamento entre Estado e nação (era rapidamente esquecida pelos juristas ocupados em oferecer sustentação teórica para os governos militarizados do século XIX). Contra o otimismo dos intelectuais de sua época (inclusive daqueles que ergueram os pilares da teoria geral do Estado), Burckhardt encara o sistema político oitocentista, com seus movimentos de massa e suas disputas eleitorais (que representariam, na verdade, “jogos de azar”), como o prenúncio de uma “brutal onipotência”, diante da qual todos fatalmente se tornarão, em seu desamparo, “mendigos nos portões da fortuna”⁹⁹.

Referências

- ALMEIDA, Néri de Barros (Org.). *A Idade Média entre os séculos XIX e XX: estudos de historiografia*. Campinas: UNICAMP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2008.
- ALMEIDA, Philippe Oliveira de. A digestão e a reprodução do centauro: o a priori histórico em Foucault. *Revista Limiar*, [S.l.], v. 2, n. 4, pp. 61-86, 2016.
- ALMEIDA, Philippe Oliveira de. O neoliberalismo e a crise dos Critical Legal Studies. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, pp. 2229-2250, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/27420/22852>. Acesso em: 27/02/2018.
- ALMEIDA, Philippe Oliveira de; OLIVEIRA, Ana Guerra Ribeiro de. O jovem Hegel leitor de Maquiavel. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, pp. 289-315, 2016.
- ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Editora Ática e Editora UNB, 1990.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre; Rio de Janeiro: Editora Globo, 1941.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. In: HORTA, José Luiz Borges (Org.). *Direito e política: ensaios selecionados*. Florianópolis: Conpedi, 2015.

99 SIGURDSON, 2004, p. 107.

- BLUNTSCHLI, Johann Kaspar. *Tèorie Générale de l'État*. Ed. Alcan, Paris. 1910.
- BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do Renascimento na Itália: um ensaio*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- BURCKHARDT, Jacob. *Cartas*. Tradução de Renato Rezende. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.
- BURCKHARDT, Jacob. *Reflexiones sobre la historia universal*. Tradução de Wenceslao Roces. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1961.
- BURCKHARDT, Jacob. *The Age of Constantine the Great*. Tradução de Moses Hadas. Berkeley; Los Angeles: University of California Press, 1949.
- BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel*. Tradução brasileira de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 1999.
- BURKE, Peter. Jacob Burckhardt e o Renascimento Italiano. In: BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do Renascimento na Itália: um ensaio*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- CARRIÈRE, Jean-Claude. *Anthologie de l'humour 1900*. Paris: Les Éditions 1900, 1988.
- CHAVES, Ernani. Cultura e política: o jovem Nietzsche e Jakob Burckhardt. *Cadernos Nietzsche*, São Paulo, n. 9, pp. 41-66, 2000. Disponível em: http://www.fflch.usp.br/df/gen/pdf/cn_09_02.pdf. Acesso em: 06/10/2012.
- CLASTRES, Pierre. *A Sociedade Contra o Estado*. Tradução de Theo Santiago. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, Direito e utopia: do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Tradução de Gustavo Castro Alves Araujo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- ESPAGNE, Michel; SAVOY, Bénédicte; TRAUTMANN-WALLER, Céline. *Franz Theodor Kugler. Deutscher Kunsthistoriker und Berliner Dichter*. Berlin: Akademie Verlag, 2010.
- FANCO JÚNIOR, Hilário. *A Idade Média, nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 2001.

- FERNANDES, Cássio da Silva. As contribuições de Jacob Burckhardt ao *Manual de História da Arte* de Franz Kugler (1848). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 25, n. 49, jan./jun. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882005000100006. Acesso em: 06/10/2012.
- FLORENZANO, Modesto. Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado moderno no Ocidente. *Lua Nova*, São Paulo, n. 71, pp. 11-39, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.
- GARBERTSON, Eric. Review: Franz Kugler. *Journal of Art Historiography*, Birmingham, n. 5, pp. 1-10, 2011. Disponível em: <http://arthistoriography.files.wordpress.com/2011/12/garberson-rev.pdf>. Acesso em: 06/10/2012.
- GARNER, Roberta. Jacob Burckhardt as a theorist of Modernity: reading the civilization of the Renaissance in Italy. *Sociological Theory*, Washington, v. 8, n. 8, pp. 48-57, prim. 1990, p 52. Disponível em: http://humanidades.uprrp.edu/smjeg/reserva/Historia/hist6052/Prof%20Maria%20Fatima/roberta_garner.pdf. Acesso em: 08/10/2012.
- GAY, Peter. *O estilo na história*: Gibbon, Ranke, Macaulay, Burckhardt. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- GILBERT, Felix. Ranke as the teacher of Jacob Burckhardt. *Syracuse Scholar*, Syracuse, v. 9, n. 1, pp. 19-24, 1988.
- GOETHE, J. W. *Viagem à Itália*. São Paulo: Cia. Das Letras 1999.
- GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do Estado – entre Medieval e Idade Moderna. *Revista Seqüência*. Florianópolis, nº. 55, 2007. Disponível em <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15042/13714>. Acesso em: 08/06/2013.
- HEGEL, Georg Wilhelm Fredrich. The German Constitution (1798-1802). In: DICKEY, Lawrence; NISBET, H. B (Ed.). *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. Disponível em: <http://www.marxists.org/reference/archive/hegel/gcindex.htm>. Acesso em: 11/07/2014.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 2000.
- HINDE, John R. *Jacob Burckhardt and the crisis of Modernity*. Montreal & Kingston; London; Ithaca: McGill-Queen's University Press, 2000.

- JAEGER, Stephen. Burckhardt's Renaissance and the cult of violence in the 19th century and beyond. In: KOOPMANN, Helmut; BARON, Frank (Org.). *The revival of the Renaissance in the Nineteenth and Twentieth Century*. Münster: Mentis, 2013.
- JONES, Jonathan. Jacob Burckhardt: The Renaissance revisited, *The Guardian*, London, 10 de julho de 2010. Disponível em <https://www.theguardian.com/culture/2010/jul/10/jacob-burckhardt-civilization-renaissance-italy>. Acesso em: 07/2018.
- KAHAN, Alan S. *Aristocratic liberalism: the social and political thought of Jacob Burckhardt, John Stuart Mill, and Alexis de Tocqueville*. New York: Oxford University Press, 2001.
- LARGE, Duncan. “Nosso Maior Mestre”: Nietzsche, Burckhardt e o conceito de cultura. Tradução de Fernando R. de Moraes Barros. *Cadernos Nietzsche*, São Paulo, n. 9, 2000, p. 21. Disponível em: http://www.fflch.usp.br/df/gen/pdf/cn_09_01.pdf. Acesso em: 06/10/2012.
- LE GOFF, Jacques. *La civilisation de l'Occident medieval*. Paris: Éditions Flammarion, 2008.
- LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. *Revolta e melancolia: o romantismo na contramão da modernidade*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- MARTIN, James R. The theory of storms: Jacob Burckhardt and the concept of ‘historical crisis’. *Journal of European Studies*, Canterbury, v. 40, n. 4, pp. 307-327, 2010.
- MAYOS SOLSONA, Gonçal. El problema sujeto-objeto en Descartes. Prisma de la modernidad. Pensamiento. *Revista de investigación e información filosófica*, Madrid, n. 195, v. 49, pp. 371-390, julho a setembro de 1993.
- NEWCOMB, Robert Patrick. Under the Sign of an Evil Power: Jacob Burckhardt and Alfredo Bosi. *Ellipsis*, Journal of the American Portuguese Studies Association, New Brunswick, vol. 7, 2009. Disponível em https://www.academia.edu/5217466/Under_the_Sign_of_an_Evil_Power_Jacob_Burckhardt_and_Alfredo_Bosi. Acesso em: 05/01/2018.
- PAGLIA, Camille. *Personas sexuais: arte e decadência de Nefertite a Emily Dickinson*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- ROSENZWEIG, Franz. *Hegel e o Estado*. Tradução de Ricardo Timm de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2008.

- ROSENZWEIG, Franz. *O pensamento político de Hegel*. Tradução de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996
- SALOMON, Albert. Jacob Burckhardt: transcending history. *Philosophy and Phenomenological Research*, Providence, v. 6, n. 2, pp. 225- 269, dez. 1945.
- SIGURDSON, Richard F. Jacob Burckhardt: the cultural historian as political thinker. *The Review of Politics*, Cambridge, v. 52, n. 3, pp. 417 a 440, verão 1990.
- SIGURDSON, Richard F. *Jacob Burckhardt's social and political thought*. Toronto; Buffalo; London: University of Toronto Press, 2004.
- SKINNER, Quentin. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. Tradução de Yvonne Jean. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- TONSOR, Stephen J. Jacob Burckhardt: tradition and the crisis of Western Culture. *Modern Age: a quarterly review*, Chicago, pp. 3-10, inverno 1997.

Recebido em 06 de agosto de 2018.

Aprovado em 06 de fevereiro de 2020.

La inconstitucionalidad del Proyecto Enmienda Constitucional nº 215/2000 frente a los derechos de los pueblos indígenas

*A inconstitucionalidade do Projeto de Emenda Constitucional
nº 215/2000 frente aos direitos dos povos indígenas*

*The unconstitutionality of the Constitutional Amendment
Project no. 215/2000 against the rights of the indigenous
peoples*

Vivianny Galvão*

Centro Universitário Tiradentes, Maceió – AL, Brasil

Robiane Karoline Menezes de Lima Santo**

Universidade do Minho, Braga – Portugal

1. Consideraciones iniciales

El estudio del proceso de colonización en las Américas demuestra que los indios representaron a los protagonistas iniciales de la historia local, donde, antes incluso de la ocupación colonizadora, desarrollaban sus actividades de subsistencia y tradicionales rituales.

Con las misiones civilizatorias del Viejo Mundo, los indios pasaron por largos periodos de aculturación, de esclavitud y de exterminio, momento en que fueron encuadrados como malvados salvajes y discriminados por

* Professora do Programa de Pós-graduação em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas (SOTEPP). Professora de direito internacional e direitos humanos no Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. E-mail: viviannygalvao@hotmail.com

** Doutoranda em Sociologia pela Universidade do Minho (Portugal). Membro do Núcleo de Estudantes do Doutorado em Sociologia da Universidade do Minho (NEDSUMinho). Mestre em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas pelo Centro Universitário Tiradentes (UNIT/AL). Advogada OAB Alagoas. E-mail: robianekaroline@hotmail.com.

rechazar la cultura occidental, contexto que fue, poco a poco, siendo modificado, aún existen restos de segregación. De este modo, son pocos los que plantean argumentos para apartar la afirmación de que hay una deuda histórica con los pueblos indígenas.

El presente artículo aborda la temática del reconocimiento de los derechos indígenas, más específicamente, la inconstitucionalidad del Proyecto de Enmienda Constitucional n. 215 de 2000 frente a diversas conquistas ya formalmente previstas en la Ley Mayor y entendidas como derechos fundamentales. El núcleo de la discusión es el vicio contenido en la propuesta, o mejor, varios vicios, pues las justificaciones presentadas no corresponden a los derechos indígenas asegurados como cláusulas pétreas. Se dice, protegidos de cualquier intento de reforma nociva al derecho adquirido.

Para iniciar, se expondrá la evolución del reconocimiento de los derechos indigenistas en el ámbito internacional – global y regional –, ya sea en el ámbito del derecho interno, así como la delimitación de conceptos relevantes al capítulo. A continuación, se abordarán consideraciones sobre las tierras indígenas y su demarcación. Por último, la justificación de la propuesta será desconstruida con el objetivo de detallar su inconstitucionalidad.

Finalmente, la metodología utilizada en el análisis de la inconstitucionalidad fue la investigación bibliográfica, enriquecida con el examen de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y documentos internacionales.

2. Las perspectivas del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas

El movimiento de reconocimiento de los derechos puede ser analizado en obras notables como la “Afirmación Histórica de los Derechos Humanos”, de Fábio Konder Comparato, y la “Era de los Derechos”, de Norberto Bobbio, por ejemplo. Aunque este proceso de reconocimiento parece agotado, basta comprobar en las legislaciones internacionales y estatales la gran cantidad de derechos subjetivos positivos, ciertos grupos considerados minoritarios todavía pleitean la protección de sus derechos específicos en la expresión de la ley. De esta forma, es importante analizar cómo ocurrió ese reconocimiento en las órdenes internacionales e interna.

2.1 En el orden internacional global

Los primeros estudios de extensión global sobre la cuestión indígena empezaron en 1949 por la Organización Internacional del Trabajo. Estos estudios acarrearón en la adopción del Convenio n. 107 de la OIT, en 1957, por 27 países, incluido Brasil, cuya redacción idealizó el retorno de las desigualdades así como el progreso del reconocimiento de la cultura indigenista.

Si, por un lado, esta Convención logró éxito en reconocer el derecho de propiedad de esas minorías sobre las tierras, por otro, fue objeto de críticas, entre las cuales la relación conceptual establecida nítidamente entre las poblaciones tribales y semitribales y una etapa menos adelantada social y económicamente cuando se compara a la comunidad nacional¹, lo que llevó al Convenio n. 169 de la OIT. Este fue el primer instrumento internacional en hacer referencia al término “pueblos indígenas”² en sustitución de “poblaciones indígenas”. Norbert Rouland, al exponer que la existencia de un derecho no deriva de la utilización o no de un determinado término, considera que este obstáculo conceptual es jurídicamente innecesario³. Así, la utilización del término pueblo, caracteriza a los indígenas como un grupo con desarrollo cultural y tradiciones singulares.

Sin embargo, con el uso de “pueblos indígenas”, la Convención 169 no apuntó una concepción específica para este término, empleando el criterio de autodefinición, cuya conciencia de la identidad indígena es el elemento determinante, o sea, no estableció una definición única y universal.⁴

El Convenio n. 169 es un hito en el intento de balizar los intereses estatales desarrollistas y la preservación de los derechos indígenas sobre las tierras que ocupan. El texto del tratado es compatible con las críticas de Amartya Sen al desarrollo visto exclusivamente como crecimiento económico. En este caso, el escenario es aún más emblemático porque muchas veces la actividad minera implica la privación de las libertades fundamentales de esas minorías en nombre de un “desarrollo” que sólo

1 Convenio nº 107 de la OIT – Art. 1, inciso 1, letra “a”.

2 El texto del Convenio n. 169 de la OIT describe claramente “la utilización del término *pueblos* en el presente Convenio no se debe interpretar en el sentido de tener implicación alguna en lo que se refiere a los derechos que pueden conferirse a ese término en el derecho internacional” (Art. 3º).

3 ROULAND, 2004.

4 *Apud* SALMÓN, 2011, p. 179.

traerá beneficios a una capa específica y reducida de la población. No hay desarrollo con el aplastamiento de las libertades fundadoras de la población, en especial, de las minorías que muchas veces no logran participar más efectivamente del proceso democrático nacional por falta de representación. En Brasil, por ejemplo, la participación de indígenas en la vida política nacional (es decir, fuera de su territorio demarcado) impone que abandone la tutela de la Funai (Fundación Nacional del Indio). Hay, por lo tanto, un cambio en el status jurídico que puede abarcar cuestiones más complejas relativas a la pertenencia al pueblo.

En cualquier caso, el Convenio n. 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos en el sentido de asumir el control de sus propias instituciones, modelo de vida y desarrollo económico. De un modelo general, la Convención impone a los Estados signatarios el respeto y la protección de las libertades políticas de los pueblos, ampliando las formas de participación en las cuestiones relativas a sus intereses, en especial en el uso y la explotación de las tierras que ocupan. El libre consentimiento pasa a formar parte del concepto de autodeterminación. De todos los medios de defensa de los derechos de los pueblos indígenas y tribales disponibles del Convenio n. 169, el mecanismo de la consulta previa es, sin duda, el más emblemático. Representa la realización de los derechos de las minorías (derecho a la diferencia) en el contexto del fortalecimiento del principio democrático.

El sistema interamericano de derechos humanos tiene precedente (Sarayakuvs, Ecuador) en el sentido de determinar que el Estado vinculado a la Corte de San José anule las autorizaciones concedidas a la actividad exploratoria de las tierras indígenas que no hayan sido precedidas de consulta previa a los pueblos interesados. El Convenio n. 169 tiene, por lo tanto, un gran impacto en el análisis de esas actividades en América Latina debido a los mecanismos de fiscalización y de sanción creados directa e indirectamente por ella. Ante ello, vale la pena saber un poco más de los Estados americanos que están vinculados a la referida Convención, conforme la tabla abajo.

Estado ⁵	Convenio n. 169 en vigor desde	Referencia a la consulta en la legislación interna
Norte América		
México	05 de septiembre de 1990	Constitución Política de los Estados Unidos, Título Primero, Capítulo 1, artículo 2.B.IX); <i>Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas</i> , de 21 de mayo de 2003, <i>Ley de Planificación</i> , de 13 de junio de 2003; La <i>Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas</i> , de 13 de marzo de 2003. De la misma manera, varios Estados de México promulgaron normas que se refieren a la consulta previa: <i>Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí</i> , de 8 de julio de 2010; <i>Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche</i> , de 15 de junio de 2000; <i>Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango</i> , de 22 de julio de 2007; <i>Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Querétaro</i> , de 24 de julio de 2009; <i>Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Chiapas</i> , de 29 de julio de 1999; <i>Reglamento de la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla</i> , de 22 de julio de 2011; <i>Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades y Pueblos Indígenas del Estado de Morelos</i> , de 18 de enero de 2012; <i>Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit</i> , de 18 de diciembre de 2004; <i>Ley Reguladora del Artículo 9º de la Constitución Política del Estado, sobre los Derechos y la Cultura Indígena</i> , de 13 de septiembre de 2003; Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, del 11 de julio de 2003; <i>Ley de Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave</i> , de 3 de noviembre de 2010; <i>Ley sobre los Derechos y el Desarrollo de los Pueblos y de las Comunidades Indígenas del Estado de Jalisco</i> , de 11 de enero de 2007; <i>Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango</i> , de 22 de julio de 2007; <i>Ley N° 701 de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Guerrero</i> , de 8 de abril de 2011; <i>Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California</i> , de 26 de octubre de 2007; Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, artículo 64; Constitución Política del Estado de Durango, de 22 de febrero de 2004; Constitución Política del Libre y Soberano Estado de Jalisco, de 29 de abril de 2004; <i>Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México</i> , de 10 de septiembre de 2002; Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, de 10 de diciembre de 2004; y <i>Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo</i> , de 20 de noviembre de 1996.

5 Cuadro creado por las autoras con informaciones recogidas en el sitio de la OIT y en la sentencia de la CoIDH en el caso Sarayaku vs. Ecuador.

América Central		
Costa Rica	02 de abril de 1993	No hay referencia
República Dominicana	25 de junio de 2002	No hay referencia
Guatemala	05 de junio de 1996	No hay referencia
Honduras	28 de marzo de 1995	No hay referencia
Nicaragua	25 de agosto de 2010	Constitución Política de la República de Nicaragua. Título IV: Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo Nicaragüense, Capítulo VI: Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica, artículo 89; <i>Ley del régimen de propiedad comunal de los Pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz</i>
América del Sur		
Argentina	03 de julio de 2000	Constitución Nacional de la República Argentina, de 1994, en el artículo 75.17
Bolivia	11 de diciembre de 1991	La Constitución Política del Estado, de 7 de febrero de 2009, reconoce el derecho de los pueblos indígenas de ser consultados (artículo 30.II.15)
Brasil	25 julio 2002	No hay referencia
Chile	15 de septiembre de 2008	Artículo 34 de la <i>Ley Indígena</i> no 19.253, de 1993
Colombia	07 agosto 1991	La Constitución Política de Colombia dispone, en el párrafo del artículo 330; <i>Ley General Ambiental de Colombia</i> , Ley no 99, de 1993
Ecuador	15 mayo 1998	No hay referencia
Paraguay	10 agosto de 1993	Artículo 64 de la Constitución Política de Paraguay, de 1992
Perú	02 febrero de 1994	Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocida en la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 2011
Venezuela	22 mayo de 2002	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, dispone, en su artículo 120; y el artículo 11 de la <i>Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas</i> , de 8 de diciembre de 2005

Cabe mencionar que el derecho de las minorías no puede ser confundido con la protección dada a los vulnerables. Aunque las categorías pueden presentar intersecciones, mientras que los vulnerables pleitean la realización del derecho a la igualdad, las minorías pautan sus demandas por el derecho a la diferencia cultural. Con la lectura del concepto esbozado por James Anaya⁶, es posible verificar dos elementos determinantes, a saber, el vínculo con la tierra y la preservación de la diversidad cultural:

Ellos son indígenas porque sus raíces ancestrales se encuentran clavadas en las tierras sobre las que viven, o sobre las que les gustaría vivir, mucho más profundamente que las raíces de sectores más fuertes de la sociedad que vive en las mismas tierras o muy próximos. Son pueblos que comprenden comunidades distintas con una continuidad en cuanto a su existencia e identidad que les une a las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral.

En el escenario del orden global, hay que hacer mención al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, verdaderos instrumentos de consolidación de los derechos indigenistas, ya que permitieron la rendición de cuentas internacional en caso de violación.

Al clasificar a los indios en la categoría de las minorías⁷, se hace necesario citar la redacción del art. 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que es preciso al aducir la actuación negativa⁸ del Estado con relación a tales grupos:

6 ANAYA *apud* SALMÓN, 2011, p. 180.

7 “La descripción más habitual de una minoría en un Estado determinado puede resumirse como un grupo no dominante de individuos que comparten ciertas características nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, diferentes de las características de la mayoría de la población. Además, se ha defendido que la utilización de una autodefinition, identificada como “la voluntad de los miembros de los grupos en cuestión de preservar sus propias características” y de ser aceptados como parte de esos grupos por los demás miembros, junto con determinados requisitos concretos y objetivos, puede ser una opción viable” (Ficha Informativa Sobre Derechos Humanos nº18| Rev. 1 *apud* “Estudio de los Derechos de Personas pertenecientes a minorías Étnicas, Religiosas y lingüísticas”, Vol. 5 de la serie de estudios, p. 96).

8 Para Flávia Piovesan: “Cabe subrayar que tanto los derechos sociales, económicos y culturales como los derechos civiles y políticos, demandan del Estado prestaciones positivas y negativas, siendo equivocada la simplista visión de que los derechos sociales, económicos y culturales sólo demandan prestaciones positivas, mientras que los derechos civiles y políticos demandarían prestaciones negativas, o la mera abstención estatal.” (PIOVESAN, 2013).

En los Estados en que haya minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, las personas pertenecientes a esas minorías no podrán ser privadas del derecho de tener, junto con otros miembros de su grupo, su propia vida cultural, de profesar y practicar su propia religión y usar su propia religión propia lengua⁹.

Este dispositivo está limitado en su alcance debido al trato individual de los derechos humanos y al no establecimiento de medidas garantizadas del goce de esos derechos. Además, junto con las demás disposiciones internacionales, el art. 27 es deficiente en la concepción de “minorías”, reconociendo que las “personas pertenecientes a esas minorías” no tendrán sus derechos negados¹⁰. Por este lapso, el trabajo de la Subcomisión para la prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Órgano subsidiario a la Comisión de Derechos Humanos (CDH) – culminó en la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, legitimó expresamente la actuación estatal para adoptar medidas en favor del goce de los derechos y perpetuación del desarrollo de la cultura, tradiciones y costumbres, con la salvedad de las prácticas violadoras de la norma interna e internacional¹¹, o sea, pasó a prever la actuación positiva del Estado. Sin embargo, la relevante concepción de dichas minorías continuó vaga. Ante esta coyuntura, Stavenhagen reportó a las palabras de Francesco Capotorti¹² para demostrar una definición de “minorías”¹³ aceptada por la mayoría doctrinal:

Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en posición no dominante, cuyos miembros – naturales del Estado – presentan desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico, características que difieren de las del resto de la población y manifiestan, aún cuando no sea más que de manera implícita, un sentimiento de solidaridad, con el fin de preservar sus culturas, sus tradiciones, su religión o su lengua.

9 Pacto Internacional sobre Derecho Civiles y Políticos – Art. 27.

10 STAVENHAGEN, 1998, p. 91.

11 Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas - Art. 4

12 Francesco Capotorti fue relator especial de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías.

13 CAPOTORTI *apud* SALMÓN, 2011, p. 186.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 1, dispuso expresamente el derecho de autodeterminación de los pueblos, lo que resguardó el ejercicio de pleno derecho al desarrollo social, cultural y económico de los pueblos indígenas y sus tierras, se trata, derecho fundamental a la preservación de la tradición cultural.

Después de casi veinte años sufriendo diversas alteraciones desde la redacción original, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada en 2007 después de 143 votos a favor en la Asamblea General, incluido Brasil. En cambio, Estados Unidos, Canadá y Australia votaron en contra del ascenso del reconocimiento.

2.2 En el orden internacional regional

En la perspectiva internacional, en este momento, a nivel regional, se vislumbra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, creación de la Organización de los Estados Americanos (1948) y compuesto por dos instrumentos – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y La Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José 1969) – de suma importancia a la temática aquí expuesta, en la medida en que, aunque la ausencia de previsión peculiar a los pueblos indígenas, revelan el carácter universal de los derechos humanos, lo que engloba el derecho indigenista a la tierra .

En paralelo y aún en proceso de elaboración, el proyecto de Declaración Interamericana sobre Derechos de los Indios sugiere un poder de veto de las poblaciones indígenas sobre acciones que interfieran en sus tierras. En contrapartida, el Convenio n. 169 de la OIT establece que el deber de consulta previa es una obligación del Estado de preguntar, de manera respetuosa y adecuada, la opinión de los pueblos indígenas sobre las decisiones capaces de afectarlos.

Por lo tanto, se percibe que, bajo la influencia del reconocimiento de los derechos de las minorías y el principio de la no discriminación, el Proyecto de Declaración Interamericana sobre Derechos de los Indios avanzó en lo tocante al poder de participación de la comunidad indígena en decisiones que puedan afectarlas. Claudio Nash¹⁴ comenta la evolución del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

14 NASH *apud* SALMÓN, 2011, p.183.

En la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podemos distinguir diversas etapas respecto de la cuestión indígena. Una primera etapa está vinculada a la protección de los indígenas en cuanto a individuos vulnerables; una segunda, incorpora la idea de derechos dignos de especial protección, centrados en la Idea de igualdad y no discriminación y en la doctrina elaborada internacionalmente sobre minorías; la última etapa, basada en un enfoque de derechos, considerando a los indígenas como titulares plenos y en ciertos aspectos con protección especial en el goce y ejercicio de ciertos derechos.

Por lo tanto, se puede afirmar que, en términos de reconocimiento, la evolución en el ámbito regional configuró un marco histórico, ya que consolidó la singular universalidad de los derechos indígenas, lo que restó corroborado en el sistema jurídico brasileño como se observará a continuación.

2.3 En el ordenamiento patrio

Inicialmente, vale observar que, hasta 1988, las constituciones fueron omitidas en cuanto al tema de la protección de las minorías, hecho que revela el carácter individual en la protección de los derechos. Utilizando el término “silvícolas”, la Constitución de 1934 fue la primera Constitución a mencionar a los indios¹⁵. El respeto a la posesión de las tierras donde se encontraban fue la única garantía a estos pueblos asegurada hasta 1988, o sea, ya se vislumbraba el llamado derecho originario a las tierras a ser detallado más adelante.

Siguiendo la indeterminación conceptual verificada en los documentos internacionales, la Constitución ciudadana (1988) no define minorías ni siquiera pueblos indígenas. Sin embargo, este grupo minoritario es citado en una serie de dispositivos que revelan la protección de sus manifestaciones culturales; aseguran la organización social, las costumbres, las lenguas, las creencias y las tradiciones indígenas, incluso sus tierras; la competencia privativa de la Unión para legislar sobre poblaciones indígenas; la competencia de la Justicia Federal para juzgar casos involucrando derechos indígenas; y la competencia del Ministerio Público para defender

15 Mención mantenida por las Constituciones de 1934, 1946 y 1967.

judicialmente los derechos e intereses de esas comunidades¹⁶. Se registra que algunos de esos derechos fueron incorporados por la idea ya traída por la Convención n. 169 de la OIT (1998), aunque ésta fue incorporada por el Estado brasileño sólo en 2004 con el Decreto n. 5.051.

Como se ha dicho, la no precisión de un concepto de “minorías” en el ordenamiento patronal encamina, una vez más, al enfoque doctrinal. A diferencia de la perspectiva numérica¹⁷ adoptada en el concepto de Francesco Capotorti, Carmen Lúcia expresa el sentido de “minorías” como grupos sin voz y vez, pues les son negados derechos, se leen derechos formalmente establecidos, en razón de la discriminación:

[...] no se toma la expresión minoría en el sentido cuantitativo, sino en el de cualificación jurídica de los grupos contemplados o aceptados con un cabal inferior de derechos, efectivamente asegurados, que otros que detentan el poder. En realidad, la minoría, en el derecho democráticamente concebido y practicado, tendría que representar el número menor de personas, ya que la mayoría es la base de ciudadanos que comprenda el mayor número tomado de la totalidad de los miembros de la sociedad política. Sin embargo, la mayoría es determinada por aquel que detiene el poder político, económico e incluso social en determinada base de investigación. [...]. Así, el caso de los negros y mujeres en Brasil, que son tenidos por minorías, pero que representan mayor número de personas en la globalidad de los que componen la sociedad brasileña¹⁸.

En el momento en que se refiere al derecho originario a las tierras ocupadas por los indios, éste fue reconocido por el Derecho brasileño a mediados del siglo XIX, por medio del instituto del indigenato, compuesto por el Alvará Régio de 1680 y Ley de 06 de junio de 1755, ambos editados por la Corona Portuguesa en los siglos XVII y XVIII, respectivamente.

En el marco de la Ley de Tierras de 1850, en el Decreto n. 1.318 de 1854 (regulador de la Ley de Tierras), en el Estatuto del Indio (Ley n. 6.001 de 1973) y luego en las Constituciones de 1934, 1937, después del

16 CRFB, Artículos 215, 22, inciso XIV, 109, inciso XI, 129, inciso V, 231 y 232.

17 Además del elemento numérico (grupo numéricamente inferior), Francesco Capotorti utiliza el criterio de la subordinación (grupo no dominante) y la preservación de las características étnicas, religiosas y lingüísticas.

18 ROCHA, 1996, p. 285.

período de colonización, dicho derecho se mantuvo consagrado en la Ley de Tierras de 1850, 1946 y 1988.

Aunque el derecho originario a las tierras ocupadas por los indios fue previsto antes incluso de la primera Constitución, la Carta de 1988 fue divisoria de aguas por reconocer el carácter permanente¹⁹ de tal derecho, además de consagrar claramente la diferencia cultural existente y el derecho de perpetuar sus costumbres, tradiciones y creencias. En ese sentido, puntualiza María Stella Ferreira Levy²⁰:

[...] rompiendo una tradición de leyes que vienen, desde 1500, más desprotegiendo que protegiendo a los pueblos indígenas, probablemente sólo pudieron ocurrir por estar en una nueva era relativa a los derechos, de la que forma parte la ideología presente en el Estado de Derecho que, en tesis, privilegia cuestiones como el diálogo y el pluralismo.

En 1910, en el centro de un embate entre los que declinaban por el entendimiento y respeto al espacio indígena y aquellos que defendían el exterminio de los indios resistentes al avance del proceso de colonización, se creó el Servicio de Protección del Indio (SPI) Decreto n° 8.072. Una verdadera incoherencia a la propia nomenclatura establecida, el órgano no pretendía proteger a los indios, sus tierras, sus costumbres, tradiciones y creencias. A diferencia de la Constitución de 1988, el SPI sostenía la idea de indiferencia e integracionismo del indígena, estimulando su occidentalización, pues entendía transitoria la calidad de ser indio. Fue el aspecto más criticado hasta su sustitución por la Fundación Nacional del Indio (Funai), en 1967.

En el mismo año de creación de la Funai, la Constitución de 1967 atribuyó a la Unión la propiedad de las tierras indígenas, así como aseguró la posesión permanente de las tierras por ellos habitadas. Estas conquistas fueron mantenidas por la Enmienda Constitucional n° 1 de 1969, añadiendo sólo la garantía de inalienabilidad de tales tierras.

El Estatuto del Indio fue un marco para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pues, entre otros avances, confería legitimidad al Ministerio Público Federal para promover la defensa de los indios

19 Constitución Federal de 1988 – Art. 231, §1º.

20 LEVY, 2009, p. 503.

y sus derechos, avance este corroborado por la Constitución de 1988²¹ y, por lo tanto, la mayor eficacia, en razón de ser norma constitucional²². En 1988, la garantía de la posesión fue enfatizada en el art. 231 de la Magna Carta, disponiendo que las tierras indígenas son inalienables e indisponibles y los derechos sobre ellas, imprescriptibles. Por lo tanto, son tierras no pasibles de usucapición ya pesar de titular de la propiedad, la Unión no puede vender ni donar las tierras indígenas en razón del carácter permanente de la posesión.

El Supremo Tribunal Federal se enfrentó por primera vez con un embate sobre las tierras indígenas, específicamente demarcación continua de la tierra indígena Raposa Serra do Sol²³ (Petición n. 3.388 en Acción popular), ubicada en Roraima, región que fue conocida de cerca por los Ministros Gilmar Mendes, Carmen Lúcia y Carlos Ayres Britto, lo que demuestra la relevancia de la materia.

En la ocasión, por un lado, figuraron los granjeros, representantes del Estado de Roraima y el Senador Mozarildo Cavalcanti (contrarios a la demarcación continua); de otro, representantes del MPF, de la Funai y de la AGU, además de la representante de los pueblos indígenas de la región, la abogada indígena Joena Wapixana²⁴. La decisión favorable del Supremo Tribunal Federal a la demarcación continua reconoció la legalidad de la demarcación del área protagonista del debate, alejó la idea de que la demarcación de TI amenaza el principio de la federación y la soberanía nacional, así como demostró que sería una afrenta a la constitución permitir que los dichos no indígenas ocuparan las tierras reconocidas como indígenas, lo que ocurriría si la referida Corte entendiera por la demarcación en “islas”.

Vale la pena, que la decisión sustituyó a la teoría del indigenato – no es posible definir la fecha de inicio de la posesión de TI, pues es permanente/inmemorial²⁵ – por la teoría del hecho indígena. Con la sustitución, verdadero retroceso, el STF entendió que la fecha de inicio del derecho de posesión de los indígenas es el 5 de octubre de 1988 (promulgación de la

21 Constitución Federal de 1988 – Art. 232 y Estatuto del Indio - Art. 37.

22 DALLARI, 1991. p. 319.

23 Se registra que el área fue identificada por la Funai en 1993 y después de cumplir el rito procedimental, la demarcación fue administrativamente concluida en 2005. Disponible en: <<http://www.socioambiental.org/inst/esp/raposa>>. Acceso en: Ene. de 2016.

24 YAMADA; VILLARES, 2010, p. 144.

25 SIMONI, 2009, p. 41.

Constitución Federal). Controversialmente, el propio STF se había posicionado en el sentido de reconocer la ocupación anterior a la CF/88 (Recurso Extraordinario n. 416.144-3)²⁶:

EL SEÑOR MINISTRO GILMAR MENDES – Sr. Presidente, se trata de un caso interesante, que habla un poco de nuestra experiencia en este tema, que ya se arrastra, creo, desde la Constitución de 1891. Creo que es pacífico, incluso entre los estudiosos del tema, que el artículo 64 de la Constitución de 1891, al deferir a los Estados las llamadas “tierras devueltas”, por lo menos eso resulta de los estudios del célebre João Mendes, no habría repasado aquellas tierras destinadas al indigenato. Después el texto de 1934, más específicamente el texto de 1946, después 1967, 1969, y, finalmente, el texto de 1988, todos ellos enfatizaron el valor de la posesión indígena, incluso los últimos enfatizando la propiedad de la Unión y el usufructo a favor de los ciudadanos indígenas. Es cierto, también, esto es algo pacífico, que eventual alejamiento o expulsión de los indios de las tierras a ellos destinados, o por ellos ocupados, no constituía *modus operandi o faciendi* para la eliminación de la propiedad – eso, me parece, implícito, incluso, en la discusión. De modo que la Unión seguía siendo propietaria de esas tierras. También no me parece suficiente, para apartar la discusión que aquí se enceta y se plantea, la invocación de aquellas famosas certificaciones de la Funai sobre la no ocupación de esas tierras por los indios. [...] Entonces, como bien demostrado por la eminente Relatora, no es de eso que se cuida. En 1998, se hizo la definición en cuanto a la demarcación de esas tierras y, desde entonces, se arrastra las discusiones con sucesivas medidas de efecto suspensivo. Esto trata un poco, también, de nuestra historia e incluso, sobre el Judicial y la propia Administración, que parecen trabajar un poco con el paradigma de la eternidad. Tema como este acaba por quedar indefinido.

La decisión demuestra claramente que el reconocimiento de los derechos indígenas ocurrió antes de la Carta de 1988, más específicamente, el derecho originario a la tenencia de tierras tradicionalmente ocupadas por dichos pueblos. Fueron conquistas graduales y sucesivas que culminaron con carácter de norma constitucional bajo protección del instituto de las cláusulas pétreas.

²⁶ Apud YAMADA; VILLARES, 2010, p. 150.

3. Las tierras indígenas y su demarcación

Conforme a la redacción del artículo 231 de la Constitución Federal, es posible definir tierras indígenas tradicionalmente ocupadas²⁷ a partir de la verificación de varios aspectos: a) aspecto territorial, espacio habitado por los indios; b) aspecto cultural, la porción del territorio que garantiza el mantenimiento de sus costumbres, tradiciones y creencias; c) aspecto ecológico, garante de la preservación del ecosistema, cuyo indio depende y el aspecto económico, la porción de tierra necesaria para el desarrollo de las actividades de subsistencia como la caza y la pesca.

Actualmente, de acuerdo con levantamientos reunidos por la Funai, el porcentaje de ocupación de tierras indígenas regularizadas alcanza cerca del 12,2%²⁸ del territorio nacional. Sin embargo, en la distribución de este porcentaje, hay una determinada concentración de estas tierras en la región norte del país, principalmente en la Amazonia, en la medida en que esta área aún no ha sido muy explotada. Tal hecho demuestra bien que la disminución de indios en determinada región está intrínsecamente ligada al descubrimiento de riquezas²⁹.

El artículo 67 del Acta de Disposiciones Constitucionales Transitorias estableció que “la Unión concluirá la demarcación de las tierras indígenas en el plazo de cinco años a partir de la promulgación de la Constitución”, o sea, hasta 1988. Sin embargo, el entendimiento jurisprudencial³⁰ fue en

27 Estatuto del Indio – Art. 17. Existen otros tipos de tierras indígenas como la reserva indígena, las tierras dominicales y tierras prohibidas.

28 Disponible en: <www.funai.gov.br>. Acceso en: Ene. 2016.

29 CUNHA, 1994.

30 ENMIENDA: RECURSO ORDINARIO EN MANDADO DE SEGURIDAD. DEMARCACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS. ALEGACIÓN DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEMARCATORIO. INEXISTENCIA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDAD RECONOCIDA POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRADICIÓN Y DE LA AMPLIA DEFENSA. NO OCURRENCIA. RECURSO DESPROVADO. I – Esta Corte tiene entendimiento en el sentido de que el marco temporal previsto en el art. 67 del ADCT no es decadal, pero que se trata de un plazo programático para la conclusión de demarcaciones de tierras indígenas dentro de un período razonable. Precedentes. II – El proceso administrativo orientado a la demarcación de tierras indígenas está regulado por legislación propia – Ley 6.001/1973 y Decreto 1.775/1996 – cuyas reglas ya fueron declaradas constitucionales por el Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III – No hay ninguna ofensa a los principios de lo contradictorio y de la amplia defensa, pues según se verifica en los autos, la recurrente tuvo la oportunidad de manifestarse en el proceso administrativo y presentar sus razones, que fueron debidamente refutadas por FUNAI. IV Recurso a que se desestima. (RMS 26212, Ponente: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primera Clase, juzgado el 03/05/2011, DJe-094 DIVULG 18-05-2011 PUBLIC 19-05-2011 EMENT VOL-02525-02 PP-00290).

el sentido de que el plazo de cinco años no podría perjudicar a los indios ante la morosidad de la Unión en ese período, hasta porque las demarcaciones continuaron siendo realizadas, alcanzando un número³¹ de 434 tierras indígenas regularizadas.

El Estatuto del Indio (1973), en su art. 19, previó “las tierras indígenas, por iniciativa y bajo orientación del órgano federal de asistencia al indio, serán administrativamente demarcadas, de acuerdo con el proceso establecido en decreto del Poder Ejecutivo”.

Por su parte, el Decreto n° 1.775 de 1996 dispone que el procedimiento administrativo de demarcación de las tierras indígenas comprende diversas etapas: I – estudios de identificación y delimitación realizados por la Funai; II – contradictorio administrativo; III – declaración de los límites por el Ministro de Justicia; IV – demarcación física por la Funai; V – evaluación, a cargo de la Funai, de las mejoras realizadas por los no indios; VI – homologación de la demarcación por el Presidente de la República; VII – pago de las mejoras y retirada de los ocupantes no indios, ambos realizados por la Funai; VIII – registro de las tierras indígenas y IX – interdicción de tierras de pueblos aislados por la Funai.

Es necesario destacar que el procedimiento de demarcación culmina en un acto – homologación – de carácter declaratorio. Por lo tanto, es un mero reconocimiento del Estado brasileño de la protección ya prevista en la Constitución Federal, cuál es el derecho originario sobre las tierras que tradicionalmente fueron ocupadas por los indios³². Además, la demarcación beneficia a la organización social indígena y su reproducción cultural, así como propicia la protección ambiental y biodiversidad de las áreas delimitadas y contribuye a la reducción de conflictos, garantizando un mayor control del Estado en la región, por ejemplo, la gestión escolar.

4. La inconstitucionalidad de la PEC 215/2000

De autoría del Congresista Almir Moraes Sá, el Proyecto de Enmienda Constitucional 215 de 2000³³ modifica el Art. 49, añadiendo en el rol de las

31 Disponible en: <www.funai.gov.br>. Acceso en: Ene. de 2016.

32 Constitución Federal Art. 231. Son reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, compitiendo a la Unión demarcarlas, proteger y hacer respetar todos sus bienes.

33 Disponible en: <<http://www.ebc.com/sites/default/files/pec215.pdf>>. Acceso en: Ene. de 2016.

competencias exclusivas del Congreso Nacional, a través del inciso XVIII, la aprobación de la demarcación de las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios y ratificación de las demarcaciones ya homologadas. La referida PEC también modifica el art. 231, §4, “Las tierras de que trata este artículo, después de la respectiva demarcación aprobada o ratificada por el Congreso Nacional, son inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas, imprescriptibles”³⁴. Es decir, una vez más, propone que la demarcación de TI tradicionalmente ocupada pase por el cribado de aprobación o ratificación del Congreso Nacional.

Después de esta breve síntesis, pasamos a tejer las consideraciones acerca del objeto central del presente estudio: la inconstitucionalidad de la PEC 215. El constituyente originario estableció en el Art. 231 de la CF la competencia para la Unión (Poder Ejecutivo) demarcar las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios. El Art. 2º revela el principio de la separación de los poderes “son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Poder Judicial”. Ya es pacífica en el STF la postura de derramar este principio, pudiendo haber interferencias entre los Poderes con el fin de equilibrar derechos, siempre que no resulte en falta de respeto a la Constitución. En este sentido³⁵:

El Poder Judicial, cuando interviene para asegurar las franquicias constitucionales y para garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, desempeña, de manera plenamente legítima, las atribuciones que le ha conferido la propia Carta de la República. El regular ejercicio de la función jurisdiccional, por eso mismo, desde que está basado en el respeto a la Constitución, no transgrede el principio de separación de poderes. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, juicio en 16-9-1999, Plenario, DJ de 12-5-2000).

Por lo tanto, se percibe que la PEC 215 viola el principio de la separación de los poderes, en la medida en que intenta legitimar la usurpación del poder concedido a la Unión, irrespetando al legislador constituyente originario, pues no se trata de una interferencia para garantizar la efecti-

34 El actual Art. 231, § 4º prevé “Las tierras de que trata este artículo son inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas, imprescriptibles”.

35 Disponible en: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.-principio-de-separa-de-poderesfunciones-na-constituica-de-1988,47764.html>>. Acceso en: Ene. de 2016.

vidad una norma constitucional – como se observa en la judicialización del derecho a la salud, por ejemplo –, sino para apoderar a dicha bancada ruralista y hacer aún más extenso el procedimiento de demarcación.

Con la Constitución Federal de 1988, los derechos de los indios – a la posesión de sus tierras, a la auto organización, a la cultura, etc. – se han elevado al nivel de derecho fundamental. Aunque no previstos en el rol del Art. 5, es evidente esta configuración, pues están directamente ligados a los derechos fundamentales explícitos y al principio de la dignidad de la persona humana³⁶. Según Ingo Sarlet:

[...] Derechos fundamentales son, por lo tanto, todas aquellas posiciones jurídicas concernientes a las personas, que desde el punto de vista del derecho constitucional positivo, fueron, por su contenido e importancia (fundamentalidad en sentido material), integradas al texto de la Constitución y, por lo tanto, retiradas de la esfera de disponibilidad de los poderes constituidos (fundamentalidad formal), así como las que, por su contenido y significado, puedan equipararse, añadiéndose a la Constitución material, teniendo o no, asiento en la Constitución formal (aquí considerada la apertura material del Catálogo).³⁷

El Art. 60 de la CF trajo el rol de las cláusulas pétreas, verdaderos instrumentos de preservación del “núcleo esencial”³⁸ asegurado por el constituyente originario. De acuerdo con los incisos III y IV del § 4º, configuran como cláusulas pétreas la separación de los poderes y los derechos y garantías individuales. De acuerdo con esta norma constitucional, estas cláusulas no pueden figurar objeto de deliberación de propuesta de enmienda tendente a abolir o disminuir la protección del “núcleo esencial”. De este modo, el STF ya se ha manifestado³⁹:

La eficacia de las reglas jurídicas producidas por el poder constituyente (redundantemente llamado ‘originario’) no está sujeta a ninguna limitación normativa, sea de orden material, sea formal, porque proviene del ejercicio de

36 Constitución de la Federación - Art. 5º, § 2º. Cláusula de apertura constitucional a nuevos derechos fundamentales.

37 SARLET, 2011, p. 77.

38 FERREIRA FILHO *apud* NÓBREGA, 2009.

39 (ADI 2.356-MC e ADI 2.362-MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, juicio el 25-11-2010, Plenario, DJE de 19-5-2011.) Disponible en: <http://www.de.la.Comisión>. Acceso en: Enero de 2016.

un poder de hecho o suprapositivo. Las normas producidas por el poder reformador, éstas tienen su validez y eficacia condicionadas a la legitimación que reciben del orden constitucional. De ahí la necesaria obediencia de las enmiendas constitucionales a las llamadas cláusulas pétreas.

Una vez más y de forma más gravosa, se verifica la total inconstitucionalidad de la propuesta de enmienda analizada, debido a la pretendida disminución y / o abolición⁴⁰ del derecho fundamental de los indios a la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas (Art. 231, CF) de la separación de los poderes (Art. 2, CF). Además, por razonamiento lógico, se entiende también por la violación al Convenio 169 de la OIT y al principio de la prohibición del retroceso social, pues, una vez aprobada, la enmienda hará amenazada la efectiva preservación de los usos, costumbres y tradiciones asegurada a las comunidades indígenas por el hecho de la perpetuación cultural ser viabilizada por la protección al derecho a las tierras indígenas.

El procedimiento de demarcación es meramente declaratorio⁴¹, reconoce lo ya previsto por la Constitución, en este caso, el derecho originario a la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas. Si se aprueba, la PEC no respetará el principio de seguridad jurídica, pilar del Estado Democrático, pues amenazará la estabilidad del derecho adquirido a la tenencia de los miles de tierras ya demarcadas y otras tantas a la espera de la conclusión del rito demarcatorio.

40 Corroborando “El Congreso Nacional, en el ejercicio de su actividad constituyente derivada y en el desempeño de su función reformadora, está jurídicamente subordinado a la decisión del poder constituyente originario que, junto con restricciones de orden circunstancial, inhibitorias del poder reformador (CF, Art. 60, § 1º), identificó, en nuestro sistema constitucional, un núcleo temático intangible e inmune a la acción revisora de la institución parlamentaria. Las limitaciones materiales explícitas, definidas en el § 4º del artículo 60 de la Constitución de la República, inciden directamente en el poder de reforma conferido al Poder Legislativo de la Unión, inhibiendo el ejercicio en los puntos allí discriminados. La irreformabilidad de ese núcleo temático, acaso irrespetada, puede legitimar el control normativo abstracto, e incluso la fiscalización jurisdiccional concreta, de constitucionalidad. “(ADI 466, rel. Min. Celso de Mello, juicio en 3-4-1991, Plenario, DJ de 10-5-1991.)”

41 “Los derechos de los indios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan fueron constitucionalmente reconocidos”, y no simplemente otorgados, con lo que el acto de demarcación se honra de naturaleza declaratoria, y no propiamente constitutiva. Acto declaratorio de una situación jurídica activa preexistente. Esta es la razón por la que la Carta Magna los ha llamado “originarios”, a traducir un derecho más antiguo que cualquier otro, de manera a preponderar sobre supuestos derechos adquiridos, incluso los materializados en escrituras públicas o títulos de legitimación de posesión en favor de no indios. Actos, éstos, que la propia Constitución declaró como nulos y extinguidos’ (§6º del Art. 231 de la CF)” (Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, juzgado en 19-03-2009, Plenario, DJE de 1º-7-2010). Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/constitutiva/constitutiva.asp>>. Acceso en: Ene. 2016.

Por último, en la lectura de la última justificación del Proyecto, se percibe el entendimiento equivocado del diputado Almir Sá bajo el fundamento de que la atribución concedida a la Unión crea obstáculos, dichos por él, insuperables, por no establecer consulta o consideraciones a los intereses de los estados miembros, calificando la demarcación en un acto unilateral. Es notorio el vicio de inconstitucionalidad debido al firmado por el Decreto nº 1.775 (1996) regulador de las etapas de procedimiento de demarcación, entre las cuales se ve justamente la fase del contradictorio⁴² y amplia defensa – principios constitucionales expresados, lo que posibilita la manifestación de los interesados.

5. Conclusión

En el transcurso del capítulo, se demostró el desarrollo de la comprensión de los derechos indígenas, ocurrida de forma lenta y para ello, fue necesario superar algunas discusiones acerca de definiciones importantes para el estudio. Imprescindible también fue examinar las disposiciones internacionales y patrias al respecto.

El escenario internacional fue abordado con el fin de demostrar la relevancia del tema y la incorporación, por el Derecho brasileño, de las ideas insertadas en las Declaraciones, Convenciones y Tratados Internacionales. El abordaje de la legislación brasileña – a nivel constitucional o no – dirigió más propiamente para la reglamentación acerca de los derechos originarios a la posesión y en la configuración de los indios como minorías.

El gran avance a partir de 1988 fue entender, a través de la jurisprudencia, los derechos indígenas como derechos fundamentales trayendo la

42 “RECURSO ORDINARIO EN MANDADO DE SEGURIDAD. DEMARCACIÓN DE TIERRAS INDÍGENAS. ALEGACIÓN DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DEMARCATORIO. INEXISTENCIA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDAD RECONOCIDA POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRADICCIÓN Y DE LA AMPLIA DEFENSA. NO OCURRENCIA. RECURSO DESPROVADO. I – Esta Corte tiene entendimiento en el sentido de que el marco temporal previsto en el art. 67 del ADCT no es decadencial, pero que se trata de un plazo programático para la conclusión de demarcaciones de tierras indígenas dentro de un periodo razonable. Precedentes. II – El proceso administrativo orientado a la demarcación de tierras indígenas está regulado por legislación propia – Ley 6.001/1973 y Decreto 1.775/1996 – cuyas reglas ya fueron declaradas constitucionales por el Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III – No hay ninguna ofensa a los principios de lo contradictorio y de la amplia defensa, pues según se verifica en los autos, la recurrente tuvo la oportunidad de manifestarse en el proceso administrativo y presentar sus razones, que fueron debidamente refutadas por FUNAI. IV – Recurso a que se niega desarrollo” (fl. 785). Disponible en: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19732518/recurso-ord-en-mandado-de-seguridad-rms-26212-df>>. Acceso en: Ene. de 2016.

idea de que el indio posee el derecho de ser y seguir siendo indio, preservando su cultura, costumbres, tradiciones y creencias, medio ambiente y biodiversidad.

De hecho, aunque la legislación ha progresado, los factores de discriminación y el interés económico, aún enraizados en algunos sectores sociales, llevaron hasta la PEC 215. Es inevitable la mirada crítica ante una propuesta cubierta de vicios insanables que afectan no sólo los derechos fundamentales de los derechos indígenas, pero también, y no menos importante, el derecho al medio ambiente, cuya titularidad es de toda la colectividad.

Referencias

- ANJOS, Cláudia Giovannetti Pereira dos. O Supremo Tribunal Federal e a Proteção às Minorias. In: JUNIOR, Alberto do Amaral y JUBILUT, Líliliana Lyra. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2009, pp. 327-350.
- BRASIL. *Decreto nº 592 de 6 de Julio de 1992*. Promulga el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acceso en: Nov. 2015.
- BRASIL. *Constitución de la República Federativa de Brasil*. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acceso en: Dic. 2015.
- BRASIL. *Decreto nº 591 de 6 Julio de 1992*. Promulga El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acceso en: Nov. 2015.
- BRASIL. *Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004*. Promulga la Convención nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm>. Acceso en: Dic. 2015.
- BRASIL. *Ley nº 6.001 de 19 de diciembre de 1973*. Estatuto del Indio. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm>. Acceso en: Dic. 2015.

- CORDEIRO, Enio. *Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 1999.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. O futuro da questão indígena. *Estudos avançados* (121 – 136), 1994. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n20/v8n20a16.pdf>>. Acceso en: Ene. 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos Direitos dos Índios. *Revista Informativo Legislativo*. a. 28. n. 111. Brasília, 1991.
- EBC. *Projecto de Enmienda Constitucional nº 215 de 2000*. Disponible en <<http://www.ebc.com.br/sites/default/files/pec215.pdf>>. Acceso em: Ene. 2016.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Diccionario Aurélio de la Lengua Portuguesa*. 5. ed Curitiba: Editora Positivo, 2010.
- JUNQUEIRA, Carmen Sylvia de Alvarenga; PAIVA, Eunice. La legislación brasileña y las poblaciones indígenas en Brasil. In: STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/El Colégio de México, 1988
- LEVY, Maria Stella Ferreira. O direito das minorias e as nações indígenas no Brasil. *Cad. CRH* [online]. vol. 22, n. 57. pp. 493-505. 2009. ISSN 0103-4979. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010349792009000300005&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acceso en: Ene. 2016.
- MOREIRA, Felipe Kern. O direito internacional dos povos indígenas: colisão multidimensional de direitos. *Revista Meridiano* 47. Instituto Brasileiro de Relaciones Internacionales, Brasília, nº 95, pp. 25-26, 2008.
- NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *CLÁUSULAS PÉTREAS: breves consideraciones sobre amplitud de la protección, núcleo esencial y doble enmienda*. 2009. Disponible en: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/203/244>>. Acceso en: Ene. 2016.
- OIT. *Convención nº 169 de la OIT*. Disponible en <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acceso en Nov. 2015.
- OIT. *Convención nº 107 de la OIT*. Disponible en <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acceso en Nov. 2015.
- ONU. Disposiciones para la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías. *Ficha informativa sobre derechos humanos* n.º 18 | Rev. 1 [ACNUDH]. Disponible en: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_18.pdf>. Acceso en: Nov. 2015.
- ONU. *Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Disponible en: <http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1191526307_Encarte299.pdf>. Acceso en: Nov. 2015.

- ONU. *Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*. Disponible en: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_10.htm>. Acceso en: Nov. 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Derechos Humanos y el Derecho Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e actual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Acción afirmativa. El contenido democrático del principio de igualdad jurídica. *Revista de Información Legislativa*, nº 33, 1996. Disponible en: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acceso en: Ene. 2016.
- ROULAND, Norbert. *Derecho de las Minorías y de los pueblos autóctonos*. Trad. Ane Lise Spaltemberg. Brasília: UnB, 2004.
- SALMÓN, Elizabeth. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011
- SANTOS, Sílvio Coelho dos. Derechos Humanos y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Brasil. *Ilha Revista de Antropologia*, v. 7, nº 1,2. Santa Catarina: 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *La eficacia de los derechos fundamentales en la perspectiva constitucional*. 10. ed. rev.e ampl., 3. tir. Puerto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. El sistema internacional de los derechos humanos, *Revista IIDH*, vol. 26 1998. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/26/dtr/dtr3.pdf>>. Acceso en: Nov. 2015.
- STF. *La Constitución y el Supremo*. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acceso en: Ene. 2016.
- SIMONI, Mariana Yokoya. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas bajo la perspectiva internacional y la brasileña. *Revista Meridiano* 47. Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília, nº 105, pp. 37-42, 2009.
- YAMADA, Erica Magami e VILLARES, Luiz Fernando. Juicio de la Tierra Indígena Raposa Serra del Sol: todo dia era día de índio. *Revista direito GV*, vol. 6, n. 1, São Paulo, 2010. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100008>>. Acceso en: Ene. 2016.

Recebido em 21 de fevereiro de 2018.

Aprovado em 20 de novembro de 2019.

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de junho a agosto de 2020
no âmbito do Programa de Pós-Graduação em
Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Aluna: Amanda Laysi Pimentel dos Santos (Mestrado)

Título do Trabalho: Família, raça e transgeracionalidade: análise das estratégias de reprodução social em uma família negra do município de Igarapé-Miri/PA

Data da defesa: 03/07/2020

Banca: Márcia Nina Bernardes (Orientadora), Luiz Fernando Dias Duarte, Maria Elvira Diaz Benitez e Carlos Alberto Plastino

Resumo: A presente pesquisa de mestrado dedicou-se a analisar as últimas gerações de uma família negra residente no município de Igarapé-Miri, interior do estado do Pará, fundadora de um bairro conhecido popularmente como “África”. De descendência escrava, a família carrega consigo uma série de marcas que a caracterizam desde suas gerações passadas até as atuais: dos trabalhos em engenhos e seringais às dificuldades enfrentadas para se movimentar no interior das novas estruturas sociais emergentes, passando em sua mais recente geração a um intenso contato com as instituições do sistema de justiça criminal, a história da família além de singular, possibilita-nos pensar como o racismo reaparece sob novas formas com o passar do tempo e após mudanças sociais significativas. Através da utilização de técnicas da pesquisa etnográfica, buscamos neste trabalho realizar um diagnóstico sobre a influência da herança familiar na permanência e transformação das relações raciais na região, procurando compreender também de que forma ela contribuiu na produção de impactos diferenciados sobre a trajetória de seus descendentes.

Aluna: Daniela dos Santos Almeida (Mestrado)

Título do Trabalho: Pensando a “violência contra mulheres” na zona do não ser: implicações jurídico-políticas

Data da defesa: 04/06/2020

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires (Orientadora), Andrea Browning Gill e Maria de Fátima Lima Santos

Resumo: O presente trabalho aborda as implicações jurídico-políticas que emergem da leitura da problemática da violência empregada contra mulheres quanto refletida desde a zona do não ser. Assumo como marco teórico trabalhos críticos da colonialidade, com especial enfoque em produções feministas decoloniais e afrodiaspóricas. Considerando a reconfiguração das relações globais a partir do evento racial e dos desdobramentos da chamada “Era das Grandes Navegações” e “descoberta” do “Novo Mundo”, tomo o período como termo inicial da Modernidade/Colonialidade. A categoria político-cultural de amefricanidade é introduzida como ferramenta que metodologicamente permite uma análise que referencie a América Latina e registre as marcas de africanização e de opressão racial presentes em sociedades ladinoamefricanas, como o é também a brasileira. Tomando a imbricação como lente de análise para apreender a realidade e entendendo o evento racial como o rasgo que organizou o mundo em zona do ser e do não ser (Fanon, 1968; 2008), percebe-se que as múltiplas opressões produzidas pelos sistemas de hierarquização são transversalizadas pela raça. A divisão colonial da sociedade é a espinhal dorsal do Estado e do direito, que acabam por ser construídos sobre o sistema de *plantation* e a partir dele desenvolvidos, reiterando e atualizando as incisões do poder colonial sobre a vida e a morte. Uma vez que o sistema da *plantation* é marcado pela escravização e pelo genocídio, a categoria violência acaba por ser determinada de forma parcial e instrumentalizada para assegurar a hegemonia cis-heteropatriarcal branca (Kilomba, 2019). Diante disso, argumento a impropriedade em lançar sobre a violência na zona do não ser um olhar informado pela gramática com a qual a violência opera na zona do ser, demonstrando a insuficiência da gramática da inclusão em uma proposta que se pretenda efetivamente emancipatória e igualitária. De tais considerações

emerge também a necessária concepção da violência não como categoria universalizada, mas como processo social que desempenha funções específicas na matriz de poder e é organizada pelo direito. Proponho, assim, que a violência seja nomeada não de forma universal, mas dentro de uma pluralidade de gramáticas de operação. Ainda, que seja tomada como medida de materialização do poder, de modo que sua dimensão pluriversal seja tida em conta tanto quando atualizada pelo Estado quanto quando em relações microcapilarizadas no tecido social. Na matriz de poder colonial, o direito não registra a pluralidade de gramáticas da violência, acabando por mistificar universalizações que, na realidade social, recusam a humanidade daquelas/daqueles situadas/situados na zona do não ser. Assim, acaba por operar como instrumento que sustenta a possibilidade da violência como garantidora da higidez da matriz de poder colonial. Tais considerações, portanto, desafiam o direito a se reconfigurar para registrar o fato de que suas categorias fundamentais – como o é a violência – operam dentro de uma dimensão pluriversal, impossível de se dar conta a partir de universalizações. Isto desafia, por fim, que o direito opere não por uma gramática de inclusão que mantém o monopólio de nomeações pela zona do ser, mas que categorias fundamentais – como a violência – sejam pensadas, configuradas e nomeadas desde a zona do não ser.

Aluno: João Vicente Tinoco (Mestrado)

Título do Trabalho: Política Criminal Antiterrorista e a criminalização da política

Data da defesa: 29/07/2020

Banca: Adriano Pilatti (Orientador), João Ricardo W. Dornelles e Fernanda Vieira Santos

Resumo: A dissertação aborda contemporânea política criminal de combate ao terrorismo e sua relação com a criminalização da atuação da sociedade civil na política. Para tanto, busca compreender os fundamentos teóricos que justificam a criação de leis penais antiterroristas, os quais se

sustentam em situações de potencial emergência social e que, por esta razão, ensejariam medidas excepcionais por parte do Estado. Assim, entende-se a política criminal antiterrorista como uma política de exceção que rompe com valores constitucionais de restrição ao poder punitivo estatal. A partir dessa compreensão, o trabalho procura, no chamado “Direito Penal do Inimigo”, exprimir tais políticas criminais de emergência nos campos do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Por fim, aborda-se a constituição do tipo penal de terrorismo enquanto delito político, para elucidar o processo que levou à criminalização política de agentes sociais.

Aluno: Johann Meerbaum (Mestrado)

Título do Trabalho: As Metodologias Decisórias da Liberdade de Discurso: Um Estudo sobre a relação entre Forma e Substância na Jurisdição Constitucional da Primeira Emenda

Data da defesa: 27/07/2020

Banca: Noel Struchiner (Orientador), Fernando Angelo Ribeiro Leal e Fábio Carvalho Leite

Resumo: Este é um trabalho sobre a natureza das razões as quais a Suprema Corte dos Estados Unidos recorre para resolver casos envolvendo a liberdade de discurso. Considero que sejam dois os tipos de razões que orientam o processo decisório da Primeira Emenda: as formais e as substantivas. As razões substantivas são aquelas que o direito compartilha com outros domínios da ação social humana, como a moral, a economia e a política. As formais, por sua vez, são razões jurídicas autoritativas – no sentido de derivarem de uma norma jurídica válida (Constituição, leis, regulamentos, precedentes, contratos, e outros documentos normativos afins) – e compulsórias (ou excludentes), pois geralmente excluem do horizonte do raciocínio decisório razões substantivas concorrentes. O meu objetivo nesta dissertação é descrever a maneira pela qual o raciocínio jurídico formal e o raciocínio jurídico substantivo foram em certa medida conciliados no âmbito da prática decisória da Suprema Corte norte-americana. Para tanto,

esforço-me em apresentar, comentar e comparar entre si alguns dos mais emblemáticos julgamentos levados a cabo pela Corte ao longo de mais de um século de jurisdição constitucional da Primeira Emenda. Procuo mostrar também que os métodos adjudicatórios por ela desenvolvidos podem ser classificados de acordo com a importância que cada um deles atribui às razões formais (ou, por outro lado, às razões substanciais) da liberdade de discurso. Por exemplo: o conflito entre “balanceamento” e as metodologias pertencentes a “tradição definicional” (e.g., absolutismo, categorização) nada mais representa senão uma instância particular do conflito mais geral entre forma e substância no pensamento jurídico norte-americano. Mas se até meados da década de 1960 a discussão sobre métodos decisórios da liberdade de discurso era completamente dominada pela oposição entre balanceamento e absolutismo, aos poucos a Suprema Corte dos Estados Unidos, em companhia com grandes nomes do pensamento jurídico daquele país, foi abrindo seus olhos para a existência de pontos médios entre aqueles dois extremos. O resultado disto foi a criação de novas teorias normativas da decisão (e.g., o balanceamento definicional), bem como de uma série de testes, fórmulas, parâmetros e presunções, tornando assim possível que elementos formais e substantivos do raciocínio jurídico da Primeira Emenda passassem a conviver no domínio das mesmas metodologias decisórias. Para além do meu esforço em reconstruir racionalmente as transformações pelas quais passaram as abordagens metodológicas da Suprema Corte ao longo das últimas décadas, me proponho também a dotá-las de algum sentido. Interpreto que a preocupação que a Corte historicamente tem demonstrado com a estabilização de seus procedimentos decisórios, bem como com a previsibilidade de seus julgamentos, guarda íntima relação com a crença de que as justificativas subjacentes à Primeira Emenda (e.g., maior controle do governo pelo povo; busca pela verdade e autoexpressão artística e intelectual) são mais eficazmente promovidas mediante a adoção de uma abordagem decisória que priorize o alcance de melhores resultados em um nível global em detrimento daquilo que muitas vezes parece ser o melhor resultado para o caso mais imediato.

Aluno: Patrick Luiz Martins Freitas Silva (Mestrado)

Título: Interpretação Jurídica: Reconstrução, reflexões e críticas aos pressupostos da Escola Genovesa

Data da defesa: 18/06/2020.

Banca: Adrian Sgarvi (Orientador), Noel Struchiner e Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira

Resumo: A Escola de Gênova sobre a Interpretação Jurídica, para alguns, ou o Realismo Jurídico Genovês, para outros, é uma corrente de pensamentos italiana que lança luz sobre uma série de problemas que envolvem a interpretação jurídica, especialmente aqueles vinculados ao caráter discricionário do intérprete ao interpretar um documento normativo. Este trabalho faz uma reconstrução dos problemas interpretativos mais consistentes que geraram as preocupações iniciais da Escola, e apresenta as principais reflexões dos autores vinculados à corrente na perspectiva de resolvê-los ou esclarecer alguns caminhos críticos construtivistas. São fundamentos da Escola, entre outros, a postura ceticista frente à interpretação dos documentos normativos e suas decorrências metodológicas e epistemológicas. Apresentados, autor por autor, argumentos que traçam um caminho da corrente genovesa, fez-se também uma análise das principais críticas sofridas pela Escola em suas formulações teóricas. Na conclusão, apresenta-se os argumentos principais que marcam um bloco de posições dos autores, que subsiste às críticas e que marcam o pensamento genovês, sendo eles: a formatação de um modelo meta-teórico e meta-jurisprudencial; o clareamento das discussões entre o formalismo jurídico e o ceticismo interpretativo; as críticas ao objetivismo moral; a separação analítica entre texto e norma; a reflexão crítica sobre o modelo tradicional de separação dos poderes e as noções e os conceitos de sistema, decisão, ponderação e discricionariedade como limitações da politização do judiciário.

Resumos/*Abstracts*

Hillani, Allan M. The ideology of Human Rights: on the semiotics of having rights and the politics of being human

Abstract: In the rights Declarations of the 18th Century, rights are defined as universal and not linked to social status. They are taken to be “self-evident” truths, not an aspiration or a political aim, and everyone is already born with them, regardless of State recognition. However, the aftermath of the liberal revolutions and the history of the following centuries did not cease to contest this claim. In the present paper, my aim is not to present a defense of or an attack on human rights, but rather to understand what they are. In order to do this, however, I believe we should inquire what does “having rights” *mean*, that is, investigate the semiotics involved in rights discourse. For this reason, I will avoid engaging in the discussions that attempt to find the content or the “foundation” of human rights (be it morality, capability, or an institutional understanding of politics). Instead, I propose to apply the Greimasian semiotic rectangle to the system of signification resulting from the meaning of “having rights”, and in doing so, present the “ideological” role human rights play in the relationship between law and politics.

Keywords: ideology, Human Rights, semiotics, Greimas, Rancière

A ideologia dos Direitos Humanos: sobre a semiótica de ter direitos e a política em ser humano

Resumo: Nas Declarações de direitos do século XVIII, direitos são definidos como sendo universais e independentes de status social. Eles são tidos como verdades “autoevidentes”, não uma pretensão ou um objetivo político, e todas e todos os possuem desde o nascimento, sem depender de reconhecimento estatal. Contudo, o rescaldo das revoluções liberais e a história dos séculos seguintes não cessou de pôr essa afirmação em xeque. Nesse trabalho, meu objetivo é apresentar não uma defesa ou um ataque aos direitos humanos, mas entender o que eles são. Para isto, contudo, acredito que precisamos indagar o que *significa* “ter direitos”, isto é, investigar a semiótica envolvida no discurso de direitos. Por essa razão, eu evitarei entrar na discussão que busca encontrar o conteúdo ou a “fundação”

dos direitos humanos (seja moralidade, capacidade, ou um entendimento institucional da política). Em vez disso, proponho aplicar o retângulo semiótico Greimasiano ao sistema de significação resultante do sentido de “ter direitos”, e ao fazer isso, apresentar o papel “ideológico” que os direitos humanos cumprem na relação entre direito e política.

Palavras-chave: ideologia, Direitos Humanos, semiótica, Greimas, Rancière

Dias, Bárbara Lou da Costa Veloso. Autonomização do campo judicial e redefinição das elites judiciais locais

Resumo: O que o presente trabalho buscou identificar foi o tipo de processo de transformação do campo político da administração judicial brasileira e seus efeitos a partir da institucionalização da Carta de 1988 e da EC n. 45/2004 que produziram incentivos seletivos para a formação de um novo campo político da administração judicial no Brasil. A partir da investigação pode-se constatar: 1. O acentuado e significativo grau da autonomia do campo judicial brasileiro em relação às demais instituições democrático-representativas; 2. O insulamento burocrático do campo judicial e a nova articulação desse campo com os executivos estaduais; 3. Como esse processo de autonomização se fundou em uma retórica autoritária de profissionalização do campo que legitima o próprio insulamento burocrático e se expressa em um novo tipo de elite judicial dentro do campo de administração política nas Justiças estaduais; 4. O surgimento de uma nova elite judicial que se auto representa como portadora da modernização e da profissionalização do campo judicial e incorpora o *habitus* dessa auto representação e 5. A nova articulação do Executivo e do Judiciário locais que estabelecem um modo de articulação com vistas a garantir o insulamento dessa elite judicial em relação aos outros partícipes do campo político-burocrático.

Palavras-chave: campo, poder judiciário, autonomia, institucionalização, profissionalização

Autonomisation of the judicial field and redefinition of local judicial elites

Abstract: What the present study sought to identify was the type of process of transformation of the political field of the Brazilian judicial administration and its effects from the institutionalization of the 1988 and EC n. 45/2004 that produced selective incentives for the formation of a new political field of judicial administration in Brazil. The investigation has shown: 1. Significant degree of autonomy of the Brazilian judicial system in relation to other representative-democratic institutions; 2. The judicial system bureaucratic autonomization and the new articulation of this field with state executives; 3. This process of autonomy was based on an authoritarian history of professionalization in the field that legitimizes bureaucratic autonomization and expresses itself in a new type of judicial elite within the field of political administration in the judicial courts; 4. The emergence of a new judicial elite that represents itself as the bearer of modernization and professionalization in the judicial field and incorporates the habitus of this selfrepresentation and 5. The new articulation of the local Executive and Judiciary that establishes different modes of articulation in order to guarantee the autonomization of this judicial elite in relation to the other participants in the political-bureaucratic field.

Keywords: field, judiciary power, autonomization, institutionalization

Arruda, Dyego de Oliveira e Mariani, Milton Augusto Pasquotto. (Re) Pensar a “lógica” do sistema prisional contemporâneo: uma necessidade nas estratégias de desenvolvimento local?

Resumo: Considerando o contexto de superlotação, violência e precariedade das prisões brasileiras, o presente artigo tem como objetivo refletir acerca do “estado de coisas” das penitenciárias nacionais, conjecturando possibilidades a partir das quais pode-se (re)significar a condição do preso e, assim, fazê-lo protagonista de estratégias de desenvolvimento local. Em suma, entende-se que o desenvolvimento local perfaz um conjunto de ações que tem como propósito garantir o bem-estar das pessoas, melho-

rando a sua condição psicossocial e econômica. Acredita-se que o oferecimento de assistências (material, de saúde, educação e trabalho) ao detento, tanto durante quanto após o cumprimento da pena; uma melhoria das políticas públicas de amparo aos ex-presidiários; além de um combate ao estigma negativo carregado pelos ex-detentos, podem fazer com que os outrora criminosos contribuam com o desenvolvimento local dos territórios em que residem.

Palavras-chave: presos, sistema prisional, desenvolvimento local

(Re)Think the “logic” of the contemporary prison system: a requirement for local development strategies?

Abstract: Considering the context of overcrowding, violence and precariousness of Brazilian prisons, this article aims to reflect about the “state of affairs” of the national penitentiaries, conjecturing possibilities from which we can (re)signify the prisoner’s condition, making him the protagonist of local development strategies. It is understood that local development is a set of actions which purpose is to guarantee people’s well-being, improving their psychosocial and economic condition. It is believed that the provision of assistance (material assistance, health, education and work) to the inmates, both during and after the completion of the sentence; an improvement of the public policies to support the ex-prisoners; and the combating of the negative stigma carried by ex-inmates, may allow the ex-prisoners to contribute to the local development of the territories in which they reside.

Keywords: inmates, prison system, local development

Bastos, Elísio Augusto Velloso e Daou, Heloisa Sami. A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da teoria dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido

Resumo: artigo que problematiza a fundamentalidade dos direitos sociais. Inicialmente, a intenção é explorar o surgimento do Estado Social e, assim,

dos direitos sociais. Depois, analisa-se a problemática da fundamentalidade dos direitos sociais, a partir da exposição de argumentos divergentes, especialmente nas doutrinas de Fernando Atria e Carlos Pulido, tratando-se, ainda, do custo dos direitos na pretensão de desconstruir duas teses que frustram a realização efetiva dos Direitos Sociais: a tese no sentido de que há direitos exclusivamente negativos ou positivos e a tese que nega a tais Direitos o caráter de direitos subjetivos. Por fim, propõe-se a apontar importantes mecanismos para a tutela mais eficiente dos Direitos Sociais. Como referenciais teóricos principais, o presente artigo utiliza as obras de Atria, Pulido, Barretto e Pisarello, descritas nas referências. Logo, trata-se de uma pesquisa exploratória do fenômeno, com caráter teórico-descritivo e viés qualitativo, que é proposto dentro de uma perspectiva crítica e reflexiva sobre a eficácia dos Direitos Sociais, sendo tal compreensão crítica alicerçada nos referenciais utilizados, pouco explorada pelas pesquisas que tratam sobre esse fenômeno e, assim, possuindo originalidade neste campo de pesquisa. Utiliza-se o método dedutivo, o método de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa da documentação indireta.

Palavras-chave: direitos sociais, fundamentalidade, custo dos direitos

The fundamentality of social rights according to the cost theory and the debate between Fernando Atria e Carlos Pulido

Abstract: article that problematizes the fundamentality of social rights. Initially, the intention is to explore the appearing of the Social State and thus social rights. Afterwards, the problem of the fundamentality of social rights is analyzed, based on the exposition of divergent arguments, especially in the doctrines of Fernando Atria and Carlos Pulido. It also deals with the cost of rights in the claim to deconstruct two theses that frustrate the effective realization of social rights: the thesis that there are exclusively negative or positive rights and the thesis that denies such rights the character of subjective rights. Finally, it proposes to point out important mechanisms for the more efficient protection of social rights. As main theoretical references, this article uses the works of Atria, Pulido, Barretto and Pisarello, described in the references. Therefore, it is an exploratory research of the phenomenon, with theoretical and descriptive character and qualitative

approach, which is proposed within a critical and reflective perspective on the effectiveness of Social Rights, and such critical understanding based on the references used, little explored for research dealing with this phenomenon and thus having originality in this field of research. The deductive method, the historical-comparative procedure method and the indirect documentation search technique are used.

Keywords: social rights, fundamentality, costs of rights

Almeida, Igor Martins Coelho. As minirreformas políticas e eleitorais de 2015 e 2017 no contexto democrático da contemporaneidade

Resumo: A democracia contemporânea não pode ser entendida apenas como a eleição de representantes para um parlamento e que apenas estes discutam e deliberem sobre os rumos de um governo, de um Estado, de uma Nação. A ampliação do conceito de democracia, com fortalecimento da dialética e da promoção de direitos fundamentais vem acompanhada de um processo de crises políticas institucionais em várias democracias modernas. O Brasil viveu mais um ciclo de crise política e democrática nos últimos cinco anos. Para atender reivindicações da sociedade em uma mudança do sistema que refletisse mais o anseio democrático, o Congresso Nacional construiu leis que responderiam a essas demandas. Assim, o objetivo é analisar as recentes minirreformas políticas e eleitorais realizadas no Brasil (Leis nº 13.165/2015, 13.487/2017, 13.488/2017 e Emenda Constitucional nº 97, de 2017) a partir da teoria política clássica e das teorias democráticas contemporâneas e como elas se encaixam nessas teorias. Como referenciais teóricos, trabalha-se com Georg Jellinek, Bernard Manin, Giovanni Sartori, Niklas Luhmann e Paulo Bonavides. Conclui-se que as minirreformas políticas e eleitorais de 2015 e 2017 não foram suficientes para atender a demanda das manifestações de junho de 2013, sem alcançar o valor democrático a que se destinavam.

Palavras-chave: democracia, Leis Eleitorais, minirreformas, representação política

Political and electoral mini-reforms in 2015 and 2017 on the democratic context of contemporaneity

Abstract: Contemporary democracy cannot be understood just as the election of parliament representatives and as if only those who were elected could debate and decide about the directions of a government, of a State and of the Nation. The expansion of the concept of democracy, with the reinforcement of dialectics and promotion of fundamental rights, was followed by a process of institutional political crisis in many modern democracies. Brazil has passed through one more cycle of political and democratic crisis in the last five years. In order to meet the claims of society, changing the system to reflect more the democratic expectations, the National Congress made laws that would comply with these demands. Therefore, this paper aims to analyze the recent political and electoral mini-reforms that happened in Brazil (Laws n. 13.165/2015, 13.487/2017, 13.488/2017 and Constitutional Amendment n. 97, from 2017), both from the perspective of classical political theory and contemporary democratic theories and how they fit in these theories. As theoretical references, we work with Georg Jellinek, Bernard Manin, Giovanni Sartori, Niklas Luhmann and Paulo Bonavides. It is concluded that 2015 and 2017's political and electoral mini-reforms were not effective enough to meet the demand of June 2013 protests, not reaching the democratic value that was intended.

Keywords: democracy, Electoral Laws, mini-reforms, political representation

Rodriguez, José Rodrigo. Escalas de construção da Justiça: Nancy Fraser à luz de Rainer Forst

Resumo: Este texto distingue as abordagens alocativas das abordagens construtivas da justiça para situar os escritos de Forst e Fraser no segundo grupo. A seguir, mostra a compatibilidade desta classificação, formulada por Rainer Forst, com as reflexões de Nancy Fraser sobre as escalas da justiça. A seguir, o artigo responde a uma objeção oriunda das teorias alocativas da justiça, qual seja, aquela relativa ao tratamento dos portadores de necessidades mentais especiais, em uma interlocução com a obra de Martha Nussbaum.

Palavras-chave: justiça, teoria crítica, justificação, globalização, deficiência

Scales of Justice Construction: Nancy Fraser in light of Rainer Forst

Abstract: This text distinguishes allocative and constructive approaches to Justice, to situate Forst and Fraser in the second group and to show the compatibility of this classification, formulated by Rainer Forst, with Nancy Fraser's reflections on the scales of justice. Next, the text responds an objection by the allocative theories of justice, regarding the treatment of those with special mental needs, in a dialogue with the work of Martha Nussbaum.

Keywords: justice, critical theory, justification, globalization, disability

Vellozo, Júlio César de Oliveira e Almeida, Silvio Luiz de. “Saberei ensinar aos desgraçados a vereda do desespero” – Entre o crime de insurreição e o direito à resistência: o abolicionismo radical de Luiz Gama

Resumo: Este artigo trata da tática utilizada por Luiz Gama na luta contra a escravidão. A primeira parte do artigo busca refutar a ideia de que o líder abolicionista teria sido um legalista crente na estrutura jurídica do Império como caminho para emancipação. Para tanto, mostramos que Gama se posicionou como uma figura intermediária entre o mundo dos livres e o dos escravizados. E reconstituímos seu combate sistemático e frontal aos juízes comprometidos com a manutenção do cativo. A segunda parte mostra como Gama mobilizou o conceito de resistência e jogou com as tipificações penais do Código Criminal do Império do Brasil de 1830. Para isso, operou uma distinção entre insurreição e direito de resistência que não apenas afastava sua militância abolicionista da acusação de crime como a lançava contra seus adversários. Este itinerário nos permite mostrar que Luiz Gama não optou por uma luta legalista, confiando nas possibilidades abertas pelas ações de liberdade impetradas no judiciário, mas empreendeu uma “guerra total contra a escravidão”, baseando-se em uma multiplicidade de meios e de instrumentos de luta, entre os quais o Direito era apenas um deles. Dentre essas estratégias esteve a ameaça de um levante escravo.

Palavras-chave: abolicionismo, Luiz Gama, história do direito no século XIX, direito de resistência

**“I shall be able to lead the wretched down the path of desperation”
– Between the crime of insurrection and the right of resistance: Luiz Gama and his radical fight against slavery**

Abstract: This article offers an analysis of the tactics used by the abolitionist leader Luiz Gama in the fight against slavery. The first part of the article seeks to refute the idea that Gama believed in the legal structure of the Empire as a way to emancipate the slaves. To do so, the article reconstructs his systematic and frontal combat to the judges committed to the maintenance of slavery. The second part shows how Gama uses the concept of resistance and manipulate the penal typifications of the Penal Code of the Brazilian Empire of 1830 in order to make his points. This itinerary allows us to show that Luiz Gama did not opt for a legal struggle, but waged a total war against slavery, based on a multiplicity of means and instruments, among which Law was only one of them.

Keywords: abolitionism, Luiz Gama, history of law in the 19th century, resistance right

Rampazzo, Lino e Nahur, Marcius Tadeu Maciel. A justiça comutativa e a doutrina da restituição na Suma Teológica de Santo Tomás

Resumo: Este estudo pretende analisar o conceito de justiça e suas espécies no pensamento de Tomás de Aquino, baseando-se na Suma teológica. Partindo da noção aristotélica de justiça corretiva, Tomás de Aquino desenvolve a justiça comutativa e destaca aí a importância da restituição, através da qual se reconhece ter havido a indevida espoliação de alguém e se exige a restauração do prejuízo causado, devolvendo à relação interpessoal a igualdade absoluta. É aqui que a teoria da justiça comutativa tomasiana ainda pode ajudar na resolução jurídica dos variados tipos de fraudes ou corrupções, privadas e públicas, tão presentes na sociedade contemporânea. Além das punições aos agentes desviantes, ela segue sendo o critério primordial para as devidas reparações, em função dos prejuízos causados a terceiros de boa-fé. A restituição opera essa reparação, pois, sem o devido ressarcimento pelo agente fraudador ou corrupto, fica incompleta a efetividade da justiça comutativa, gerando sensação de impunidade na coletivi-

dade, ou dizeres como “aqui o crime compensa”. Como fraudes ou corrupções, enquanto fatos espoliadores, provocam danos a terceiros de boa-fé, nada mais justo que os malfeitores sejam obrigados ao ressarcimento ou à reparação dos danos causados. Assim, o ato de restituição concretiza a justiça comutativa.

Palavras-chave: Tomás de Aquino, características fundamentais da justiça, espécies básicas da justiça, justiça comutativa, restituição

The commutative justice and the doctrine of the restitution in the Summa Theologica of Saint Thomas

Abstract: This study intends to analyze the concept of justice and its species in the thought of Thomas Aquinas, based on the theological Summa. Starting from the Aristotelian notion of corrective justice, Thomas Aquinas develops the commutative justice and highlights there the importance of restitution, through which it is recognized that has been the unjust plunder of someone and that it demands the restoration of the damage caused, returning to the interpersonal relationship the absolute equality. It is here that the thomasian commutative justice theory can still help in the juridical resolution of the various types of fraud or corruption, private and public, so present in contemporary society. In addition to punishment for deviant agents, it remains the primary criterion for due reparations, in function of the damages caused to third ones in good faith. The restitution operates this reparation, because, without due compensation by the fraudulent or corrupt agent, the effectiveness of commutative justice is incomplete, generating a sense of impunity in the community, or sayings as “here the crime pays off”. As frauds or corruptions, as plundering facts, cause damage to third ones in good faith, nothing more just that the wrongdoers are obliged to the compensation or repairing of the damage caused. Thus, the act of restitution realizes commutative justice.

Keywords: Thomas Aquinas, fundamental characteristics of justice, basic species of justice, commutative justice, restitution

Almeida, Philippe Oliveira de e Veyl, Raul Salvador Blasi. Jacob Burckhardt como teórico do Estado: o esmaecimento de uma obra de arte

Resumo: O presente trabalho pretende analisar o pensamento político de Jacob Burckhardt, identificando as nuances de suas formulações acerca do Estado. Por meio da revisão de sua bibliografia clássica, bem como de seus comentadores, observaremos o emergir de uma peculiar posição acerca da formação dos Estados modernos pós-revolucionários, a qual, no contrafluxo de seus contemporâneos, mostra uma desconfiança característica com relação ao militarismo e a centralização do poder. Ademais, a sua formação, que mescla história da arte com filosofia política, possibilita a elaboração de uma doutrina estadista que comunga elementos culturais, históricos e políticos. De obra de arte no paradigma renascentista à artefato tecnológico na aurora de seu tempo, Burckhardt – um homem de contrastes – irá encampar uma das mais interessantes, apesar de pouco exploradas, teorias do Estado da modernidade oitocentista.

Palavras-Chave: Jacob Burckhardt, teoria do Estado, modernidade, filosofia política

Jacob Burckhardt as a State's theoretician: the fade of a work of art

Abstract: This paper intends to analyze the political thought of Jacob Burckhardt, identifying the nuances of his formulations about the State. Through revision of his classic bibliography, as well as its commentators, it will be observed the emerge of a peculiar position about the formation of the post-revolutionary modern States, which, in the counterflow of his contemporaries, reveals a characteristic distrust about the militarism and power centralization. Furthermore, his formation, that mixes history of art and political philosophy, enable the elaboration of a state doctrine that commune cultural elements with history and politics. From a work of art in the renaissance paradigm to a technologic artifact in the aurora of his time, Burckhardt – a man of contrasts – develops one of the most interesting, although not very well explored, theories of State in the eighteenth-century modernity.

Keywords: Jacob Burckhardt, theory of State, modernity, political philosophy

Galvão, Vivianny e Santos, Robiane Karoline Menezes de Lima. La inconstitucionalidad del Proyecto Enmienda Constitucional n° 215/2000 frente a los derechos de los pueblos indígenas

Resumen: Los pueblos indígenas son titulares de su tierra de forma permanente y exclusiva (derecho original), por lo que se garantiza el texto constitucional. Sin embargo, es una garantía no solo en el orden nacional, sino también por el orden internacional. Al establecer la jurisdicción para la demarcación de tierras pertenecientes a estas minorías, la Constitución de 1988 enfatiza la importancia de este procedimiento meramente declarativo como un instrumento para proteger el desarrollo cultural e histórico, una existencia digna, así como para contribuir a la reducción de conflictos por tierras que sufrió de genocidio en Brasil en el curso de la historia. Este artículo demuestra la inconstitucionalidad del Proyecto de Enmienda a la Constitución No. 215/2000 con respecto a los derechos de los pueblos indígenas, que están reconocidos como derechos humanos. La metodología utilizada en el presente trabajo fue la investigación en el campo teórico, comenzando con el método deductivo y, sobre todo, la técnica de la investigación bibliográfica.

Palabras clave: derechos de los pueblos indígenas, derechos de las minorías, derechos fundamentales, inconstitucionalidade, enmienda constitucional

A inconstitucionalidade do Projeto de Emenda Constitucional n° 215/2000 frente aos direitos dos povos indígenas

Resumo: Os povos indígenas são detentores de suas terras permanentemente e exclusivamente (direito original), garantindo assim o texto constitucional. No entanto, é garantia não só na ordem nacional, mas também pela ordem internacional. Ao estabelecer a jurisdição para a demarcação de terras pertencentes a essas minorias, a Constituição de 1988 enfatiza a importância deste procedimento meramente declarativo como um instrumento para proteger o desenvolvimento cultural e histórico, uma existência digna, bem como contribuir para a redução dos conflitos sobre a terra que sofreu de genocídio no Brasil no decorrer da história. Este artigo demonstra a inconstitucionalidade do Projeto de Emenda à Constituição n°

215/2000 sobre os direitos dos povos indígenas, reconhecidos como direitos humanos. A metodologia utilizada no presente trabalho foi a pesquisa no campo teórico, começando pelo método dedutivo e, acima de tudo, a técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: direitos dos povos indígenas, direitos das minorias, direitos fundamentais, inconstitucionalidade, emenda constitucional

The unconstitutionality of the Constitutional Amendment Project no. 215/2000 against the rights of the indigenous peoples

Abstract: Indigenous peoples are holders of their land permanently and exclusively (original right), thus guarantees the constitutional text. However, it is a guarantee not only in the national order, but also, by the international order. In establishing jurisdiction for the demarcation of lands belonging to these minorities, the 1988 Constitution emphasizes the importance of this merely declaratory procedure as an instrument for protecting cultural and historical development, a dignified existence, as well as contributing to the reduction of conflicts over land that suffered from genocide in Brazil in the course of history. This article demonstrates the unconstitutionality of the Draft Amendment to Constitution No. 215/2000 regarding the rights of indigenous peoples, which are recognized as human rights. The methodology used in the present work was the research in the theoretical field, beginning with the deductive method and, above all, the technique of the bibliographic research.

Keywords: Indigenous peoples' rights, rights of minorities, fundamental rights, unconstitutionality, constitutional amendment

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/revistas/>.

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.

