



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jan | Jun 2021
ISSN 1516-6104

58

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

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Chefe); Rafael Lelis (Editor-Assistente); Glenda Vicenzi (Editora-Assistente); Amanda Cataldo (Editora-Assistente); Lucas Oliveira (Editor-Assistente); Luciana Fernandes (Editora-Assistente); Maria Carolina Soares (Editora-Assistente); Mariana Imbelloni Braga Albuquerque (Editora-Assistente); Ticiano Coelho Silveira (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 58 Janeiro-junho 2021

ISSN 1516-6104

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

1. Direito – Periódicos. I – PUC-Rio.

Sumário

7 | Carta dos editores/*Editorial*

Artigos/Papers

- 14 | A nova ofensiva ao sistema previdenciário brasileiro: um paralelo com o modelo privatista chileno
A new offensive to the Brazilian social security system: a parallel with the Chilean privatist model
André Portella e Bruno Calil Nascimento de Souza
- 42 | Corona Crisis: Life versus Freedom?
A crise do Coronavírus: Vida versus Liberdade?
Avantika Tewari
- 81 | A ideia de autoridade no pensamento de Peter Winch
The idea of authority in the thought of Peter Winch
Daniel Peixoto Murata
- 105 | A (in)eficácia da alocação orçamentária no sistema prisional: consequências materiais e humanas
The (un)efficiency of budget allocation in the prison system: material and human consequences
Dani Rudnicki, Ana Paula Motta Costa e Daniella Bitencourt
- 129 | Constitucionalismo, direitos fundamentais e estado de direito na Índia contemporânea: análise da literatura constitucional indiana e suas variantes no contexto de uma jurisdição constitucional ativista
Constitutionalism, fundamental rights, and rule of law in contemporary India: analysis of the Indian constitutional scholarship and its variations in the context of an activist constitutional jurisdiction
Diva Julia Safe Coelho, Saulo de Oliveira Pinto Coelho e Ricardo Martins Spindola Diniz

- 168** | A atuação de magistrados/as paulistas diante da oitiva de crianças vítimas de violência sexual intrafamiliar
The performance of São Paulo magistrates towards the hearing of intrafamily sexual violence children victims
Eliana Mendes de Souza Teixeira Roque, Diene Monique Carlos, Patrícia Lopes Salzedas e Maria das Graças Carvalho Ferriani
- 189** | A Teoria de Justiça global como alternativa à Teoria de Justiça rawlsiana em contextos de dominação múltipla
Global justice theory as alternative to the Rawlsian theory of justice in contexts of multiple domination
Fabrício José Rodrigues de Lemos
- 219** | The right to resist in times of COVID-19: the case of the Belarusian professional football
O direito de resistência em tempos de COVID-19: o caso do futebol profissional bielorrusso
Felipe Augusto Loschi Crisafulli
- 254** | Smart city governance in Mexico: reflections from a case study
Governança de cidades inteligentes no México: reflexões de um estudo de caso
Jesús Manuel Niebla Zatarain e Nora del Carmen Osuna Millán
- 274** | Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática
Constitutional Democracies in Crisis: mapping the institutional strategies that lead to the democratic erosion
Lucas Azevedo Paulino
- 310** | Regime jurídico e políticas públicas de águas no direito internacional e brasileiro: rumo a estatuto privilegiado?
Legal regime and water resources policies in international and Brazilian law: towards a privileged statute?
Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua e Leonardo Mattoso Sacilotto
- 338** | Política pública de cultura para o funk: entre incentivo, tutela e censura
Cultural public policies to funk: amongst incentive, tutelage and censorship
Pâmella Passos e Sandro Henrique Rosa

- 358 | Múltiplos sentidos de Direito e a busca do significado principal
Multiple senses of law and the search for the focal meaning
Renato José de Moraes
- 385 | Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF
Out of the spotlight: an empirical study on the impartiality control of STF's justices
Rubens Eduardo Glezer, Lívia Gil Guimarães, Luíza Pavan Ferraro e Ana Laura Pereira Barbosa
- 422 | Um Direito Administrativo de Transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930)
A Transition Administrative Law: the concept of administrative law in the Brazilian First Republic's legal culture (1889-1930)
Walter Guandalini Junior e Lívia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira
- 460 | O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin?
Law as a branch of morality: detour or peak of Ronald Dworkin's theory?
Ziel Ferreira Lopes
- 481 | **Notícias e Informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas entre agosto e dezembro 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.
- 489 | **Resumos/Abstracts**

Carta dos editores

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 58 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao primeiro semestre de 2021. 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/>).

Abrindo os trabalhos desta edição, em *A nova ofensiva ao sistema previdenciário brasileiro: um paralelo com o modelo privatista chileno*, André Portella e Bruno Calil Nascimento de Souza esmiuçam o funcionamento e apresentam uma análise crítica das medidas de austeridade no âmbito das reformas dos sistemas previdenciários, por meio de um paralelo entre as reformas dos sistemas previdenciários brasileiro e chileno, onde tais medidas foram adotadas durante a ditadura de Pinochet.

Na sequência, a autora convidada Avantika Tewari apresenta uma contribuição aos debates sobre a pandemia. Assim, em *Corona Crisis: Life versus Freedom?*, são abordadas as intervenções do filósofo italiano Giorgio Agamben sobre a pandemia do Coronavírus, às quais a autora se contrapõe

por meio de uma análise que integra estado de exceção, capitalismo e vigilância tecnológica.

Já em *A ideia de autoridade no pensamento de Peter Winch*, Daniel Peixoto Murata apresenta as principais reflexões do filósofo britânico Peter Winch a respeito da noção política de autoridade. Nesse sentido, o texto contextualiza esta noção em relação à pouco explorada filosofia política de Winch. Traçando distinções entre as diversas formas de autoridade, o texto apresenta um conceito que não se fundamenta sobre a ideia de consentimento. O autor responde, ainda, à principal crítica ao pensamento de Winch sobre as autoridades: a de que seria uma teoria conservadora.

Em sua contribuição, Dani Rudnicki, Ana Paula Motta Costa e Daniella Bitencourt procuram compreender se, em termos orçamentários, o sistema prisional é ou não eficaz, esclarecendo em valores seu atual estado da arte. Para analisar as consequências materiais e humanas da sua possível ineficácia, primeiramente elucidam os mecanismos do orçamento público e suas particularidades e apresentam um histórico sobre o orçamento público nas políticas de segurança pública, culminando com o sistema prisional.

Em seguida, Diva Julia Safe Coelho, Saulo de Oliveira Pinto Coelho e Ricardo Martins Spindola propõem uma análise comparativa entre a Constituição da Índia e diferentes abordagens do papel da jurisdição constitucional e dos direitos humanos e fundamentais na experiência jurídica indiana. A análise é feita a partir de perspectivas presentes na própria literatura jurídica indiana e enriquecida com a reflexão sobre a influência das diferentes culturas tradicionais presentes naquela complexa sociedade.

No artigo *A atuação de magistrados/as paulistas diante da oitiva de crianças vítimas de violência sexual intrafamiliar*, por sua vez, Eliana Mendes de Souza Teixeira Roque, Diene Monique Carlos, Patrícia Lopes Salzedas e Maria das Graças Carvalho Ferriani apresentam os resultados de pesquisa empírica realizada com magistrados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito da oitiva de crianças vítimas de violência sexual intrafamiliar. Nesse sentido, as autoras percrutam questões quanto ao preparo dos juízes de direito para verbalizar sobre questões da sexualidade humana em sua prática cotidiana de trabalho com crianças, na esfera de poder que ocupam e quanto aos procedimentos e ações forenses que efetivamente poderiam contribuir para minimizar o sofrimento dessas vítimas.

Por outro lado, em *A Teoria de justiça global como alternativa à Teoria de Justiça rawlsiana em contextos de dominação múltipla*, escrito por Fabrício

José Rodrigues de Lemos, propõe-se uma reflexão acerca da aplicabilidade da teoria de John Rawls diante da arquitetura global. A partir de revisão bibliográfica, o trabalho recupera, sobretudo, os apontamentos críticos desenvolvidos por Thomas Pogge para explorar a hipótese de que a disparidade econômica observada entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos é reforçada por uma estrutura global seletiva que perpetua a condição de pobreza.

Também no contexto das reflexões sobre a pandemia, Felipe Augusto Loschi Crisafulli, aborda *O direito de resistência em tempos de Covid-19*, tomando como ponto de partida o caso do futebol profissional bielorrusso. O autor destaca os principais aspectos médicos e econômicos relacionados ao novo coronavírus, que levaram à suspensão do futebol organizado, exceto em Belarus. Além disso, apresenta uma visão geral do contexto político do país para dar ensejo as discussões sobre direito de resistência, buscando concluir se, em tempos de Covid-19, os jogadores de futebol da Bielorrússia poderiam ou deveriam forçar uma paralização.

Já no trabalho *Smart city governance in Mexico: reflections from a case study*, Jesús Manuel Niebla Zatarain e Nora del Carmen Osuna Millán exploram o campo de contato entre o direito e o desenvolvimento de novas tecnologias voltadas para a construção de cidades inteligentes. Nesse sentido, traçam um panorama do desafio premente que é a regulação desses novos contextos urbanos, em especial no que concerne à gestão de dados pessoais. A partir de um estudo de caso da Cidade de México, dão particular ênfase na compatibilidade do arcabouço legal com a concretização de uma cidade inteligente.

Com uma contribuição bastante atual, Lucas Paulino aborda o problema contemporâneo da deterioração democrática. Assim, apresenta uma espécie de gramática sobre as formas de colapso das democracias constitucionais liberais. Abordando especialmente os retrocessos democráticos que ocorrem por meio de governos eleitos – a chamada erosão democrática – o autor mapeia as estratégias institucionais que conduzem a este resultado.

Em *Regime jurídico e políticas públicas de águas no direito internacional e brasileiro: rumo a estatuto privilegiado?*, os autores Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua e Leonardo Mattoso Sacilotto apontam as dificuldades para o estabelecimento de uma normativa e de políticas públicas que deem conta desse macrobem. Além da análise do plano internacional, observam igualmente as ações do Brasil e suas diferenças. Como resultado, o artigo indica

modos de fortalecimento, sob o prisma jurídico e socioambiental, do regime das águas, através de práticas locais e globais inovadoras.

Na sequência, Pâmella Passos e Sandro Henrique Rosa propõem uma análise de resoluções de secretarias do governo do Estado do Rio de Janeiro para regulamentar os bailes funk. Em *Política pública de cultura para o funk: entre incentivo, tutela e censura*, é possível compreender os meios pelos quais o governo atua sobre esse movimento cultural: mesmo com a publicação de editais de fomento, a realidade mostra a dificuldade em romper com uma política de segurança pública que inibe a cultura da favela.

Renato José de Moraes, por sua vez, se envereda no debate filosófico sobre os sentidos do termo direito, defendendo a perspectiva de que se trata de um conceito que não é unívoco, nem equívoco. Empregando as ideias de analogia e de significado focal como forma de compreender os vários e distintos sentidos da palavra “direito”, o autor recorre à filosofia antiga e medieval para contextualizar o debate. Sua busca por um significado principal do termo parte da vinculação entre direito e justiça presente no direito romano, a partir da qual são derivados seus demais sentidos conceituais.

Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF relata pesquisa empírica desenvolvida por Rubens Glezer, Lívia Gil Guimarães, Luíza Pavan Ferraro e Ana Laura Pereira Barbosa. O trabalho fornece uma importante contribuição para estudos sobre comportamento judicial, trazendo dados inéditos sobre a atuação de ministros do Supremo Tribunal Federal. Com enfoque no controle da imparcialidade, a investigação analisou a efetividade das arguições de impedimento e suspeição perante a Corte. Os resultados instigantes apontam para níveis baixos de transparência e publicidade desses casos, o que tende a impactar negativamente a imagem institucional do Tribunal.

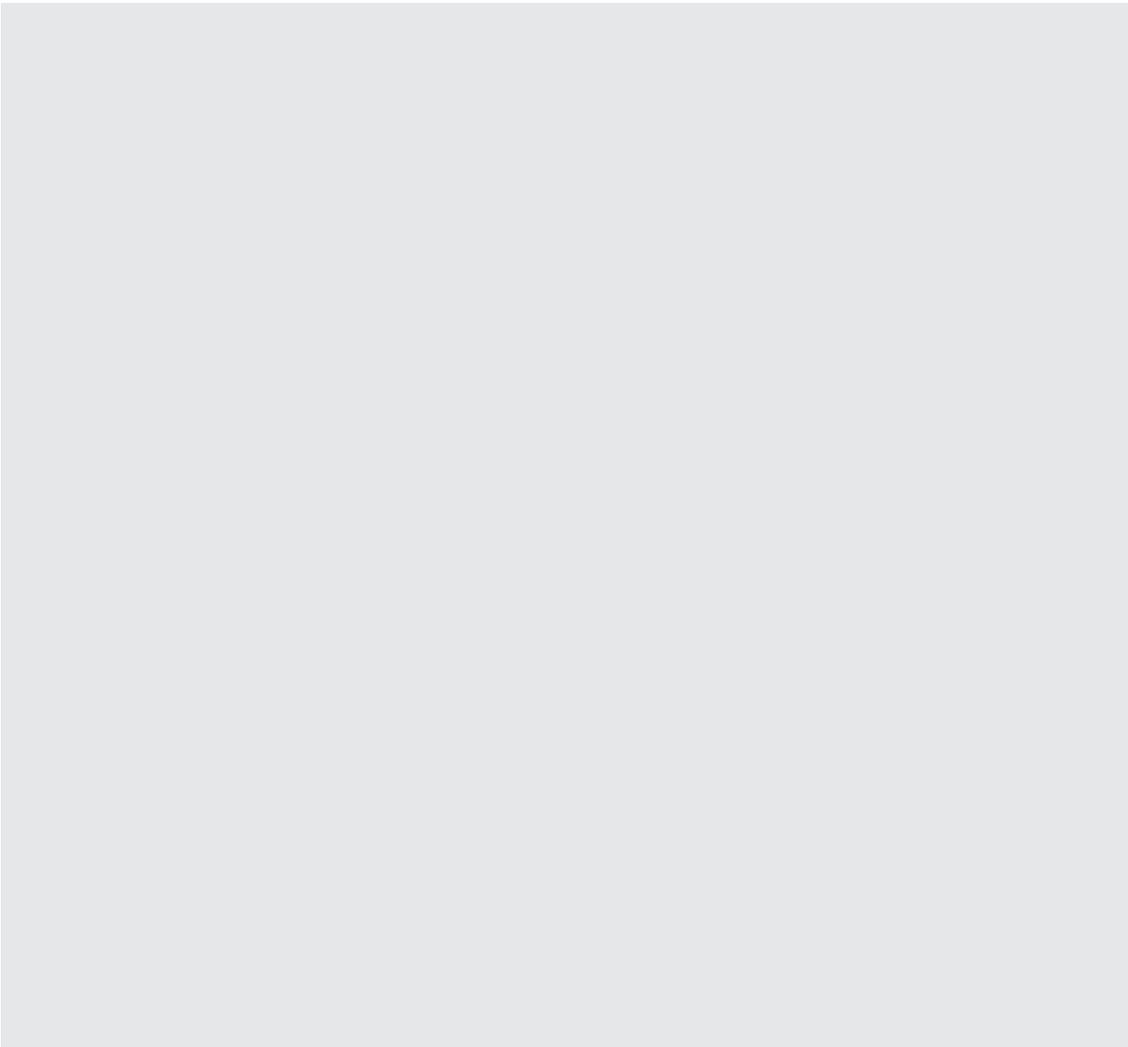
Expandindo os limites de suas pesquisas anteriores sobre o direito administrativo brasileiro do período imperial, Walter Guandalini Junior e Lívia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira, analisam o conceito de “direito administrativo” no período da Primeira República no Brasil. Concentrando-se na produção científica dos juristas brasileiros do período, os autores demonstram como as doutrinas republicanas promovem importantes adaptações ao conceito de direito administrativo que havia sido elaborado durante o regime monárquico. Mais do que isso, empregam a noção de “Direito Administrativo de transição” para nomear este conjunto de ideias.

Encerrando a seção de artigos, Ziel Ferreira Lopes analisa e questiona *O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin?*. O texto propõe-se a escrutinar a controversa tese defendida pelo jusfilósofo americano em “A Raposa e o Porco-Espinho” acerca da inseparabilidade entre Direito e Moral. Situando-a em relação à obra geral de Dworkin, o autor interroga-se se a tese é uma consequência necessária de suas teorias anteriores ou uma ruptura com estas.

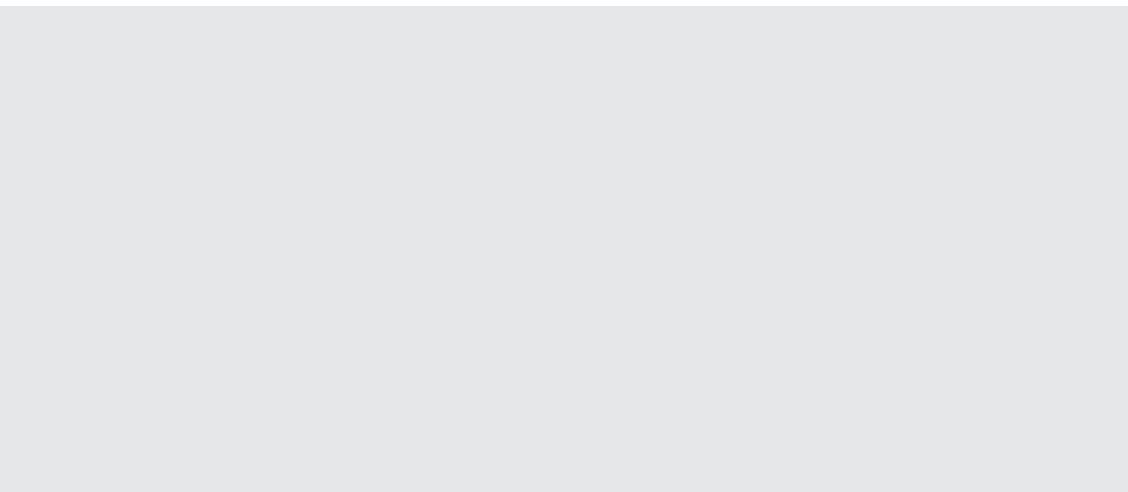
Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas entre agosto e dezembro de 2020, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Noel Struchiner e Antonio Pele
Editores-Chefes



Artigos



A nova ofensiva ao sistema previdenciário brasileiro: um paralelo com o modelo privatista chileno

A new offensive to the Brazilian social security system: a parallel with the Chilean privatist model

André Portella*

Université de Paris Nanterre, Paris X – Paris, França

Bruno Calil Nascimento de Souza**

Universidade Católica do Salvador, Salvador – BA, Brasil

1. Introdução

Em meio às crises econômicas sistêmicas, que são típicas do modo de produção capitalista, é comum a proposição de supressões de direitos sociais, ou como preferem alguns teóricos “desmonte” de direitos fundamentais, a serviço de uma alegada austeridade nas finanças públicas, e da retomada do crescimento econômico que as alterações no sistema de atenção social determinariam.

Foi assim na Grécia com o advento da crise do capital financeiro em 2008 e tem sido assim no Brasil após o início da crise política, econômica e institucional que se arrasta desde 2015.

* Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq - Nível 2 (PQ2). Pós-doutor em Sociologia, Filosofia e Antropologia Política pela Université de Paris Nanterre, Paris X, com bolsa CNPq PDE – Pós-doutorado no Exterior. Mestre e Doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidad Complutense de Madrid (Menção Honrosa "Doctors Europeus"). Professor de Direito Financeiro e Tributário da UFBA, UCSal e UNIFACS, coordenador do NEF – Tributação e Finanças Públicas. E-mail: aaportella@pq.cnpq.br.

** Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador, membro do NEF – Tributação e Finanças Públicas, Advogado e sócio do escritório Valter e Calil Advocacia e Consultoria. E-mail: brunocalil@vecadvocacia.adv.br

Frente ao contexto de desemprego, crise institucional e crise de representatividade engendrados por tal situação, o Congresso Nacional e governantes inclinados mais à direita no espectro político passam a propor as denominadas “medidas de austeridade”, sustentados pela retórica do déficit fiscal propalada pela grande mídia,

Dentre tantas, apenas a título de exemplificação, cite-se a reforma Trabalhista, a Emenda Constitucional 95/2016, que congela por vinte anos os gastos públicos e a controversa reforma da Previdência aprovada por intermédio da Emenda Constitucional 103/2019, esta última objeto de análise neste trabalho.

Alterações significativas como estas propostas pelo Governo Federal, em especial na previdência social, não são uma novidade, e encontram paralelo na história recente nacional e estrangeira. A Grécia, por exemplo, em meio à crise financeira de 2008 e refém do Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Central Europeu (BCE), viu-se obrigada a promover uma reforma estrutural em todo o sistema de financiamento público, em detrimento de direitos sociais fundamentais, o que acabou por desencadear fortes manifestações populares, em especial por parte dos aposentados, que passaram a receber menos da metade do valor das suas pensões.

Embora o exemplo aqui seja a Grécia, é um engano imaginar que as reformas no sistema de financiamento da Previdência Social sejam exclusivas de países periféricos, ou de economias em recessão. Trata-se melhor de uma medida a ser compreendida no contexto mais amplo, inerente ao modo de produção capitalista, pautado na concentração de riqueza e na submissão das finanças do Estado aos interesses desta concentração. Mesmo países como França, Suécia, Inglaterra, Alemanha e Japão já passaram por alterações na legislação previdenciária, ainda que de maneira mais sutil e menos gravosa à população, mas igualmente alinhadas aos interesses de acumulação econômica e ao desequilíbrio na sua repartição.

Trata-se, em verdade, das ofensivas cíclicas do capital contra a Seguridade Social, partindo da hipótese de que, a médio e longo prazo, o objetivo é esvaziar o sistema público de aposentadorias, para que, ao final, o mercado financeiro detenha o monopólio dos recursos disponibilizados pelos contribuintes para financiamento das suas futuras pensões.

Não se trata de uma novidade, e a receita já foi testada inclusive na América Latina. Na era Pinochet, o Chile serviu de laboratório à introdução de medidas neoliberais, tendo ali emergido uma reforma estruturante

no regime de Previdência, que passou, em sua integralidade, à tutela de instituições financeiras privadas.

O presente estudo localiza-se exatamente neste contexto: traçar um paralelo entre a reforma previdenciária chilena, por um lado, e a reforma previdência aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, com especial atenção à situação dos pensionistas em ambos os países.

Assim, num primeiro tópico, será necessário identificar as causas determinantes da reforma chilena, as condicionantes históricas, o modelo de transição adotado, as alterações promovidas, e as consequências do modelo imposto.

Num segundo momento, a análise recairá sobre o modelo de previdência social brasileiro, e sobre o histórico das reformas pós-Constituição Federal de 1988, o que permitirá uma comparação com o modelo privatista chileno.

Posteriormente, o artigo tratará da atual reforma proposta no Brasil, um projeto de Lei que adota como premissa um alegado déficit no financiamento do sistema, segundo os dados que propaga o Governo Federal na grande mídia.

Trata-se, em definitiva, de verificar se a reforma da Previdência brasileira, nos moldes propostos e aprovados pelo governo federal, é de fato, uma necessidade fundamental com vistas à manutenção do sistema de cobertura dos riscos sociais. Tal análise será realizada a partir de um paralelo com o modelo chileno, pautado na privatização do sistema, a fim de inferir se o controle da previdência social por parte do setor financeiro constitui alternativa de solução ao alegado déficit do sistema.

2. A reforma previdenciária chilena

1.1 Condicionantes históricas, políticas e econômicas

O Chile foi um dos países pioneiros na criação de um sistema de Seguridade Social na América Latina, ainda no início do século XX, inspirado no modelo bismarckiano que segmentava as aposentadorias por categoria profissional, orientado pelo princípio da universalidade da cobertura e que acabou por transformar o sistema previdenciário chileno em um dos mais avançados da região, através da distribuição de benefícios generosos e que abarcavam a quase totalidade das contingências sociais¹.

¹ MESA, 2010, pp. 19-20.

Não obstante, a sensível diminuição na relação entre trabalhadores ativos e aposentados, a crise econômica que se abateu no país mesmo antes do declínio ocorrido nos anos 80 – a “década perdida” –, a manutenção dos privilégios previdenciários em favor de determinadas categorias e o alarmado déficit do sistema previdenciário contribuíram para o questionamento do estado de bem-estar social proposto, contexto que ensejou a discussão sobre a necessidade de reforma do sistema².

Adicione-se a essas condicionantes o pífio desempenho macroeconômico do país, a queda acentuada do preço internacional do cobre – principal *commodity* de exportação –, e a crise do petróleo³, contexto perfeito para que medidas liberais propostas pelos jovens economistas chilenos – os *Chicago Boys*⁴ – fossem introduzidas e implementadas na política econômica do país.

Nesse cenário de austeridade e controle das despesas públicas, de flexibilização e transformação das relações laborais, aliado a um estado autoritário comandado pelo General Augusto Pinochet, surgem medidas que transformariam o país num verdadeiro laboratório para testes do modelo privatista previdenciário, o qual seria, posteriormente, replicado em diversos países latino-americanos⁵.

Em que pese o caráter absolutamente impopular das medidas, o contexto político que caracteriza um regime antidemocrático foi determinante para que a reforma fosse aprovada. De fato, o ambiente em que se deu a reforma previdenciária chilena foi marcado por privação das liberdades de manifestação, ausência de diálogo com grupos de interesse⁶, aglutinação dos poderes no Executivo militarizado e açodamento do legislativo⁷.

2 BERTIN; PERROTTI, 1997, pp. 4-6.

3 CASTIGLIONI, 2003, p. 79.

4 Esta alcunha surgiu quando a Universidade de Chicago – o baluarte e formador dos teóricos liberais econômicos modernos – firmou um convênio para intercâmbio de alunos da Universidade Católica do Chile, momento no qual os jovens e mais promissores estudantes da época puderam estudar e se pós-graduar naquele centro. Essa relação permitiu que um programa macroeconômico liberal fosse desenvolvido nos centros de pesquisa de Chicago, projeto esse que, inclusive, foi proposto para as eleições de 1970 através do candidato liberal Jorge Allensandri.

5 MESA-LAGO, 2007, pp. 183-184.

6 MESA, 2010, p. 20.

7 MESA-LAGO e MULLER, 2003, p. 50.

Neste sentido, Mesa-Lago e Muller, em estudo realizado nos países latino-americanos à época⁸, chamam a atenção à relação direta entre democracia, autoritarismo e manutenção do Estado como garantidor das pensões. Demonstram que a existência de um Estado democrático de direito diminui sensivelmente as possibilidades de privatização total do sistema previdenciário.

Ainda sobre esta relação, não deixa de ser ilustrativo, e mesmo curioso, que as Forças Armadas dos distintos países onde se implementaram reformas alinhadas com a lógica da privatização tenham sido preservadas dos cortes de prerrogativas, e em muitos casos dos privilégios previdenciários. Na Argentina, por exemplo, estudo realizado Marques⁹ revela o mesmo tipo de incongruência, que também ocorreu no Brasil, como ilustra o fato das Forças Armadas terem ficado de fora da recente proposta de reforma realizada por meio da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 287/2016.

Em linhas gerais, a reforma previdenciária chilena, iniciada em 1980, visou substituir integralmente o sistema de financiamento da Previdência Social, pautado na repartição coletiva, com o envolvimento de diversos partícipes – Estado, trabalhadores, empresas –, por um sistema pautado na capitalização individual, uma espécie de poupança forçada dos trabalhadores e que seria administrada pelo capital privado.

Há aí dois aspectos a enfatizar. Em primeiro lugar, que ao substituir o sistema de custeio baseado na repartição coletiva pela capitalização individual, a estrutura previdenciária passa a ter um caráter muito mais excludente. Com efeito, a capitalização individual trata-se, em essência, de um investimento financeiro, no qual o titular terá direito a um resultado pecuniário proporcional às contribuições realizadas. Em definitiva, nos moldes da capitalização, terá direito a benefício aqueles que tenham capacidade de contribuir ao sistema ao longo da sua vida, excluindo-se todos os demais que não demonstrem tal capacidade.

Ao contrário, o sistema de repartição coletiva tem forte caráter socializador, e permite a efetivação da solidariedade de custeio da Previdência, na medida em que inclui no sistema trabalhadores de baixa renda, bem como os seus dependentes, que, num sistema de capitalização, não teriam

8 MESA-LAGO e MULLER, 2003, p. 48.

9 MARQUES 2014, p. 422.

condição de participar do financiamento, sem prejuízo da sua subsistência. É o sistema de solidariedade no custeio que permite que indivíduos que jamais tenham contribuído, em função das suas circunstâncias econômicas e sociais, possam usufruir da cobertura de riscos sociais elementares, assim como os seus dependentes. No Brasil, este aspecto é ilustrado, dentre outras hipóteses, pela possibilidade de recebimento de aposentadoria por idade por parte dos trabalhadores rurais de baixa renda (espécie de segurado especial), ainda que sem o pagamento da contribuição previdenciária.

Em segundo lugar, note-se que o sistema passou a ser gerido por agentes privados, mais precisamente grandes grupos financeiros. Tratou-se, assim, de um genuíno processo de privatização do sistema previdenciário que, a partir daquele momento, ficaria a cargo de agentes econômicos empresariais, denominados de *Administradoras de Fondos de Pensiones* (AFP). Toda uma estrutura de cobertura de demandas sociais fundamentais passou a ser controlada pelo mercado financeiro, e submetida a uma lógica empresarial, ao invés de se pautar nas prerrogativas do cidadão e de um Estado de direito.

A partir de então, conforme indicado anteriormente, a reforma chilena passou a ser considerada paradigma para as propostas de alteração formuladas e implementadas em diversos países da América Latina, com a forte interferência do capital estrangeiro, diretamente interessado nesta perspectiva de privatização. Neste processo, atuaram e atuam, em especial, o Banco Mundial (BM), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), que aproveitaram a oportunidade para incentivar as privatizações, seja por meio de assistência técnica, ou até mesmo financeira¹⁰.

2.2 O sistema de capitalização individual

Em meio às discussões políticas, ideológicas e econômicas sobre a Previdência Social e sua sustentabilidade, especialmente no que toca aos países latino-americanos, as alterações do regime podem se dar sob dois enfoques, distintos entre si, chamados de “reformas estruturais” e de “reformas paramétricas”¹¹.

10 KAY, 2003, pp. 103-105.

11 MESA-LAGO, 2007, pp. 40-41.

A reforma paramétrica é aquela que não altera os pilares do sistema securitário, consistente na adoção de medidas tópicas para a correção pontual de disfuncionalidades do sistema, mantendo-se incólumes os traços estruturantes. Objetiva garantir o equilíbrio econômico-financeiro do sistema, sem lhe alterar a essência, seja no tocante ao regime de prestações destinadas ao beneficiário, seja no que se refere às contribuições a serem por ele pagas.

Exemplo deste tipo de modificação foram as reformas ocorridas no Brasil ao longo das duas últimas décadas, que extinguíram a aposentadoria proporcional e alteraram a idade mínima para as aposentadorias por tempo de contribuição¹², ou ainda implementaram o fator previdenciário no cálculo dos benefícios¹³.

Já as reformas estruturantes são definidas pela ruptura com o modelo vigente, com significativa alteração no modelo contributivo, na administração dos recursos e regime de repartição, e as quais, via de regra, têm sido acompanhadas pela transferência da gestão à iniciativa privada, ainda que de modo parcial¹⁴.

Esse foi o modelo implementado a partir da reforma chilena, que acabou por privatizar por completo a Previdência Social, estabelecendo uma rígida separação entre os benefícios assistenciais e os benefícios financiados através do sistema de capitalização individual¹⁵, o que, trazendo para a realidade do Brasil, por analogia, seria o mesmo que excluir a Previdência Social do sistema de Seguridade Social, apartando-a das ações de Saúde e Assistência Social.

Saliente-se, todavia, que a completa privatização do sistema, no Chile, somente se deu em 1980, através do Decreto-lei 3.500/80, muito embora a ofensiva contra o modelo então vigente tenha se iniciado no ano anterior¹⁶, quando o governo estabeleceu a idade mínima para aposentadorias e suprimiu a aposentadoria por tempo de serviço¹⁷.

12 BRASIL, 1998.

13 BRASIL, 1999.

14 MESA-LAGO, 2007 pp. 41-42.

15 UTHOFF, 2011, pp. 11-12.

16 CASTIGLIONI, 2003, p. 70.

17 Essa reforma é considerada paramétrica, similar à ocorrida no Brasil em 1998, com a promulgação da Emenda Constitucional de nº 20.

Na atualidade, o sistema previdenciário chileno encontra-se estruturado nos três pilares operacionais de recomendação do Banco Mundial¹⁸, com suas distintas formas de custeio e ingresso, ainda que, a rigor, a capitalização individual seja o núcleo do modelo.

O primeiro dos pilares operacionais, consiste na garantia de aposentadoria mínima para aqueles que possuem menos de 20 anos de contribuição e que não conseguiram, com recursos próprios, alcançar a pensão mínima vigente. Trata-se de uma garantia coberta pelo Estado condicionada ao cumprimento de diversos requisitos por parte do beneficiário¹⁹.

O segundo pilar, e mais importante, tem esteio no sistema de capitalização individual. Consiste na obrigação, a cargo do empregado, de transferir 10% dos seus proventos para uma administradora de fundos de pensão – a participação dos autônomos é facultativa –, a ser escolhida pelo próprio segurado. Tal recurso é depositado em conta que irá gerar, de forma individualizada, os rendimentos para a sua futura aposentadoria, deduzidas as taxas de administração e prêmio por desemprego ou invalidez²⁰.

Uma das características marcantes do sistema de capitalização individual é que a pensão a ser recebida depende exclusivamente das contribuições feitas, da rentabilidade dos investimentos feitos e dos juros auferidos. Trata-se, pois, de um investimento particular, ainda que realizado em caráter compulsório, que nada tem que ver com um sistema de cobertura de riscos sociais, que inclui apenas aqueles que tenham capacidade de investimento, e que serão beneficiários de forma proporcional à sua própria riqueza. Outro detalhe interessante é que o risco do negócio é todo transferido ao segurado, na medida em que se vê obrigado à realização dos aportes, porém o benefício financeiro é absolutamente indefinido, dependente apenas dos humores do mercado.

Nesses moldes, o sistema de repartição simples das pensões, que opera segundo a lógica do denominado PAYG – *pay as you go* –, é substituído pela capitalização individual das contas²¹, as quais são administradas por fundos de investimento privados, as citadas AFP.

18 UTHOFF, 2011, p. 10.

19 BERTIN; PEROTTO, 1997, p. 34.

20 MURRO OBERLIN, 2014, p. 15.

21 VITTAS; IGLESIAS, 1992, pp. 1-2.

O terceiro e último pilar, tem caráter facultativo, e consiste em aportes de capital, realizados pelo próprio segurado. Ainda assim, estes aportes encontram-se condicionados aos rendimentos ofertados pela AFP, segundo a capitalização individual, e servem como alternativa ao incremento das pensões no médio e longo prazo. Nesse pilar, é o próprio segurado que voluntariamente faz o aporte. O Estado não faz aportes propriamente ditos, mas sim um complemento da pensão em casos específicos de invalidez, velhice e etc.

Todo este sistema de gestão privada da Previdência encontra-se sob administração de um total de apenas seis entidades²², sendo que duas delas são responsáveis por mais da metade dos recursos²³. Os montantes são investidos no sistema financeiro especulativo, de forma a elevar o risco para o segurado no tocante ao retorno do capital investido, o que se faz especialmente arriscado, considerando a vulnerabilidade econômica em que se encontra submetido um país latino-americano. Aliás, também neste sentido, diga-se de passagem, o sistema de capitalização individual constitui um risco maior em comparação com o sistema de solidariedade do financiamento, na medida em que este último tende a amortecer as perdas financeiras distribuindo-as entre todos os participantes.

Quanto ao recebimento do benefício, o mesmo será pago àquele que implementar as condições legais, calculando-se o benefício a partir do que seja o montante de capital acumulado individualmente, sem qualquer tipo de aporte estatal. O segurado poderá, por sua vez, optar por três modalidades distintas de saque: retirada mensal programada, anuidade vitalícia, ou uma combinação de ambas as possibilidades²⁴.

Esse modelo privatista de previdência, muito embora fosse obrigatório tão somente para aqueles que aderiram à Previdência após maio de 1981, contou com grande adesão, diante do apoio irrestrito da mídia local e ainda do sistema financeiro internacional, de uma propaganda massiva, e da “promessa” feita aos trabalhadores e segurados de um aumento da renda àqueles que aderissem à nova sistemática de capitalização individual. Assim, poucos foram os que optaram por permanecer no antigo sistema²⁵.

22 São elas a AFP CAPITAL, AFP CUPRUM, AFP HABITAT, AFP MODELO, AFP PLANVITAL e AFP PROVIDA.

23 CHILE, 2018.

24 HUJO, 1999, pp. 161-162.

25 BORZUTZKY, 1998, p. 40.

2.3 A contrarreforma de 2008 como conseqüência do princípio da dignidade da pessoa humana

Não obstante a grande adesão ao novo sistema, que se observou por parte dos trabalhadores que tinham capacidade econômica, em termos gerais, considerado o universo de todos os trabalhadores, foi baixíssimo o contingente incluído no regime. No ano de 2008, apenas 60% da população encontrava-se coberta pelo regime previdenciário²⁶, dado que evidencia o caráter excludente do sistema, que deixava de fora parcelas expressivas de cidadãos, em especial trabalhadores autônomos, cuja adesão era voluntária, e empregados de baixa renda, o que, ademais, contribuiu para levar o país a uma realidade de precarização das relações laborais.

O caráter excludente da “modernização” realizada, repleta de condições inerentes ao sistema de capitalização individual, terminou por exigir reestruturação, a fim de viabilizar uma mínima proteção social àqueles que por questões econômicas foram colocados à margem da proteção de riscos sociais. Baseado tão somente na capacidade do segurado em financiar a sua aposentadoria mediante a retribuição dos juros ofertados pelo sistema financeiro privado, sem que houvesse qualquer aporte estatal ou patronal, era de se esperar que reformulações fossem demandadas.

Em paralelo, verificou-se ainda a necessidade de minorar a situação de vulnerabilidade financeira em que se encontravam os próprios segurados, cujos recursos estavam expostos ao risco inerente a um mercado financeiro global. Neste caso, foi elaborada proposta para que os grupos mais vulneráveis fossem agraciados com aportes estatais que garantissem pensões minimamente honrosas²⁷:

Éste se estructuró sobre la base de un modelo que combina en un sistema mixto la participación del Estado y las cuentas de capitalización individual; consolida un sistema de financiamiento tripartito, con aportes estatales y contribuciones de los trabajadores y empleadores e incluye la creación de un fondo solidario y beneficios que se autorregulan según las capacidades de este fondo, que es autosustentable²⁸.

26 BORZUTZKY; HYDE 2016, pp. 65-66.

27 MESA, 2010.

28 MESA, 2010, p. 42.

Após quase 30 anos a partir da implementação da Reforma de 1980, o que se buscou, em linhas gerais, foi, portanto, a inclusão de critérios de solidariedade calcados no bem-estar social²⁹, com o objetivo de proteger grupos de baixa renda, desempregados e demais alijados da Previdência, de forma a amenizar as desigualdades geradas pelo sistema de capitalização individual.

Foi neste contexto que se deu a criação do *Sistema de Pensiones Solidarias* (SPS), vetor da intervenção do estado, e que introduziu uma sistemática de aportes de recursos públicos para subsidiar as pensões daqueles trabalhadores³⁰ e segurados que não conseguiam participar do financiamento da própria aposentadoria mínima. Em termos técnicos, inseriu-se no sistema de capitalização individual uma clara perspectiva de solidariedade no financiamento previdenciário³¹.

Em definitiva, a reforma privatista chilena, ao invés de dar efetividade ao princípio da universalidade, ampliando a cobertura dos riscos sociais, avançou em sentido oposto³², de forma a demarcar um verdadeiro retrocesso na perspectiva de um estado de bem-estar social.

Foi a contrarreforma, por outro lado, que permitiu que grupos vulneráveis da estrutura social chilena fossem contemplados com melhorias, como se deu, por exemplo, no caso das mulheres, que passaram a receber um bônus por filho. Também os trabalhadores jovens de baixa renda, beneficiados com subsídio estatal³³; ou ainda os profissionais autônomos que receberam incentivos do Estado para se filiar ao sistema de capitalização individual³⁴.

Em todo caso, tal contrarreforma, além de ter implementado apenas alterações pontuais, serviu para demonstrar a fragilidade do sistema de capitalização individual previdenciário privatista. Após a exclusão de número expressivo de pessoas da estrutura de atenção social, verificou-se a necessidade de retornar à adoção de medidas alinhadas com a ideia de so-

29 BORZUTZKY; HYDE, 2016, p. 65.

30 Esse complemento das pensões é chamado de *Aporte Previsional Solidario* (APS).

31 MESA, 2010, p. 92.

32 MESA-LAGO, 2007 p. 140.

33 Considera-se jovem trabalhador de baixa renda aquele que recebe remuneração inferior a 1,5 do salário mínimo e tenha entre 18 e 35 anos. Esse aporte estatal na cotização é equivalente a 50% da contribuição previdenciária, calculada sobre o salário mínimo.

34 MESA, 2010, pp. 95-99.

lidariedade e com o princípio da dignidade da pessoa humana, com vistas à harmonia entre os indivíduos.

Por certo que essas alterações, muito embora de caráter apenas paramétrico, só foram possíveis devido à pressão e à luta exercida por movimentos sociais, grupos populares, centrais sindicais e estudiosos da temática, que enxergaram na privatização um modelo de reprodução das desigualdades sociais já existentes no país, além de um mecanismo de dominação e enriquecimento do mercado financeiro.

Sob essa ótica, a contrarreforma constituiu uma evolução do sistema, na medida em que, de fato, foi observada a inclusão de grupos de pessoas em maior número. Não obstante, a mesma esteve longe de promover uma reestruturação que colocasse novamente sob a tutela do Estado a Previdência Social, e em caráter solidário de financiamento.

3. O sistema previdenciário brasileiro

3.1 Modelo de repartição simples e os princípios da Solidariedade e Dignidade

Diferente do que ocorre no Chile, no Brasil vigora o modelo de repartição simples, o mais aplicado no mundo³⁵, pautado na lógica do que se convencionou chamar *pay as you go*. De filiação obrigatória³⁶, é custeado de forma solidária e intergeracional pelos trabalhadores, empregadores, aposentados e o próprio governo. O caráter solidário e intergeracional, atributo central deste modelo de financiamento, consiste na imposição de contribuições a cargo das pessoas que se encontram em atividade laboral, que irão custear os benefícios a serem pagos pelo sistema de Previdência.

Ao invés do sistema de “poupanças individuais”, vinculadas apenas ao pagamento de benefícios aos respectivos aportadores, estabelece-se um sistema em que todos contribuem em favor de todos. Os benefícios, por sua vez, em lugar de serem calculados exclusivamente de forma proporcional aos aportes realizados, passam a ser definidos, também, de acordo com variáveis outras, como podem ser a natureza do risco a ser coberto, ou a contingência social em que se encontra o beneficiário.

35 KAY, 2003, p. 102.

36 BRASIL, 1988.

É somente o financiamento pautado na lógica da solidariedade intergeracional que permite a proteção social de indivíduos que jamais contribuíram para o sistema, devido à sua plena incapacidade econômica, a exemplo de desempregados, trabalhadores de baixa renda, portadores de deficiência, e grupos historicamente marginalizados.

Explícita na Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88)³⁷, eleita como objetivo permanente do Estado, e com vinculação direta com os pilares da democracia, da justiça, da liberdade e da segurança social³⁸, a solidariedade manifesta-se nas diversas esferas da sociedade, seja sob o enfoque político, econômico ou social³⁹. Trata-se de uma conquista no processo de construção do constitucionalismo pátrio, que refletiu valores de um Estado Social que prima pelo interesse coletivo, em detrimento do interesse particular.

Como corolário do princípio da Solidariedade, surge o da Dignidade da Pessoa Humana. Com efeito, é com o custeio da Seguridade Social por parte dos diversos integrantes da sociedade que se torna possível garantir o mínimo de subsistência aos segurados que implementarem os requisitos mínimos definidos em lei⁴⁰.

Outra particularidade deste sistema pode ser identificada a partir de uma perspectiva da Economia Política: enquanto o modelo privatista de capitalização individual é, com frequência, vinculado a políticas neoliberais, o de repartição simples tem vinculação com os regimes das sociais-democracias⁴¹.

Isso não significa que ambos os sistemas sejam incompatíveis dentro de um mesmo momento histórico. No Brasil, por exemplo, existem uma infinidade de fundos de previdência privados de capitalização individual, muitos deles formados por determinada classe de trabalhadores⁴², que ofertam planos para complementar o benefício provido pela Previdência Social. As próprias instituições financeiras privadas pos-

37 BRASIL, 1988.

38 TORRES, 2005, p. 199.

39 MARTINEZ, 1989, p. 30.

40 SARLET, 2006, pp. 84-85.

41 MARTINEZ, 1996, p. 223.

42 Como exemplo, cite-se a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (PREVI) e a Fundação Petrobrás de Seguridade Social (PETROS).

suem dentre os produtos ofertados os chamados planos de previdência complementar.

A diferença é que no Chile há obrigatoriedade do segurado se filiar ao sistema de capitalização individual, submetendo-o aos riscos próprios do mercado financeiro. Já no Brasil, a adesão é ainda voluntária, ao menos no que se refere ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), gerido pelo INSS e ao qual encontram-se vinculados os trabalhadores cujo vínculo laboral é não-estatutário.

3.2 Emendas constitucionais e reformas previdenciárias no Brasil pós-democratização

Alterações expressivas no sistema brasileiro, ainda que limitadas ao nível da paramétrica, foram adotadas ao longo das décadas posteriores à democratização. As mesmas foram introduzidas, sobretudo, a partir da segunda metade da década de 1990, tanto por iniciativa de governos liberais, especialmente do governo Fernando Henrique Cardoso (autodenominado social-democrata), como dos governos mais à esquerda do espectro político, em especial, do governo Lula.

A não realização de uma reforma mais profunda se deu não em função da ausência de proposta. Ao contrário, a própria ideia de privatização da Previdência brasileira foi colocada em pauta como um dos objetivos prioritários do Governo Fernando Henrique, no âmbito da reforma administrativa implementada. A sua não efetivação decorreu da resistência organizada dos movimentos sociais, que conseguiram ao menos a adoção de uma reforma branda, que envolveu, principalmente, o Regime Próprio dos servidores públicos estatutários (RPPS), como, em parte, o sistema de cálculo de benefícios⁴³.

Serviu de fundamento para a propagação da Reforma, como seria de se prever, a crise econômica da década de 1980, e seus corolários, especialmente na forma de elevação do endividamento público e inge-rência dos organismos de financiamento internacional no manejo das políticas públicas⁴⁴, e sempre em prol da chamada austeridade fiscal.

43 KAY, 2003, p. 111.

44 VIANNA, 2010, p. 33.

Foi neste contexto que se estabeleceu a idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social, o número mínimo de contribuições, o estabelecimento da média aritmética simples das 80% maiores contribuições realizadas pelo segurado, e o chamado fator previdenciário⁴⁵, que implicaram redução no valor dos benefícios, em especial da então aposentadoria por tempo de serviço, agora transformada em aposentadoria por tempo de contribuição. Tais alterações tiveram influência direta sobre os resultados financeiros do sistema, com o seu suposto déficit, bem como no objetivo do governo de frear as aposentadorias precoces.

Criticada até os dias atuais, é vista como iniciativa neoliberal que alterou de modo significativo a estrutura previdenciária. Determinou uma queda acentuada no valor dos benefícios, e aumentou o período laboral exigido ao gozo dos benefícios, sobretudo em função da implementação do fator previdenciário, elevando-se o tempo de contribuição em 4,2%, para as mulheres, e em 3,3% para os homens⁴⁶.

Em que pese a resistência realizada pelo Partido dos Trabalhadores, na oposição à época, o governou Lula também adotou a mesma retórica no sentido de afirmar que existe um déficit insustentável no financiamento da Previdência Social, a despeito dos vários estudos que refutam a tese⁴⁷.

Neste contexto é que foi aprovada a Emenda Constitucional 41/2003⁴⁸, com apoio tanto da base aliada quanto da oposição. Com relação aos inativos vinculados ao RPPS passou a ser prevista a alíquota 11% sobre os seus proventos de aposentadoria e pensão, e o valor dos benefícios limitado ao montante máximo dos benefícios pagos pelo RGPS (“teto de benefício” do INSS).

Em paralelo, promoveu-se um estímulo à contratação de planos privados de Previdência, geridos pelas instituições financeiras privadas, o que incluía até possibilidade de dedução do investimento, para fins de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Físicas. Em definitiva, o que se notou foi um claro fortalecimento da previdência privada e dos fundos de pensão, capital financeiro em suma, a fim de garantir uma hipotética incrementa-

45 O fator previdenciário é, em suma, uma fórmula matemática que vincula o valor da aposentadoria a expectativa média de sobrevida. Quanto mais precoce a aposentadoria, maior será a incidência do fator e, conseqüentemente, menor será o benefício recebido.

46 BRASIL, 2006a.

47 MARQUES; MENDES, 2004, p. 6.

48 BRASIL, 2003.

ção da poupança interna e ainda se aliar aos ideais neoliberais do Banco Mundial e do FMI⁴⁹, apoiadores irrestritos da privatização do sistema de Previdência Social.

É possível inferir que os avanços do capital em desfavor do sistema previdenciário público, universal e includente, são cíclicos, universais e programáticos, movidos por uma clara intenção de enfraquecimento do Estado no tocante à prestação da segurança social, e em prol da transferência da poupança dos trabalhadores ao sistema financeiro privado.

Embora no Brasil não se tenha ainda implementado a privatização do sistema de Previdência, como ocorreu no Chile, as sucessivas investidas o enfraqueceram, ainda que o pilar da solidariedade tenha se mantido.

4. Paralelo entre o sistema previdenciário brasileiro e chileno

4.1 A similitude entre as realidades demográficas do Brasil e do Chile, como aspecto viabilizador de um estudo comparado do financiamento da previdência social

A realização de um paralelo entre os sistemas de financiamento da Previdência no Brasil e no Chile demanda o estabelecimento de parâmetros de comparação. No caso do presente estudo, serão considerados a expectativa de vida, a taxa de mortalidade e o perfil da população segundo o seu envelhecimento em cada um dos dois países. A escolha de tais parâmetros se justifica, na medida em que se referem a pontos de fragilidade da sustentabilidade do financiamento de um sistema de segurança social pautado na solidariedade.

Com efeito, o financiamento solidário intergeracional, embora socialmente justo, tem uma limitação no tocante a aspectos demográficos, quais sejam o de expectativa de vida e o de envelhecimento da população. Isso ocorre porque cabe aos mais jovens a sustentabilidade do financiamento, e à medida que a parcela mais jovem da sociedade sofre diminuição relativa, por meio de quaisquer dos três parâmetros indicados, tal fato constituirá ameaça à capacidade financeira de todo o sistema.

Neste sentido, a taxa de fecundidade, no Chile, entre 2000 e 2005 chegou a uma média de 2 filhos por mulher, valor que se aproxima aos dos

49 MARQUES; MENDES, 2004, p. 11.

países desenvolvidos do continente Europeu⁵⁰. No Brasil, em 2006, registrou-se taxa de fecundidade idêntica⁵¹, o que indica uma paridade entre os países no tocante a esta variável.

No que se refere à expectativa de vida, o Chile tem, no histórico recente, índices muito melhores do que os do Brasil. Enquanto no país andino a expectativa de vida era, em média, da ordem de 77,7 anos, no período de 2000 a 2005⁵²; no Brasil, esta mesma expectativa, já no ano de 2016, ainda era da ordem de 75,8 anos⁵³.

Implica dizer que o Chile, diante duma expectativa média de vida maior que a do Brasil, tenderá a ter um custo previdenciário maior com os pensionistas e aposentados. Entretanto, ainda mais importante para o presente estudo, é que a proximidade entre as realidades demográficas de um e outro país, viabiliza a realização de um estudo comparado, com riscos reduzidos no que se refere a inconsistências que decorreriam da comparação entre realidades díspares⁵⁴.

As taxas de mortalidade de ambos os países também se equivalem. A título comparativo, no ano de 2012, o Brasil teve uma taxa de mortalidade de 6,03 para cada mil habitantes⁵⁵. No Chile, nesse mesmo ano, a taxa observada foi de 5,67 para cada mil habitantes⁵⁶, e em 2016 esta mesma taxa foi da ordem de 6,12.

A própria evolução demográfica dos países projetada para 2020 revela a simetria entre a estrutura etária de ambos, em particular no que diz respeito ao envelhecimento da população, aumento da expectativa de vida e queda da natalidade, de modo que, em termos percentuais, a maior parte da população se encontrará concentrada na faixa que vai de 20 até os 39 anos de idade.

50 CHILE, 2006a.

51 BRASIL, 2006b.

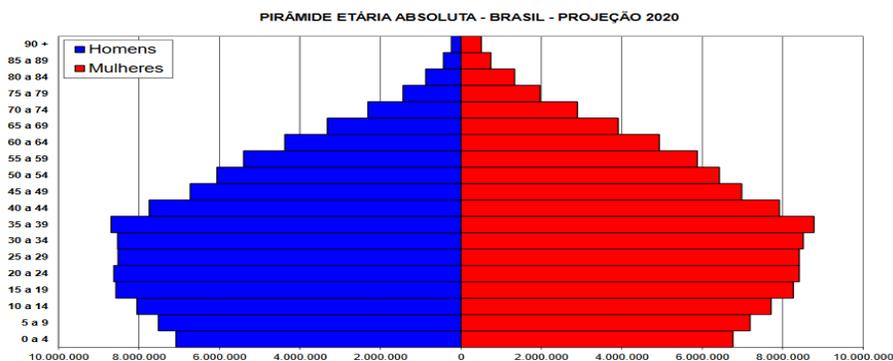
52 CHILE, 2006b.

53 BRASIL, 2017.

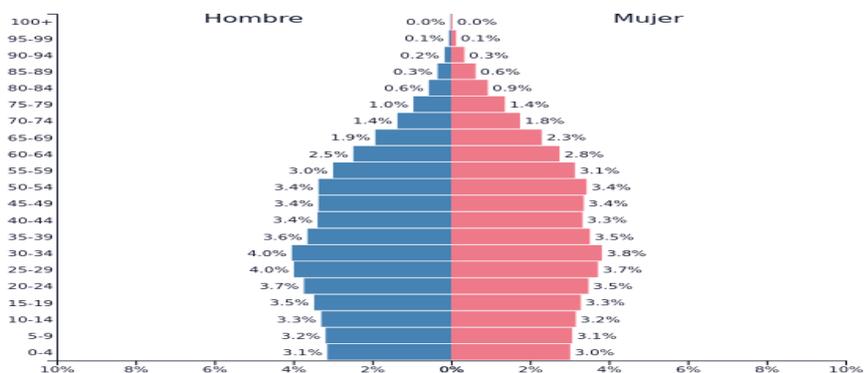
54 Neste sentido, cabe destacar a inconsistência de estudos comparativos a partir da análise de modelos previdenciários existentes em países que tem realidades demográficas, por exemplo, completamente distintas entre si. Não obstante a importância de tais estudos, é necessário que as suas conclusões sejam sempre ponderadas, à luz das diferenças de realidades existentes.

55 BRASIL, 2016.

56 CHILE, 2014.



Fonte: IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Projeção da População por Sexo e Idade: Brasil 2000-2060⁵⁷.



Fonte: BCN, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Evolución de la Estructura Etarea en Chile⁵⁸.

Assim, a existência de populações com características de envelhecimento similares, vetor fundamental à análise da sustentabilidade financeira de um sistema previdenciário pautado na solidariedade intergeracional, é possível realizar um paralelo entre os países indicados⁵⁹.

57 BRASIL, 2013

58 CHILE, 2015

59 PORTELLA; FRACALOSSO, 2018, pp. 169-170.

4.2 Renda média das aposentadorias. Rentabilidade e resultados obtidos: a consequência da privatização para o bem-estar e o poder aquisitivo dos beneficiários

Diante da viabilidade do estudo comparado entre os dois países, à vista de um perfil demográfico considerado, a análise da rentabilidade e dos resultados financeiros obtidos é o ponto fundamental à consideração dos sistemas de financiamento da Previdência, bem como para consideração do bem-estar dos beneficiários.

No sistema de capitalização chileno, conforme indicado em item anterior, o valor do benefício depende exclusivamente dos rendimentos depositados pelo segurado em sua conta individualizada ao longo do tempo, acrescido da taxa de juros flutuante, e deduzido da taxa de administração. Já no sistema de repartição brasileiro, o valor do benefício, a chamada Renda Mensal Inicial (RMI), depende, basicamente, de três variáveis: a) média aritmética simples das 80% maiores contribuições que cada segurado tenha pago em favor do sistema do longo da sua vida laboral; b) expectativa de sobrevivência do segurado, definida na forma de projeção de vida deste segurado, a partir do momento em que se passa a receber o benefício; c) e número de contribuições pagas, consideradas apenas as chamadas contribuições contemporâneas (desconsiderado o número de contribuições pagas de forma retroativa).

É justamente neste ponto que residem as maiores críticas ao sistema de capitalização individual. Neste caso, o valor do benefício estará condicionado às flutuações inerentes ao mercado financeiro privado, por natureza especulativo, o que inclui a possibilidade de resgate em montante inferior, inclusive, ao do salário-mínimo vigente no país. Assim, enquanto no Brasil um conjunto de partícipes está envolvido no financiamento da Previdência, no Chile, a rentabilidade dependerá da quantidade de capital acumulado na conta individualizada do segurado.

Nessa perspectiva individualista, tomando como base o ano de 2016, 94% das mulheres aposentadas e 87,5% dos homens aposentados na modalidade velhice programada recebiam pensão inferior a \$154.304 pesos chilenos⁶⁰, ou o equivalente a R\$908,08 a câmbio de julho de 2018 (U\$236,41)⁶¹. Tal valor encontra-se muito abaixo do próprio salário-míni-

60 FUNDACION SOL, 2016.

61 BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018.

mo do Chile para trabalhadores com mais de 18 anos e menos de 65 anos, que em 2016 era de \$257.500 pesos chilenos e, atualmente, encontra-se fixado em \$ 276.000 pesos chilenos⁶², ou seja R\$1.624,26 (U\$422,86)⁶³.

Por outro lado, o valor médio das aposentadorias por idade, no mês de dezembro de 2017, chegou a \$199.646,14 pesos chilenos⁶⁴, ou seja, ainda muito abaixo do salário-mínimo vigente, o equivalente a R\$1.174,92 (U\$305,88)⁶⁵.

Diante de tais circunstâncias, não causam estranheza as manifestações de insatisfação da população para com o sistema de pensionamento privado daquele país, conforme registrado inclusive por editoriais conservadores como o do *The New York Time*. A média de vencimentos chega a U\$315,00 – abaixo do salário-mínimo –, fato que obriga os aposentados a continuarem em atividade laboral, a fim de manter uma subsistência digna, e que destoa dos altos lucros auferidos pelos fundos de pensão privados com as poupanças levantadas pelos chilenos ao longo da vida⁶⁶.

As críticas ao modelo de financiamento chileno vêm das fontes mais diversas, inclusive no tocante ao espectro ideológico. Paul Krugman, prêmio Nobel de Economia, por exemplo, criticou o modelo privatista chileno, tendo afirmado, ainda na mesma conferência, organizada pelo Banco Central americano, que os Estados Unidos não se ressentiram ainda mais profundamente da crise de 2008, por conta do sistema estatal de pensões⁶⁷.

No Brasil, o valor médio dos benefícios previdenciários em março de 2018, inclusos os pagos em favor dos trabalhadores rurais e seus dependentes⁶⁸, chegou a R\$ 1.399,61, enquanto na aposentadoria por tempo de contribuição, a média foi de R\$ 2.306,66⁶⁹. Assim, muito embora o valor médio da aposentadoria por idade, no Brasil, seja ainda muito pequeno, considerado o custo necessário à manutenção de uma vida digna, ela está ao menos situada acima do salário-mínimo oficial da país.

62 LEY, 2016.

63 BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018.

64 CHILE, 2017.

65 BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018.

66 BONNEFOY, 2016.

67 EL MOSTRADOR, 2013.

68 A grande parte dos benefícios rurais independem de contribuição e são fixados com base no salário mínimo vigente no país, o que pode acabar causando pequenas variações para menos no valor médio das aposentadorias.

69 BRASIL, 2018.

Tais dados evidenciam a desigualdade decorrente do sistema privatista de previdência. Os rendimentos dos trabalhadores são submetidos a uma poupança forçada submetida à gestão e aos interesses do capital financeiro privado, que além de cobrar taxa de administração, utiliza a poupança para lucrar no mercado especulativo, em detrimento do pagamento de benefícios em valores alinhados com a ideia de dignidade.

Estes dados reforçam o que já foi indicado anteriormente a respeito da contrarreforma previdenciária chilena. Esta veio a ser o resgate de resquícios de um sistema solidário de financiamento, com o objetivo de viabilizar o pagamento de benefícios a grupos de mais baixa renda. Tratou-se, pois, de um consectário da incapacidade do sistema privado de gerir os recursos de Previdência Social. Um claro retrato da falência do modelo neoliberal na área previdenciária, que se alastrou pela América Latina e se utilizou dos países periféricos para adoção de medidas experimentais, notadamente no que tange à precarização dos direitos e conquistas sociais.

5. A nova ofensiva contra a Previdência Social brasileira: precarização do sistema previdenciário, a Emenda Constitucional 103/2019, e o suposto déficit como justificativa para o seu desmonte em favor do capital privado

Durante a crise institucional, econômica e política que se alastrou pelo Brasil nos últimos 3 anos a partir de 2015, medidas governamentais de nítido caráter austero foram implementadas ou sugeridas. Exemplo disso foi a Emenda Constitucional 95/2016, que congelou os gastos com Educação, Saúde, Previdência e Assistência Social, que somente poderão ser corrigidos pelo índice oficial da inflação do ano imediatamente anterior.

A justificativa seria a necessidade de ajuste das contas do governo, comparada de forma grotesca pela mídia tradicional a uma família, cujos gastos não podem exceder os rendimentos, sob pena de endividar-se.

O que passa ao largo de tal analogia é que a estrutura jurídica brasileira impõe a priorização do pagamento da dívida pública em detrimento de quaisquer outras despesas, o que inclui o custeio dos direitos sociais⁷⁰. Todo o Orçamento Público brasileiro é formulado após o estabelecimento da chamada meta fiscal (historicamente prevista nas Leis de Diretrizes

70 PORTELLA; FRACALOSSO, 2018, pp. 155-157.

Orçamentária – LDO – federal, art. 2º), que por sua vez é formulado com vista à destinação de recursos para o pagamento da dívida, tudo isso por imperativo legal, e em detrimento de princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

A proposta de reforma da previdência foi pelo mesmo caminho, apoiada de forma irrestrita pela mídia tradicional, que passou a propagandear uma alegada existência de altos níveis de déficit, que só poderiam ser corrigidos com uma reforma estruturante do modelo.

A partir de uma metodologia, diga-se, heterodoxa, suprimem-se fontes de receita que fazem parte da matriz de financiamento da previdência social, conforme previsão constitucional. Disto resulta o alegado déficit, cuja aritmética leva em consideração apenas as receitas oriundas da contribuição previdenciária, e sem considerar todas as demais fontes do financiamento previdenciário. Neste sentido, toda a lógica de cálculo aplicada destoa daquela que seria própria de um sistema de solidariedade, e pende para o que seria aplicado no regime de capitalização, no qual somente interessariam as contribuições realizadas pelos trabalhadores e respectivos contratantes⁷¹.

Neste cálculo ficam de fora as receitas das demais contribuições sociais, aí incluídas a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das empresas (CSLL), a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e para a formação do Patrimônio do Servidos (PASEP), a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Quando as receitas decorrentes de tais contribuições são incluídas nas estimativas, a Previdência Social passa a ter um resultado superavitário⁷².

Sem prejuízo das fragilidades existentes no sistema de financiamento da Previdência Social brasileira, em especial no que se refere às questões étárias, o déficit alegado constitui, em verdade, um subterfúgio para justificar a desestruturação de cobertura social, com vistas à entrega da sua gestão ao capital financeiro.

Ainda que a proposta de capitalização individual tenha sido rejeitada pelo congresso, com o enfraquecimento do sistema público por intermédio da reforma ora aprovada, os segurados tendem a migrar para o modelo pautado na gestão privada, que atualmente coexiste com o modelo pú-

71 PORTELLA; FRACALOSSO, 2018, pp. 155-157.

72 FUNDAÇÃO ANFIP DE ESTUDOS DA SEGURIDADE SOCIAL E TRIBUTÁRIO, 2016.

blico, o que apenas contribui para o esvaziamento deste último e para a completa privatização do sistema. Por conseguinte, é de se esperar forte restrição de direitos sociais, sobretudo, em desfavor de grupos historicamente marginalizados⁷³, com clara vulneração de prerrogativas de matriz constitucional.

6. Conclusão

A comparação realizada entre os modelos previdenciários de Brasil e Chile, dentro de uma perspectiva histórica, social e econômica, não deixa margem a dúvida: a privatização do sistema constitui um retrocesso social.

Embora não se negue que a previdência pública seja mais custosa para o Estado, diante da inegável vinculação desse sistema aos direitos sociais, a análise sob a ótica privatista é um equívoco, apenas a serviço da marginalização de contingentes expressivos da população brasileira.

Pautado na lógica do neoliberalismo e na da existência de déficit, os governantes, em conjunto com o capital financeiro, esforçam-se em desmontar o sistema público de Previdência, e com ele a estrutura dos direitos sociais fundamentais, como se fosse possível existir o mínimo de dignidade das classes historicamente marginalizadas, sem que se tenha a ingerência do Estado.

Foi sob essa mesma justificativa reducionista que o Chile concretizou a privatização do sistema de Previdência, estabelecendo ademais o regime de capitalização individual. Sob a égide de um governo autoritário, influenciado por organismos internacionais ortodoxos, foi feito o experimento que se mostrou verdadeiro erro histórico, com seus graves prejuízos à população.

No caso do Brasil, ao invés da imposição por meio de governo formalmente autoritário, optou-se por uma dinâmica de disseminação de informações inconsistentes, associada a divulgação de dados que supostamente corroboram com a incapacidade das finanças do Estado e da necessidade de sanear a dívida pública. Sem jamais ter sido sequer auditada, a fim de se verificar a sua verdadeira origem e perfil, tal dívida passou a ser fundamento para manter os baixos níveis de investimentos sociais por um horizonte de 20 anos.

73 COMPARATO, 2010, pp. 66-67.

O vizinho sul-americano, de características sociais similares, já comprovou que a privatização do sistema previdenciário não é a solução, mas sim um paliativo para um problema que é inerente ao natural envelhecimento da população mundial.

Ao invés de privatizar o sistema de Previdência, é preciso fortalecer o caráter solidário do seu financiamento, sem prejuízo da adoção de medidas alinhadas com a sustentabilidade, e sobretudo com vistas à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Referências

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Conversão de moedas*. Brasília, jul. 2018. <http://www4.bcb.gov.br/pec/conversao/conversao.asp>.
- BERTIN, Hugo; PERROTTO, Andrea. *Los nuevos regímenes de capitalización en América Latina: Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Uruguay*. Buenos Aires: SAFJP, 1997.
- BONNEFOY, Pascale. El sistema de pensiones de Chile, modelo de privatización para muchos, se desmorona. *The New York Times*, Nova York, 13 set. 2016. <https://www.nytimes.com/es/2016/09/13/el-sistema-de-pensiones-de-chile-modelo-de-privatizacion-para-muchos-se-desmorona/>.
- BORZUTZKY, Silvia. Chile: the politics of privatization. In: CRUZ-SACO, María Amparo; MESA-LAGO, Carmelo. (Eds.). *Do options exist? The reform of pension and health care systems in Latin America*. Pittsburgh Press, 1998.
- BORZUTZKY, Silvia; HYDE, Mark. Chile's private pension system at 35: impact and lessons. UK: *Journal of International and Comparative Social Policy*, Santiago. vol. 32, n. 1, pp. 57-73, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional Nº 20, de 15 de dezembro de 1998*. Portal da legislação, Brasília, 15 dez. 1998. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm.
- BRASIL. *Lei Nº 9.876, de 26 de novembro de 1999*. Portal da legislação, Brasília, 26 nov. 1999. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm.

- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Avaliação de resultados da Lei do Fator Previdenciário (1999-2004)*. Brasília: IPEA, fev. 2006a. http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1814/1/TD_1161.pdf.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Emenda Constitucional N° 41, de 19 de dezembro de 2003*. Portal da legislação, Brasília, 19 dez. 2003. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm#art1.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Taxa de fecundidade total. Séries históricas e estatísticas*, Rio de Janeiro, 2006b. <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=PO-P264&t=taxa-fecundidade-total>.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil –2016: breve análise da evolução da mortalidade no Brasil*. Rio de Janeiro, 2017. ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2016/tabua_de_mortalidade_2016_analise.pdf.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Taxa Bruta de Mortalidade por mil habitantes – Brasil – 2000 a 2015*. Rio de Janeiro, 2016. <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-brutas-de-mortalidade.html>.
- BRASIL. Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda. *Boletim Estatístico Da Previdência Social*, Brasília, vol. 23, n. 3, 2018. <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/beps18.03.pdf>.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Projeção da População por Sexo e Idade: Brasil 2000-2060. Unidades da Federação 2000-2030*. Rio de Janeiro, 2013. <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000014425608112013563329137649.pdf>.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTIGLIONI, R. Pensões e soldados: o papel do poder, dos atores políticos com poder de veto e das ideologias sob o regime militar no Chile no Uruguai. In: COELHO, Vera Schattan Pereira. (Org.). *A Reforma da Previdência Social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGB, 2003.
- CHILE. Superintendencia de Pensiones. *Valores de Cuota y del Patrimonio Fondo Tipo A*. Santiago, 2018. <https://www.spensiones.cl/apps/valores-CuotaFondo/vcfAFP.php?tf=A>.
- CHILE. Instituto Nacional de Estadísticas. *Fecundidad en Chile: situación reciente*. Santiago, 22 nov. 2006a. <http://www.ine.cl/docs/default-source/>

- demogr%C3%A1ficas-y-vitales/demograf%C3%ADa/estudios-demo-gr%C3%A1ficos/fecundidad.pdf?sfvrsn=6.
- CHILE. Instituto Nacional de Estadísticas. *Ganancias en años de vida y riesgo de muerte 1992-2002*. Santiago, 30 out. 2006b. http://www.ine.cl/docs/default-source/demogr%C3%A1ficas-y-vitales/ganancia_de_vida.pdf?sfvrsn=4.
- CHILE. Departamento de Estadísticas e Información de Salud. *Series y Gráficos de Mortalidad*. Santiago, 2014. www.deis.cl/wp-content/uploads/2015/05/Serie-de-mortalidad-general-seg%C3%BAAn-sexo-regi%C3%B3n-y-comuna.-Chile-1997-2012.xlsx.
- CHILE. Superintendencia de Pensiones. Número Y Monto Promedio, En U.F., *De Las Pensiones Pagadas En El Mês Por Modalidad, Según Tipo De Pensión*. Santiago, 2017. http://www.spensiones.cl/safpstats/stats/si.php?id=inf_estadistica/afipen/mensual/2017/12/m00.html.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Evolución de la Estructura Etarea en Chile*. Santiago, 19 maio 2015. https://www.bcn.cl/siit/actualidad-territorial-19-5-2015/estructura_poblacion_edad.
- EL MOSTRADOR. Paul Krugman en conferencia organizada por el Banco Central. *El Mostrador*. Noticia. Santiago, 15 jun. 2013. <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/06/15/nobel-de-economia-ya-habia-criticado-el-sistema-de-afp-en-2009-y-dice-que-ee-uu-no-sufrio-una-crisis-mas-fuerte-porque-no-adopto-el-modelo/>.
- FUNDACION SOL. *Porcentaje de jubilados con pensiones menores a \$154.304, por sexo*. Fundación Sol, Santiago, 2016. Gráficos. <http://www.fundacionsol.cl/graficos/porcentaje-de-jubilados-con-pensiones-menores-a-154-304-por-sexo/>.
- FUNDAÇÃO ANFIP DE ESTUDOS DA SEGURIDADE SOCIAL E TRIBUTÁRIO. *A DRU e o falso déficit da Previdência Social*. Brasília: ANFIP, 2016. <http://fundacaoanfip.org.br/site/2016/06/a-dru-e-o-falso-deficit-da-previdencia-social/>.
- HUJO, Katja. *Novos Paradigmas Na Previdência Social: Lições Do Chile E Da Argentina*. Brasília: IPEA, 1999.
- KAY, Stephen J. Privatizações inesperadas: política e reforma da previdência social no Cone Sul. In: COELHO, Vera Schattan Pereira. (Org.). *A Reforma da Previdência Social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGB, 2003.

- LEY n° 20.935 de 30 de junho de 2016. Santiago, 2016. <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1091980&idParte=0>.
- MARQUES, Rosa Maria. Da privatização à (re)estatização do sistema previdenciário argentino. *Ensaio FEE*, Porto Alegre, vol. 35, n. 2, pp. 417-440, dez. 2014.
- MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. *O Governo Lula e a contra-reforma Previdenciária*. São Paulo: São Paulo em Perspectiva, 2004.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1989.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Primeiras lições de previdência complementar*. São Paulo: LTr, 1996.
- MESA, Alberto Arenas de. *Historia De La Reforma Previsional Chilena: Una Experiencia Exitosa de Política Pública en Democracia*. Santiago: Oficina Internacional del Trabajo, 2010.
- MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007.
- MESA-LAGO, Carmelo; MULLER, Katharina. Política e reforma da previdência na América Latina. In: COELHO, Vera Schattan Pereira. (Org.). *A Reforma da Previdência Social na América Latina*. Rio de Janeiro: FGB, 2003.
- MESA-LAGO, Carmelo. *Social Security in Latin America: Pressure Groups, Stratification, and Inequality*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1978.
- MESA-LAGO, Carmelo. *Social Security and Prospects for Equity in Latin American*. Washington: World Bank Discussion Papers, 1992.
- MURRO OBERLIN, Ernesto Ramón. *Seguridad Social em América Latina y Conosur: mitos, desafíos, estrategias y propuestas desde una visión sindical*. Friedrich Ebert Stiftung: Montevideo, 2014.
- PORTELLA, André; FRACALOSSO, Anna Carla Marques. Análise-Crítica do Financiamento da Previdência Social e Alternativas às Propostas Oficiais. In: OLIVEIRA, Eduardo Chagas; CARNEIRO, Ivana Liberta-doira Borges. (Org.). *Direito, Hermenêutica e Conhecimento Jurídico*. 1ª ed. Salvador: Editora da UEFS, 2018. p. 150-186. v. 1.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- TORRES, Ricardo Lobo. Existe um princípio estrutural na sociedade? In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. (Org.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- UTHOFF, Andras. *Reformas al sistema de pensiones chileno*. Santiago: CEPAL, 2011.
- VIANNA, Maria Lúcia T. Werneck. *A Previdência Social (e não só ela) em questão: notas aditivas à reflexão de Rosa Marques, Àquilas Mendes e Camila Ugino*. Argumentum: Vitória, vol. 2, n. 1, pp. 31-40, jan./jun. 2010.
- VITTAS, Dimitri; IGLESIAS, Augusto. *The Rationale and Performance of Personal Pension Plans in Chile*. Washington: World Bank, 1992.

Recebido em 15 de janeiro de 2019.

Aprovado em 16 de abril de 2020.

Corona Crisis: Life versus Freedom?

A crise do Coronavírus: Vida versus Liberdade?

Avantika Tewari*

Jawaharlal Nehru University, New Delhi, India

1. Introduction

Today, in the time of the COVID pandemic, it appears that we are all outlawed until we become legible and legitimate subjects again, so much so that states have started considering providing immunity certificates¹ to people. We are all simultaneously, albeit disproportionately, abandoned and subjected to the law and to a system which has pushed us into a situation of vastly differentiated experiences of the pandemic. We realize the conditions of our being only when the threat of death begins to appear imminent. At the outset, the world leaders² present to us a reality which makes it appear that all life is sacred – principally and ethically, worth preserving – *but* the virus is of a catastrophic proportion and therefore, some lives are inevitably going to be sacrificed. Death-by-disease forms the

* Research Scholar doing her M.Phil at Centre for Comparative Politics and Political Theory at the School of International Studies, Jawaharlal Nehru University, in New Delhi, India. She has previously worked as a Consultant to Tata Institute of Social Sciences- Advanced Women's Studies Department, Mumbai. Her work involved a study of the negotiations of social identity in the housing sector in Delhi. E-mail: tewari.avantika@gmail.com.

1 ET ONLINE, 2020.

2 US President Donald Trump spoke about “war against the Chinese virus” (BENNET, 2020); UK Prime Minister Boris Johnson announced, “We must act like any wartime government”. While the Israeli Prime Minister Benjamin Netanyahu spoke of the “war against an invisible enemy”. “We are in a war” in which “nothing should divert us” from fighting an “invisible enemy” said the French President Macron (TAKIEDDINE, 2020).

background as an inevitable truth on which a borrowed life stands as its fragile promise; thus, rendering people as permanent suspects and potentially expendable. Today, government hospitals don't have sufficient beds and doctors are facing an ethical dilemma of saving one life over another. The need of the hour is to think of immediate structural interventions to mitigate the crisis as well as understand the recurring nature of the crisis of capitalism which is adept at recuperating anti-statism. In response to the pandemic, States were pushed into assuming a pro-active role in mediating the flow of capital towards propelling a graduation into a new mode of relations in society. The task ahead of us involves thinking of upending the existing global capitalist order which inscribes and assimilates resistance against systemic exploitation without falling for the trap of defining the struggle as a direct negation of State's "imposition" of wearing masks and restrictions on collectivising in and as publics. We must remember to not view State's interventions which are geared towards greater consolidation of surveillance systems as separated from the capitalist economy of which it is a part nor subtract it of the class interests it embodies.

Cities seem especially ephemeral³ during a pandemic, where a majority⁴ of working people are locked-out while the city observes a 'lock-down', and staying home has become a patriotic gesture against the movement of abandoned workers who are falling off the frames of the nation as wartime casualties⁵. The pandemic did not only end up revealing how badly broken the system is, as many have pointed, but also ends up exposing how the system was precisely built to preserve its own brokenness, a system which thrives on structural production of inequalities. The city fortified by containment and its carceral logic touches upon everyone, which has now reached its limit. Forced to acknowledge our own dependence on the underbelly with which a constant and deep contact it maintains despite and through the mediated relations of un-touch – it is the excluded bodies on whom the law functions most severely through abandonment. Many working-class people confronted the stigma of being seen as potential carriers while being pushed into precarity and deprivation that is symptomatic of and compounded by

3 INDOREWALA, 2020. Also see: CHHABRIA, 2020.

4 PRIYA, 2020.

5 GUPTA, 2020.

institutionalized caste order⁶, class antagonism, and police brutality— leaving the under-class with no option but to persist or perish⁷.

With connectivity and interactivity assuming digital form, we experience efforts being made towards a digital transference of social antagonisms; the isolation we face is a manifestation of subjective and social alienation, which during the pandemic was at a loss of authorisation by a structure of life. While there remains a gaping digital divide between and among people and countries, this new mode of digital relations also subdues realities of structural inequalities which get clouded by a negativistic fear of authoritarian regimes of control being instituted through datafication of social processes. While these fears are not misplaced and reflect a legitimate anxiety, as the advances in artificial intelligence⁸ (which had seemingly set in motion the fourth industrial revolution⁹) that are being deployed to monitor the transmission of the virus also fuel the technologies of surveillance by the deep State as well as contribute to filling reservoirs of data which becomes an endless stream of digital footprints to mine to profit. The concern for data-driven economies is no small matter and will have a structuring role in forming social-digital bubbles. It is also important to flag that contrary to what is being imagined as an inevitable preparatory ground for “machines replacing every contact – every contagion – between human beings”¹⁰, is also reflective of a crisis of social relations that are mediated by an invisible totality that structures a globalised network of market and the political economy of capitalism. The Corona-crisis has further deepened¹¹ and exacerbated the already existing crisis in Indian society, despite the many protests being staged by migrant workers, the government belatedly responded to the situation by making ‘emergency’ provisions for workers to return home giving them a small window to squeeze themselves home or remain where they are with their abysmal wages¹² – with the state using the police to ‘persuade’¹³ workers

6 BLOOMBERG, 2020 and ASHRAFI, 2020.

7 KAUNTIA, 2020.

8 SOLTANI, 2020.

9 WALCOTT, 2020.

10 KLEIN, 2020.

11 SEN, 2020.

12 FEMINISM IN INDIA, 2020.

13 WIELENGA, 2020.

to remain tied¹⁴ to the cities despite their own deprivation. Laying bare the relations of production, and the presupposed social distance as included exclusion of the underclass on which society rests.

The pandemic exposed us to the hitherto concealed relations of antagonisms in society, which in the absence of fundamental equality keep manifesting in new forms of appearance, “that is precisely this paradoxical freedom, the form of its opposite, which closes the circle of ‘bourgeois freedoms’”¹⁵. Today, it is clear that despite the calls for physical distance, self-enclosure of social life is not possible to do so without disproportionately rendering some lives at risk to ensure the survival of others; such that basic functions of ensuring water supply, food, electricity, sanitation is met despite of lockdowns¹⁶. Our social relations have always been instructed by a transparent mediation of a web of socially exploitative relations which conceals its own trace. It is precisely this invisible logic which gets foregrounded more explicitly during the corona-crisis, thus collapsing the coordinates of our socio-symbolic reality which was hitherto spared of confronting its own alienated reality.

A rising techno-capitalist boom threatens to not just reconstitute human interactions and intimacies, but also to restructure the very production processes of surplus extraction. Thus, forcing us to confront immanent contradictions in capitalism as well as the newly emerging subjectivities of knowledge-machine based systems which will redefine the very terms of our being along with our notions of freedom, authority and individual will. A newly emerging world fears for its privacy and security while being hooked to the digital space, stepping out of which seems far from possible. Almost in a tautological manner, then, the political field has been dominated with concerns of security which posits privacy as a defence against surveillance, while the system simultaneously pushes for a socialisation of data-mining as the method of self-protection. A range of data is being collected that is qualitatively of a different order from the kind that we had gotten used to offering to the State. Over and above that which was used for the tabulation of census – genetic information,

14 EXPRESS NEWS SERVICE, 2020.

15 ZIZEK, 2013, pp. 16-17.

16 TEWARI, 2020b.

sexual patterns, biometric data, political views¹⁷, etc are being collected in order to seemingly facilitate the identification of ‘healthy’ from the ‘unhealthy’ bodies and for the apparent ease of transfer of medical access to people. This biosecurity turn of the mode of social ordering, disciplining, administration and governance is what Giorgio Agamben identifies as a paradigmatic shift. Of course, the logic of separating the “healthy” bodies from the “unhealthy” ones along biomedical terms presupposes its function - to produce a self-justification for technology to be deployed against persecuted minorities, dissenters, political others, underclass as had been seen many times.

This paper examines Agamben’s interventions on the pandemic which makes us nostalgic for the previous regimes of un-freedom against the fear of dystopian technological futures. At the heart of Agamben’s assertion lays an emphasis on the ‘primordial or pre-political’ rituals of burial, practices of collective mourning, celebration of life that makes us distinctly human. While all of these rituals are of much importance, they do not signify an unchanging “essence” of human life but have emerged in and through social and political practices. Therefore, a revolutionary challenge to the pandemic and a self-engendered crisis of capitalism is not to merely hold onto the last vestiges of freedom in a bid to prevent the degeneration of social fabric, fast crumbling into desolation and destitution; but also, to climb while lifting, to preserve existing freedoms while undoing the structural basis for the conditions of unfreedom.

The first part of the essay explores the relation of crisis and capitalism at a moment of transition into surveillance capitalism and how it paradoxically produces an opening for – both a sliding into fascism and an escalated neoliberalism or revolutionary change by a radical overhauling of the system.

I will examine the relation between liberty and security, preservation of life and freedom which have been severed by a ubiquitous bio-technological security regime. I contend that Agamben while being sympathetic to the need to fight surveillance capitalism and State authoritarianism, offers a critique that remains tethered to the existing social coordinates, holding an attachment with the status quo – circumscribed as it is, by existing un-freedoms.

17 SAPKALE, 2020.

Following that, I go on to demonstrate why Agamben's views on the pandemic are logically consistent with his understanding of the biopolitics, thus offering a critical appraisal of both his recent political interventions and earlier expositions. His concern for withering of human bonds, sociality, and consolidation of authority by the State, while being real concerns for us, are raised and addressed in a manner that is premised on the idea of an innate human capacity to freedom. Empty calls for protection of freedom from State overreach risk obscuring how freedom is restrained in capitalist relations and are systematically produced to reproduce conditions of inequality. Such a notion of freedom simultaneously undermines the simultaneous production of a revolutionary subjectivity which struggles to survive beyond its means to make ends meet.

2. Pandemic, a Launch-Pad for Surveillance Capitalism?

Agamben's recent interventions on the pandemic suggest that the conditions of the virus, which he assumes is not far worse in degree or proportion than the flu¹⁸, is being leveraged by the capitalists and the state which has turned it into a 'health terror,' in order to substantiate its own juridical overreach in getting their technological apparatus underneath people's skin. According to Agamben, by leveraging the corona-crisis and turning it into a 'health terror,' the State wants to serve the interests involved with the intent to deepen policing of people's mobility and freedoms by inaugurating an unencumbered 'biosecurity paradigm'. In his rush to arrive at the conclusion of anti-statist form of politics, he transposes the nature of this 'emergency,' with that of the 'war on terror'¹⁹, in which the dominant sections of society go on uninterrupted while the war largely remains the State's business: "In which the State was able to create a sphere of indistinction in which any state of being could be made to appear as an emergency!"²⁰. Agamben writes²¹:

18 AGAMBEN, 2020c.

19 KLEIN et al, 2015.

20 ZIZEK, 2002.

21 AGAMBEN, 2020g.

We have no reason to doubt it, without minimizing the importance of the epidemic we must ask ourselves if it justifies measures limiting freedom that have never before been implemented in the history of our country, not even during the two world wars.

While the parallels to an emergency aren't all that outlandish, it only offers a provisional view of social reality. My only refrain is that we should not anticipate the lethal potential of surveillance, sampling, testing, as also those experienced in the lockdown, border control, reorganisation of migration and mobility as shifts in patterns of studying securitarian discourses that are of biopolitical significance alone. Lest we risk mystifying the problem by succumbing to the temptation of assigning to the present a dystopian imaginary, which dissolves our ability to trace the continuities and discontinuities that the surveillance and state form held before the pandemic and simply read it as an intensification of an abstract notion of an ever-expanding state power. In narrowly positing life against freedom when survival has been sequestered between viral conditions of transmission of disease. The moment demands that we neither deny the potential dangers of a surveillance society, nor undermine the threat to life posed by the virus, nor overlook the singularity of this historical phenomenon in which rapid shifts in a society steeped in contradictions are underway with contradictory effects²².

The virus doesn't seek consent, it presumes culpability, anybody can host it, but the pandemic presupposes a sphere of contact – a system of social relations organized in such a way that the virus could have a global spread. Despite our instance of physical distancing, it is social distance that we cannot afford to make in a global political economy where contact and not merely touch becomes crucial for the spread to travel. As Andrew Liu remarks²³,

22 Resonant of the concerns raised by Agamben, Maya John weighs in on the trouble with seeing the pandemic as of singular prominence, though from a different logic: "Conversely, the adverse medical conditions prevalent among the labouring poor and poorer regions continue to be left unidentified by the lax disease surveillance/monitoring. Thus, whilst some diseases, like Covid-19, gain singular prominence by being declared epidemics/pandemics by the scientific community, scores of infectious diseases and illnesses affecting largely the poor are brushed aside as 'ordinary.'" (JOHN, 2020).

23 LIU, 2020.

the so-called “Wuhan virus” points to the utterly mundane way that countless nodal points around the world, including “second-tier” Chinese cities, are interwoven more tightly than ever across global circuits of commerce, education, and tourism.

Thus, the sphere of contact and not, touch alone, forms the basis of risk of transmission, as also forms the basis for social relations, human bonds and exchange. Therefore, any universalisation of the virus which does not account for the social integration of a global world falls short of explaining the instance of the rise of the “pandemic”.

I had previously²⁴ demonstrated that one of the ways to understand the virus is that we accept it as a natural force, not insofar as we see it as a manifestation or realization of an inevitable doom that the human-race brought upon itself but rather in accepting that the virus has its own internal dynamics at a molecular level – a phenomenon of its coming into contact with humans to assume another life. This can be broken down to two levels:

- a) The *internal contradictions of the virus* are acted upon by the *conditions of its production, i.e., at the wet markets* of Wuhan for it to *give birth to a novel coronavirus*.
- b) Thus, the network of these global *inter-relations then forms an internal basis* upon which the virus breeds along which the coronavirus finds its passage to *become a pandemic*.

Upon the first contact, a chain of transmissions is triggered. Subsequently along the networks and relations of contact, the co-production and re-production of the virus breeds on this network of social relations through which it travels. Therefore, it becomes necessary to trace the chain of contact, in order to estimate the virus’ spread and to understand the scale of its reproducibility. Along the way, the virus remains a live subject, fighting against its own internal limitations to mutate and adapt to conditions that are unfamiliar and unknown. Thus, we are exposed to the interplay of two sets of contradictions—between existing classes - on whom the pandemic works differently - and the contradictions between the old and the yet-to-appear society, thus dynamically altering the very organization of supply and value chains of the market and social relations.

24 TEWARI, 2020a.

1. The virus is acting upon the internal contradictions of society, deepening the already existing antagonisms and class struggle, as also transforming labour-capital relations, therefore reconstituting class formations.

2. The changes in human-animal, nature-social relations are acting upon the internal contradictions of animal microbes and turning them into deadly pathogens, while also giving rise to newer variants such as the African Swine Fever Virus. So, while there is a diversification within the pedigree of zoonotic virus, another virus is spread among pigs causing high fatality. Even in a purely anthropocentric sense, this will further impact and organize consumption patterns of markets for humans, while altering human relationship to food chains and animal life.

As was pointed out in this piece, by Anibal Garcia²⁵, “in order to map these microbial ‘social’ dynamics, we need to not only know how viruses interact biologically, but also how human-human and human-nonhuman bodily engagements reshuffle viral relations themselves in unpredictable ways”.

An overemphasis on the techniques of governance and political regimes misses the underlying force that directly breeds the ground for emergent fascism. We did not see an outright enforcement of emergency in many parts of the world, to then resort to diagnosing these as instances of “undeclared emergencies” or incipient forms of a normalised exception, short-circuits analysis. Instead of a direct abrogation of rights, we found the very meaning of rights and safety getting internally reconstituted on an ideological matrix of systemic production of immobility and security, in and through the course of the pandemic. This does not just reflect a discursive shift in the exercise of state power but also marks a break in the state form. Crucially, the social field has been insurrected by a virus, thus exposing the constitutive illiberalism that guides liberal democracies, by rendering open the wound of a broken promise of universalism of equality which inscribes us all in a permanent state of emergency. Todd McGowan²⁶ observes:

In the eighth thesis of “On the Concept of History,” anti-fascist theorist Walter Benjamin differentiates between the declaration of a state of emergency

25 GARCIA, 2020.

26 MCGOWAN, 2020.

and a “real state of emergency.” The point is to transform the declared state of emergency into a real emergency that would shake the foundations of a capitalist society.

One cannot merely transpose the nature of this ‘emergency,’ as Agamben does by deploying the frame of ‘war on terror,’ in which the daily routine of a majority of people goes on uninterrupted even as the state (in) visibly wages a war on a section of people within and outside its border. Insofar as the State’s response is seen as an attempt at mitigating the crisis with repressive force (policing, lockdown, surveillance) in order to suppress a real emergency (revolt, uprising or revolution), the parallel to a ‘war on terror’ can be drawn but only superficially. Another way that ‘war on terror’ can be invoked is in the way that the State creates a ‘sphere of indistinction’ in which any and all states of appearance and being could be made to seem like an emergency. Anyone is a potential threat, directly reducible to new intensification of authoritarian possibilities to declare statelessness and rightlessness – which coincidentally frames the very ontological condition of political life in Agamben’s world view. So how is this paradigm of biosecurity, any different from the constitutive role of law? Is it different at all and if it is, then is it a difference in *form* of State power, alone? According to Agamben, it is a logical culmination of the ontological function of sovereignty, the colonisation of life by rendering it vulnerable and reducible to its bare form.

Despite being a critic of teleology, Agamben preemptively forecloses the dialectical process of refusal of the present order which carries in it the capacity to be followed by a struggle to reconstitute the order, anew. Rather, his imagination stops at the need to *refuse* the present surveillance system with urgency, and therefore, is geared towards the anticipation of the worst! All forms of classification, enlisting, survey, data-collection, forms of recognition are entangled in Agamben’s *state of fear*, posing an imminent threat to life with increased policing, polarisation and vigilantism and yet, it is a data-driven economy which is both new as well as intensifies biopolitical investment in the political field. While this may be true, adequate reasons are not provided by Agamben to establish such a claim except for the fear of authoritarian modes of control, regulation, discipline and subjection being raised. I would say that it is precisely this ability for liberal democracies to internally negate (securitise/precarity) and undercut that

which it claims to provide (security/protection) that becomes its own legitimating tool as well as source of authorisation of social relations through such a non-relation. In its failure to stabilise a steady proxy for the pandemic, the absence of the face of the Other is being met with the notion of an “invisible enemy of the virus;” against whom the State must enforce “exceptional measures” for combat.

People across the political spectrum are invested in emphasizing the COVID-19 pandemic as a logical outcome of human transgressions or systemic excesses. The many ways of analysing the profoundly disorienting present range from seeing the pandemic:

1. As a crisis of the anthropocene, a logical outcome of unrelenting expansion of neoliberal privatization which could have been anticipated but not prevented save for being deferred or delayed;²⁷
2. As a natural progression of an objective historical repetition²⁸ of the originary and constitutive violence of political life or;
3. As a necessary “shock” to repeat cyclical disasters accrued by capitalism.²⁹

Yet, the dominant response to the virus has been one of damage control, where country’s leaders are seen making appeals as if the virus is not a part but apart from the social relations that it acts upon. As if it was indeed a ‘Chinese virus,’ an exotic thing against which heroism of our individual ‘responsibility’ to ‘stay home,’ is the only defense. As if by avoiding social interaction, we will not be touched by its implications, rather, in fact, in avoiding it – we are already implicated by its logic. Misrecognition of systemic failures has made us rely on technological, surveillance-expanding surgical solutions to cement³⁰ the rot that the pandemic has exposed us to, which seems to posture as our “best bet”³¹. Such a reading suffers from a myopia in which no heed is paid to the disproportionate effects of the lockdown which nonetheless required the working sections of society to cater to the other half which could afford being immobilized and digitally plugged into social/cloud connectivity, missing entirely the point about

27 KOTHARI et al, 2020.

28 AGAMBEN, 1998.

29 SOLIS, 2020.

30 KRISHNAN, 2020.

31 DAVIS, 2020.

structural inequalities. In the face of the pandemic, the political field seems to have undergone qualitative shifts – giving birth to newer relations of production and technologies of subjection and that necessarily implicates the dynamics of its resistance; where the re-making and (un)making of the social order remains open to be ceased by subjective forces to revolutionise the expansion of capital to dismantle it; even as it self-engenders new material ingruentias by discontinuing with its own past modes of operation.

2.1 An Ethical Killing or an Avoidable Political Paradox?

A suspended animation grips us all when the present forms of social domination and power have not yet been abolished nor negated but are simply looming in mid-air, in so far as the virus has no juridical form, no ideological determinacy and it manifests only as a symptom, living in and through us. On the left, the diagnosis has been to view this moment as one in which the local economy is being gobbled up by international capital giving it a semblance to a wave of neoliberalism 2.0, as imperialist international capital advances along with fascistic resurgence at the national level to erode democracy. Such a reading takes stock of the escalated movement towards privatisation in the interests of international capital but doesn't do much to explain it, presenting class struggle in a reductive shape. Naomi Klein's shock doctrine along with the notions of "disaster capitalism"³², has gained credence in the recent past to denote a predatory quality to the aggressive and accelerated logic of privatization and corporatization. Today the nation wants us to save our money, but tomorrow, it would want us to shop to return debts accruing aid to the West. Klein is right in her claim to find resonances to neo-liberal capitalism, insofar as privatization has again become necessary by its own preventive logic of averting the crisis of capitalism.

Yet, I contend that the pandemic is not a mere opportunity to toe in the line of monopoly capitalists, but the very production of monopoly capitalism is a result of the internal crisis in capitalism and its logical outcome. In saying this, I run the risk of banally repeating the inevitability of capital's self-expansive implosion. Yet, the cyclical crises of capitalism don't invariably index the untenability of an unbridled neo-liberalism and therefore, does not foreclose the space for resistance but rather deepens the need

32 KLEIN, 2020.

for struggle. Rather than seeing privatization as market fundamentalism, which is defined as an aberration to liberal democratic capitalism, perhaps we ought to reconsider the very process of valuation of social relations under capitalism as necessarily contradictory and self-negating. Therefore, instead of demanding a property-owning democratisation of available resources that are seeped in capitalist valuation, we must re-articulate our fears of proletarianisation, precarity and socialisation of labour under monopolistic capitalism in non-revisionist terms. For that, what becomes important is to study the internal contradictions in capital and the “movement of opposites in different things, and on the basis of such analysis, to indicate the methods for resolving”³³.

Klein sees the pandemic as a smokescreen for gigantic leaps in capitalism, even though things are much more in flux than ever and while capitalism has much more leverage than revolutionary subjective forces, which are in disarray, she holds the possibility for resistance as that which cannot be side-stepped but is urgent. Class struggle, then, gets displaced onto the *apparent* antagonism between democracy and capitalism or nature versus humans or corporates versus governments, human values and digital subjection. Class struggle accrued by systemic social antagonisms is then externalised as a fight between an abstract rich against a contingent poor. Capitalism, thus is reduced to its symptoms, rendering the systemic production of structural class conflict as incidental and seeks resolution within the liberal universe. I would apprehend that the signs are not *only* telling of ‘a mere repetition of a familiar neoliberal script’³⁴ or an endlessly spurious reproduction of bare life but also evidences that the patchwork of a post-World War II consensus³⁵, that tried to broker peace between labour and capital, is now in tatters. It is worth recalling Stuart Hall³⁶ here, who wrote,

ruling ideas are not guaranteed their dominance by their already given coupling with ruling classes. Rather, the effective coupling of dominant ideas to the historical bloc which has acquired hegemonic power in a particular

33 MAO, 1971, p. 90.

34 CORBETT, 2020.

35 TACIK, 2020.

36 HALL, 1986, pp. 28-44.

period is what the process of ideological struggle is intended to secure. It is the object of the exercise-not the playing out of an already written and concluded script.

Thus far from being a closed loop cycle of self-reinforcing negativity, we are presented with an opening, a window for a radical alternative.

The economist Jayati Ghosh³⁷ echoes Klein's disaster capitalism framework to observe how the government is whipping its baton under its cover. However, the State is not simply using the pandemic to consolidate power but sees in the conditions imposed by the pandemic, *a threat to its own survival* and "the security commodity attempts to satiate through consumption what can only be achieved through revolution"³⁸. Capitalism itself struggles to evaluate and assign value to the knowledge based and data driven economy it aspires to create. To reproduce conditions for capitalism against its own internal development of contradictions has not been a seamless but a fettered and fragmented expansion of capital's ability to "self-revolutionize" in the face of its own internal limit³⁹. We see that the very process of production, extraction, commodification of information and data is not as smooth as it appears. Far from being a smooth transition into techno-capitalism or surveillance capitalism or even post-humanist capitalism that is instrumentalising the State to further capital's ends, there is a simultaneous co-constituting of the State form within in relation to an international capitalist monopoly.

We have to simultaneously do the work of negating through our struggle, how the pandemic has come to falsely signify uniformity in its experience and effects by presuming it as a shared "human condition" as well as productively negate the social conditions which produce a stratified society through relations of abandonment, exploitation. Adrian Johnston gives us valuable insight about the Hegelian proposition of "tarrying with the negative"⁴⁰ and how it can be used to demonstrate that the implosion of the old authority does not automatically imply the birth of anarchy or even the birth of a new social order, and yet if anything, the crisis presents itself

37 SAMPATH, 2020.

38 RIGAKOS, 2020.

39 ZIZEK, 2013.

40 JOHNSTON, 2008.

as a radical opening for change which can be clenched both by people's struggles as well as capital. The question for me is not only if we would have stomached such technological interventions – as it is for Agamben – without the common goal to win a 'war' against the virus; but what is an embodied and material freedom going to look like from here-on and how has it been abstracted thus far?

3. Liberty or Security? Forced Choice of Unfreedom?

With a drastic escalation of biosecurity intervention to regulate the impact of the pandemic, a wider chasm is being drilled into an already fragmented society, where the access to public health and education is engulfed by large corporate stakes. For Agamben, the aporia of law – promise of protection for its own preservation – is captured and infinitely repeated till bare life is brought from the margins to the centre stage, as the norm. Agamben offers us reflections on the bare life which inhabits this 'zone of indistinction' where human life has been redefined through a renewed valuation according to health – which has become the State's *raison d'être* to self-expand its powers.

However, such a position grants the State an ideological fixity and permanence which is in fact not rooted in history. Take for example, how most governments have leaned towards privacy-focused apps that use Bluetooth signals to create an anonymous profile of a person's whereabouts. Others, like Israel, use location and cell phone data to track the spread of the virus. Israel-based private security firm NSO Group, known for making mobile hacking tools⁴¹, is leading one of Israel's contact-tracing efforts. We simultaneously see the hollowness of the discourse of sovereignty and data security unfolding in the court of law, in a manner in which the private players and hired mercenaries⁴² claim immunity on the lands of their partner States. NSO argues that, even if the court accepts WhatsApp's allegations as true, United States' courts lack both personal and subject-matter jurisdiction⁴³ to hear the case. NSO's arguments concerning jurisdiction predominantly relies on the doctrine of foreign sovereign immunity, thus

41 WHITTAKER, 2020.

42 MCFATE, 2020.

43 BUCHANAN et al, 2020.

raising a question whether a private company assert state immunity in legal proceedings to which the State is not formally a party? The limit of the juridical-legal discourse is also getting exposed – with the nexus of big data and deep State becoming apparent – thus, making room for the need to question and reconstitute the very terms of the nation-state’s regulation of digital and physical borders and its corresponding laws.

Agamben writes⁴⁴:

We will have to continue to observe the same directives and that “social distancing,” as it has been called with a significant euphemism, will be society’s new organizing principle. And, in every case, what we have accepted submitting to, in good or bad faith, cannot be cancelled.

While Agamben doesn’t merely see the virus as a ploy deployed to deepen the States but understands it as a pretext for the inauguration of an authoritarian political regime. He sees the pandemic as a perfect excuse under whose cover biomedical and digital excesses can be produced, justified and legitimated. He also marks this historical juncture as one from where there can be no return, an unravelling nightmare whose consequences can only be judged at its end when the centre of the gravity would already have been shifted towards normalising the exception. According to Agamben, the shift would result in the ‘anomie’ of the pandemic casting its shadow on the emergent future – for good or bad, the laws applicable to the pandemic will assume a lease of life beyond the contingency. While he is correct in observing that the social-natural mannerisms, sociality, relations of exchange and regimes of identification that were, can no longer hope to “return” to the old normal, it is precisely a breakdown of this assumed social naturality that also marks the possibility of a new order as well as indexes the very shifting field of our political and social reality. Indeed, we weren’t expecting to cruise through a crisis of a scale as this while a majority of people died in silence, lacking access to health care facilities? That change is inevitable is a truism, and it can by all means be asserted that we are all inhabiting a zone of indistinction where the coordinates of a new social order are in the making as the old order is self-subverting.

44 AGAMBEN, 2020f.

What needs to be explained is what kind of a world are we entering? Is it a new mode of subjection qua surveillance or one in one which the very modes of production of value chains exceeds post-industrial capitalism's automation? These are questions that would require in-depth engagement for us to answer them. In the meanwhile, let us now turn to Agamben's interventions and study them closely.

Agamben writes, "In a perverse vicious circle, the limitation of freedom imposed by governments is accepted in the name of a desire for safety, which has been created by the same governments who now intervene to satisfy it"⁴⁵. While recognizing the limitations of *surgical* interventions made by the State on COVID which stress on an expanded surveillance, knee-jerk restrictions there is also a simultaneous need for a productive force to create alternate systems. Agamben says⁴⁶, "Modern politics is from start to finish a biopolitics, where the ultimate stake is biological life as such. The new fact is that health is becoming a legal obligation that must be fulfilled at all costs". Let alone fulfilling the obligation at all costs, the costs have hitherto prevented the State from assuming greater responsibility towards people's welfare. Agamben ends up invoking a notion of freedom which is abstracted from social relations which must be preserved for its own sake as if the idea of who constitutes human freedom and indeed, human is fixed from the outside.

The demand for universal and free health care, for example, should not be seen through the lens of mere anti-statist reasoning for it ought not to be *de facto* seen as a deepening of the (existent) State form's security apparatus in society; such a logic risks obscuring the very condition of social existence while also assigning a false permanence, ideological fixity and futurity to state intervention on principle. Agamben exhibits a tendency to make the intensification of surveillance-security apparatus seem like an aberration, when "what is in question is the design of a paradigm of government whose effectiveness far exceeds that of all forms of government that the political history of the West has so far known"⁴⁷. It is understandable why anyone would be concerned about depending on the State and strengthening its institutions for necessary support, in its present config-

45 AGAMBEN, 2020a.

46 AGAMBEN, 2020b.

47 PETERS, 2020.

uration and, indeed, an uncritical reliance on the State would merely result in nationalisation and deepening the “problem” of the pandemic. The question is whether that would help us overcome inequalities while preserving the structures that would mediate socialism. However, strengthening by cornering and challenging the state and its institutions to push for social welfare measures need not give the government more power over people than it already does possess to “make live” or “let die”⁴⁸. When self-enclosure, privatizing space, immobilising people proved inadequate it made more apparent the need for social movements to work towards building community level structures for survival-pending revolution while simultaneously defying the brutal force of suppression of revolt. This third option of creating dual power is left unexplored by Agamben. What is perhaps required at this point is a Hegelian double-negation,

a determinate negation of the normative consensus — the implicit background of economic neoliberalism— that sustains them; a productive negation that would both preserve their emancipatory potentials while also negating their alienating sociocultural effects⁴⁹.

3.1 Renounce your Pain?

On the one hand, Agamben is unable to resolve why people who let such restrictions be placed on themselves – all the hard earned ‘freedoms’ of mobility, enterprise, socializing – all lost to a disease? On the other hand, he is convinced of the expansion of the sovereign authority over life through an elaborate biopolitical surveillance regime. The discourse on securitization then appears to be a contest between freely floating signifiers on health, medicine, biology, virology, terror, that merely attaches itself with the greed of the state and capitalists due to the *immanent* self-maximising logic of power.

Despite knowing the limits and internal negation of law, Agamben expresses shock and dismay at how the constitutionalists, jurists, priests could *let such a thing* happen, as if, there is an idea of incorruptible free-

48 FOUCAULT, 2008.

49 JOHNSTON, 2008.

doms and people are ‘letting’⁵⁰ it be corrupted because they are blinded by their survival instinct and willing to sacrifice anything in itself in return. He faults the Church for lending modern science the space to replace religion and implores jurists to act against the motion towards a totalizing regime of control⁵¹ that would render life to a purely vegetative form risking complete depletion of existing modes of social bonds and *forms* of relations. He fails to account for why people are able to immerse themselves in the ideological fantasy and alternative digital fetish offered by capital while offering themselves to the test of capital with little option but to risk death without work or at work by attributing to them a pure will.

The kind of unity at the level of humanity that Agamben presupposes is mistakenly grounded on a pre-political notion of unity-of-species as human-beings. In fact, no such solidarity exists for all humans in a class society to coalesce rather solidarity and political unity emerges from and through political struggle and not as a ready-made starting point of emancipation. Despite pleading for an overwhelming need for resistance against as ‘infringement’ of sociality by the State, he ends up appealing to religious and legal institutions which might inadvertently reify and congeal the authority of the ‘custodians of morality,’ in jurists and Popes. Paradoxically, his skepticism of the State does not extend itself to the ideological apparatus of the State. Does this *not come as a stand-in for sovereign power itself*⁵²?

In pleading with jurists to preserve the moral-legal order and grant us the right to mobility and ‘free’ association, is he not appealing for mercy from the powers that be and affirming his faith in its institutions⁵³? While I have no principled-political opposition to such an appeal, if anything in India we saw religious institutions distributing food at a time when food shortages were severe. I, however, just wish to point out how it logically betrays the framework of sovereign exception. It is strange, given his intent, but perfectly logically consistent, that Agamben would secretly appeal for the preservation of a reified lifeless form of bourgeois democracy. Agamben obscures the class basis of struggle and therefore, even when he re-

50 ZIZEK, 2013, pp. 30-31.

51 AGAMBEN, 2020f.

52 SHARPE, 2009.

53 “This is why even a great judge is a Master figure: he always somehow twists the law in its application by way of interpreting it creatively” (ZIZEK, 2013, p. 502).

jects the narrow conceptions of liberal democratic rights, he paradoxically grants them their privileged status in society – with his silent omission of critique of capitalism, both as a system of global economy and of capitalist economic relations beneath the self-valorizing discourse of human life. He confuses and substitutes the need for a life-affirming political struggle with an injunction to protect and preserve existing rights – despite his own contention with the human rights paradigm, his critique remains tethered to a liberal bourgeois order – and entitlements produced by capitalist relations at the behest of liberal democratic institutions.

Moreover, Agamben fails to challenge the morphological divide between security and liberty which is built in and through the capitalist system. Thus, suggesting that the pandemic was a pretext to accelerate control is not only far-fetched, but logically flawed, for it undermines the very phenomenon it is concerned about:

1. It obscures the contradictory, crisis-ridden nature of capitalism⁵⁴.
2. Presumes that if the restrictions on movement were not placed on people, then under ‘normal’ times when the vision of the future is not so clouded and the right to democratic dissent would never have allowed for such ‘totalitarian’ impositions. Discounting the possibility that in anticipation of and to quell revolts, such rights could have been seized and suspended.
3. Forgets that this surveillance apparatus is not new and even as part of the biopolitical framework, is part of the process of subjectivation of democratic subjects, who regularly *volunteer* their data and information on social media and in their everyday life.

The virus will and has produced different effects while still being able to uphold its own universal—some countries will see a sliding into authoritarian⁵⁵ regimes, some may witness famine, some witness riots, others may see strikes or potential coups and people’s uprisings. There has been a temptation to suggest that the virus, *by itself*, is universal and in-

54 Such “(...) evolutionist reading of the formula of capital as its own limit is inadequate: the point is not that, at a certain moment of its development, the frame of the relation of production starts to constrict further development of the productive forces; the point is that it is this very immanent limit, this ‘internal contradiction,’ which drives capitalism into permanent development” (ZIZEK, 2013, p. 53).

55 MILLS, 2020.

discriminate but the social system of concrete universality of capital⁵⁶ is itself designed to govern with de-totalizing effects; and therefore, it was never going to be experienced uniformly across the social plane. Despite the liberal concern for an emerging totalitarian society, the effects of this indiscriminate virus will be borne differentially along axes of marginality and vulnerability while also re-territorializing newer margins and generalising the conditions hitherto impacting the margins to the centre of polity and society. I argue against the need to render the crisis as one which solicits an abstract fight against right wing authoritarian control (fuelled by techno-capitalism) by reducing it to an ethical revolt against statist overreach to subdue social life; this perspective misses the essence of un-freedoms sustained by capitalism's ethos of persist-or- perish which comes at the cost of human life, since the struggle to persist is simultaneously a movement towards perishing of human life, its resources and the planet. Thus, the only way to seriously contest fascism or totalitarianism is through class struggle such that freedom for all is birthed from the nested conditions of un-freedom that we experience as freedom; as Lenin⁵⁷, argued,

It is only when the “*lower classes*” *do not want* to live in the old way and the “*upper classes*” *cannot carry on in the old way* that the revolution can triumph. This truth can be expressed in other words: revolution is impossible without a nation-wide crisis (affecting both the exploited and the exploiters).

By obscuring class struggle, the idea of a classless society for Agamben and for Foucauldian biopolitics, rather expresses a latent prehistoric relic or a pre-ideological future of a shared negativity that conjoins people as a community of human species, a human race⁵⁸ by virtue of their shared mortality trapped in a debased polity⁵⁹. This classless society firmly remains a pre-political idea which is not a prelude to justice but precludes the possibility of justice in tracing liberation to the mythical return to an

56 ARTHUR, 2008.

57 LENIN, 1920.

58 FOUCAULT, 2003, p. 245.

59 “There is no autonomous space in the political order of the nation-state for something like the pure human in itself is evident at the very least from the fact that, even in the best of cases, the status of refugee has always been considered a temporary condition that ought to lead either to naturalisation or to repatriation. A stable stature for the human in itself is inconceivable in the law of the nation-states” (AGAMBEN, 2000, p. 20).

ontological, authentic, *lost object* of *zoe*. Therefore, in fearing what is to come, he risks losing sight of what has already been here. It is not as if the capitalist looks for a new world to suit its productive capacities: he does though self-confessed, turn a crisis into an opportunity. It is rather “the ‘normal’ state of capitalism which is the permanent revolutionizing of its own conditions of existence”⁶⁰. For Agamben, this inoperativity of human life in itself marks a “radical open-endedness of human potentiality – is inextricable from an existential gambit for happiness rather than mere survival”⁶¹. If quality of existence is measured in happiness as an abstract materiality, then ‘mere survivalism’ is the normal condition for life, in which all forms of happiness, attachments and human sensibilities are strained and stained by an invisible totality. Agamben eternalizes and naturalises human relations, as if they were pre-given forms of bonds emerging from Nature itself and have been corrupted by the mere form of nation-states, to the point that it attaches an a priori quasi-religious meaning to life in which human values seem like post-ideological truths hovering over social “impositions” of inequality.

3.2 State: Protector or Patriarch?

Agamben’s reflections rightly flag the rise of the surveillance measures⁶² as a threat, as also in marking this historical conjuncture as a turning point for governance but are misplaced in the way that he posits the pandemic as a *mere pretext*⁶³ to impose an authoritarian mode of governance. From meeting people in public to kissing them, everything can be an invitation for the State to intervene and criminalise but then this logic is extended to derive complicity in conforming to State enforced lockdown and isolation. To be fair, it appears that Agamben wants us to study the implications for a society whose members are all rendered potentially outlawed wherein the birth of a new normative and new normal awaits us. He wants us to reevaluate the rights and freedoms that are taken for granted which may cease to exist and yet it is precisely that which he falls short of grasping.

60 ZIZEK, 2013, p. 53.

61 AGAMBEN, 1996, pp. 3-4.

62 SIRCAR, 2020.

63 “What was evident to careful observers — namely, that the so-called pandemic would be used as a pretext for the increasingly pervasive diffusion of digital technologies — is being duly realized” (AGAMBEN, 2020d).

Further, he writes⁶⁴,

Thus it was possible to witness the paradox of leftist organizations traditionally accustomed to claiming rights and denouncing violations of the constitution, accepting without any reservation limitations of the freedoms decided by ministerial decrees devoid of any legality and which even fascism had never dreamed of being able to impose.

His primary grouse is that the State which is being invoked as the parent-patriarch-God is being hailed to preserve lives by self-appointing itself to discipline unruly masses. His discomforts are understandable since the states that we have are not the states from which one can expect much accountability. Agamben's submission is that the response to fight the crisis is being directed and led by the same forces that are culpable in its creation. This is manifest in how up until now, the move towards data surveillance, facial recognition, monitoring of circulation of bodies, was seen as a 'privacy' threat but soon the overarching logic guiding these practices would be one of necessity, where the idea of the private rests on the delimiting, restricting, freezing and shrinking people's mobility driven towards self-preservation against one's own liberties. In this sense, the virus is closer to being a vanishing mediator⁶⁵ because it brings about its own disappearance by means of its own doctrine – the very notion of privacy no longer represents the preservation of the right to mobility but rests in the act of restricting it and has been internally hollowed.

Yet, he goes a step further to suggest that the left appears to have bought into the phenomenal construct of the State's narrative of framing the virus as a pandemic, and therefore, as a health-security crisis and a medical emergency. Agamben fears that the Left seems to be acquiescing to the State over (false?⁶⁶) alarmist concerns against people's freedom. According to Agamben, we seemed to have uncritically embraced – with-

64 AGAMBEN, 2020e.

65 ZIZEK, 1991, p. 183.

66 "An entire conception of the destinies of human society is under question, in a perspective that in many respects seems to have taken the apocalyptic idea of an end of the world from waning religions [...]. It is legitimate to ask whether such a society can still be defined as human or whether the loss of sensitive relationships, those of the face, of friendship, of love can be truly compensated by an abstract and presumably entirely fictitious health security" (AGAMBEN, 2020e).

out sufficiently doubting let alone refusing – the State’s assumption of the role of saviour and protector. While it is true that the lockdown was a setback for the very imagination for mass politics and civil society and yet, it is also true that socio-political organizations had promptly coalesced into forming structures of aid, subsistence and support for the vulnerable, to hold the state accountable through juridical-legal apparatus in order to mitigate the effects of the lockdown, which were both a necessary yet limited intervention. Against Agamben’s contention that we may have only facilitated the consolidation of State’s power by offering ourselves to its technology-legal regime of control, there has been a mounting resistance against State policies in disregard of the COVID guidelines. We find that the abstract hope for justice attached with law has been diminishing more rapidly in the face of the crisis, confrontation and conflict with the ruling classes. So much so that the state has to rely on outright police power in various parts of the world against the rising protests; to regulate and manage the discontent of people and to surgically stitch up its own lack of vitality in preserving a capitalist social order in the face of a pandemic. Therefore, when people demand accountability from the State and ask it to do more for public welfare, instead of strengthening the sovereign logic, it is rather the dubious promise of protection that they reject.

Moreover, far from the claim that people, (a) aren’t able to apprehend or comprehend the threat of surveillance; (b) or are unable to stage protest against such technology on account of forceful isolation; (c) or remain uncritically attached to surveillance solutions against their near-destitute existence; the purported reasons for people’s non-refusal to technological intrusions could also be that it is barely radical to isolate the demand against surveillance.

3.3 Behold, a Revolutionary Subjectivity

The existing restrictions on mobility exposed a gaping hole at the heart of the containment measures – where some were locked in their homes while others continued to serve in invisibility. This reflects an ordinary violent reality of capitalist social economy. It would, thus, be unfair to uncritically get implicated in the discourse of harsh rules when the rule in fact has shown to be rife with internal fragmentations, exceptions and splits, which is precisely what paves the way for fascism of all kinds to take hold

from the micro to the molar scale⁶⁷ – where anti-refugee attacks, instances of domestic violence, anti-Chinese racial violence, brutal repression of the working-class revolts.

This, however, also opens up space in which resistance explodes to challenge the ideological overgrowth of the capitalist system. Rigakos⁶⁸ writes,

Fundamentally, capitalism is *damned to be (in)secure* since it is based on the incessant dispossession and exploitation of the working class. Marx knew all too well that private property, based on blood and plunder, has always been rationalized in the name of security. This notional insight is revolutionary in itself, but when concretized and understood as the motor for creating productive workers, the security-industrial complex reveals itself, both materially and ideologically, as “the blast furnace of global capitalism”, fuelling the conditions for the system’s perpetuation while feeding on the surpluses it extracts.

If we were to consider all of the above as the starting point of the conversation, we would not be deluded into believing that people would simply ‘renounce’⁶⁹ their social reality and ideological fantasies. Simply because people are made self-aware and conscious of the harms of social media, surveillance apparatus does not become the basis for its ethical renunciations. Evidencing the truth of risks of surveillance capitalism doesn’t propel people in and out of homeostasis imposed by the processes of production of capitalist relations. Agamben’s concern seems to be resolute in his focus on security discourses and its potential to engulf us all in totalitarian society, for which he relies on making an exposition of law and legal instruction instead of also observing how the law itself is inhibited by the crisis of capital which is fuelling shifts in social, moral and juridical norms in society.

However, with the society under ferment, the approach of the storm is felt everywhere – the fetishist representation of people as the embodi-

67 NIXIT, 2020.

68 RIGAKOS, 2020.

69 AGAMBEN, 2020f.

ment of democracy⁷⁰ stands ruptured from within to forge a unity based in a shared negativity. A universality built upon the shared threshold of a universalised precarity of life that will only realise freedom for all by undermining the current un-freedoms and by dismantling the systemic reproduction of inequality. To me, the threat of loss of freedom or human values is neither imminent nor as abstract as Agamben makes it out to be, rather, freedom has always been centrally placed within the social relations from which it has emerged as a historical synthesis of struggles that cut through time. Many countries of the “third world”, have risen up⁷¹ against their political regimes, against proxy wars, there also have been instances of self-organized, sporadic and spontaneous conflicts with the administration that have been witnessed in countries where mass action has been disabled with forceful repression. Italy itself was one of the first few places to see a steep increase in fatality rate, when many workers had come out to stage a general strike⁷² in the middle of the lockdown precisely because the factories had clandestinely continued their operations. An overwhelming mass of people on the streets of the United States⁷³, protesting the occupation of West Bank⁷⁴, risking exposing themselves to the virus and police violence. We are but compelled to notice how juridical and social norms have both been pierced and insurrected by revolutionary subjectivity. They are not out there trying to seek a sensible equilibrium of what it entails to be human – which is but decided at different points in accordance with the ideology which has a hegemonic hold over its determination - positing social antagonism as a matter of conflicting human rights. To be sure, the pandemic does impose its universal as a shared background along which people can be unified towards an emancipatory politics that identifies the problem not in a constructed enemy but in the very terms of organization of social relations. This is something that follows from *Homo Sacer*.

70 SPAETH, 2020.

71 Protests in Colombia, Nigeria, Haiti, Chile, Bolivia, Indonesia, Thailand against the imperialist powers and monarchy.

72 LEFT VOICE, 2020.

73 ZIZEK, 2020.

74 AL JAZEERA, 2020.

4. A Critique of Mythical Abstraction

According to Agamben, bare life is the life that inhabits the sovereign exception, where he models bare life around the notion of the *homo sacer* as existed under Roman law as the person who can be “killed but not sacrificed.” It is this relation of the ban that allows for the application of law to the exceptional case in longer applying and in withdrawing from it. Agamben’s theory of sovereign power is constituted through the very production of the political order as its basis in the state of exception, rather than a Schmittian notion of the sovereign power being wrested in the hands of “he who creates exception”. Agamben, contra Schmitt, is more interested in how the state of exception can occupy the space of the rule, which is owed to the *originary structure* of the law – and the internal split between *bios* and *zoe* that forms the logic of sovereignty.

Agamben’s thesis culminates in the claim that the camp forms the *nomos*⁷⁵ of modernity. He finds that modernity requires exception to increasingly become the rule, to a point where we are left muddled in a zone of indistinction. Thus, according to him, the catastrophe of modernity is consequence of the dissolution of the arbitrary separation of form of life (*bios*) and natural or biological life (*zoe*) to a point where bare life is not only differentiated from political existence but becomes the foundation of the political in the camp. He fears that the state of exception would assume the norm to a point where the political unit of life will be bare life – that the very potentiality of everyone being outlawed is presumed. Until we are qualified as ‘healthy’, we are under the scanner of suspicion and therefore, culpable in the logic of production of bare life. Agamben’s argument given its assertion that the life of *homo sacer* “has an eminently political character and exhibits an essential link with the terrain on which sovereign power is founded”⁷⁶. According to him, only bare life is authentically political and the nation’s citizens are subordinated to the bio-politically organized legal

⁷⁵ *Nomos* is a concept Agamben borrows from Carl Schmitt who sees law (as anarchy) and separate from justice (defense of state of order), and in fact opposed it. Where the liberal, Jewish, universal law stands abstracted from the concrete ground of people, state and life. He therefore sees *nomos* as a concept which is rooted to the ground as representing the idea of justice to and by German law, which of course had its grounds in anti-semitism. “The camp – and not the prison – is the space that corresponds to this originary structure of the *nomos*” (AGAMBEN, 1998, p. 19).

⁷⁶ AGAMBEN, 1998, p. 26.

system's possibility to at any time decide the extent of each individual's rights. Each citizen-subject is never once and for all either 'in' or 'out' but is rather on the threshold, the starkest manifestation of which is the figure of the refugee.

The heart of biopolitics, in Agamben's understanding, is that mere life (*zoe*), and not qualified meaningful life (*bios*), is what is at stake in politics. This radical ontological incompleteness is what Agamben takes as a condition for the endless cycle of production of bare life, as life marking its own ephemeral threshold, in which the boundaries of being are rendered indistinct (between divine and profane law) and yet or because of it, remains, within the subjecting force of law. Agamben's notion of human life as opposed to political life is essentially individualistic – *mere life*⁷⁷ – as something *fundamentally outside of social relations*, and constitutively foreclosed, as a single unit, and therefore his defense of freedom to exist socially, writ large, only proverbially invokes a collectivity as it rests on the fundamental refusal to engage in/with human efforts. In presupposing a life outside of the social, according to him the development of naked life is hindered by political existence, which is why within the sphere of the political, the individual is destined to the doom of bare life and cannot emerge as a subject – but is condemned to be either bare life or waiting to be so. Human action is only ever maintained as a relation of exception – the limit of which is reconstituted by a limit relation *a la* sovereign decision. The sphere of the sovereign decision then suspends law in the state of exception and thus implicates bare life within it – to be marked in or out is to be already inhered in its logic.

Today, it can be said that what we are witnessing is not just a stripping of people's liberties through the exception rather it is the manifestation and instantiation of the anomie colonising the norm, as Agamben fears. There is a generalisation of the margins taking place, with precarity, policing, surveillance becoming ubiquitous; where the fate which was hitherto reserved for people who were from working sections of society is one that's being extended to other classes in an environment of universal precarity,

77 "The fundamental activity of sovereign power is the production of bare life as originary political element and as a threshold of articulation between nature and culture, *zoe* (as natural life of human, animal) and *bios* (as qualified life preserve for human). Today it is not the city but rather the [concentration] camp that is the fundamental biopolitical paradigm of the West" (AGAMBEN 1998, p. 102).

atomisation, vulnerability and uncertainty. If we take these instances for itself alone, there is nothing wrong in these observations except the difference lies in how we make sense of it. While Agamben does not directly propound a liberal-privacy discourse, he ends up batting for bourgeois freedoms in his lamentations of their loss. In isolating freedom as a moral imperative to refuse state regulation, it appears that his primary concern then seems to be protecting and privatizing our space such that the working class' fate is not extended to others. In fact, their un-freedoms are even rationalized as *immanent* conditions of power, thus Agamben ends up repeating a bourgeois discourse on life in which abstract freedoms and agentive choices are made sacred, instead of illuminating on the fundamental non-choice of freedom that has animated and mediated class conflict in society.

5. Conclusion

The exceptionalism that Agamben attributes to the present form of surveillance capitalism comes at the cost of offering any real critique of capitalism and is geared more towards condemning the abhorrent violence and violations of freedoms than of the class differentiated structure itself. A blanket rejection of technological advancements or anxiety towards modern science fails to grasp the question of social inequalities and confuses technological outgrowth with authoritarianism. In order to actually question the logistics, ownership of means of production of informational technology we need to understand its relation to capital. Without questioning the very basis of structural production of technology - where its knowledge, power, innovation is geared - we end up teleologising a very particular development of social formations as innately authoritarian. Thus, short-circuiting the need to think about overhauling a system which produces conditions that counter-pose life and livelihood, security and safety, freedom and survival.

Paradoxically, the absence of paranoia over a regime of control foregrounds class struggle better than a direct challenge to and outright rejection of pandemic-imposed restrictions; "The ruling class will always allow security to triumph over liberty because, from the start, liberty has never been intended as a counter-weight to security. It is always liberty *for the sake* of security. Liberty has always been security's lawyer"⁷⁸. Therefore,

78 RIGAKOS, 2020.

the pandemic burdened and deepened capitalism's tirade for the victims of who were already at the receiving end of the crisis and contradictions of capitalism. In the naked display of inequalities evident in the graded insecurities across society, we are pushed to confront the limits of the notions of privacy, liberties, rights – however conservative or liberal – for what they are rather than appealing to what they appear to be. This stems from a fundamental misrecognition on his part to see the crisis in isolation from the socio-political field, or “in other words, the crisis is not just the result of inadequate financial regulations; it expresses ‘the intrinsic difficulty to make immaterial capital function like capital and cognitive capitalism to function like capitalism’”⁷⁹. We are able to recognise these recurring crises as symptomatic of the systemic logic of capital. It is precisely because the field of existing relations posits a fetishist attachment as a means for its own disavowal, in order to preserve and renew the coordinates of crumbling socio-symbolic order. Security solutions too are one such fetish, simultaneously preserving while concealing the exploitative social edifice on which the glass structures of capitalism stand.

Therefore, Agamben's worry of surveillance is marked by a liberal-democratic anxiety. Rendering impossible the possibility for re-appropriation of life from its entanglement with capital – which in the present social configuration posits livelihood and life in oppositional terms. By collapsing the question of social security with technological security solutions for the fear of deeper penetration of governmental technologies; we risk rendering the suffering imposed by the capitalist production system on the working class as an ontological fact that cannot be helped. Withstanding state's disciplinary overreach, digital displacement of social production is not a problem that can be isolated from the crisis of capitalism that the pandemic has exacerbated while also being symptomatic of the same. The dual crises pandemic and capitalist has imposed on people, stripping them off of their jobs, their means of livelihood and yet, our collective (in)ability to mourn losses, kiss, touch have always been marked and internally fettered by class struggle – where a majority of people don't even have homes to isolate themselves in, in the first place. His ethical-political act of empty defiance fails to account for a self-fragmentary alienation and contradictory social reality.

79 ZIZEK, 2015, p. 33.

Agamben reconciles the gap of pure self referentiality of universal history and logic of progress of world history in the pre-political, while accepting that the lost form of pure life cannot be actualized in *any determinate form* but can live though in its mere *refusing* of the present to return to the original fracture, original experience, initial position⁸⁰ to welcome a *becoming of non-statism*⁸¹. For Agamben form is itself its own function, and the problem is the very juridical ‘form-of-life.’ Matthew Sharpe writes, “Agamben is driven into his political messianism by the transcendental logic of his analyses of ‘the political’, one which by its nature occludes meaningfully political distinctions by instead seeking out their ontological grounds”⁸². Here, the Brechtian paradox of happiness serves an important reminder: “you must not run too desperately after happiness, because you do you might overtake it and happiness will remain behind you”⁸³. In *fail-ing* to account for the absencing presence of mere life as effectuating the existing field of political life, he discounts the possibility for an overtaking of the existing conditions⁸⁴. Subjective alienation cannot be re-appropriated through mere rejection of the present without the construction of a new order would not suffice without reconstructing social relations! If our freedom is to be measured it would be measured against what is no longer conceivable for us to be relegated to the moment before the revolutionary act or rupture. Adrian Johnston gives us valuable insight about how Žižek’s preoccupation with the Hegelian proposition of “tarrying with the negative” is used to demonstrate that the implosion of the old authority does not automatically imply the birth of anarchy or even the birth of an alternate configuration of social order, if anything it is a demonstration of subversive power to the existing order.

The idea of human freedom cannot be measured against an abstract continuity with the past rather the past can only be redeemed in relation

80 BROPHY, 2015, p. 250.

81 “There is no autonomous space in the political order of the nation-state for something like the pure human in itself is evident at the very least from the fact that, even in the best of cases, the status of refugee has always been considered a temporary condition that ought to lead either to naturalisation or to repatriation. A stable stature for the human in itself is inconceivable in the law of the nation-states” (AGAMBEN, 2000, p. 20).

82 SHARPE, 2009.

83 ŽIŽEK, 2013, p. 195.

84 ŽIŽEK, 2013, p. 191.

to the revolutionary transcendental subjectivity of the present and as Benjamin⁸⁵ writes,

The concept of historical progress of mankind cannot be sundered from the concept of its progression through a homogeneous, empty time. A critique of the concept of such a progression must be the basis of any criticism of the concept of progress itself.

Freedom assumes meaning towards a creation of a world where equality between and among people is not only a word but a deed. Where equality rests on mutuality of freedoms and is not sequestered by the narrow logic of mere liberty-as-self-preservation. Rather it is one which strives towards creating a shared social ground for future communities to thrive not through indifference, passivity, tolerance, charity but through modes of social exchange that does not rest on competing self-interests as its basis.

The problem is not that Agamben is less hopeful or optimistic or that he lacks an imagination of an active political subject let alone an active principle of social transformation but that he has mystified social relations to a point that he cannot account for the struggle between structural antagonisms beyond dualisms – of pure life and inevitable death as the guiding principle to understand modes of subjection to power – which is burdened on the paradoxically undead bare life. This has led him to prematurely despair the loss of an abstract ideal of humanity to pure survivalism. Thus, bare life is *constitutively* on the side of death as it is conceived without the social embodiment of life and labour, therefore, it always ends up failing to account for the modes of production that pave the way for new modalities of subjection and discipline and the very need for the political field to be mired in a zone of indistinction – on which socio-symbolic conflicts pay out. His persistent neglect of the ramifications of internally negating notion of ‘human’⁸⁶ that always already excludes to represent certain personhood(s), re-production of conditions for such contradictory existence and the social basis for recurring antagonisms and struggles.

85 BENJAMIN, 1942, pp. 262-63.

86 “Agamben imagines the field of bare life as eradicating divisions among humans along the lines of race, religion, nationality, or gender, because it creates a substance that, albeit in its debasement, transcends traditional social and political markers” (WEHELIYE, 2014).

The pandemic thus, is a “threshold”⁸⁷ on which the very terms of the old political order are put to test and under contestation! The “limit-relation” between life and death, living people and embodied labour⁸⁸ and its dead abstraction is being re-constituted by the universal signifier of the virus to create a new social order which cannot be preserved from the top, and will not find refuge on a ‘higher’ plane of existence. At the onset of the virus, it is precisely the channel of social mediation of human relations that has come to be ‘contaminated,’ such that all norms of exchange, interactions, visibility, affection are determined in relation to a viral potential which has assumed a universal signification. Against our fears of a paralyzing regulatory apparatus – whose fight is characterized as a class of people and not as a species – at a time when the empty democratic representation is dissolved – where each one is supposed to separate and represent themselves as atomized risky bodies, people have come together in many parts of the world. The myriad ways in which the temporality of the pandemic seems to be passing through people’s subjectivities is evidence of why no isolated battles have been waged against the apparent corruption of human bonds but are being articulated and challenged through the struggles for complete systemic change.

References

- AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, (trans. D. Heller-Roazen). Stanford, CA: Stanford University Press, 1998.
- AGAMBEN, Giorgio, “The Invention of an Epidemic,” *Quodlibet*, February 26, 2020: <https://bit.ly/3j65Uwl> (Accessed Jun. 10, 2020). 2020a.
- AGAMBEN, Giorgio, “Normalising the State of Exception under the COVID-19 Epidemic,” *Copyriot*, March 28, 2020: <https://bit.ly/2FR9pZq> (Accessed Jun. 01, 2020). 2020b.
- AGAMBEN, Giorgio, *Means without an End: Notes on Politics*, (trans. Cesare Casarino and Vincenzo Binetti). Minneapolis: University of Minnesota Press: Theory out of Bounds Series, Vol. 20, 2000.

87 AGAMBEN, 1998.

88 SRIVASTAVA, 2020.

- AGAMBEN, Giorgio, "Clarifications", (trans. Adam Kotsko), *An und für sich*, 17 March 2020: <https://bit.ly/2EpZCsH> (Accessed Aug. 11, 2020). 2020c.
- AGAMBEN, Giorgio, "Requiem for the Students," (trans. D. Alan Dean), *Medium*, 23 May 2020, <https://bit.ly/2YmLIyz> (Accessed May. 26, 2020). 2020d.
- AGAMBEN, Giorgio, "Giorgio Agamben: Biosecurity and Politics", (trans. Julius Gavroche), *Autonomies*, May 13, 2020: <https://bit.ly/2Yuou9P> (Accessed Jun. 09, 2020). 2020e.
- AGAMBEN, Giorgio, "A Question", (trans. Adam Kotsko), *An und für sich*. 15 April 2020: <https://itself.blog/2020/04/15/giorgio-agamben-a-question/> (Accessed Feb. 12, 2021) 2020f.
- AGAMBEN, Giorgio, "New Reflections", (trans. D Alan Dean) *Medium*, 23 April 2020, <https://d-dean.medium.com/new-reflections-giorgio-agamben-c5534e192a5e> (Accessed Feb. 12, 2021) 2020g.
- Al Jazeera*, "Israel Protest against Netanyahu's plan to annex West Bank," June 7, 2020: <https://bit.ly/2YpRhMs> (Accessed Jul. 17, 2020).
- ARTHUR, C.J. "Labour. Marx's Concrete Universal," *Australian Association for Philosophy*, 29 August 2008, <https://aap.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00201747808601851?journalCode=sinq20> (Accessed Feb. 12, 2021).
- ASHRAFI, Shah Tazrian. "How COVID-19 compounded caste discrimination in Bangladesh," *The Wire*, September 11, 2020 <https://thewire.in/south-asia/bangladesh-caste-discrimination-dalits-covid-19> (Accessed Feb. 13, 2021).
- BENJAMIN, Walter. "On the Concept of History", In: *Theses on the Philosophy of History* (1942), Accessed at <https://www.sfu.ca/~andrewf/CONCEPT2.html>. (Accessed Feb. 13, 2021).
- BENNET, Brian et al, 'Our Big War.' As Coronavirus Spreads, Trump Re-fashions Himself as a Wartime President, March 19, 2020.
- Bloomberg. "Millions escaped caste discrimination. COVID-19 brought it back," August 21, 2020, <https://indianexpress.com/article/india/millions-escaped-caste-discrimination-covid-19-brought-it-back-6563993/> (Accessed Feb. 13, 2021).
- BROPHY, Susan Dianne. Meaningless Authenticity: The Ethical Subject in Agamben's Early Works, *Critical Horizons*, 2015, 16:3, 246-263, DOI: 10.1179/1440991715Z.00000000050.

- BUCHANAN, R.; FRANCHINI, D. “WhatsApp V. NSO Group: State Immunity and Cyber Spying”, *Just Security*, April 16, 2020 <https://www.justsecurity.org/69684/whatsapp-v-nso-group-state-immunity-and-cyber-spying/> (Accessed Feb. 13, 2021).
- CHHABRIA, Sheetal. “For Whom is the City a Border? From Colonial Space-Making to Postcolonial Governance in Mumbai”, *Social Science Research Council: Insights from Social Sciences*, April 14, 2020: <https://bit.ly/34q28df> (Accessed Aug. 14, 2020).
- CORBETT, Jessica. “‘We Know This Script’: Naomi Klein Warns of ‘Coronavirus Capitalism’ in New Video Detailing Battle Before Us”, *Common Dreams*, March 17, 2020. <https://www.commondreams.org/news/2020/03/17/we-know-script-naomi-klein-warns-coronavirus-capitalism-new-video-detailing-battle> (Accessed Feb. 13, 2021).
- DAVIS, Mike. “COVID-19: The Monster at the Door”, *Haymarket Books*, March 12, 2020: <https://bit.ly/2Qg0Aub> (Accessed Aug. 17, 2020).
- ET ONLINE. “Immunity certificates: The passport to a new life after Coronavirus?” *Economic Times*, April 3, 2020: <https://bit.ly/2Yurm6t> (Accessed Aug. 10, 2020).
- EXPRESS NEWS SERVICE. “Migrants Clash with Police in Surat, over 100 detained”, *The Indian Express*, May 9, 2020. <https://indianexpress.com/article/cities/ahmedabad/migrants-clash-with-police-in-surat-over-100-detained-6401883/> (Accessed Feb. 13, 2021).
- FEMINISM IN INDIA. “ASHA workers protest: how primary health workers continue to be denied justice”, *Feminism in India*, August 19, 2020 <https://feminisminindia.com/2020/08/19/asha-workers-strike-demands-covid-19/> (Accessed Feb. 13, 2021).
- FOUCAULT, Michel et al. *The birth of biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-79*, (trans. Graham Burchell, Arnold Davidson). UK: Palgrave Macmillan, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Society must be Defended*, March 17, 1976, (Ed. Mauro Bertani and Alessandro Fontana and trans. David Macey). New York: Picador, 2003.
- GARCIA, Anibal. “Viralscapes. The bodies of others after COVID-19”, *Allegra Lab*, March 31, 2020 <https://allegralaboratory.net/viralscapes-the-bodies-of-others-after-covid-19/> (Accessed Feb. 13, 2021)
- GUPTA, Aashish. “Tracking COVID-19 Mortality in India, Where Deaths Aren’t Registered”, *The Wire*, April 18, 2020: <https://bit.ly/3gp3IP1> (Accessed Aug. 11, 2020).

- HALL, Stuart. “The Problem of Ideology – Marxism without Guarantees”, *Journal of Communication Inquiry*, 10 (2), June 1, 1986), pp. 28-44.
- INDOREWALA, Hussain and WAGH, Shweta. “After the Pandemic, Will We Rethink How We Plan Our Cities?”, *The Wire*, April 30, 2020 <https://thewire.in/urban/city-planning-pandemic> (Accessed Feb 13, 2021).
- JOHN, Maya. “Remembering Marx in Lockdown Times – Beyond “Corona” Paradigm”, *Kafila*, May 6, 2020: <https://bit.ly/3laHxj5> (Accessed Jun. 10, 2020).
- JOHNSTON, Adrian. *Zizek’s Ontology: A Transcendentalist Materialist Theory of Subjectivity*, Illinois: Northwestern University Press, 2008.
- KAUNTIA, Nishant. “How Swiggy threatened to “suspend” protesting Delhi workers after second pay cut in seven months”, August 27, 2020, <https://caravanmagazine.in/news/swiggy-pay-cut-delhi-worker-delivery-protests-aigwu> (Accessed Feb 13, 2021).
- KLEIN, Naomi, et al. “Why a Climate Deal is the Best Hope for Peace”, *The New-Yorker*, Nov. 18, 2015: <https://bit.ly/3l8OVvf> (Accessed Jul. 14, 2020).
- KLEIN, Naomi. “How Big Tech Plans to Profit from Coronavirus Pandemic”, *The Guardian*, May 13, 2020 <https://www.theguardian.com/news/2020/may/13/naomi-klein-how-big-tech-plans-to-profit-from-coronavirus-pandemic> (Accessed Feb. 13, 2021).
- KOTHARI, Ashish et al. “Coronavirus and the crisis of the anthropocene”, *Econologist*, March 27, 2020 <https://theecologist.org/2020/mar/27/coronavirus-and-crisis-anthropocene> (Accessed Feb. 13, 2021).
- KRISHNAN, Vidya. “The Callousness of India’s COVID-19 Response”, *The Atlantic*, March 27, 2020, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2020/03/india-coronavirus-covid19-narendra-modi/608896/> (Accessed Feb. 13, 2021).
- LENIN, Vladimir. “Left-Wing” Communism: an Infantile Disorder “Left-Wing” as pamphlet (June 1920). In: *Collected Works*, Volume 3, Moscow: Progress Publishers, 1964. pp. 17–118.
- LIU, Andrew. “Chinese Virus, World Market”, *n=1 Magazine*, March 23, 2020: <https://bit.ly/32i4Ajo> (Accessed Jul. 10, 2020).
- MAO, Tse Tung. On Contradiction. In: *Selected Readings from the Works of Mao Tse-Tung*. First Indian Edition. Lucknow: Rahul Foundation, 2002.

- MCFATE, Sean. “Venezuela shows how mercenaries have become a global security threat”, *Washington Post*, May 14, 2020 <https://www.washingtonpost.com/opinions/2020/05/14/venezuela-shows-how-mercenaries-have-become-global-security-threat/> (Accessed Feb. 13, 2021).
- MCGOWAN, Todd. “State of emergency? Bring it on!”, *The Philosophical Salon*, LA Review of Books, April 30, 2020.
- MILLS, Jen. “Hungary edging towards dictatorship under coronavirus with no end in sight”, *Metro*, March 30, 2020. <https://metro.co.uk/2020/03/30/hungarian-government-gets-sweeping-new-powers-response-coronavirus-12480135/> (Accessed Feb. 13, 2021).
- PETERS, M. A. “Philosophy and Pandemic in the Postdigital Era: Foucault, Agamben, Zizek”, *Postdigit Sci. Edu*, 29 Apr. 2020: <https://bit.ly/32gAgpb> (Accessed Aug. 10, 2020).
- PRIYA, Aditi, et al. “Coronavirus outbreak has fore grounded India’s inequalities; country must re-examine social order when pandemic abates”, *Firstpost*, April 1, 2020: <https://bit.ly/2QgAyqr> (Accessed Aug. 10, 2020).
- RIGAKOS, G. S. “Marxist Legal Theory: Security”, *Critical Legal Thinking*, June 9, 2020: <https://bit.ly/32jzCr1> (Accessed Jun. 23, 2020).
- SAMPATH, G. “The ‘shock doctrine’ in India’s response to COVID-19”, *The Hindu*, June 15, 2020: <https://bit.ly/3jahTt8> (Accessed Jun. 25, 2020).
- SAPKALE, Y. “Airtel is not alone. How everyone wants to breach your privacy and grab your personal data”, *Money Life*, October 20, 2020, <https://www.moneylife.in/article/airtel-is-not-alone-how-everyone-wants-to-breach-privacy-and-grab-your-personal-information/61869.html> (Accessed Feb. 13, 2021).
- SEN, Shreya. “COVID-19 has pushed India’s Already Suffering Tea Plantation Workers into Deeper Crisis”, *The Wire*, May 11, 2020 <https://thewire.in/labour/covid-19-lockdown-tea-workers-labour> (Accessed Feb. 13, 2021).
- SHARPE, Matthew. “Only Agamben can Save Us? Against the Messianic Turn Recently Adopted in Critical Theory”, *The Bible and Critical Theory*, 5 (3), 2009: 1-20.
- SIRCAR, Sushovan. “Aadhaar Meets AI: Inside the Govt’s Plan For a Health Data Empire”, *The Quint*, July 24, 2019: <https://bit.ly/3lj7zRt> (Accessed Jul. 26, 2020).
- SOLIS, Marie. “Coronavirus is the Perfect Disaster for ‘Disaster Capitalism’”, *Vice*, March 16, 2020: <https://bit.ly/2EnVdX3> (Accessed Jun. 20, 2020).

- SOLTANI, Ashkan et al. “Contact-tracing apps are not a solution to the COVID-19 crisis”, *Brookings*, 27 April 2020: <https://brook.gs/32g4kS1> (Accessed Aug. 14, 2020).
- SPAETH, Ryu. “America’s Social Contract is Broken”, *The New Republic*, June 1, 2020: <https://bit.ly/34lZTrs> (Accessed Jul. 16, 2020).
- SRIVASTAVA, T. R. “I will never come back”: Many Indian migrant workers refuse to return to cities post lockdown”, *Scroll*, May 30, 2020: <https://bit.ly/3la5vuT> (Accessed Jul. 10, 2020).
- TACIK, Przemysław. “Provisional Marxist Theses on the Coronacrisis”, *Exceptions*, Apr. 9, 2020: <https://bit.ly/34p94Ht> (Accessed Jul. 14, 2020).
- TAKIEDDINE, Randa. “COVID-19 poses a huge challenge for Europe”, *Arab News*, March 27, 2020: <https://www.arabnews.com/node/1648481> (Accessed Feb. 15, 2021)
- TEWARI, Avantika. “We are all Socialists now!”, *Medium*, April, 2020 <https://medium.com/@tewari.avantika/we-are-all-socialists-now-6900779f7c0b> 2020a.
- TEWARI, Avantika. “Coronavirus: What came before, what comes after?”, *Medium*, March 19, 2020. <https://medium.com/@tewari.avantika/virus-and-the-techno-capitalist-boom-9e3ba83d2c2d> 2020b.
- LEFT VOICE. Trotskyist Fraction – Fourth International, “On the Front Line to Make the Capitalists Pay for the Pandemic and its Brutal Consequences”, *Left Voice*, April 28, 2020: <https://bit.ly/2YmNnUP> (Accessed Jun. 02, 2020).
- WALCOTT, D. Alexander. “How the Fourth Industrial Revolution can help us beat COVID-19”, *World Economic Forum*, May 7, 2020: <https://bit.ly/31ng7hX> (Accessed Aug. 17, 2020).
- WEHELIYE, A. G. *Habeas Viscus: Racializing Assemblages, Biopolitics, and Black Feminist Theories of the Human*. Durham: Duke University Press, 2014.
- WHITTAKER, Z. “A passwordless server run by spyware maker NSO sparks contract-tracing privacy concerns”, *Tech Crunch*, May 8, 2020 <https://mybe.online/2020/05/08/a-passwordless-server-run-by-nso-group-sparks-contact-tracing-privacy-concerns-techcrunch/> (Accessed Feb. 13, 2021).
- WIELENGA, K.D. “You can’t go back’: Migrant Workers told in Tamil Nadu”, *The Wire*, May 9, 2020. <https://thewire.in/labour/you-cant-go-back-migrant-workers-in-tamil-nadu> (Accessed Feb. 13, 2021).

ZIZEK, Slavoj. “In American protests, victims of Trump’s policies help the criminal erase the crime”, *RT*, May 30, 2020: <https://bit.ly/32l0ozg> (Accessed Jul. 17, 2020).

ZIZEK, Slavoj. *Trouble in Paradise: From the End of History to the End of Capitalism*. New York: Penguin Random House, 2015.

ZIZEK, Slavoj, *For They Know Not What They Do: Enjoyment as a Political Factor*. London: Verso, 1991.

ZIZEK, Slavoj. “Are We in a War, Do We Have an Enemy?”, *London Review of Books*, 24(10), 2002: <https://bit.ly/3j58BOT> (Accessed Jul. 17, 2020).

ZIZEK, Slavoj. *The Sublime Object of Ideology*. New Delhi: Navayana, 2013.

Autora convidada.

A ideia de autoridade no pensamento de Peter Winch*

The idea of authority in the thought of Peter Winch

Daniel Peixoto Murata*

University of Surrey – SY, Reino Unido

1. Introdução

O filósofo britânico Peter Winch tornou-se famoso com a publicação de seu *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, em 1958, quando possuía apenas 32 anos. A publicação precoce de sua obra mais importante acabou ofuscando muitos de seus escritos mais maduros¹. Dentre os trabalhos ofuscados estão suas contribuições para a filosofia política. Neste artigo, pretendo apresentar de maneira sistemática a contribuição de Winch sobre um tema de filosofia política, a saber, a questão sobre a possibilidade de autoridades. O interesse de Winch pelo fenômeno da autoridade política pode ser detectado em diversos pontos de sua obra, mas nesse quesito destacam-se os artigos *Certainty and Authority*², publicado em 1990, e o póstumo *How is Political Authority Possible?*³, publicado em 2002. É de conhecimento comum também que Winch preparava uma monografia sobre o tema da autoridade quando faleceu.

* Todas as traduções de textos em inglês constantes nesse artigo são livres e de minha autoria. O autor gostaria de agradecer a Caio Gentil Ribeiro pelos comentários em uma versão preliminar deste artigo.

** Doutorando em Direito na University of Surrey (Reino Unido), Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Bacharel em Direito pela mesma instituição. Foi bolsista de mestrado pela FAPESP. E-mail: daniel.peixotomurata@surrey.ac.uk.

1 HERTZBERG, 2009, p. 27.

2 WINCH, 1990a.

3 WINCH, 2002.

Neste artigo, pretendo apresentar o argumento de Winch sobre autoridades dentro do contexto de seu projeto filosófico mais amplo e explicar de que maneira ele poderia responder a seus possíveis críticos⁴. A seção II, “O projeto filosófico de Winch”, apresenta as linhas gerais da filosofia do autor, principalmente a partir de *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* e do artigo *Understanding a Primitive Society*. Na seção III, “O problema de autoridades práticas”, uso o argumento anarquista de Robert Paul Wolff para explicar os desafios enfrentados por uma teoria da autoridade. A resposta de Winch ao tipo de desafio elaborado por Wolff começa a ser esboçada na seção IV, “Winch sobre Wittgenstein e o papel da educação”, na qual explico o uso que Winch faz da filosofia de Wittgenstein, especialmente de *On Certainty*. Na seção V, “Autoridade, legitimidade e crítica”, completo o argumento iniciado em IV e – me valendo da obra de Bernard Williams – faço uma defesa de Winch contra algumas críticas possíveis, notadamente de que sua filosofia seria desnecessariamente conservadora⁵.

2. O projeto filosófico de Peter Winch

O contexto intelectual no qual Winch escreveu *The Idea of a Social Science* era bastante distinto do atual. Se hoje se vive na filosofia, na sociologia e nas humanidades em geral uma febre de “subjetivismos”, “identitaries” e “rupturas epistemológicas”, que possuem uma série de potencialidades e problemas, nos anos 50 de Winch a febre era aquilo que podemos chamar de uma “atitude científica” nas humanidades. Cientistas sociais tentavam emular em sua metodologia os procedimentos das ciências exatas ou biológicas, o paradigma de método científico sendo a física. Essa meta ainda exerce um fascínio poderoso e é um reflexo daquilo que Bernard Williams

4 Nesse sentido, meu artigo guarda afinidade temática com a excelente reconstrução do pensamento político de Winch feita por Lagerspetz. Enquanto o artigo de Lagerspetz é mais conjectural sobre os rumos do pensamento de Winch nos anos 90, meu artigo engaja-se mais diretamente com uma crítica específica, a de que o pensamento de Winch seria desnecessariamente conservador, e para responder a essa crítica, me apoio no trabalho em filosofia política de Bernard Williams. Cf. LAGERSPETZ, 2012, p. 279.

5 O presente artigo é um exercício de “leitura estrutural”. Segundo Macedo Jr., o método de leitura estrutural se preocupa “primordialmente com a concatenação argumentativa das teses de um autor, a sua estrutura e coerência interna”. Cf. MACEDO Jr., 2007, p. 06. Nesse sentido, muito de meu esforço aqui será no sentido de apresentar Winch da forma mais coerente e precisa possível. Disso não decorre, naturalmente, que eu concorde com todas as suas ideias.

chamou de uma “concepção absoluta de mundo”. A concepção absoluta de mundo é uma concepção de objetividade. Segundo ela, é objetivo (e, portanto, possível de ser “conhecimento”) apenas aquilo que é descritível de maneira absolutamente independente de nossas perspectivas contingentes⁶.

Em um mundo no qual as ciências sociais são desenvolvidas de acordo com a atitude científica, o papel da filosofia, no termo de Winch, é de um subalterno (*underlabourer*). Segundo Winch, a concepção subalterna de filosofia encontra sua primeira formulação nos trabalhos de John Locke, mas é herdada por autores contemporâneos como A.J. Ayer e Gilbert Ryle⁷. Dentro da concepção subalterna de filosofia, esta deve ser caracterizada não a partir de um determinado conteúdo ou conjunto de questões que lhes são próprias, mas a partir de um método específico para resolver problemas específicos. Isso porque o trabalho real de produção de conhecimento se dá nos moldes das ciências exatas, e cabe à filosofia tão somente a tarefa de preparar o campo para os cientistas⁸. De acordo com a concepção subalterna, o método filosófico por excelência é o esclarecimento de confusões conceituais e terminológicas⁹. Eis como Winch resume a relação entre filosofia e ciência dentro da concepção subalterna: “quaisquer avanços positivos neste entendimento devem ser contribuições pelos métodos da ciência empírica, em vez de pelos métodos da filosofia”¹⁰.

Em contraposição à concepção subalterna, Winch argumenta que a filosofia não é apenas um *pit-stop* obrigatório antes da produção científica, mas consiste na discussão sobre os meios através dos quais a humanidade compreende a realidade que a cerca¹¹. Se, de acordo com a concepção su-

6 WILLIAMS, 2011, cap. 8. Ver também a discussão de Ronaldo Porto Macedo Jr. sobre fiscalismo e método na teoria do direito. Cf. MACEDO JR, 2012. Claudio Michelon Jr. também discute a concepção absoluta de mundo e seus impactos na teoria do direito em MICHELON JR, 2004.

7 Essa “genealogia” da concepção “subalterna” da filosofia é apresentada por Winch sem uma discussão pormenorizada destes autores, mas averiguar se Winch faz uma boa leitura de Locke não nos interessa aqui.

8 WINCH, 1990b, p. 4.

9 Cf. HERTZBERG, 2009, p. 30: “*This notion suggests that the philosopher is on top of things, that he has a grasp of the logical structure of various concepts and is in a position to help others get straight about them*”.

10 WINCH, 1990b, pp. 12-13.

11 WINCH, 1990b, pp. 8-12.

balterna, problemas filosóficos consistiam em casos de confusão comunicativa, casos cuja solução se faz necessária para que o conhecimento possa ser produzido pelos cientistas; para Winch problemas filosóficos surgem também quando nos indagamos sobre “o que conta como pertencente ao mundo”¹². Winch quer chamar a atenção para o fato de que *a forma* por meio da qual experimentamos o mundo é dada pelos nossos conceitos e pela nossa linguagem. Nós não temos como nos posicionarmos fora de nossos esquemas conceituais de maneira inteligível. Tudo que podemos dizer e que seja dotado de sentido é dito dentro desses esquemas, “o mundo é para nós o que é apresentado através desses conceitos”¹³. Isso significa que parte significativa de nossas investigações filosóficas serão análises conceituais, que buscam elucidar aquilo que “faz sentido dizer”¹⁴.

Uma observação é necessária aqui. Muito do que é produzido atualmente sob o rótulo de análise conceitual pressupõe que o objetivo desse tipo de análise seja fornecer as condições necessárias e suficientes para a correta aplicação de determinado conceito. Em minha interpretação, Winch não está *necessariamente* comprometido com esse entendimento do que vem a ser análise conceitual (esse tipo de análise muitas vezes leva filósofos para longe dos usos que os agentes fazem dos conceitos), mas sim com a questão mais ampla do *sentido* de nossos conceitos e de qual papel eles desempenham em nossa compreensão do mundo.

Central à visão de Winch sobre a filosofia é a ideia de “forma de vida” (*form of life*). O que “faz sentido dizer” depende de condições de sentido, que são dadas pela forma de vida. O termo é de Wittgenstein, e Winch não

12 WINCH, 1990b, p. 15.

13 WINCH, 1990b, p. 15, grifo original do autor. Na mesma página: “*Our idea of what belongs to the realm of reality is given for us in the language that we use. The concepts we have settle for us the form of the experience we have of the world*”. Ver também a discussão sobre “gramática” em LAGERSPETZ, 2012, pp. 278-279.

14 WINCH, 1990b, p. 72. Winch apresenta o seguinte, e ilustrativo, exemplo. Cf. WINCH, 1990b, pp. 73-74: “*The reaction of a cat which is seriously hurt (...) We say the cat ‘writhes’ about. Suppose I describe his very complex movements in purely mechanical terms, using a set of space-time co-ordinates. This is, in a sense, a description of what is going on as much as is the statement that the cat is writhing in pain. But the one statement could not be substituted for the other. The statement which includes the concept of writhing says something which no statement of the other sort, however detailed, could approximate to. The concept of writhing belongs to a quite different framework from that of the concept of movement in terms of space-time co-ordinates; and it is the former rather than the latter which is appropriate to the conception of the cat as an animate creature. Anyone who thought that a study of the mechanics of the movement of animate creatures would throw light on the concept of animate life would be the victim of a conceptual misunderstanding*”.

define o que entende exatamente por ele em *The Idea of a Social Science*. Em todo caso, para Wittgenstein, “imaginar uma linguagem significa imaginar uma forma de vida”¹⁵. A ideia de “forma de vida” no Wittgenstein de *The Philosophical Investigations* toma o lugar que no *Tractatus Logico-Philosophicus* era preenchido pela “forma lógica da proposição”. Em vez dessa forma lógica, que seria comum a todas as proposições, nós compartilhamos uma forma de vida¹⁶ quando estamos “inseridos” nas práticas de determinada comunidade historicamente localizada, isto é, a ideia de forma de vida representa o fato de que *a linguagem e seus usos estão emaranhados em uma série de comportamentos e práticas pertencentes a determinados grupos ou comunidades*¹⁷. A relação entre linguagem e forma de vida em Wittgenstein é um dos motes centrais de *The Philosophical Investigations* e qualquer tentativa de análise mais profunda escapa aos propósitos deste artigo, mas é importante apontar que para o autor, compartilhar uma forma de vida significa praticar jogos de linguagem de determinada comunidade, sendo que jogos de linguagem são os diversos usos da linguagem que são capazes de fazer sentido, como “dar ordens”, “contar uma história”, “rezar” ou “contar uma piada”¹⁸.

A sensibilidade de cunho wittgensteiniano de Winch é bem ilustrada em seu debate com Evans-Pritchard no artigo *Understanding a Primitive Society*. Segundo Winch, não obstante a maior sofisticação de Evans-Pritchard em relação aos seus colegas à época, ele ainda estava comprometido com uma concepção da realidade universal, isto é, que fosse suficientemente independente dos esquemas conceituais e dos diversos usos da linguagem feitos por comunidades específicas. Essa concepção seria capaz de demonstrar a superioridade do método científico a partir de um ponto externo às concepções mais concretas desta ou daquela comunidade¹⁹, e caso tal concepção da realidade seja possível, ela permitiria a formulação

15 WITTGENSTEIN, 2009, para. 19.

16 Cf. WINCH, 1972a, pp. 22-23.

17 Cf. WITTGENSTEIN, 2009, para. 241 (destaques meus): ““So you are saying that human agreement decides what is true and what is false?” - What is true or false is what human beings say; and it is in their language that human beings agree. This is agreement not in opinions, but rather in form of life.”

18 WITTGENSTEIN, 2009, para. 23: “The word “language-game” is used here to emphasize the fact that the speaking of language is part of an activity, or of a form of life”.

19 WINCH, 1972a, p. 23.

de julgamentos externos de verdade e falsidade sobre o mundo, julgamentos como o de que o sistema mágico dos Azande está errado, e o nosso sistema científico, correto. No entanto, pelas razões que já vim expondo, isso não é possível, porque não dispomos de meios para nos colocarmos além de nossos esquemas conceituais para acessarmos uma realidade independente. Segundo Winch, “uma forma de concepção da realidade precisa de antemão ser pressuposta antes que nós possamos compreender qualquer sentido da expressão ‘o que a ciência revela ser o caso’”²⁰.

Pensemos agora no que ocorre em um diálogo hipotético entre um cientista ocidental e um zande. O cientista tenta provar para o zande que o sistema mágico endossado por este não é racional ou que não corresponde à realidade. No entanto, essa postura do cientista consistiria em uma espécie de “erro de categoria”. O que o cientista não entende é que o sistema mágico Azande não possui o mesmo sentido que o sistema científico ocidental, e nem desempenha para o povo Azande o papel que o sistema científico desempenha para os ocidentais²¹. É evidente que podemos dizer que as proposições do sistema mágico Azande não fazem sentido para nós, que são irracionais de acordo com o sistema científico, e que certos objetivos visados pelos Azande seriam satisfeitos de maneira infinitamente mais eficaz pelo método científico. Dessas conclusões, porém, não se segue que os Azande sejam menos racionais do que os europeus ou que tenham menor capacidade de julgamento. A questão é que não havia compartilhamento de formas de vida, e que por isso muito do que era dito de um lado não fazia sentido quando dito do outro²².

Cabe uma ressalva neste ponto. Parece-me que seria mais correto dizer que uma concepção de realidade cientificamente acessível, nos moldes daquilo que Bernard Williams chamou de uma “concepção absoluta de mundo”, seria incapaz de explicar o *sentido* das práticas dos Azandes para os Azandes, e em decorrência disso nós mesmos não conseguiríamos entendê-las. Mesmo que uma concepção absoluta de mundo seja possível de ser fornecida pela ciência, ela não é o tipo de concepção da realidade que

20 WINCH, 1972a, p. 27.

21 Cf. HERTZBERG, 2009, pp. 28-29.

22 Não se deve tomar Winch como um relativista vulgar ou um porta-voz do pós-modernismo. Ele oferece as últimas páginas de *Understanding a Primitive Society* e argumentos em ao menos outros dois artigos como ilustrações de situações nas quais não faz sentido ser relativista, ao menos não no sentido vulgar do termo. Cf. WINCH, 1972a, pp. 42-47; 1972b; 1972c.

nos interessaria caso nosso objetivo seja compreender práticas sociais. Isso porque uma “concepção absoluta de mundo”, se possível, seria uma concepção na qual o uso de conceitos se restringe unicamente àqueles capazes de serem compreendidos pelo maior grupo possível de interlocutores. Trata-se de uma concepção minimamente local. Conceitos que dependam de formas de vida mais concretas não poderiam ser nela mobilizados²³.

Dentro dos termos wittgensteinianos, Winch propõe que as filosofias específicas, como a filosofia da arte ou a da ciência sejam vistas como elucidações dessas formas de vida (arte e ciência). Por outro lado, a epistemologia contribuiria para a compreensão da ideia de forma de vida em si mesma, ou seja, para a compreensão do que torna a compreensão (*understanding*) possível²⁴. A filosofia política, portanto, é uma elucidação da forma de vida política, do que “faz sentido dizer” dentro dela. Como observa Lagerspetz, em detrimento da tradicional questão sobre a justificação ou fundamento último da autoridade, Winch privilegia a questão wittgensteinina “Sob que condições *faz sentido* (*is it meaningful*) levantar questões sobre a justificação da autoridade política?”²⁵. Os motivos para a escolha metodológica de Winch ficarão, espero, mais claros no desenvolvimento das próximas seções.

3. O problema das autoridades práticas

Existem várias situações nas quais falamos em autoridades. Dizemos que pais tem autoridade sobre filhos pequenos, mas também que essa autoridade diminui à medida que os filhos crescem. Dizemos também que Stephen Hawking era uma autoridade da física. Na política, usamos proposições como “Rei Arthur era o legítimo governante da Inglaterra” e “o direito brasileiro tem autoridade no território nacional”. Essas proposições utilizam a linguagem da autoridade, mas não em um mesmo *sentido*.

23 Sobre a concepção absoluta de mundo, ver WILLIAMS, 2011. Ver também WILLIAMS, 2006.

24 WINCH, 1990b, p. 41. Cf. WINCH, 1990b, p. 40: “(...) *the relation between epistemology and the peripheral branches of philosophy was that the former concerned the general conditions under which it is possible to speak of understanding while the latter concerned the peculiar forms which understanding takes in particular kinds of context*”.

25 LAGERSPETZ, 2012, p. 278. Minha ênfase.

Stephen Hawking é uma autoridade, mas de tipo teórico, isto é, a não ser em situações muito específicas e condicionais, seus enunciados sobre física não geram razões para agir. Não faz sentido falar que temos um dever de obedecer ao que o físico diz. Hawking tem o mesmo tipo de autoridade que a previsão do tempo, ambos fornecem informações que podem nos ser úteis, mas não afetam nossas razões para agir, ou melhor dizendo, ao menos não afetam diretamente (caso eu queira ir ao mercado, a previsão de chuva pode gerar uma razão para agir no sentido de levar um guarda-chuva, mas não porque ela tem autoridade sobre mim²⁶). Heidi Hurd didaticamente define autoridades teóricas da seguinte forma:

(...) os enunciados de uma autoridade teórica não afetam o balanço de razões para ação. Em vez disso, eles simplesmente fornecem informação sobre o balanço de razões da maneira que ele existe, independentemente desses enunciados. As diretivas da autoridade teórica são portanto totalmente evidenciais. Elas funcionam como conselhos – não como comandos ou pedidos²⁷.

O tipo de autoridade exercido pelo Estado e por pais, no entanto, parece diferente daquela exercida por Hawking e pela previsão do tempo. Ordens de pais (“você está proibido de jogar videogame”) e exercícios de autoridade estatais (“você não deve dirigir acima da velocidade permitida”) não são interpretados por nós como conselhos nem como pedidos, mas como *comandos*. Segundo Winch, essa diferença é capturada de maneira ilustrativa no pensamento de Thomas Hobbes. Na interpretação que Winch faz de Hobbes, existe uma importante diferença que separa pedidos e conselhos de um lado e comandos de outro, porque comandos não são apenas informações ou elementos adicionais que o agente deve considerar. O traço que define um comando é sua pretensão de se sobrepor às considerações do indivíduo comandado, que deve seguir o comando e não sua própria deliberação sobre o assunto²⁸. Retomando a distinção clássica entre tipos de autoridades, tem-se que autoridades *teóricas* enunciam “conselhos”, enquanto autoridades *práticas* emitem “comandos”²⁹.

26 O exemplo é de Weber. Cf. WEBER, 1978, p. 23.

27 HURD, 1991, p. 1667.

28 WINCH, 1990a, p. 224. Cf. WINCH, 2002, pp. 22-23.

29 A distinção entre pedidos, conselhos e comandos é um ponto central para a teoria de Joseph Raz. Cf. RAZ, 1979b, pp. 13-22. Para a relação entre autoridade e direito em Raz, ver, em geral, RAZ, 1979a; 1995a.

Na filosofia do direito contemporânea, a distinção hobbesiana é refinada e defendida na obra de Joseph Raz, em especial em sua concepção de razões exclusionárias. Para Raz, ordens emitidas por uma autoridade são a combinação de uma razão de “primeira ordem”, que diz o que deve (ou não deve) ser feito, com uma razão de “segunda ordem”, que é uma razão que se aplica indiretamente, sobre outras razões. No caso, ela é uma razão para não agir com base nas demais razões que o indivíduo possa ter³⁰. Não é meu propósito discutir a teoria de Raz, mas ela é ilustrativa da longevidade da tradição hobbesiana.

Nos dizeres do próprio Hobbes, autoridades práticas demandam que o agente “faça isso ou não faça isso sem esperar outra razão que não a vontade daquele que comanda”³¹. Isso, no entanto, levanta um importante problema. Se entendermos a autonomia ou racionalidade prática do agente como a faculdade de agir de acordo com seu balanço de razões, uma entidade capaz de se sobrepor a esse balanço de razões – a autoridade – estaria em contradição com a autonomia ou razão prática do agente³². Robert Paul Wolff elaborou esse problema na forma do “conflito entre autoridade e autonomia”³³. Vale a pena ver as palavras do próprio Wolff:

A marca que define o Estado é a autoridade, o direito de governar. A obrigação primária do homem é a autonomia, a recusa a ser governado. Parece, então, que não pode haver resolução do conflito entre a autonomia do indivíduo e a autoridade putativa do Estado. Na medida em que um homem cumpre sua obrigação de se fazer o autor de suas decisões, ele resistirá a reivindicação do Estado de possuir autoridade sobre ele. Isto é, ele negará que possui um dever de obedecer às leis do Estado simplesmente por se tratar de leis. Neste sentido, parece que o anarquismo é a única doutrina política consistente com a virtude da autonomia³⁴.

30 RAZ, 1979b, p. 22.

31 HOBBS apud. WINCH, 1990a, p. 224.

32 WINCH, 1990a, pp. 223-224. Cf. WINCH, 2002, p. 22: “*The possibility of ‘calling someone to account’ is a condition for ascribing to him or her the kind of rationality involved in agency and, furthermore, presupposes a right of autonomous decision*”.

33 WOLFF, 1998, pp. 18-19.

34 WOLFF, 1998, p. 18.

Uma primeira alternativa ao dilema levantado por Wolff seria a solução proposta pela tradição contratualista, que segundo Winch é focada na ideia de *consentimento*. A ideia aqui é que o consentimento do indivíduo em relação à autoridade é suficiente para que a obediência à autoridade não seja uma prática irracional. Ao dar seu consentimento, um indivíduo não está abrindo mão de sua autonomia, ao contrário, está exercitando-a. O consentimento transforma a obediência à autoridade em um exercício de expressão da autonomia individual³⁵. A tradição contratualista utiliza o consentimento – na alegoria do contrato social – como remédio para o problema exposto por Wolff. Essa resposta, no entanto, apenas desloca o problema para um outro nível da discussão.

Para entender o ponto, pense em contratos celebrados na vida real. Quando celebramos contratos – especialmente aqueles que perduram no tempo – nós temos razões no momento em que o celebramos para fazê-lo. No entanto, essas razões podem sofrer alterações no decorrer do tempo. Se eu celebro um contrato de aluguel de 24 meses, podem ocorrer mudanças tais na economia que no 15º mês eu tenha boas razões para quebrar aquele contrato. O mesmo vale para o contrato social. Evidentemente, ninguém nega que o consentimento pode ter um papel importante na manutenção da autoridade, mas, retomando David Hume, Winch argumenta que as razões para seguirmos um contrato são dependentes do nosso balanço de razões no caso concreto, o contrato não é uma razão em si³⁶. Isso quer dizer que, na prática, nós só devemos aquiescer com um contrato (seja o aluguel de meu exemplo ou o contrato social) se tal contrato estiver de acordo com o nosso uso da razão no caso concreto, no momento em que precisamos deliberar sobre o que fazer. Seguir um contrato em detrimento de nosso julgamento seria novamente abrir mão da autonomia individual³⁷. Se em um momento T1 eu dou meu consentimento à autoridade, disso não se segue que seja autônomo ou racional obedecê-la em um momento T2; a obediência em T2 só é racional ou autônoma se estiver de acordo com meu balanço de razões em T2, e isso pode não ser o caso. Eis como o próprio

35 WINCH, 1990a, p. 224.

36 WINCH, 1990a, pp. 225-226.

37 Isso não quer dizer que não possa haver razões para se seguir o contrato, mesmo quando o contrato já não é mais benéfico para nós. Por exemplo, se eu celebrei um contrato com um amigo, e por qualquer motivo que seja, esse contrato passa a ser desinteressante para mim, eu ainda posso ter boas razões para mantê-lo por causa de minha amizade.

Winch explica este ponto:

Se a racionalidade prática demanda que a decisão de como agir seja baseada na avaliação do melhor meio de se perseguir os próprios projetos da pessoa nas circunstâncias (as circunstâncias *presentes*) em que a pessoa se encontra, então permitir-se restringido pela promessa *feita no passado* é tão irracional quanto se permitir restringido pela vontade de outrem³⁸.

Este não é o único problema das abordagens contratualistas. Winch nos relata o seguinte caso, que Hume utiliza em sua crítica ao contratualismo. Um príncipe de uma monarquia tradicional e bem estabelecida é deposto por um tirano que o expulsa do país. Muitos anos depois, esse príncipe consegue um exército e derrota o tirano, retomando o trono. Quando isso ocorre, os moradores desse reino celebram o príncipe como seu governante de direito³⁹. Hume quer chamar a atenção para o seguinte elemento:

Eu posso agora perguntar, sobre que fundação está o título do príncipe? Certamente, não sobre o consentimento popular; porque apesar de o povo voluntariamente aquiescer com sua autoridade, eles nunca imaginaram que tenha sido o seu consentimento o motivo de o príncipe ser soberano. Eles consentem porque o apreendem como sendo, de antemão, por nascimento, seu soberano de direito⁴⁰.

O ponto parece ser o seguinte. Ainda que o consentimento seja importante, ele não é a *origem necessária* da autoridade política. Autoridades tradicionais, por exemplo, são mal explicadas pelo modelo consensual. A ideia de um consentimento “tácito” também não resolve o problema, porque é necessário *reconhecer previamente* algo como sendo a autoridade para saber quem tem o “direito de governar”. Retomando algumas das ideias discutidas na seção anterior, se nossa preocupação for em compreender o que são autoridades práticas, nossa investigação necessariamente passará pela forma ou narrativa por meio da qual os sujeitos à autoridade a reconhecem como tal. Consentimento é uma importante ideia na justificação

38 WINCH, 2002, p. 29.

39 WINCH, 2002, pp. 26-27.

40 HUME, 1953 apud WINCH, 2002, p. 26.

da autoridade, mas não pode ser sua origem necessária, uma vez que ele não figura na explicação dada pelos sujeitos, e mesmo que seja apresentado aos moldes de uma “teoria do erro”, o argumento do consentimento receberia como tréplica algo como “Não, não é isso que eu quis dizer. Nós não o obedecemos porque consentimos, mas *porque ele é nosso príncipe*”. A fundamentação da autoridade vem de outro lugar. Apesar destes problemas, Winch entende que autoridades políticas são possíveis. Qual é a trilha seguida pelo autor para livrar o conceito de autoridade política dessas dificuldades? Este será o tópico da próxima seção.

4. Winch sobre Wittgenstein e o papel da educação

Eis o problema que temos até o momento, segundo Winch: a ideia de autoridade estatal e a noção correlata de um comando parecem incompatíveis com nosso modo de pensar sobre agência ou autonomia individual. Ao comandar, a autoridade parece se sobrepor ao exercício de razão prática do indivíduo⁴¹. Para resolver este problema, o autor busca inspiração no tratamento que Wittgenstein dá às ideias de aprendizado e razoabilidade em seu *On Certainty*. Para ser mais preciso, o caminho que Winch pretende seguir é menos o de *resolver* o problema, e mais o de mostrar por que o problema é *falso*. O argumento wittgensteiniano pode ser resumido na ideia de que todo nosso aparato conceitual, incluindo aí nossas noções de razão prática, razoabilidade e agência, são dependentes dos contextos que habitamos, de nossas *formas de vida*. Segundo Wittgenstein, “Essas práticas que definem ‘razão’ precisam ser aprendidas”⁴². Winch extrai a seguinte lição dessa e de outras passagens wittgensteinianas: “a pessoa razoável não é identificada com referência à lógica; a lógica é definida por referência àquilo que o tipo de pessoa que nós tomamos como ‘razoável’ aceita ou não aceita”⁴³.

Para desenvolver essas ideias, Winch resgata a discussão de Wittgenstein sobre o que significa dizer que uma criança *aprende a duvidar de algo*. A linha de pensamento de Wittgenstein é de que dúvidas não podem existir totalmente desconectadas de certezas de fundo que permitem às dúvidas

41 WINCH, 1990a, p. 236.

42 WITTGENSTEIN apud WINCH, 1990a, p. 229.

43 WINCH, 1990a, p. 229.

fazer sentido. Para que uma pessoa possa *duvidar de algo*, é necessário que ela tenha *certezas sobre outras coisas*, de modo a ter um ponto de apoio para erguer a dúvida⁴⁴. Nos dizeres de Wittgenstein, “Dúvida vem depois da crença”⁴⁵. No caso da criança, enquanto ela não fizer parte de um mundo de certezas, um mundo no qual ela pode navegar e a partir do qual ela pode mobilizar conhecimentos, ela não tem como *duvidar de algo*. Essa é uma das razões pelas quais, dentro do pensamento wittgensteiniano, a pergunta “o que é uma pergunta?” não faz sentido. A própria pergunta já pressupõe o uso do conceito de dúvida. Para colocar o mesmo ponto em outra formulação, você não pode duvidar de que tem uma dúvida *all the way down*. Em algum momento, você precisa de alguma certeza na qual sua dúvida pode se apoiar⁴⁶.

A partir do ponto em que a criança passa a compartilhar o suficiente de uma determinada forma de vida, ela passa também a ser capaz de analisar e julgar informações dentro dessa forma de vida. Ela consegue, então, formular dúvidas que fazem sentido⁴⁷. Para tentar tornar esse ponto um pouco mais claro, vou adaptar o caso do aprendizado de uma nova linguagem a partir da discussão de Donald Davidson⁴⁸. Quando vamos aprender um novo idioma, nós precisamos pressupor que o falante que está nos ensinando está falando a verdade, e também que ele não está sistematicamente equivocado sobre o uso que ele faz daquele idioma. Sem essas pressuposições, essas certezas, nós não temos como avançar no aprendizado do idioma; nem temos como compreender as práticas linguísticas de uma comunidade (esse é o uso que Davidson faz do “princípio da caridade” na interpretação). Precisamos daquilo que Winch chama de “confiança primitiva”⁴⁹. Em resumo, sem um mínimo de certezas, a compreensão torna-se impossível:

44 WINCH, 1990a, pp. 230-231.

45 WITTGENSTEIN apud WINCH, 1990a, p. 230.

46 WINCH, 1990a, p. 233.

47 WINCH, 1990a, p. 231. Ronald Dworkin, em outro contexto, explica esse mesmo ponto a partir daquilo que ele chama de uma “epistemologia integrada”. DWORKIN, 2011, pp. 82-86. Ver também Lagerspetz: “I develop my world picture by listening to others and generally believing them. But even my disbelief presupposes trust in other directions. I learn to check up on dubious information against alternative sources”. LAGERSPETZ, 2012, p. 283.

48 DAVIDSON, 2006, pp. 155-170; 184-195; 196-208.

49 WINCH, 1990a, pp. 230-231.

Crianças crescem na vida dessa comunidade e ao fazê-lo vêm a exercer os poderes racionais que integram o reconhecimento como membros dessa comunidade pelos outros membros. Uma condição disso é que elas reagem, enquanto indivíduos, de certos modos em vez de outros ao que outras pessoas que já são parte dessa comunidade dizem ou fazem. No entanto nós descrevemos esse fazeres e dizeres e a natureza das reações das crianças a eles em termos de conceitos que são eles mesmos dotados de sentido apenas no contexto de vida daquela comunidade. Eles têm a significância que eles têm para nós em virtude de sua conexão com aquela vida⁵⁰.

Como esse excursão sobre educação e certeza em Wittgenstein nos ajuda com o problema da autoridade⁵¹? Segundo Winch, ele nos ajuda a compreender por que o problema é *falso*. Isso porque aquilo que nós entendemos como razão e como ser razoável nos é dado pelas formas de vida que compartilhamos. É dentro destes contextos que conseguimos compreender proposições como “X é uma boa razão para fazer Y” e “Peter diz algo razoável”. Agora, nós começamos a compartilhar uma forma de vida graças à presença daquilo que Winch chamou de “confiança primitiva”, a confiança que é necessária como antecedente para qualquer dúvida. Essa confiança primitiva é a base da autoridade dos pais, de cientistas, de livros didáticos, etc. Sem ela, é impossível começar a compartilhar uma forma de vida. É a partir dessas percepções que Winch pretende afirmar que o aparente conflito entre a existência de autoridades e o exercício da razão prática por parte dos indivíduos é ilusório. As pessoas se engajam em razão prática a partir de quem elas são, e o que elas são é em grande medida definido pelas formas de vida que elas compartilham, formas de vida que por sua vez possuem (ou melhor dizendo, podem possuir) noções de autoridade⁵².

A partir do momento em que reconhecemos que a própria ideia de razão depende de nossas formas de vida concretas, o argumento wittgensteiniano, diz Winch, coloca a estrutura hobbesiana tradicional de cabeça para baixo⁵³. No modelo contratualista de Hobbes, os indivíduos começam

50 WINCH, 1990a, p. 232, rodapés omitidos.

51 Sobre a relação entre educação, certeza, e autoridade, ver também LAGERSPETZ, 2012, pp. 282-286.

52 WINCH, 1990a, pp. 233; 236.

53 WINCH, 1990a, pp. 233-234.

em um Estado de Natureza marcado pela guerra de todos contra todos e pelo receio generalizado de ser atacado. Por causa da natureza auto interessada do homem, os indivíduos percebem que possuem boas razões para abrirem mão de sua liberdade e constituírem uma autoridade capaz de transplantá-los do Estado de Natureza para a Sociedade Civil⁵⁴. O ponto importante a ser percebido é que não há, no esquema hobbesiano, uma sociedade ou comunidade *antes* do contrato social. No entanto, se o argumento wittgensteiniano estiver correto, as próprias ideias mobilizadas na narrativa do contrato social “requerem como seu plano de fundo precisamente uma comunidade na qual há confiança e acordo”⁵⁵. Ideias como liberdade, constituição de uma autoridade e mesmo auto interesse não existem em um vácuo. Elas pertencem a uma forma de vida compartilhada que antecede o estabelecimento do contrato social.

É evidente que Hobbes nunca propôs seu argumento do Estado de Natureza como uma descrição histórica real, mas como um argumento filosófico capaz de explicar a origem e legitimidade do Estado. O que o argumento wittgensteiniano faz é mostrar porque a estratégia hobbesiana tem pressupostos equivocados, mas ao fazê-lo, também mostra porque aquilo que o modelo tentava solucionar – a dificuldade em se explicar a existência de autoridades políticas – na verdade não precisa de solução. O modelo de Winch e Wittgenstein nos convida a superar a tentação de fazer filosofia a partir de termos abstratos descolados de nossas formas de vida. Ao aceitarmos o convite, nos tornamos capazes de perceber que o suposto conflito entre razão prática e autoridade não é uma necessidade de qualquer espécie. Ao contrário, uma vez que a confiança primitiva que nos permite aprender uma forma de vida é ela mesma a origem de muitos padrões de autoridade, somos levados a perceber que aquilo que nós mesmos entendemos como exercícios de razão prática é tornado possível graças à existência e aceitação de autoridades em diversos contextos de nossas vidas⁵⁶.

54 HOBBS, 2018, caps. XIII, XIV, XXI.

55 WINCH, 1990a, p. 233.

56 WINCH, 1990a, p. 236. Para uma recente análise crítica do argumento de Winch, cf. BARABAS, 2020.

5. Autoridade, legitimidade e crítica

Neste ponto, alguém poderia questionar: tudo que Winch, se valendo de Wittgenstein, fez foi mostrar que autoridades são possíveis porque fazem parte de nossas formas de vida. Isso não responde ao dilema nos termos de Wolff, a saber, de que o exercício da autoridade não é legítimo e de que por causa disso obedecê-la é abrir mão da autonomia individual. O questionamento sustenta que o argumento de Winch está no nível da possibilidade e sentido da autoridade, enquanto a crítica de Wolff está no nível da filosofia moral e política. Essa forma de colocar o questionamento pressupõe uma divisão forte entre sentidos e práticas sociais de um lado, e argumentos morais de outro, e a meu ver está equivocada⁵⁷.

A divisão pressuposta no questionamento ignora o fato de que os próprios argumentos morais e políticos fazem parte de jogos de linguagem inseridos em formas de vida. A possibilidade do questionamento sobre a legitimidade da autoridade (nos termos propostos por Wolff e outros) dá de barato que indivíduos podem questionar a autoridade, que existe uma demarcação clara entre governantes e governados, que autoridade e legitimidade são conceitos distintos, etc. Todas essas pressuposições fazem parte do contexto que habitamos. Quando alguém critica a autoridade por ser ilegítima, está pressupondo certas concepções de autoridade e legitimidade. É por isso que Winch diz que a crítica à autoridade “ocorre dentro da moldura conceitual geral da autoridade política. Ela não envolve o questionamento do conceito todo”⁵⁸.

Alguém poderia insistir, dizendo que a questão sobre se devemos ou não obedecer à autoridade permanece. Em um certo sentido isso é verdade, e Winch não teria problemas em admitir isso, no sentido de que para nós – hoje – é possível questionar se uma determinada autoridade é legítima. A questão “eu deveria obedecer a essa ordem?”, afinal, faz todo sentido. A ideia de legitimidade, porém, possui vários pontos obscuros que precisam ser expostos. De um lado, a definição da legitimidade é ela mesma um exercício em filosofia moral e política que ocorre dentro de um

57 Acredito que Lagerspetz está correto ao dizer que “*It would be un-Winchian (and, I assume, un-Wittgensteinian) to think of the fact/value distinction as an ontological division that marks out two realms, somehow in existence regardless of the specific discussions where it makes sense to invoke the distinction*” (LAGERSPETZ, 2012, p. 297).

58 WINCH, 1990a, p. 236.

determinado contexto. *Nem tudo que faz sentido enquanto narrativa de legitimidade em um contexto faz sentido em outro*⁵⁹. Isso é facilmente perceptível quando refletimos sobre as condições de legitimidade em comunidades distintas. De outro, conforme já dito anteriormente, discutir a legitimidade da autoridade pressupõe a existência um conceito de autoridade e que esse conceito faz sentido para aqueles que o usam. Ao cabo, o conceito de autoridade simplesmente faz sentido.

O argumento de Wolff na verdade pode ser lido de maneira mais radical do que o pressuposto na discussão até esse ponto. Ele diz que *nenhuma autoridade é legítima* porque *toda* autoridade obriga o indivíduo a abrir mão de ser “o autor de suas decisões”⁶⁰. A essa altura, podemos perceber que esse argumento não é um problema para a ideia de autoridade nos termos de Winch. Joseph Raz convincentemente argumentou que um anarquista pode compreender e mobilizar o conceito de autoridade, mesmo quando não acredita na possibilidade de legitimidade de qualquer autoridade⁶¹. Isso porque ele pode compreender os usos dos conceitos, mesmo quando não os endossa moralmente. A preocupação de Winch era, essencialmente, com: “(...) *o tipo de descrição* da vida política que é necessária para tornar a relação entre cidadão e Estado inteligível. E isso é inseparável da questão sobre que ponto de vista alguém que deseja oferecer tal descrição precisa adotar”⁶². O argumento anarquista, em si, não é um problema para esse tipo de investigação. Inteligibilidade de uma relação não é a mesma coisa que sua desejabilidade ou moralidade.

O desconforto em relação ao argumento de Winch e Wittgenstein que venho desenvolvendo pode resistir a essas observações. Subjacente ao argumento de Wolff está a ideia de que um indivíduo é o “autor de suas decisões”, e essa ideia convida diferentes interpretações, algumas delas em aparente conflito com o argumento de Winch. Pois bem, como devemos entender a ideia do indivíduo como “autor de suas decisões”?

Caso entendamos por isso que o agente é capaz de deliberar e agir com base em suas deliberações, não há nada de controverso, mas também não é possível extrair qualquer problema para a ideia de autoridade legítima

59 Sobre isso, ver WILLIAMS, 2005b.

60 WOLFF, 1998, p. 18.

61 RAZ, 1995b, pp. 235-236.

62 WINCH, 1990a, p. 234.

dessa definição. O agente pode concluir em sua deliberação que ele deve obedecer a autoridade, e agir conforme essa deliberação. Nesse processo deliberativo, o agente pode se valer de uma narrativa de legitimidade que faz sentido para ele. Para voltarmos ao caso do príncipe de Hume e seus súditos, um súdito pode seguir as ordens do príncipe *porque* ele é o príncipe. Não há nada de *irracional* nisso, uma vez que a ideia mesma de racionalidade é dada pelos contextos habitados pelos agentes. Dizer que esse agente não é “autor de suas decisões” também não parece correto. Em que sentido ele não seria o autor? Ele deliberou, decidiu, e agiu conforme o decidido.

Essa primeira leitura é plausível, mas não é a única. A ideia de autoria sobre as ações parece mobilizar algo mais profundo, e isso é possível de ser visto em uma segunda interpretação, segundo a qual alguém só é “autor de suas decisões” quando decide *de verdade*, quando suas decisões não são constringidas pelos contextos que ele habita. Uma decisão autêntica é aquela tomada pelo agente quando ele consegue se colocar além de sua forma de vida mais concreta e deliberar com base na razão apenas sobre o que ele deve fazer.

Nessa leitura, o súdito da discussão apresentada por Hume não é realmente o “autor de suas decisões” porque ele estava enviesado por um preconceito decorrente de seu contexto (a saber, o de que alguém ser seu príncipe lhe fornece uma razão para obedecer). A ação realmente autônoma é independente dos ruídos locais, por assim dizer. Essa leitura, mais radical, é insustentável pelos motivos que vimos anteriormente. Aquilo que conta como razão é em si mesmo definido pelas formas de vida concretas, e tudo aquilo que informa o exercício de razão prática também é dado pelo contexto que o agente habita; e também pelo tipo de pessoa que esse contexto o tornou. As disposições, valores e desejos do agente são em grande parte reflexo de sua forma de vida, e entram em seu processo reflexivo⁶³. Ao postular um agente autônomo por trás de todos esses materiais, a segunda leitura postula um agente que não tem recursos para serem mobilizados em

63 Minhas afirmações nessas últimas linhas não necessariamente implicam em determinismo no tocante à questão do livre-arbitrio. Minhas afirmações são mais modestas, dizem apenas que o agente delibera a partir de quem ele é, e que quem ele é depende em grande parte das formas de vida e contextos habitados. Não afirmo – mas também não nego – que esses materiais sejam determinantes do resultado da deliberação prática.

um exercício deliberativo⁶⁴. Ele deliberaria a partir do quê? A ideia de uma razão descolada do contexto do agente e de quem ele é não faz sentido.

Se o que eu disse nos parágrafos anteriores está correto, a ideia de um agente “autor de suas decisões” não pode ser tomada como sinônimo de um agente descolado de sua forma de vida concreta, e quando tomada meramente como sinônimo de um agente que delibera e age, não está em conflito com a possibilidade de autoridade legítima, uma vez que narrativas de legitimidade podem fazer sentido para ele, a depender de sua forma de vida.

A ideia de narrativas de legitimidade foi apenas sugerida nesse texto, e não tenho condições de expandi-la aqui, mas por ela eu me refiro a narrativas que são capazes de fazer sentido para os indivíduos que integram determinadas forma de vida, capazes de representar a autoridade como legítima para eles. Narrativas de legitimidade apresentam, *do ponto de vista do indivíduo pertencente àquela comunidade*, justificações para a autoridade que ele é capaz de aceitar. Em um exercício de ecletismo algo irresponsável, poderíamos dizer que a tipologia de formas de legitimidade proposta por Max Weber⁶⁵ apresenta narrativas de legitimidade. Em algumas comunidades, a legitimidade da autoridade decorre de suas tradições. Em outras, a autoridade deriva sua legitimidade a partir do carisma de um líder considerado excepcional, e assim por diante. Além disso, dentro de uma mesma comunidade, especialmente em comunidades mais complexas e plurais como a nossa, pode haver diversas narrativas de legitimidade disponíveis, muitas delas conflitantes entre si.

A essa altura, um novo desconforto pode surgir. Se nós estamos condicionados – e limitados – pelas nossas formas de vida, isso significa que não dispomos de meios de efetivamente criticar autoridades, práticas ou valores dessas mesmas formas de vida? Felizmente, não é esse o caso⁶⁶. A filosofia de Wittgenstein foi utilizada para justificar várias formas de conservadorismo filosófico (no sentido de uma impossibilidade de se criticar qualquer *status quo*), mas ela não é necessariamente atrelada ao conserva-

64 Esses pontos são desenvolvidos em grande detalhe por WILLIAMS, 2011, esp. Capítulo 04. Ver também, em geral, WILLIAMS, 1981a, especialmente 1981b. Muito do que digo neste e nos próximos parágrafos é essencialmente um complemento williamsiano ao argumento de Winch e Wittgenstein.

65 WEBER, 1978, capítulo III, mas ver também capítulo IX.

66 Winch expressamente diz que não é esse o caso. WINCH, 1990a, p. 236.

dorismo. Bernard Williams, por exemplo, sugere que pode haver um “wittgensteinianismo de esquerda”⁶⁷. Segundo Williams, o que essa forma de wittgensteinianismo propõe é a mobilização de elementos internos à uma forma de vida como ponto de partida para a crítica de outros elementos dessa forma de vida.

A visão conservadora está comprometida com dois equívocos em sua visão sobre comunidades. O primeiro é pressupor que comunidades – mesmo comunidades tradicionais – são absolutamente homogêneas e coerentes em suas crenças. Existe a pressuposição tácita de que o corpo de crenças e valores de uma comunidade é um todo coerente polido pelo tempo, e essa pressuposição não resiste à análise mais detalhada de comunidades reais. O segundo equívoco é ignorar o fato de que nós – em nossas formas de vida contemporâneas – habitamos comunidades muito mais complexas do que no passado. Em especial, nós sabemos que existem outras comunidades, outras possibilidades de vida humana. A consciência desse fato coloca em xeque a convicção nas tradições que porventura habitamos⁶⁸. Nos dizeres de Williams,

Uma vez que uma visão realista sobre comunidades é aplicada, e as categorias que nós precisamos para entendermos qualquer um que seja inteligível sejam diferenciadas daquelas de uma significância mais local, nós podemos seguir Wittgenstein no sentido de não procurar por um novo fundacionismo, mas ainda deixar espaço para a crítica do que alguns de “nós” (*us*) fazem em termos de nosso entendimento de um “nós” (*we*) mais abrangente⁶⁹.

Nós podemos nos valer de elementos que integram nossa forma de vida para criticar outros. Por exemplo, a crítica que uma sobrinha feminista dirige contra o comentário machista de seu tio no almoço de fim de semana é inteligível ao tio, justamente porque há um espaço de negociação entre diferentes grupos dentro de uma mesma comunidade. A crítica pode se apoiar em elementos como uma crença na igualdade (“você não acha injusto que um homem possa fazer isso e uma mulher não?”), sentimentos

67 WILLIAMS, 2005c, pp. 37-38.

68 Williams explora esses equívocos em uma série de textos. Ver, por exemplo, WILLIAMS, 2011 e os ensaios coletados em WILLIAMS, 2005a.

69 WILLIAMS, 2005c, p 37.

de empatia (“se fosse você no lugar dela...”), recursos à autoridade da ciência (“sua visão não é compatível com o fato de que...”), etc. Isso é descrito por Williams como uma diferença de um *nós* mais limitado em relação a um *nós* mais abrangente⁷⁰. Como provavelmente a sobrinha deve ter percebido, porém, da inteligibilidade de sua crítica não se segue a necessária conversão de seu tio. O espaço de negociação é permeado por outros elementos, como disposições individuais, caráter, traumas, recalques e má-fé.

Seja como for, a possibilidade de um “wittgenstenianismo de esquerda” é o suficiente para mostrar porque um argumento como o de Winch não está necessariamente atrelado a qualquer tipo de conservadorismo. Acredito que valha a pena trazer as palavras do próprio Winch:

Dizer: ‘esse é o modo como as pessoas pensam’ não é dizer ‘Você, ou nós, devemos, ou precisamos, pensar assim’. É dizer: existe mais de uma forma de pensar e é necessário mais do que o mero conceito de ‘racionalidade’ para decidir entre os sentidos delas. É apontar para alguns de nossos recursos conceituais e tentar dissipar certas confusões sobre esses recursos. Ninguém está obrigado por isso a *usar* esses recursos de determinada forma, ou a simplesmente usá-los⁷¹.

6. Conclusão

Peter Winch é provavelmente um dos filósofos mais subestimados da segunda metade do século passado. Seu *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, claro, teve enorme impacto na academia, mas o restante de sua obra foi insuficientemente apreciado. Neste artigo, busquei articular a concepção de autoridade de Winch, colocando-a em seu contexto filosófico mais amplo e buscando responder alguns de seus possíveis pontos fracos. A discussão mostra porque ele é um filósofo relevante. Sua concepção de autoridade mostra porque autoridades políticas não são inerentemente irracionais, ao contrário, na medida em que parte de formas de vida concretas, elas são tão corriqueiras quanto a autoridade de pais ou experts. Ao mesmo tempo, trata-se de uma concepção que mantém um potencial de reflexão sobre o exercício da autoridade. O uso que Winch

70 Uma visão algo similar é a de Charles Taylor. Cf. TAYLOR, 1995.

71 WINCH, 1990a, p. 236.

faz de Wittgenstein não torna sua filosofia incapaz de crítica, ao contrário, ao enraizar a própria crítica nas formas de vida concretas compartilhadas pelos indivíduos, ela indica uma das únicas (talvez a única) forma de se promover criticismo inteligível.

Referências

- BARABAS, Marina. Winch on Political Authority & Obedience. In: CAMPBELL, M.; REID, L. (Eds.). *Ethics, Society and Politics: Themes from the Philosophy of Peter Winch*. Nordic Wittgenstein Studies Vol. 06, Springer, 2020. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-030-40742-1_7
- DAVIDSON, Donald. *The Essential Davidson*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. DOI: 10.2307/j.ctvjf9vk
- HERTZBERG, Lars. Peter Winch: Philosophy as the Art of Disagreement. In: EDELMAN, J. (Ed.). *Sense and Reality. Essays out of Swansea*. Publications of the Austrian Ludwig Wittgenstein Society – New Series Vol. 10, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110328813>
- HOBBS, Thomas. *The Leviathan*. Minneapolis: Lerner Publishing, 2018.
- HURD, Heidi. Challenging Authority. *Yale Law Journal*, Vol. 100: 1611-1677, 1991. DOI: 10.2307/796782
- LAGERSPETZ, Olli. Peter Winch on Political Authority and Political Culture. *Philosophical Investigations*, Vol. 35, 3-4: 277-302, 2012. DOI: 10.1111/j.1467-9205.2012.01484.x
- MACEDO Jr., Ronaldo Porto. O método de leitura estrutural. *Cadernos Direito GV*, Vol. 4, nº 2: 5-41, 2007.
- MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Do Xadrez à Cortesia – Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. Tese de livre-docência apresentada à FDUSP, 2012.
- MICHELON Jr., Claudio. *Aceitação e Objetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979a. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198253457.001.0001
- RAZ, Joseph. Legitimate Authority. In: RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979a. 1979b. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198253457.003.0001

- RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon, 1995a. DOI:10.1093/acprof:oso/9780198260691.001.0001
- RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. In: RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon, 1995b. DOI:10.1093/acprof:oso/9780198260691.003.0010
- TAYLOR, Charles. Explanation and Practical Reason. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- WEBER, Max. *Economy and Society – An outline of interpretive sociology* (Guenther Roth & Claus Wittich eds). Berkeley: University of California Press, 1978.
- WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981a. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139165860>
- WILLIAMS, Bernard. Persons, Character and Morality. In: WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981b. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139165860.002>
- WILLIAMS, Bernard.; HAWTORN, Geoffrey (ed.). *In the Beginning was the Deed – Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton: Princeton University Press, 2005a. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400826735>
- WILLIAMS, Bernard. Realism and Moralism in Political Theory. In: WILLIAMS, Bernard; Hawthorn, Geoffrey (ed.). *In the Beginning was the Deed – Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton: Princeton University Press, 2005b. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400826735.1>
- WILLIAMS, Bernard. Pluralism, Community and Left Wittgensteinianism. In: WILLIAMS, Bernard; Hawthorn, Geoffrey (ed.). *In the Beginning was the Deed – Realism and Moralism in Political Argument*. Princeton: Princeton University Press, 2005c. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400826735.29>
- WILLIAMS, Bernard; MOORE, Adrian (ed.). *Philosophy as a Humanistic Discipline*. Princeton: Princeton University Press, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1515/9781400827091>
- WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Routledge, 2011. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203828281>
- WINCH, Peter. Understanding a Primitive Society. In: WINCH, Peter. *Ethics and Action*. London: Routledge & Kegan Paul, 1972a.
- WINCH, Peter. Nature and Convention. In: WINCH, Peter. *Ethics and Action*. London: Routledge & Kegan Paul, 1972b.

- WINCH, Peter. Human Nature. In: WINCH, Peter. *Ethics and Action*. London: Routledge & Kegan Paul, 1972c.
- WINCH, Peter. Certainty and Authority. *Royal Institute of Philosophy Supplement*, 28, pp. 223-237, 1990a. DOI: 10.1017/S1358246100005336
- WINCH, Peter. *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy 2nd Edition*. London: Routledge, 1990b.
- WINCH, Peter. How is Political Authority Possible? *Philosophical Investigations*, 25:1 January, 2002.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigations, 4th ed.* Editado por P. M. S. Hacker e Joachim Schulte. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.
- WOLFF, Robert Paul. *In Defense of Anarchism*. Berkeley: University of California Press, 1998.

Recebido em 08 de março de 2020.

Aprovado em 11 de novembro de 2020.

A (in)eficácia da alocação orçamentária no sistema prisional: consequências materiais e humanas

The (un)efficiency of budget allocation in the prison system: material and human consequences

Dani Rudnicki*

Universidade La Salle, Canoas – RS, Brasil

Ana Paula Motta Costa**

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

Daniella Bitencourt***

Universidade La Salle, Canoas – RS, Brasil

1. Introdução

A ideia de orçamento público é associada a números, estatísticas, matemática, economia, receitas e despesas dos Estados, porém, dificilmente a vinculamos ao sistema prisional. Aliás, a combinação prisão e orçamento público causa estranheza na maioria das pessoas. Por outro lado, não é exagero dizer que um dos pilares do sistema prisional é o orçamento pú-

* Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do PPG Direito da Universidade La Salle/Canoas. E-mail: danirud@hotmail.com.

** Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS e Doutora em Direito pela PUC/RS, tendo realizado estágio doutoral na Universidade Pablo de Olavide, na Espanha. Pós-doutora em Criminologia e Justiça Juvenil junto ao Center for the Study of Law and Society (Berkeley Law) da Universidade da Califórnia. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde compõe o Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDir). E-mail: anapaulamottacosta@gmail.com.

*** Mestre em Direitos Humanos, Estado de Direito, Constitucionalismo e Direito Financeiro pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Professora conteudista freelancer na Universidade La Salle/RS. E-mail: daniellabitencourt4@gmail.com.

blico; prisão e orçamento público são indissociáveis. Todo o aparato que envolve os presídios, casas de detenção, funcionários, armas, alimentos, entre outros, dependem de dispêndio econômico por parte do Estado e isto significa orçamento.

Assim, um estudo nesse sentido, que envolve o debate entre Estado/políticas públicas e direitos fundamentais (também denominados de direitos humanos em âmbito internacional)/orçamento público possui enorme importância para boas práticas penais, pois, investimentos eficientes pressupõem a percepção das deficiências que se pretende sanar. Por exemplo, apenas um pequeno percentual dos Estados que receberam valores do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) investiram conforme o destinado. Os demais, devido, principalmente, a uma ausência de planejamento, devolveram valores à União (gestora do fundo), de acordo com o que determina a legislação.

A propósito, consoante será visto em detalhe ao analisar-se o Relatório do Banco Mundial¹, afirma-se que a eficiência dos gastos públicos está intimamente ligada à qualidade da alocação orçamentária, uma institucionalização regular e rigorosa de monitoramento e avaliação das políticas públicas.

Logo, a problemática do sistema orçamentário carcerário brasileiro é de extrema complexidade e sua resolução demanda uma abordagem interdisciplinar, principalmente a comunicação entre Direito Financeiro e políticas criminais com vistas ao aprimoramento da qualidade dos escassos recursos destinados à melhoria e manutenção do sistema. Aliás, “a priorização alocativa revela-se como necessidade de fato, atendida e processada, como via democrática e de controle republicano, por meio de orçamentos públicos definidos em lei”².

Para analisar tais questões, este artigo envolve uma investigação acerca do orçamento público e do sistema prisional. Trata-se de uma pesquisa qualitativa com a utilização do método dedutivo, com caráter descritivo e exploratório. Utiliza, para tanto, a análise documental de índices apresentados pelo governo em âmbito nacional.

Na primeira parte do trabalho são estabelecidos os principais conceitos de orçamento público e sua sistemática, base teórica fundamental para o en-

1 BANCO MUNDIAL, 2017.

2 PINTO, 2015, p. 21.

tendimento do artigo. Em um segundo momento, especifica-se a evolução histórica do orçamento público nas políticas públicas penais, comparando o orçamento da União e Estados com o número de presos³. Deste modo, elabora-se uma tabela objetiva com propósito de viabilizar uma melhor visualização dos custos do sistema prisional. Utilizando-se de forma exemplificativa os Estados de São Paulo e Minas Gerais (orçamento de 2016). Por fim, após os dados postos, busca-se elaborar uma reflexão sobre o orçamento e o sistema prisional, com foco na sustentabilidade orçamentária.

Deve-se desde já destacar a dificuldade de obter dados financeiros sobre o sistema prisional, inclusive em relação aos Estados citados como exemplos.

2. Orçamento público

Os orçamentos públicos, no Brasil, possuem forma e conteúdo de lei cujo propósito maior é estabelecer as receitas e despesas de modo a definir o direcionamento dos valores arrecadados pelo Estado. O conceito de orçamento é “o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza o Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do País”⁴. Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 4.048, julgada em 17.02.2011, publicado em 21.02.2011 DJE n. 35. afirmou-se: “a lei orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição”⁵.

O orçamento público é matéria de extrema complexidade, dotado de conceitos, legislações, estrutura e dinâmicas próprios. Como se não bastassem estas características, seu conteúdo é multidisciplinar, envolve conceitos e práticas de direito bancário, comercial, econômico, tributário, político, sociológico e domínios dos seus princípios próprios, entre outros⁶:

Portanto, o orçamento é o produto de um processo deliberativo democrático complexo em que os Poderes Executivo e Legislativo analisam as prioridades

3 DEPEN, 2016.

4 BALEEIRO, 2004, p. 411.

5 BRASIL, 2008, p. 92.

6 GIACOMINI, 2009, p. 201.

públicas e as receitas e decidem o quanto investir em cada área, nos limites dos valores disponíveis e das leis vigentes. [...] a efetivação de qualquer direito traz alguma repercussão financeira e realizá-los depende do direcionamento das finanças públicas, o que por sua vez, depende de decisões políticas dos Poderes Legislativo e Executivo”. Nada obstante certa liberdade de conformação deferida às decisões políticas, os poderes políticos não podem agir de forma totalmente discricionária no momento do planejamento orçamentário, muito pelo contrário, devem focar em uma gestão eficiente direcionada à efetivação dos Direitos Fundamentais, cuja hierarquia de valores já foi previamente posta na Constituição Federal⁷.

Assim, o orçamento público é dividido em três etapas, previstas no artigo 165 da Constituição Federal. A primeira é o denominado Plano Plurianual (PPA); a segunda é a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a terceira é a Lei Orçamentária Anual (LOA)⁸.

O PPA contempla, além dos investimentos, também todas as despesas e está previsto no parágrafo 1º do artigo 165 da Constituição Federal. Sua função é estabelecer diretrizes, objetivos e metas para que a administração melhor visualize e direcione os programas de despesas, nesta fase não há grande preocupação com valores em si. Cabe ao Ministério do Orçamento e Gestão (MOG) a tarefa da análise e realização do PPA.

O PPA é o alicerce para administração dos programas do governo, os resultados serão utilizados para que os órgãos da administração possuam um direcionamento e base para a elaborar a LDO e a LOA. Não obstante, o PPA foi transformado em um diploma de intenções, cujas metas são grandiosas e inviáveis⁹.

A LDO e a LOA traduzem em valores e empreendimento específicos, as opções de alocação das verbas públicas de acordo com o firmado no Plano PPA. A LDO prevê regras de contingência e a Lei Orçamentária deveria prever, no mínimo, 2% da receita líquida da União para esta finalidade; porém, na realidade, o percentual torna-se 1% e a diferença financia as emendas parlamentares¹⁰. O contingenciamento “na prática, é o ‘congelamento

7 ÁVILA; BITENCOURT, 2017, p. 21.

8 CALIL, 2017, p. 30.

9 MENDONÇA, 2010, p. 18.

10 MENDONÇA, 2010, p. 19.

mento' de verbas efetuado no início do ano e os recursos serem liberados a conta-gotas, quando, e se, o Governo desejar"¹¹.

Os valores que ingressam para os cofres do Estado possuem destinação, todavia, quando uma destinação é simplesmente ignorada, aquela fatia fica paralisada. A arrecadação se concretiza, mas o Presidente não libera a verba para o destino previsto na LOA e tampouco realoca-a, trata-se de um limbo no qual permanece parte da receita pública, é a faculdade reconhecida ao poder público de não fazer nada¹². Desse modo, uma programação orçamentária pode ser mantida como aprovada e não ser efetivada.

Um dos maiores inconvenientes depois do contingenciamento dos valores é que somente algumas autoridades privilegiadas do Executivo terão ciência do que realmente restou da Lei aprovada, não existe diálogo sobre o novo planejamento orçamentário realizado por meio de decreto do Executivo¹³. Em termos gerais, os Estados e Municípios recebem valores da União para investir em segurança conforme discricionariedade administrativa e somam aos rendimentos arrecadados a título de impostos, multas e receitas decorrentes dos aluguéis de imóveis de sua propriedade, compondo um caixa único. "Receita Pública é a captação de dinheiro pelo Estado, em caráter definitivo, que aumenta o seu patrimônio"¹⁴. Diante desses valores, o Executivo elabora o orçamento público visando desempenhar as políticas públicas que entende prioritárias (com apoio de pareceres técnicos) e sujeito à aprovação e alterações pelo Poder Legislativo.

Com exceção de quantias vinculadas constitucionalmente e fundos, as demais verbas não possuem caráter vinculativo, trata-se de uma autorização inicial para gastos¹⁵. As escolhas orçamentárias são realizadas diante de critérios de oportunidade e conveniência da administração pública, de modo a estabelecer uma maior flexibilidade no delineamento das políticas públicas. Contudo, os atos não são totalmente discricionários uma vez que existe a limitação legal de cunho obrigatório que deve ser respeitada sob pena de tornar o ato nulo que, formalmente, pareça em perfeita ordem¹⁶.

11 HORVARTH, 2017, p. 1003.

12 MENDONÇA, 2010, p. 79.

13 GONTIJO, 2010, p. 69.

14 MENDONÇA, 2010, p. 10.

15 MANUAL TÉCNICO DO ORÇAMENTO FEDERAL, 2018.

16 FREITAS, 2004, pp. 226-227.

Assim, no orçamento da União de 2017 foram previstos para a rubrica habitação o valor de R\$ 522.891.818 milhões, mas despenderam-se efetivamente R\$ 27.602.773 milhões¹⁷. Segundo o raciocínio de Freitas, como de muitos outros doutrinadores, essa inércia na aplicação do restante previsto no orçamento prognosticado seria nula, passível de revisão jurisdicional.

Neste particular, esclarece-se que “a autorização para que se efetive a despesa não significa o dever do administrador de levá-la a efeito, este pode perfeitamente considerar não oportuna a sua realização”¹⁸. Nada obstante, entende que esta discricionariedade não oportuniza liberdades de escolhas fora dos limites da lei e “o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal”¹⁹.

A Emenda Constitucional 86/2015²⁰, também denominada de Emenda do Orçamento Impositivo, cujo propósito era tornar o orçamento vinculado, acabou por transformar-se em orçamento das emendas parlamentares, pois cinge a obrigatoriedade de execução orçamentária apenas aos conteúdos dessas emendas. “Abre margem ao mau gestor para a realização de práticas no campo da discricionariedade administrativa que vão de encontro aos reais objetivos orçamentários”²¹. Portanto, a Emenda 86/2015 acabou por não subordinar o orçamento e, ao contrário, favorece a sua utilização como “moeda” de troca política.

Conclui-se que o orçamento é uma ferramenta para o arranjo dos recursos públicos entre as diferentes opções de gastos e investimentos. As atividades dos poderes políticos envolvem o emprego dos recursos para a manutenção da estrutura do Estado e para a realização dos objetivos a que se dispõe, todos direcionados e determinados pela Constituição de 1988.

3. Sistema Prisional

A União tardiamente começou a adotar medidas em relação à segurança pública de modo a direcionar valores e esforços para a melhoria do sistema²².

17 FGV- DAPP, 2018.

18 LEITE, 2011, p. 81.

19 MELLO, 2000, p. 15.

20 BRASIL, 2015.

21 OLIVEIRA; FERREIRA, 2017, p. 209.

22 BUENO, 2017, pp. 65-66.

O marco pode ser considerado a criação da Secretaria de Planejamento de Ações Nacionais de Segurança Pública em 1997, atual Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp).

A partir de 2000, foi preparado o primeiro Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), indicativo de uma participação maior da União em relação ao sistema penal, porém nenhum tipo de vinculação orçamentário específico²³. Importa referir que entre 2002 e 2015, o auge dos recursos do fundo se dá em 2007, com R\$ 1,3 bilhões disponíveis, e a redução nos anos subsequentes até 2010 acontece em função da implementação do Pronasci, cujo orçamento não estava alocado no fundo. Nada obstante, a partir de 2011, o orçamento do Governo Federal nesta área retornou ao patamar atingido em 2008 e 2009, e, no ano de 2015, foram gastos R\$ 9 bilhões²⁴.

Em 2011, foi criado o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional (PNASP), pelo Departamento Penitenciário (DEPEN), do Ministério da Justiça. Segundo relatório de avaliação do programa n. 67 de 2017²⁵, a União repassou para os Estados o valor de R\$ 1,19 bilhões, cujo objetivo era a criação de 45.730 mil vagas no sistema prisional. Importante destacar que o recurso mencionado somente seria liberado após a medição da evolução da obra pela Caixa Econômica Federal. Todavia, de acordo com a CGU, em levantamento realizado junto aos Estados, verificou-se,

o Estado de São Paulo, que responde por aproximadamente 18% das vagas do PNASP, com 8.448 das 45.730, as obras estão avançando. Da mesma forma, no Distrito Federal, 800 das 4.000 vagas foram entregues, e as outras 3.200 são de uma mesma obra, que avançou 40% no último ano. Por outro lado, no Paraná, cuja meta é a geração de 6.670 vagas, 19 das 20 obras estão paralisadas, a maioria com menos de 1% de execução. Em Minas Gerais, onde se propôs gerar 5.668 vagas, 3 das 15 obras foram canceladas, 8 estão paralisadas com baixíssima execução e apenas 4 obras, que respondem por 1.128 vagas estão avançando, porém, verificou-se que o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional não tem atingido as metas propostas dentro dos prazos esperados. Até dezembro de 2016 o PNASP gerou apenas 1.190 vagas, sendo diversas as causas que contribuíram para esse resultado²⁶.

23 KOPPITKE, 2017, p. 54.

24 BUENO, 2017, p. 63 e pp. 65-66.

25 RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DE EXECUÇÃO DO PNASP n. 67, 2017, pp. 71-73.

26 RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DE EXECUÇÃO DO PNASP n. 67, 2017, pp. 71-73.

Em síntese, apesar de constar a liberação do valor de R\$ 1.20 bilhões pela União aos Estados através do PNASP, para a criação de novas vagas nas penitenciárias, a maior parte destes valores encontra-se bloqueado, porquanto somente são liberados mediante a comprovação da evolução das obras e a maioria dos projetos está com os programas atrasados.

Destaca-se que o Estudo do PNASP exige uma investigação própria em virtude da sua complexidade diante da realidade carcerária de cada Estado. Aliás, o orçamento do sistema prisional é intrincado devido, também, aos programas esparsos, cujos valores são repassados pela União, mas, ficam retidos mediante critérios estabelecido a cada contrato. O Relatório da CGU n. 67²⁷ concluiu: “na última etapa, focada na eficácia da política pública, verificou-se que o PNASP não tem atingido as metas propostas dentro dos prazos esperados”.

Em suma, ao longo dos anos de 2001, 2003, 2007 e 2016, foram lançados quatro PNSP's, todavia nenhum criou estruturas institucionais permanentes para a execução dos seus objetivos ou conseguiu produzir impactos duradouros na redução de homicídios²⁸.

Importa também analisar o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). Criado em 1994, através da Lei Complementar 79²⁹, este fundo especial (pois é um instrumento de gestão financeira criado pelo Estado com fim determinado) é mantido por custas judiciais recolhidas em favor da União, arrecadação de loterias e recursos provenientes da alienação de bens confiscados e possui o escopo de arrecadar recursos e aplicá-los na modernização e melhoramento dos sistemas prisionais³⁰. Não era, entretanto, utilizado.

Em 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, na qual denunciou os desvios das verbas depositadas no FUNPEN e a degradante situação dos apenados em afronta direta aos seus direitos fundamentais, em desconformidade com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (diplomas ratificados pelo Brasil).

27 RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DE EXECUÇÃO DO PNASP n. 67, 2017, p. 67.

28 KOPITTKKE, 2017, p. 54.

29 BRASIL, 1994.

30 DUARTE; DUARTE NETO, 2017, p. 569.

Em resumo, o FUNPEN, criado para melhorias dos sistemas prisionais, estava sendo desviado, na maior parte, para o pagamento da dívida pública, e o sistema carcerário deteriorando-se. Para tanto, foi intimada a União e os Estados com o objetivo de ver reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário do país. Logo, o PSOL solicitou providências estruturais “em face a lesões a preceitos fundamentais dos presos”, uma vez que os governos, por atos omissivos ou comissivos, tanto administrativos, quanto normativos e judiciais eram os culpados pela degradação do sistema prisional, bem como pela violação aos direitos fundamentais. A cautelar foi julgada parcialmente procedente e, dentre outras medidas, foi determinado a liberação dos valores depositados no Fundo Penitenciário Nacional. Assim, em 2016, os valores começaram a ser remetidos aos Estados.

Segundo Acórdão do Tribunal de Contas da União n. 003.673/2017-0, 25 unidades da Federação inscreveram-se e estavam aptas a receber valores depositados no FUNPEN (Portaria MJ 1.414/2016). A maioria dos termos de adesão foi firmada entre 26 e 28 de dezembro de 2016, enquanto estava em vigor a Medida Provisória 755/2016. Somente a Bahia e Ceará não apresentaram, os requisitos para habilitação, mas em seguida criaram seus fundos penitenciários, por meio das Leis Estaduais 13.714/2017 e 16.200/2017.

O Ministério Público Federal do Mato Grosso do Sul³¹, aponta que foram contingenciados os seguintes percentuais do Fundo da União ao longo dos anos: 51,3% em 1995; 66,0% em 1996; 51,4% em 1997; d) 58,6% em 1998; 75,4% em 1999; 29,2% em 2000; 8,0% em 2001; 57,0% em 2002; 43,8% em 2003; 12,1% em 2004; 29,3% em 2005; e 16,7% em 2006; em 2007, apesar de não terem sido repassados 53,3%, não houve aproveitamento dos valores, pela União, para outros fins, isto é, os valores restaram parados em uma conta. Também aponta que 60,56% em 2008; 53,75% em 2009; e 64,23% em 2010.

Conforme dados da Organização Contas Abertas, entre 2001 e 2017, cerca de R\$ 9,8 bilhões terminaram autorizados investimentos em presídios, apesar disso, somente R\$ 4,9 bilhões, isto é, metade da previsão, foram efetivamente aplicados na área³².

31 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL, 2011, p. 4.

32 CONTAS ABERTAS AGÊNCIA, 2018.

Logo, sob o fundamento de vetar o contingenciamento realizado pela União dos valores depositados no FUNPEN, foram editadas as Medidas Provisórias n. 755/2016 e n. 781/2017, transformadas *a posteriori* na Lei n. 13.500/2017. Ressalta-se que os valores depositados no FUNPEN, ainda que destinados aos Estados e Municípios, permanecem sob a gestão da União. Logo, os valores repassados e não gastos pelos Estados retornam aos cofres de origem, conforme dispõe o artigo 3ºA, inciso VI, parágrafo 4º, da Lei 13.500/2017³³ (a não utilização dos recursos transferidos, nos prazos definidos em ato do Ministro do Estado da Justiça e Segurança Pública, obrigará o ente federativo à devolução do saldo remanescente devidamente atualizado)³⁴.

O Tribunal de Contas da União (Acórdão n. TC 003.673/2017-0) informou a liberação ao sistema prisional brasileiro (a partir do segundo semestre de 2016) de R\$ 1,11 bilhões, distribuídos equitativamente (R\$ 44.784.444,44) para as unidades da Federação.

Segundo o Ministério da Justiça, os Estados executaram apenas 4% do total dos valores repassados. Neste cálculo, foram considerados os recursos aplicados, aqueles já iniciados ou com serviços prestados e as etapas de obras concluídas. A justificativa maior para o não aproveitamento da verba é a falta de delineamento das prioridades.

Nesse mesmo sentido, o Relatório do DEPEN de 2016, apontou uma redução em relação ao número de contratos celebrados em comparação ao ano anterior. Isso porque, com a edição da Medida Provisória n.º 755/2016, que alterou a Lei Complementar n.º 79/1994 (Lei de Criação do Fundo Penitenciário Nacional), regulamentada pela Portaria Ministerial n.º 1.414/2016-MJC, ocorreram mudanças na forma de descentralização dos recursos do FUNPEN, dando-se prioridade às transferências obrigatórias, “sendo repassado aos Estados devidamente habilitados (leia-se, com projetos apropriados) no final do aludido exercício, o somatório de R\$ 1.119.611.111,00 (um bilhão, cento e dezenove milhões, seiscentos e onze mil, cento e onze reais)”³⁵.

Relatório do Ministério Público, ainda que o contexto não se refira ao FUNPEN de 2016, mas a período anterior, menciona,

33 BRASIL, 2017

34 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2018.

35 RELATÓRIO DEPEN, 2017, p. 98.

algumas unidades da federação devolveram verbas recebidas do DEPEN para construção ou reforma de estabelecimentos prisionais, dentre as quais o RN, de forma especialmente destoante da realidade a que submetida a população carcerária. Foi registrado que diante de um cenário tão calamitoso, é incompreensível que tais Estados tenham simplesmente abdicado dos recursos federais para melhoria das condições de vida em seus presídios³⁶.

Por consequência, mesmo quando os valores depositados a título de FUNPEN eram liberados, os Estados não conseguiam investir (na totalidade), os poucos valores no sistema penitenciário, por motivos diversos, porém todos injustificáveis, diante do “estado inconstitucional” do sistema carcerário. O “Estado [...] se orienta, no plano da legitimação [...] à funcionalização de todos os seus poderes a serviço da garantia dos direitos fundamentais do cidadão, o que se dá pela incorporação da Constituição, dos deveres públicos”³⁷.

Não há nenhum fundamento para existência de uma ordem tributária, orçamentária, econômica e financeira se tais instrumentos não reverterem à construção de uma sociedade melhor. Todo o sistema deve ter (e ser direcionado a) uma função social, ressalte-se que a Constituição de um Estado Social é o documento econômico (no sentido regulatório) de um Estado capitalista que procedeu a alterações para sua continuidade. Segue o autor esclarecendo: “a adoção desse modelo econômico está presente na adoção dos direitos fundamentais à propriedade privada e à livre iniciativa, conquanto, com notas sociais anteriores, que se referiam à ‘ordem econômica e social’”³⁸.

Segundo Torres “se o Estado deixar de garantir os direitos fundamentais, ainda que a pretexto da inexistência de verbas orçamentárias, fica sujeito ao controle jurisdicional e pode ser obrigado [...] a providenciar a dotação orçamentário para o ano seguinte”³⁹.

Por outro lado, no que se refere ao sistema prisional, nos últimos 20 anos, o Brasil tornou-se campeão mundial de crescimento populacional prisional e, concomitantemente, campeão mundial de crescimento da taxa

36 MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016, p. 28.

37 FLACH, 2000, p. 20.

38 MENDONÇA, 2010, p. 15.

39 TORRES, 2000, p. 177.

de crimes⁴⁰. O diretor geral do DEPEN do Ministério da Justiça informa que a população carcerária brasileira teve aumento de “575% entre 1990 e 2014 sem que isso refletisse na redução da criminalidade. O aumento foi de 90 mil presos para 607 mil, entre 2001 e 2014, a taxa de homicídios dolosos, por cem mil habitantes, subiu de 18,68 para 34,91”⁴¹. O Relatório de Conjuntura 4 ratifica:

Apesar de ter uma população equivalente a 3% da população mundial, o Brasil concentra cerca de 14% dos homicídios do mundo. Segundo as estatísticas harmonizadas mais recentes do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes (UNODC), o Brasil encontra-se entre os 10% de países com taxas de homicídio mais altas do mundo. As taxas brasileiras são semelhantes às de Ruanda, República Dominicana, África do Sul e República Democrática do Congo. Mesmo considerando-se somente os países das Américas, que já tem a maior taxa de homicídios no mundo, o Brasil encontra-se no terço superior dos países⁴².

Contudo, nos moldes das informações disponíveis no portal do Grupo de Estudos Carcerários da USP (GECAP) o “custo da prisionalização” é caro em todo o mundo e nos países pouco desenvolvidos ou em desenvolvimento, cujos valores orçamentários são normalmente direcionados para áreas que envolvam desenvolvimento econômico e, setores prioritários, como educação e saúde, o custo é maior⁴³. Os valores desses gastos são pouco conhecidos no Brasil e intensamente variáveis, decorrência direta das diferenças sociais e econômicas entre os entes federativos e os sistemas previdenciários que implantam.

Segundo o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário Brasileiro finalizada em 2017, o cumprimento orçamentário pelos Estados com o sistema prisional (retirando-se os gastos com os funcionários), foi de R\$ 4,5 bilhões ano. No mesmo documento consta que “se for somado o custeio de pessoal, o montante anual ultrapassaria R\$ 12 bilhões (em 2013)”. Também foi destacado que, “para cada presídio construído, em dois, três ou, no máximo, quatro anos, gasta-se o

40 GOMES, 2017, p. 68.

41 VITTO, 2016.

42 RELATÓRIO DE CONJUNTURA N. 4, 2018, p. 13.

43 GECAP, 2012.

equivalente ao valor da obra em custeio para esse presídio, em termos de serviços e pessoal”⁴⁴. Falta orçamento para manutenção do sistema prisional, “o Brasil gasta hoje de R\$ 12 bilhões a R\$ 15 bilhões, em média”, não há condições financeiras para a manutenção do sistema⁴⁵.

Com o intento de certificar, em números, o acima relatado, acessa-se o portal da transparência da União para averiguar o quanto foi pago ao sistema prisional em 2016 e, logo, descobre-se que a clareza não corresponde ao nome do portal. São necessários conhecimentos contábeis (sobre despesas, receitas, convênios, empenho, liquidação, execução, pagamento, entre outros), e políticos – compreensão das funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, Ministérios e suas subfunções para entendê-lo.

Assim, com o fito de definir o quanto a União e seus dois maiores Estados em termos de população prisional destinaram ao sistema, analisa-se as suas respectivas Leis Orçamentárias de 2016. Neste sentido, diante da não uniformidade dos documentos, utiliza-se do envio de e-mails aos departamentos competentes para ratificar as informações.

O Ministério da Justiça, em resposta a e-mail enviado em 27 de março de 2018, autuado sob o protocolo n. 08850001525201809, questionando sobre o quanto a União havia direcionado para o sistema prisional refere,

Em resposta ao Pedido de acesso à informação (6098189) informo que o valor total destinado à justiça, cidadania e segurança pública no orçamento de 2016 foi de R\$ 2.030.720.991 e no orçamento de 2017 foi de R\$ 2.739.844.773. O total destinado ao FUNPEN em 2016 foi de R\$ 682.180.154 e em 2017 foi de R\$ 690.920.082.

São Paulo confirmou o valor previsto na LOA/2016 e Minas Gerais, acredita-se que não tenha entendido o questionamento, uma vez que envia (em resposta) referência a uma Emenda Parlamentar (n. 378, inciso 124), com previsão de R\$ 150 mil para investimentos no sistema carcerário. Entretanto, no portal do planejamento orçamentário do Estado, em consulta a Lei do Orçamento, constam valores diversos tais como: “reforma da cadeia pública de Machado R\$ 380.000; reforma da cadeia pública Elói Mendes R\$ 355.000; reforma da cadeia de Albertina R\$ 195.000”⁴⁶.

44 MAIA, 2017, pp. 63-64.

45 VITTO, 2016.

46 BRASIL, LOA/SP, 2016, p. 121.

Com intento de melhor esclarecer a questão, em 05 de julho de 2018, reenvia-se e-mail para Assembleia Legislativa de Minas Gerais, a resposta agora foi “[...] não temos acesso a informações mais detalhadas sobre a execução orçamentária, sugerimos que você tente levantar mais informações no portal da transparência do governo estadual [...]”. Em 17 de julho, conforme orientação, solicita-se as informações ao serviço de atendimento ao cidadão (SAC) do portal da transparência do Estado de Minas Gerais que responde:

[...] caso necessite de informações complementares não disponibilizada no Portal da Transparência, você poderá solicitá-la através do Serviço eletrônico de Informação ao Cidadão – e-SIC, por meio do endereço eletrônico <http://www.transparencia.mg.gov.br/acessoainformacao>” [...].

Assim, resta patente a burocracia para o acesso aos orçamentos e a definição dos valores investidos no sistema penitenciário, os indicadores são de difícil acesso e duvidoso conteúdo. Apesar de “o aumento da eficiência das políticas de segurança pública dependerem do estabelecimento de uma política de segurança baseada em evidências [...], sobre quais tipos de intervenções funcionam”⁴⁷, a contradição do sistema é visível.

É árduo e complexo ter acesso aos gastos efetivos no sistema prisional de cada Estado, bem como o valor transferido da União para os Estados e o que estes, de fato, empregaram. O Relatório de Conjuntura 4 valida: “os custos históricos despendidos com encarceramento no Brasil são de problemática estimação, porquanto os dados de despesas estaduais são de difícil acesso [...]”⁴⁸. Os poucos dados disponíveis não são confiáveis, uma vez que nem todos os Estados discriminam todas as suas subfunções, por isso para uma medição é necessário se utilizar de uma metodologia de estimação⁴⁹.

O próprio Tribunal de Contas da União (Acórdão n. TC 003.673/2017-0), quando da realização de auditoria, afirma a complexidade de acesso aos dados monetários dos Estados com os sistemas prisionais.

47 RELATÓRIO DE CONJUNTURA N. 4, 2018, p.11.

48 RELATÓRIO DE CONJUNTURA 4, 2018, p. 26.

49 A metodologia utilizada para o cálculo do custo prisional, conforme consta na nota de rodapé n. 18 da p. 64 foram os dados dos relatórios orçamentários do DEPEN de 2014.

Desse modo, para aferir-se um número aproximado de custo (valor que deveria ser gasto) referente a expensas dos Estados com o sistema prisional, realiza-se um levantamento do número de presos em cada Estado e multiplica-se pelo custo de cada preso. Conforme ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) “um preso custa, em média, R\$ 3 mil por mês ao Estado [...]”⁵⁰.

Assim, utilizando o Relatório do DEPEN sobre a população carcerária em cada Estado, estima-se o gasto mensal de cada unidade da federação⁵¹.

| CAPITAIS DO PAÍS | NÚMERO DE PRESOS RELATÓRIO DEPEN/2016 | CUSTO MÉDIO MENSAL POR PRESO ESTIMADO EM R\$ 3.000,00 |
|------------------|---------------------------------------|---|
| AC | 5.364 | R\$16.092.000,00 |
| AL | 6.957 | R\$20.871.000,00 |
| AM | 11.390 | R\$34.170.000,00 |
| AP | 2.680 | R\$8.040.000,00 |
| BA | 15.294 | R\$45.882.000,00 |
| CE | 34.566 | R\$103.698.000,00 |
| DF | 15.194 | R\$45.582.000,00 |
| ES | 19.413 | R\$58.239.000,00 |
| GO | 16.917 | R\$50.751.000,00 |
| MA | 8.835 | R\$26.505.000,00 |
| MG | 68.354 | R\$205.062.000,00 |
| MS | 18.688 | R\$56.064.000,00 |
| MT | 10.362 | R\$31.086.000,00 |
| PA | 14.212 | R\$42.636.000,00 |
| PB | 11.377 | R\$34.131.000,00 |
| PE | 34.556 | R\$103.698.000,00 |
| PI | 4.032 | R\$12.096.000,00 |
| PR | 51.700 | R\$155.100.000,00 |
| RJ | 50.219 | R\$150.657.000,00 |
| RN | 8.809 | R\$26.427.000,00 |
| RO | 10.832 | R\$32.496.000,00 |

50 LEWANDOWSKI, 2016, p. 44.

51 RELATÓRIO DEPEN, 2016.

| | | |
|---------------------|----------------|----------------------------|
| RR | 2.339 | R\$7.017.000,00 |
| RS | 33.868 | R\$101.604.000,00 |
| SC | 21.472 | R\$64.416.000,00 |
| SE | 5.316 | R\$15.948.000,00 |
| SP | 240.061 | R\$720.183.000,00 |
| TO | 3.468 | R\$10.404.000,00 |
| TOTAL MENSAL | 726.275 | R\$2.178.825.000,00 |

Fonte: Elaborado pelos autores.

Considerando o total de presos no país, seria necessário, para custear o sistema, em 2016, o valor de R\$ 26 bilhões anos (a CPI de 2017 aponta o valor de R\$ 15 bilhões ano). Entretanto, o Ministério da Justiça afirma que, para a rubrica “justiça, segurança e cidadania”, foram previstos no orçamento de 2016 mais de R\$ 2 bilhões, informando que desse valor um pouco mais de R\$ 682 milhões referem-se ao FUNPEN.

Não obstante, segundo o relatório de gestão do exercício financeiro de 2016 do DEPEN, a título de FUNPEN, foi efetivamente pago um pouco mais de R\$ 1 bilhão⁵². Portanto, a incógnita⁵³ do quanto realmente foi destinado pela União às penitenciárias do país, em 2016, permanece.

Contudo, em quaisquer dos dois cenários o orçamento federal seria insuficiente, ainda que somado as verbas estaduais. Explica-se: parte do orçamento da União é destinada aos Estados para que estes, conjuntamente com as receitas que elegem, atrelem a um caixa único e invistam, tanto na segurança quanto no sistema penitenciário, à exceção dos Fundos cujo destino de investimento é obrigatório. Assim, em que pese o estudo ser direcionado ao orçamento da União, para entender-se a questão é importante à investigação que ora se propõe a análise dos orçamentos dos Estados. Elege-se para tanto, dois com maior número de presos do país (São Paulo e Minas Gerais).

No Estado de São Paulo, detentor da maior população prisional do país com 240.061 mil presos, o custo para a manutenção seria em torno de R\$ 8.6 bilhões/ano. Entretanto, conforme análise do orçamento prisio-

52 RELATÓRIO DEPEN, 2017, p. 124.

53 Os dados relativos ao sistema penitenciário não são totalmente confiáveis. Primeiramente porque o Sistema Nacional de Informações Penitenciárias – InfoPen tem um módulo de gestão separado do módulo estatístico, o que resulta em uma estatística sem lastro no próprio sistema (2017, p. 6).

nal do Estado, em 2016, foram direcionados R\$ 4,4 bilhões (informação validada por e-mail). Portanto, por ano, haveria um déficit de praticamente metade do valor, o que significa falta de manutenção do sistema e de assistência aos presos.

Em Minas Gerais, segunda maior população carcerária do país, com 68.354 pessoas presas, o custo anual para manutenção do sistema carcerário seria de R\$ 2.4 bilhões reais. Porém, a LOA de 2016 do Estado prevê o custeio aos presídios em separado. Tentou-se algumas vezes o acesso aos números mediante envio de e-mails a Assembleia Legislativa e ao Portal da Transparência. Nenhuma das tentativas obteve êxito para a constatação dos números que Minas Gerais realmente gastou com o sistema penitenciário em 2016. Desse modo, é possível afirmar que o orçamento do sistema penitenciário é obscuro, incompreensível, contraditório e insuficiente.

Logo os valores orçamentários insustentáveis percebidos para a manutenção do sistema prisional no país são a prova da sua total ineficiência para com todos os envolvidos. Atestam sua incapacidade de influenciar no campo da segurança pública para diminuir a violência ou sequer a prevenir (os números de homicídios só aumentam). Permitem que os presos, conforme já visto por meio da ADPF 347, vivam em uma completa situação de degradação humana e submetem os funcionários das penitenciárias a ambientes perigosos e insalubres. Ainda assim, de um modo geral, há quem apoie o sistema prisional e a construção de mais presídios. Trata-se de uma incongruência.

4. Conclusão

Conforme percebe-se nas linhas introdutórias, orçamento público refere-se à alocação de recursos públicos, realizado pelos poderes Executivo e Legislativo, discricionariamente (salvo as obrigatórias), entre as diversas políticas públicas que entendem prioritárias. Tais dispêndios deveriam orientar-se pelo determinado na Constituição Federal de 1988, na Legislação e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, com o fito de concretizar os direitos básicos das pessoas que vivem no Brasil.

Uma ação de política pública vigente de combate à criminalidade no país é o encarceramento. O Brasil é o país que, progressivamente, mais aprisiona no mundo. Porém, os índices demonstram que, nos últimos anos, a criminalidade progrediu. Apesar da inefetividade do encarcera-

mento, tanto pelo prisma da segurança quanto do orçamentário, há uma insistência no aprisionamento como solução para o enfrentamento da violência. Além disso, o encarceramento tem um custo alto, principalmente em países em desenvolvimento, cujas prioridades deveriam ser saúde, educação e economia⁵⁴.

Para ajudar os Estados a custearem este dispendioso sistema, foi instaurado, em 1994, o FUNPEN. Porém, desde sua criação, os valores nele depositados nunca foram transferidos integralmente para o fim a que se destina. Não é preciso malabarismo mental para concluir que aprisionamento crescente, sem investimentos proporcionais, acarretarão ainda maior piora do sistema.

Nesse sentido, em 2015, foi ajuizada, no STF a ADPF 347⁵⁵, cujo objetivo era demonstrar a completa ausência de dignidade humana vigente nos presídios pátrios e requerer a imediata transferência dos valores contidos no FUNPEN aos Estados e Municípios, proibindo qualquer contingenciamento pela União, gestora do fundo.

A ação foi julgada parcialmente procedente para declarar o “estado de coisas inconstitucional” vigente no sistema prisional, bem como determinar a liberação dos valores depositados no FUNPEN. Em 2016, R\$ 1,1 bilhões foram distribuídos equitativamente para todas as unidades da Federação, e criada a lei n. 13.500/2017, que veta o contingenciamento, pela União, dos valores depositados no Fundo.

Conforme cálculos realizados no âmbito desta pesquisa, a União, para a manutenção do sistema prisional (em 2016) deveria despender em torno de R\$ 26 bilhões/ano. Não obstante, constatou-se que foi previsto na LOA 2016 tão somente R\$ 682 milhões. Lembrando que o previsto no orçamento não significa, necessariamente, concretização ao final do exercício financeiro.

Para melhor compreensão do custo prisional *versus* investimentos estatais analisa-se ainda dois Estados com maior número de encarcerados (uma vez que a União repassa verbas aos Estados e estas somam-se valores próprios perfazendo um caixa único). Constata-se que São Paulo apresenta um *déficit* anual de praticamente metade do valor, isto é, por ano faltaria para o custeio do sistema em torno de 4 bilhões. Minas Gerais, apesar do

54 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016.

55 BRASIL, 2015.

envio de e-mail questionando os valores aplicados para o aporte do sistema prisional em 2016, não informa com exatidão.

Na tentativa de entender os gastos com o sistema prisional, depara-se com um emaranhado burocrático de sistemas, com rubricas contendo valores incompreensíveis e, por vezes, contraditórios e ininteligíveis. Ademais, identifica-se que valores enviados aos Estados, principalmente a título de FUNPEN, muitas vezes, não são utilizados na sua totalidade e terminam devolvidos à União.

Essa cultura de aprisionamento, que se alastra na sociedade, associada a gastos obscuros e insustentáveis do ponto de vista orçamentário, reforça a degradação humana dos apenados e dos funcionários que ali permanecem em constante situação de insalubridade e de perigo, reproduzindo um quadro de violência.

Conclui-se que, diante dos gastos públicos, a política de aprisionamento, além de ineficaz no combate à criminalidade, em termos orçamentários, é absolutamente insustentável e o *déficit* irrecuperável, considerando o binômio escassez acumulada e aumento do aprisionamento.

É preciso entender a origem dos problemas e refletir se as respostas estão coerentes com os resultados que se pretende. Resta claro que, orçamentariamente o sistema prisional é ineficaz e impraticável nos termos existentes, dado que o investimento não corresponde ao objetivo. O Estado, ao mesmo tempo que incentiva a reclusão, não repassa o mínimo de verbas necessárias à manutenção dos direitos fundamentais, portanto, não é surpresa a autofagia do sistema.

A resposta para a diminuição da criminalidade não é simples. E, caso houvesse um sistema de controle transparente e objetivo dos gastos atrelado a eficácia, poderia-se principiar a compreensão dos vícios desse sistema em decomposição.

Referências

ÁVILA, Ana Paula O.; BITENCOURT, Daniella. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle judicial do orçamento público e a proteção dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*. Brasília. V. 3, n. 1, p. 18 – 38, 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/1899>. Acesso em 24 nov. 2018.

- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à ciência das Finanças*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BANCO MUNDIAL. *Relatório Um Ajuste Justo - Análise da Eficiência e Equidade do Gasto Público no Brasil*, 21 novembro de 2017. Disponível em: <http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>. Acesso em 30 abr.2018.
- BRASIL. *Emenda Constitucional EC n. 86, de 17 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em 17 fev.2018.
- BRASIL. *Lei Complementar n. 79, de 7 de janeiro de 1994*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp79.htm. Acesso em 17 fev.2018.
- BRASIL. *Lei n. 13.500, de 26 de outubro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13500.htm. Acesso em 17 fev.2018.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal - STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.048*. Publicação ocorrida em: 23.05.2008, DJE n. 93. Julgado em 17.02.2011, publicado em 21.02.2011 DJE n. 35.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347*. Decisão publicada em 19 fev./2016 DJE 13/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em 5 fev.2018.
- BRASIL. *Lei n. 16.083, de 28 de dezembro de 2015, LOA/SP de 2016*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-16083-28.12.2015.pdf>. Acesso em 30 abr.2018.
- BRASIL. *Lei n. 21.971, de 18 de janeiro de 2016, LOA/MG de 2016*. Disponível em: www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=21971&comp=&ano=2016&texto=original. Acesso em 30 abr.2018
- BUENO, Samira. O Papel da União no Financiamento das Políticas de Segurança Pública. *Repositório do Conhecimento do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA)*. Brasília, p. 61-67, 2017. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8076/1/BAPI_n11_Papel.pdf. Acesso em 26 nov. 2018.
- CALIL, Vera. *Orçamento Público, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Informativo Rede Justiça Criminal. *Quais são os Números da Justiça Criminal no Brasil*. Número 8, Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em 30 dez.2017.
- CONTAS ABERTAS AGÊNCIA. *Governo fecha ano com R\$ 2,3 bilhões para presídios parados*. Brasília, 12 jan.2018. Disponível em: <http://www.agenciacontasabertas.com.br/noticia/governo-fecha-ano-com-r-23-bilhoes-para-presidios-parados>. Acesso em 14 jun.2018.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Ministério da Justiça e Segurança Pública*. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Jun. 2016. Brasília-DF. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 26 nov. 2018.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Ministério da Justiça*. *Relatório de Gestão do exercício de 2016*. Fundo Penitenciário Nacional e CEF/DEPEN, Brasília, Mar. 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/departamento-penitenciario-nacional/depen_2016-relatoriogestao-1.pdf. Acesso em: 30 abr.2018.
- DIRETORIA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Mosaico orçamentário*. Rio de Janeiro, atualizado em 8 de abr./2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/transparencia-orcamentaria/mosaico/>. Acesso em 24 abr.2018
- DUARTE, Julia Karolline Vieira e DUARTE, Julio Gomes Neto. O Fundo Penitenciário Nacional: a liberação dos recursos como garantia à dignidade da pessoa humana. *ENPEJUD Encontro de Pesquisas Jurídicas*. Alagoas, p. 568-578, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/danie/Desktop/VIOL%C3%8ANCIA%20E%20CRIMINALIDADE/FUNPEN%20DUARTE%20E%20NETO.pdf>. Acesso em 17 fev.2018.
- FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GIACOMINI, James. *Orçamento Público*. 14º Ed. Editora Atlas, São Paulo, 2009.

- GOMES, Geder Luiz Rocha. (MAIA, Rodrigo – Presidente). Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro. *Câmara dos Deputados: Brasília*, 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/danie/Desktop/VIOL%-C3%8ANCIA%20E%20CRIMINALIDADE/cpi_sistema_carcerario%202017.pdf](file:///C:/Users/danie/Desktop/VIOL%C3%8ANCIA%20E%20CRIMINALIDADE/cpi_sistema_carcerario%202017.pdf). Acesso em 18 fev.2018.
- GONTIJO, Vander. Orçamento impositivo, contingenciamento e transparência. *Cadernos Aslegis*. Brasília, n. 39, p. 61-72, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/11312>. Acesso em 24 abr.2018.
- Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo (GECAP USP)*. Custos da prisionalização - 7 informações básicas sobre encarceramento, 2012. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/noticias/44-custos-da-prisonalizacao-7-informacoes-basicas-sobre-encarceramento>. Acesso em 17 fev.2018.
- HORVATH, Estevão. Poder Executivo e o Orçamento Público. LEITE, George Salomão, STRECK, Lenio e NERY, Nelson Jr. (Coord.). *Crise dos Poderes da República, judiciário, legislativo e executivo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.
- JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (portal). Balanço Funpen 2017. *Governo Federal*, Brasília/DF, 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/governo-distribui-r-590-milhoes-para-estados/balanco_fupen17-1.pdf/view. Acesso em 20 fev.2018.
- JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (portal). Funpen origem, finalidade e números. *Governo Federal*, Brasília/DF, disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/funpen-origem>. Acesso em 17 fev.2018.
- KOPITKE, Alberto; A (IN)CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO GOVERNO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA. In: FIGUEIREDO, Isabel; et. al. *Atlas da Violência, Política Nacional de Segurança Pública Orientada para a Efetividade e o Papel da Secretaria Nacional de Segurança Pública*. Brasília, IPEA, 2017. Disponível em: http://ipea.gov.br/agencia/imagens/20170712_atlas-violencia2.pdf. Acesso em 2 out. 2018.
- LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. Audiência de Custódia. CNJ, Brasília, 2016, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em 19 fev.2018.

- MAIA, Rodrigo. Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro. *Câmara dos Deputados*, Brasília, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/danie/Desktop/VIOL%C3%8ANCIA%20E%20CRIMINALIDADE/cpi_sistema_carcerario%202017.pdf. Acesso em 18 fev.2018.
- MANUAL TÉCNICO DO ORÇAMENTO FEDERAL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. 4ª Ed. 162 p. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/informacoes-orcamentarias/arquivos/MTOs/mto_atual.pdf. Acesso em 30 abr.2018
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MINAS GERAIS. *Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais*. Solicitação de informações do quanto o Estado investiu no sistema prisional em 2016. Mensagem recebida pelo e-mail cac@almg.gov.br, em 4 abr.2018
- MINISTERIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Desburocratização e melhor aplicabilidade dos recursos do FUNPEN*. Brasília, 13 mar./20187. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/redacao/secretaria-trabalhou-na-desburocratizacao-e-melhor-aplicabilidade-dos-recursos-do-funpen>. Acesso em 5 fev.2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL. Procuradoria da República do Mato Grosso do Sul. *Ação Civil Pública*. ALMEIDA, Ramiro Rockenbach da Silva Matos Teixeira de. Procurador da República. Campo Grande/MS, 2011. Disponível em: http://www.prms.mpf.mp.br/servicos/sala-de-imprensa/arquivo/2011/ACP_Corrupcao_%20PenitenciariaFederal.pdf. Acesso em 20 fev.2018.
- MINISTÉRIO PÚBLICO. Visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016. *Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf. Acesso em 23 abr.2018.
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de e FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. *Sequência*. Florianópolis, n. 76, p. 183-212, ago. 2017, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00183.pdf>. Acesso em 12 out.2017.

- PINTO, Elida Graziane. Eficácia dos Direitos Sociais por Meio do Controle Judicial da Legalidade Orçamentária e da sua Adequada Execução. *Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, 2014. Disponível em: http://esmp.sp.gov.br/Eventos_Pontuais/Eventos_Material_Apoio/MA_ENCONTRO_Orcamento_ESMP_ELIDA_G_PINTO.pdf. Acesso em 18 fev.2018.
- RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DA EXECUÇÃO DE PROGRAMA DE GOVERNO Nº 67 Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional (PNASP). *Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle Secretaria Federal de Controle Interno (CGU)*, Brasília, 2017. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/9687.pdf>. Acesso em 1 mai.2018
- RELATÓRIO DE CONJUNTURA N. 4. Custos Econômicos da Criminalidade no Brasil. Brasília: *Imprensa Nacional*, 2018. Disponível em: http://www.secretariageral.gov.br/estrutura/secretaria_de_assuntos_estrategicos/publicacoes-e-analise/relatorios-de-conjuntura/custos_economicos_criminalidade_brasil.pdf. Acesso em 27 jun./2018.
- SÃO PAULO. *Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo*. Informações sobre os valores previstos para o sistema prisional em 2016. Mensagem recebida por e-mail pesquisajuridica@al.sp.gov.br em 23 abr./2018
- SISTEMA DE ACESSO A INFORMAÇÃO. *Controladoria Geral da União. Informações sobre os valores previstos para o sistema prisional em 2016*. Mensagem recebida por e-mail nao-responder.esic@cgu.gov.br em 16 abr./2018.
- TORRES, Ricardo Logo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V. *O Orçamento na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- VITTO, Renato Campos Pinto de. Palestra Política Nacional de Alternativas Penais, realizada no 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais (Fonape), promovido pelo *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Salvador/BA em fev./2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81755-encarceramento-nao-reduz-criminalidade-diz-diretor-geral-do-depen>. Acesso em 19 fev./2018.

Recebido em 03 de dezembro de 2018.

Aprovado em 06 de julho de 2020.

Constitucionalismo, direitos fundamentais e estado de direito na Índia contemporânea: análise da literatura constitucional indiana e suas variantes no contexto de uma jurisdição constitucional ativista¹

Constitutionalism, fundamental rights, and rule of law in contemporary India: analysis of the Indian constitutional scholarship and its variations in the context of an activist constitutional jurisdiction

Diva Julia Safe Coelho*

Universidade Federal de Goiás, Goiás – GO, Brasil

Saulo de Oliveira Pinto Coelho**

Universidade Federal de Goiás, Goiânia – GO, Brasil

Ricardo Martins Spindola Diniz***

University of Luxembourg, Luxemburgo

1. Introdução

O presente artigo relata pesquisa direcionada à compreensão das características do constitucionalismo indiano contemporâneo, quanto à sua relação

1 Artigo produzido com apoio financeiro do PPGDP-UFG por meio das instituições conveniadas.

* Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Goiás. Realizou Estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal de Uberlândia. Professora adjunta da Universidade Federal de Goiás, Regional Cidade de Goiás. E-mail: diva.julia@hotmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Estágio Pós-Doutoral na Universidade de Barcelona. Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. E-mail: saulopintocoelho@yahoo.com.br.

*** Doutorando em Direito pela University of Luxembourg. Mestre Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. E-mail: ricardo.ms.diniz@gmail.com.

com a ideia de estado de direito, de direitos humanos e fundamentais, bem como com sua própria cultura tradicional pregressa e os desafios atuais do modelo constitucional indiano para a efetivação de direitos.

Buscou-se compreender, a partir da própria literatura constitucional indiana, quais são as variáveis de abordagem dos problemas centrais que dominam o debate constitucional.

A República da Índia é considerada a segunda nação mais populosa do mundo e ocupa o sétimo maior território do mundo. Com uma riqueza cultural ímpar, e um recente crescimento e desenvolvimento econômico e tecnológico, a Índia ocupa o *status* de uma grande potência emergente. É nesse cenário que se buscou analisar as nuances do constitucionalismo indiano contemporâneo e verificar, desde uma perspectiva de confrontação entre discurso normativo e dos discursos intelectuais, o papel dos direitos humanos e fundamentais nessa nação. Para lograr a feitura desse intento, devemos esclarecer que se evitaram análises comparativas superficiais e, geralmente, equivocadas, no sentido de impor, a partir de uma pré-compreensão calcada na cultura jurídica brasileira, uma interpretação de outro sistema com tantas particularidades próprias como é o sistema jurídico indiano; buscou-se evitar fazer interpretações ocidentais da Índia, como preconiza Amartya Sen². Quer-se compreender a linguagem constitucional indiana, buscando dialogicamente apreendê-la, na medida em que a própria Índia oferta elementos e fatores para a seu entendimento.

Com efeito, não se poderia proceder a essa análise sem antes abordar alguns tópicos importantes sobre cultura, religião, tradição e costumes na formação da normatividade indiana. Afinal, uma das questões aqui propostas é analisar a importante relevância dos costumes e das tradições indianas e verificar até que ponto permeiam o debate constitucional atual, bem como preponderam, na prática cotidiana, em detrimento dos direitos institucionalmente normatizados. Trata-se de entender os problemas de inefetividade dos direitos na experiência constitucional indiana e para tal é preciso compreender a tensão entre cultura tradicional e constitucionalismo de base ocidental na Índia.

Ademais, como se verá, constatou-se que a linguagem intelectual do direito constitucional indiano se pauta numa centralidade, nas investigações e debates acadêmicos, da Suprema Corte da Índia e de sua prática, re-

2 SEN, 2007.

sultado, dentre outros motivos, da postura ativista adotada pela Corte em função do contexto e existências de uma constituição de 1950, num modelo de *common law*, a perdurar no tempo, num país marcado por desigualdades sociais. Para o mapeamento dessa discussão, recorreu-se à análise de uma diversificada amostragem da produção jurídico-acadêmica indiana. Da amostragem construída acerca da literatura constitucionalista indiana, concluiu-se que essa tendência de enfoque se desdobra em diferentes abordagens, que transitam entre posturas laudatórias e posturas críticas, com respeito à centralidade da construção judicial das bases de proteção e promoção dos direitos no Estado constitucional indiano contemporâneo e dos problemas daí decorrentes.

Por se tratar, a partir do conhecimento dos autores, do primeiro artigo em português dedicado a cartografar a autocompreensão subjacente e operativa da linguagem intelectual do direito constitucional indiano, a motivação ou fundamento para esse esforço investigativo se encontra na noção de diferencialismo, desenvolvida por Pierre Legrand. Tal noção traduz algo que deveria engendrar, na verdade, qualquer intento comparativo. Assumindo que toda a metafórica dos transplantes de sistemas ou modelos jurídicos tem uma compreensão abstrata e acultural do direito, compreensão que contraria aquela da equipagem conceitual empregada neste texto, a qual apresenta o direito como experiência³, e que é essa mesma metafórica que parece render, equivocadamente, o direito comparado como um instrumento para buscar soluções a nível de estrutura ou função em institutos e instituições jurídicas estrangeiros violentamente enquadrados como equivalentes àqueles institutos ou instituições locais que se quer transformar, o presente artigo se lança ao seu intento comparativo buscando na experiência estrangeira elementos para desoperacionalizar a autocompreensão do direito local que aparece como situação hermenêutica dos autores, ao invés de buscar no outro soluções para reforçar e preservar essa autocompreensão. Admitindo, ainda, que um grau de instrumentalidade se faz sempre presente, quer-se que essa seja a menor instrumentalização possível, ainda na esteira de Legrand⁴.

3 Para uma elaboração desse marco teórico, ver COELHO, 2017.

4 Ver: LEGRAND, 2011. Para uma outra articulação da motivação comparativista, GINGSBURG, 2010.

Outrossim, parece inegável que, política e economicamente, coordenadas que podem ser apreendidas enquanto vetores da cultura que forma uma e outra experiência, isso é, a indiana e a brasileira, um e outro direitos constitucionais se constituem em contextos de hipercomplexidade, tipologicamente apreensíveis como de modernidade periférica ou tardia, com padrões de desigualdade e inclusão social aproximados entre si e radicalmente diferentes dos contextos centrais de emergência do constitucionalismo social e pós-social. Essa proximidade (constitucionalismos periféricos do sul global, em países com dimensão continental, hipercomplexidade e desigualdade social estrutural) suscita um maior potencial de radicalidade na diversidade das conjunturas que suscitam ao significado o direito-mundo outro e, assim, um maior potencial de inflexão para o nosso próprio direito-mundo.

Essa questão acaba por desaguar também na metodologia empregada. Seja em razão de sua abordagem teórica do fenômeno jurídico adotada, seja em razão do estado da arte da literatura comparativa brasileira, quanto à experiência jurídico-constitucional indiana, a investigação assume caráter exploratório e teve como critério de seleção de sua amostragem (isto é, o arquivo constituído para interpretação quanto a autocompreensão do constitucionalismo expressa no discurso intelectual jurídico indiano) algo análogo àquilo que se indica, no contexto de investigações pautadas no entendimento e não na compreensão, como “amostragem por bola de neve” (*snowball sampling*). Essa técnica direcionou a textualidade da presente investigação no sentido de que, da leitura inicial dos textos encontrados em publicações de editores renomadas acerca do direito indiano, como *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, identificou-se uma série de outros textos, referenciados nessas publicações, os quais também foram objeto de análise para seleção do arquivo da pesquisa. Igualmente, identificou-se, da multitude de publicações, determinados eventos e eixos estruturais e funcionais, passando-se a buscar, em múltiplas plataformas indexadoras, por contribuições que se voltassem tanto à reflexão a nível jurídico constitucional desses eventos, tal qual o período de emergência, ou a virada ativista da Suprema Corte Indiana, quanto à elaboração desses eixos de abordagem, a nível jurídico-dogmático, como no caso da centralidade da dignidade humana inscrita textualmente no art. 21 da Constituição indiana para a estruturação dos direitos fundamentais nesse contexto.

2. Formação da cultura constitucional indiana entre a normatividade tradicional e a experiência colonial

A continuidade de múltiplas tradições de longa duração, permeadas por um histórico de conflitos e de convivências, subjaz, engendra, e por vezes se tenciona com um dos cernes do projeto da Índia como nação contemporânea (argumentavelmente inventada por Gandhi e descoberta por Nehru, nas palavras de Baxi⁵), qual seja, a de uma cidadania e de uma identidade autonomamente indianas. Por se tratar de dimensão que se reconfigura como importante questão ligada à unidade política indiana, de todo atinente, afinal, à problemática do direito constitucional deste país, se faz necessária uma breve recapitulação (necessariamente incompleta) das normatividades tradicionais que acompanham e conformam a história da Índia, com destaque para o contraponto mais ressaltado nesse amalgama, o dualismo entre hinduísmo e o islamismo.

2.1 As características normativas da base tradicional hinduísta

O hinduísmo é caracterizado por ser complexo, contraditório (sem qualquer sentido pejorativo nisso), multifacetado, não sendo visto somente como uma religião, mas também como uma cosmovisão que abrange e normatiza áreas tais quais Estado, medicina, direito e outras, nessa cultura tradicional.

As principais obras do hinduísmo clássico são as *Samhitas*, os quatro *Vedas*, as *Brahmanas* e os livros derivados dos ensinamentos de gurus, especificamente os *Aranyakas* e os *Upanishadas*⁶. Estes últimos são considerados somente especulações a partir dos *Vedas*⁷. De todo modo, a normatividade hindu tem seu centro no conceito de *Dharma*⁸, que gravita em torno da noção de obrigações, com suas regras indicando como cada membro da comunidade deve se portar, de acordo com sua casta, sexo e etapa da vida, ou das sucessivas vidas, de modo que os erros cometidos em uma

5 BAXI, 2006, p. XV.

6 “En los *Upanishadas* está la sustancia gnoseológica que contiene la clave del *Veda* (Alto Conocimiento), es decir la búsqueda del conocimiento para escapar del *samsara* (o cadena de renacimientos)” (MELITÓN, s/d, p. 4).

7 SEN, 2007, p. 26.

8 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 358.

vida implicarão o retorno em uma próxima para que sejam compensados ou superados⁹.

Religião, cosmovisão e normatividade estão imbricadas nos textos sagrados hindus. Exemplo disso são os quatro livros sagrados dos *Veda: Rigveda, Yajurveda, Samaveda e Atharvaveda*. O revelado em cada livro fornece o alicerce para a vida dos hindus tradicionais, desde uma análise eminentemente religiosa, centrada no arraigamento de valores baseados em uma crença que afere uma “estreita ligação entre o indivíduo e a família, o clã, a sociedade e o próprio universo que o rodeiam, que é a chave para a compreensão do Hinduísmo”¹⁰.

Esses traços característicos também estão nas *smritis*¹¹, denominadas *Dharmasutras* e *Dharmasatras*, que contêm um arcabouço de condutas morais que devem ser respeitadas pelos hindus, de acordo com sua “condição social e espiritual”. Dentre os textos denominados *Dharmasatras* o mais notável é o *Código de Manu*, considerado “obra fundamental do Direito hindu”. Sua origem se remete aos séculos II e III d.C, o que o torna “uma das codificações mais duradouras da História da Humanidade”¹². Os *Dharmasutras* e *Dharmasatras* deixaram de ser atualizados no século VIII. A partir daí, a função de sistematizar e interpretar traduções já compiladas ficou a cargo de sábios dedicados a tanto. Por conseguinte, surgiram os *Nibandhas*¹³, que as complementavam e davam sentido e aplicabilidade nos novos tempos e contextos. Durante a colonização britânica, os *Nibandhas* foram de grande valia para os juízes ingleses na aplicação do direito na Índia. Não obstante, essas compilações não poderiam, para os hindus, ser considerados fontes de Direito “na medida em que as opiniões neles formuladas não vinculam a jurisdição”, não geram precedentes¹⁴.

9 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 358.

10 VICENTE, 2012, p. 433.

11 MELITÓN, s/d, p. 6.

12 VICENTE, 2012, p. 430.

13 “Os preceitos ou normas de conduta religiosas, morais e jurídicas constam do livro *Dharmasatras*, os quais contêm os ensinamentos dos sábios da tradição hindu chamado *Smūrti*, dos quais os mais conhecidos são: *Manu*; *Yajñalkaya* e *Nibandhas Narada*. Os comentários desses livros são escritos em sânscrito, exclusivamente por juristas. Nenhum deles pode ser catalogado ou qualificado como código e muito menos como um conjunto de leis. A autoridade desses livros advém dos laços que os prendem aos livros sagrados, contemplados como os únicos que contêm a Verdade Revelada”. CAMPOS NETO, 2009, p. 86.

14 VICENTE, 2012, p. 433.

Com o desenrolar de uma complexa digressão de diferenciações normativas, tem-se como resultado que normatividade tradicional hindu estrutura e espelha uma sociedade de castas: Brâmanes (sacerdotes), Chatrias (guerreiros); Vaisias (lavradores); Sudras (trabalhadores); e os Párias (“intocáveis”) considerados sem casta. Essas eram as divisões principais, dentre uma plêiade delas e outras tantas subdivisões. Em que pese seu antagonismo com as balizas constitucionais contemporâneas da Índia, essa divisão ainda perdura nos dias atuais, em muitos aspectos do cotidiano indiano, tratando-se, nas palavras de Kanshi Han, do mais grave desafio para a concretização da democracia na Índia.

Os considerados “intocáveis” (sem casta ou párias), portanto, foram e continuam sendo a classe mais explorada na Índia, sendo equiparados em termos de humilhações e abusos, aos escravos, com sua exclusão se estendendo mesmo à utilização de águas comunais e à educação de seus filhos que, na prática, são ainda, em diversas regiões tradicionais do interior do país, proibidos de frequentar escolas, voltadas para outras castas¹⁵.

2.2 O uno contra o múltiplo: a presença islâmica na cultura indiana

Na Índia medieval, o período da invasão islâmica iniciou-se entre 1191 e 1192, quando tropas turco-afegãs invadiram a Índia. O sultanato muçulmano perdurou de 1206 até 1526, quando teve seu fim com o início do período das Dinastias Mongóis. O período histórico de domínio do poder teocrático islâmico na Índia pode ser dividido, então, em dois momentos principais: o primeiro denominado “Sultanato de Délhi” (1206-1526); e o segundo conhecido como “Império Mongol” (1526-1858).

O choque cultural provocado pela invasão islâmica e pela consequente imposição de questões religiosas, políticas e culturais trouxe a violência de maneira particularmente marcante para o cenário histórico indiano. Sofia e Tressiamma¹⁶ afirmam que o encontro dos mundos islâmico e hindu foi marcado por perseguições e violência, em uma luta por penetração e consolidação em torno da supremacia sobre o território e as consequências daí advindas.

15 CAMPOS NETO, 2009, p. 84.

16 SOFIA; THRESSIAMMA, 2009, p. 73.

O “Sultanato de Délhi” perdurou por trezentos anos. Nesse período, foram as Dinastias Islâmicas que permaneceram no poder e, apesar de serem consideradas de curta duração, frente à longevidade da tradição hindu, conseguiram conquistar grandes territórios para o que posteriormente viria a ser a Índia. Isso posteriormente se intensificaria com o domínio mongol, tão intenso que fitou com implementar a uniformidade da normatividade no território dominado, chegando à decretação de uma única cidadania para todo o império¹⁷. Assim, mesmo sobrevivendo como cultura milenar, a complexa normatividade hindu passou a coexistir com a normatividade mulçumana na história da Índia.

As imposições do direito muçulmano e os grandes choques culturais provenientes das invasões às quais a Índia foi submetida ainda podem ser notados. De certa maneira, integraram-se na cultura indiana. O hinduísmo, múltiplo e complexo, consegue conviver com localismos, tradições autóctones e convivências inter-religiosas. O mesmo, porém, não se pode dizer do islamismo, sem maiores complicações. Esses contrastes aos quais nos referimos tornam-se notáveis mesmo muito tempo depois da dominação islâmica, já na Índia independente. Em paralelo, são facilmente perceptíveis as influências do direito islâmico no direito hindu, bem como a verdade da afirmação de que o direito islâmico está presente no direito indiano atual. Um exemplo disso é o fato de que o direito islâmico, ao fazer parte do corpus normativo da Índia, “*se enseña en las facultades y escuelas de derecho y se aplica, en lo que concierne al derecho de las personas, a aproximadamente 115 millones de habitantes*”¹⁸.

Por fim, cabe ressaltar que a introdução da cultura jurídico-religiosa islâmica na normativa hindu vigente na Índia gerou questões contrastantes e por vezes incompatíveis, ao mesmo tempo em que, entretanto, a evolução de ambos os sistemas normativos apresentou certas correspondências estruturais. Exemplo de tanto diz respeito ao paralelismo no tocante às fontes normativas, sendo a revelação (*Veda*), a tradição (*Smrti*), as opiniões e as interpretações dos sábios (*Nibandha* e comentários) na normatividade bramânica, e a revelação do Corão, a tradição na *suna*, o consenso dos sábios na *ijma* e as interpretações no *qiyas*, conforme pontua Mario Losano¹⁹.

17 SOFIA; THRESIAMMA, 2009, p. 74.

18 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 361.

19 LOSANO, 2007, p. 478.

Até este ponto, vimos o processo coexistência do direito indo-islâmico aplicado na Índia durante o domínio do Islã. Com a colonização inglesa, a *Common Law* se soma a esse complexo normativo, dando-se, a partir daí, a experiência de modernização (ocidentalizante) e sua peculiar relação com a normatividade tradicional indiana.

2.3 A construção do direito moderno indiano na experiência colonial de *Common Law*

A Companhia das Índias Orientais estabeleceu sua primeira base em 1612, mas somente no início do Século XIX a Inglaterra conseguiu conquistar uma fronteira estratégica que tornava sua ocupação mais manejável. A Companhia realizou atividades administrativas e judiciárias na Índia até 1858, quando o controle da Índia foi passado para a Coroa Britânica, o qual perdurou até a independência, no pós-Guerra.

Primeiramente, “a tendência dos ingleses foi de restringir progressivamente o âmbito dos direitos bramânico e islâmico”²⁰. Nesse início, a aplicação do Direito Hindu pelos juízes ingleses foi no mínimo conturbada, vez que se utilizavam de textos sagrados do hinduísmo como base legal para a aplicação do direito, com total imprecisão, pois lhes faltam a base da tradição hindu a complementar a leitura do texto, já suficientemente complicada em razão dos problemas de tradução, e da diversidade de grupos sociais, castas e variações religiosas.

Na busca por facilitar a aplicação do direito, utilizou-se a figura dos *pundits* para auxiliar os juízes ingleses, como peritos para interpretação dos *Dharmasatras* e *Nibandhas*. O resultado dessa ajuda interpretativa acabou por somente atribuir ao juiz o papel de dar força de lei ao que fosse determinado por esses peritos.

Ademais, soma-se à complexidade do processo de aplicação do direito na Índia o fato de que os *Dharmasatras* foram compostos por proposições que visavam uma normatividade ideal, compreendidos como uma espécie de meta a ser alcançada e não como uma obrigação de pronto exigível, aos moldes da normatividade ocidental projetada como no *rule of law*. Ou seja, seu conteúdo contemplava o que seria considerado o ideal para as diversas situações, e assim adaptável aos diversos contextos. Então, a interpretação

20 LOSANO, 2007, p. 480.

feita pelos *pundits* dos casos em concreto, tornando normas de direito os escritos religiosos modelares do hinduismo, acabou gerando decisões que desvirtuavam essa normatividade, sobretudo porque simplificadoras da sua complexidade circunstancial e conjectural.

Para tornar mais coerente a aplicação da normativa indiana e as respectivas decisões dos juízes britânicos foi solicitada a tradução das partes relevantes dos livros do *Dharma* para o inglês. Ademais, foi solicitada a feitura de compilações das jurisprudências pertinentes ao direito hindu, então construídas pelos *pundits*, e a sua tradução para a língua inglesa. Assim, começou o processo de consolidação da interpretação do Direito Hindu pela técnica dos precedentes.

Quando, porém, a normatividade tradicional indiana não conseguia dar uma resposta coerente, na ótica ocidental, os juízes decidiam de acordo com os critérios de “*justice, equity and good conscience*”, o que se fazia frequentemente com referência ao direito inglês²¹. As alterações sofridas pela normatividade hindu, portanto, partiram também da necessidade dos ingleses de terem o domínio dos termos utilizados dentro dos procedimentos judiciais – posta a existência de termos que não possuíam correspondente na língua inglesa, fazendo com que o processo de compreensão e aplicação do direito fossem necessariamente baseados em uma compreensão parcial do caso em análise por parte dos juízes ingleses. Com efeito e por derradeiro, podemos constatar que foi conferida superior importância aos precedentes judiciais, antes inimagináveis na normatividade tradicional hindu.

Não obstante, importa notar que a aproximação forçada entre a normatividade hindu e o sistema de precedentes “tornou-se cada vez mais forte e os tribunais indianos tiveram os tribunais ingleses como modelo de funcionamento” a partir da metade do século XIX²².

3. Os direitos fundamentais na Constituição Indiana: reflexões sobre o discurso nomológico constitucional e contraponto com a avaliação internacional

A atual Constituição da República Democrática da Índia foi aprovada pela Assembleia Constituinte em 26 de novembro 1949 e entrou em vigor em

21 VICENTE, 2012, p. 481.

22 VICENTE, 2012, p. 483.

26 de janeiro de 1950. A elaboração do texto constitucional durou cerca de cinco anos e contou com as assinaturas de muitos membros fundadores da República da Índia²³. Esses redatores tinham por escopo discursivo “garantir a *unidade* e a *democracia* e criar uma *revolução social*”²⁴, no qual a garantia dos direitos humanos aparecia com bastante preeminência, especialmente ao se considerar o contexto para o qual se voltava a projeção de completa transformação social, entrecortado por uma pluralidade de minorias étnicas historicamente oprimidas – fatores uns e outros que informaram assim a decisão por uma constituição formal.

Apesar do vanguardismo da Constituição da Índia para sua época, a normatividade indiana atual ainda vive a forte dualidade entre a normatividade hindu tradicional e o modelo constitucional de Direito, calcado nos direitos fundamentais como núcleo e razão-de-ser do sistema normativo. O caminho a ser percorrido ainda é longo e, apesar da abertura para diálogos no âmbito internacional, a Índia contemporânea ainda carece muito de apoio dos poderes institucionais, para garantir, de modo efetivo, o cumprimento dos direitos humanos-fundamentais, problema que se coloca juridicamente, em alguma medida, nas tensões e choques entre a multiplicidade de fontes que compõem a realidade efetiva da normatividade jurídica indiana.

Quanto à normatividade tradicional ainda presente, destacam-se não apenas as normas religiosas, mas também a forte e estruturada presença dos costumes. Essa herança costumeira, ainda praticada na atualidade, muitas vezes choca com preceitos constitucionais importantes.

Ressalte-se que, na própria normatividade tradicional, os costumes em geral prevalecem sobre o *Dharma*. A fundamentação para a prevalência consiste em que esse possui um modelo ideal com maior alcance nas castas consideradas superiores. Os *dharmasastras* são mais exigíveis, nesse sentido, dos brahmanes, que das demais castas, mais afeitas às adaptações e padronizações costumeiras. Ademais, a análise da conformidade com os sastras e os costumes não é pautada em precedentes, na cultura tradicional indiana. Os *Panchayat*, conselhos que podiam ser compostos dentro de

23 Dentre eles podemos destacar um grande líder dos “intocáveis” na Índia, Ambedkar “tinha sido Ministro da Justiça no primeiro governo da Índia independente e participara da redação da Constituição do país”. NAIPAUL, 1997, p. 8.

24 BALAKRISHNAN, 2008.

uma casta ou mesmo dentro de uma aldeia, decidiam por critérios peculiares às suas tradições locais²⁵.

Em paralelo, atualmente, os tribunais superiores indianos emitem decisões que passam a abrir precedentes e, por sua vez, vinculam as decisões de mesma matéria, sendo, inclusive, desnecessário o recurso às fontes originárias das normatividades tradicionais, em razão da força substitutiva do precedente, típico da *common law*.

O conflito entre normatividade constitucional e normatividade tradicional é por vezes patente, com essa realidade escapando mesmo aos intensos processos de reforma e reestruturação²⁶. Em que pese isso, o sistema constitucional indiano propugna pela supremacia da constituição por meio de um estruturado sistema de controle de constitucionalidade que, em tese, quando se trata de proteger direitos fundamentais, sujeita tanto as normas estatais ordinárias quanto as normatividades tradicionais. Nesse sentido, o disposto no artigo 13, parágrafo primeiro, estabelece que qualquer norma incompatível com os direitos fundamentais dispostos no texto constitucional deve ser considerada nula na medida da sua incompatibilidade.

Outro avanço, a nível internacional, foi a subsequente adesão pela Índia aos pactos internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), notadamente o pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A esse respeito, Bakshi considera que a Índia construiu um desenvolvimento institucional mais intenso no campo dos direitos humanos por haver participado fortemente da evolução do sistema de tratados internacionais multilaterais a esse respeito²⁷.

Voltando à Constituição, o artigo 14 dispõe sobre a igualdade perante a lei. A esse respeito, a Constituição estabelece que: “*El Estado no negará a persona alguna la igualdad ante la ley o la igual protección de las leyes dentro del territorio de la India*”. Está presente desde o preâmbulo da Constituição,

25 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 360.

26 Nesse estado de coisas, e frente a dualidade entre *common law* e as práticas locais tradicionais, foi proposto pelo Parlamento a produção uma codificação total do Direito Hindu, o que foi considerado como uma “subversão do hinduísmo”. Apesar disso, em 1955 foram adotados quatro leis que formavam o *The Hindu Code: The Hindu Marriage Act (1955)*, *The Hindu Minority and Guardianship Act (1956)*, *The Hindu Adoption and Maintenance Act (1956)*, *The Hindu Succession Act (1956)*, alterado em 2005). Essas leis estabeleceram o direito hindu reformado aplicado ainda hoje na Índia.

27 BAKSHI, 2013, p. 29.

o discurso de “*igualdad de status e de oportunidades, y que esse articulo es una manifestación de ese principio en el texto constitucional*”²⁸.

Os efeitos da busca por igualdade e por liberdade na Índia, e a demanda pela efetivação das garantias desses direitos, são sobremaneira relevantes na problemática constitucional indiana. A igualdade perante a lei e a proibição de discriminação por razão de religião, raça, casta ou sexo, são duas das mais importantes transformações nomológicas do direito indiano, em detrimento do direito hindu tradicional. A Constituição permite potencialmente o “tratamento diferenciado” afirmativo dos segmentos historicamente marginalizados, “que passaram a ser conhecidos como *Scheduled Castes (SC)* – castas específicas e *Scheduled Tribes (ST)* – tribos específicas”²⁹.

Vinculada à problemática da igualdade, a discriminação da mulher é um tema que tem um impacto considerável no país. Mesmo com a atualização da normativa vigente, que proíbe a seleção gestacional em razão do sexo, ainda é considerada uma prática recorrente na Índia o “descarte” de bebês do sexo feminino. Somando-se a esse problema temos, por um lado, o direito indiano proibindo o matrimônio de menores de idade, principalmente do sexo feminino, e por outro lado, a existência de uma prática antiga de se fazerem arranjos para matrimônio de mulheres menores de idade. Ademais, o texto constitucional indiano dispõe que a maioridade se alcança com 21 anos para mulheres e 18 para homens, uma distinção que não parece encontrar sentido num Estado democrático de direito. Ainda assim, a Constituição indiana representa um avanço na Índia quanto ao tema, porém ainda preservando diferenciações arraigadas na cultura tradicional³⁰.

Na realidade social indiana, as possibilidades de uma criança do sexo feminino conseguir ser escolarizada ou, quando se tornar adulta, conseguir seguir uma carreira pública ou privada, continuam menores. Isso se dá pela ideia de que homens e mulheres têm competências muito distintas. Essa ideia sobreviveu durante séculos até os dias atuais em muitos lugares do mundo e na Índia³¹.

28 DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 2010, p. 30.

29 BALAKRISHNAN, 2008.

30 FRANCAVILLA, 2012, p. 28.

31 SEN, 2007, pp. 280-281.

O artigo 15 da Constituição indiana dispõe exatamente sobre a “*prohibición de la discriminación por causa de la religión, la raza, la casta, el sexo, o el lugar de nacimiento*”³². Estudiosos do direito constitucional indiano destacam a atuação dos tribunais no sentido de afirmar os direitos fundamentais e penalizar discriminações, notadamente em relação à mulher. Essa foi considerada uma conquista importante para o avanço da efetividade dos direitos fundamentais na Índia. Tornou-se paradigmática uma decisão do Tribunal na qual “*el acoso sexual de las mujeres trabajadoras equivale a una violación de los derechos garantizados por los artículos 14,15 y 16 (igualdad y dignidad)*”³³. Não obstante, a discriminação persiste e é de fundo religioso e costumeiro, agredindo a própria efetividade do texto constitucional. Isso ocorre sobremaneira nas comunidades rurais onde o acesso à informação e a presença do poder judiciário oficial são precários.

Outra questão que afeta a população indiana é a discriminação por casta. A normativa atual inovou nesse sentido, com a abolição jurídica da intocabilidade, no artigo 17: “*queda abolida la ‘Intocabilidad’ y se prohíbe su práctica en cualquier forma. La imposición de cualquier incapacidad derivada de la ‘Intocabilidad’ constituirá un delito penado de acuerdo con la ley*”³⁴. Mas, também a esse respeito, os contrastes entre a normativa constitucional indiana e a realidade social são notórios.

Amartya Sen analisa a situação pós-constitucional sobre a desigualdade entre as castas e sobre a desigualdade de gênero, e enumera os termos dessa desigualdade da seguinte maneira: “1) *desigualdad en la supervivencia*; 2) *desigualdad en la natalidad*; 3) *servicios desiguales*; 4) *desigualdad en la propiedad*; 5) *reparto desigual de los beneficios y las tareas de la casa*, y 6) *violencia doméstica y victimización física*”³⁵. Para Sen, as desigualdades cultural, social e de gênero são um problema mundial, não somente indiano, mas, na Índia, Sen reconhece que há problemas peculiares e graves quanto a essas questões³⁶.

Avançando no texto constitucional indiano, o artigo 21 dispõe sobre a proteção da vida e da liberdade, estabelecendo que “somente a lei pode

32 BAKSHI, 2013, p. 49.

33 BAKSHI, 2013, p. 52.

34 BAKSHI, 2013, p. 59.

35 SEN, 2007, pp. 271-272.

36 SEN, 2007, pp. 271-272.

criar exceções a essa proteção”. Quanto ao direito à vida, o entendimento do Tribunal Supremo da Índia sobre o dispositivo é o seguinte:

*El Tribunal Supremo en P. Nalla Thampi v. Union of India, convirtió efectivamente este derecho fundamental en un depósito de varios derechos humanos. Así, incluye: (a) El Derecho a vivir con dignidad humana; (b) El derecho a un medio ambiente saludable, entre otros*³⁷.

Trata-se de típico exemplo de como, por meio da jurisdição constitucional, a jurisprudência indiana assume a tarefa de atualizar a Constituição, datada de 1949.

Em uma análise geral sobre a proteção de direitos fundamentais no sistema constitucional indiano, corroboramos com o entendimento de Agrawal, segundo o qual a Índia alcançou um nível formal satisfatório de reconhecimento normativo de direitos de dignidade e previsão normativa e institucional de instrumentos de garantia desses direitos. Porém, como país emergente e em desenvolvimento, os problemas de efetivação desses direitos e garantias ainda são significativos. Ademais, concordamos com a seguinte análise de Agrawal³⁸, para quem parte significativa dos direitos humano-fundamentais positivados no texto constitucional já se encontram virtualmente à disposição do povo indiano, ainda que, por vezes, em razão de interpretações extensivas realizadas pela corte constitucional. Mas, daí, surge o problema de que muitos desses direitos acabam não sendo fruídos pela maioria da população pobre, composta por um número significativo de pessoas analfabetas e miseráveis, fatores que se complementam à falta de uma aplicação efetiva do texto constitucional por parte das autoridades mais próximas das realidades locais, como a polícia, os gestores públicos, juízes de primeira instância e agentes políticos, que seriam responsáveis, segundo Agrawal, por parte significativa das violações dos direitos humanos em Índia, com o mesmo peso dos tradicionalismo religiosos e costumeiro.

Mesmo temperando a posição extremada de Agrawal, considera-se que a Índia ainda padece de um grau significado de bipolaridade dissociativa entre o momento de declaração e o de efetivação dos direitos na sua experiência jurídico-política atual (questão que se assemelha muito ao problema constitucional nuclear do Brasil).

37 BAKSHI, 2013, p. 95.

38 AGRAWAL, 2001.

4. As discrepâncias ao nível do discurso erudito indiano: direitos fundamentais e dignidade nos diferentes olhares do constitucionalismo indiano

4.1 Os caminhos do pensamento constitucional indiano contemporâneo: a centralidade da construção jurisdicional no debate jurídico da Índia

Pode-se dizer que é ponto quase pacífico no pensamento indiano dedicado a entender a experiência constitucional do país a ideia de que o país se destaca como uma vívida e ascendente democracia, com uma tradição constitucional contemporânea que se estende por cerca de 60 anos. Não obstante os sérios e profundos problemas sociais e econômicos que atravessam, por vezes estruturalmente, a sociedade indiana, há um otimismo considerável, ao menos por parte da comunidade jurídica, voltado especialmente para a Constituição indiana de 1950 e, em certa medida, para a Suprema Corte da Índia, especificamente após o chamado “período de emergência”, com o final dos anos 70 e início dos anos 80. Parece haver um consenso de que foi em razão da experiência indiana com o autoritarismo recente, bem como do envolvimento da Suprema Corte nas práticas que Upendra Baxi classifica como ditatoriais da então Primeira-Ministra Indira Nehru Gandhi, que a mais alta Corte do país abandonou sua postura inicial (taxada generalizadamente como positivista e deferente em relação aos poderes executivo e legislativo), para uma atitude mais “social” e em alguma medida construtivista.

O que todos os autores analisados neste trabalho parecem concordar é que a Corte passou a atuar, nos tempos mais recentes, segundo uma lógica de “ativismo judicial”, impulsionada em grande medida pela cultura de “litígios de interesse público” – na terminologia emprestada do debate americano –, ou de “ações constitucionais sociais” – na terminologia utilizada por Upendra Baxi. De fato, a produção jurídico-dogmática dos constitucionalistas indianos está quase que inteiramente voltada para a casuística da Suprema Corte. Para alguns, o artigo 21 da Constituição representa o *locus* enunciativo do direito à dignidade e, hoje, o “coração” e a “alma” da Constituição, texto central por meio do qual, aliado aos mecanismos mais diversos, a Corte passou a expandir o rol de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Isso se deu, por exemplo, por meio de expedientes como a “supervisão mandamental” e aquilo que se apelidou

por “jurisprudência epistolar”, isto é, a instauração de processos judiciais embasados em denúncias formuladas em cartas escritas por cidadãos endereçadas ao *Chief Justice*.

Muito se critica quanto à lógica e aos resultados concretos dessa expansão. Entretanto, a maioria dos autores indianos não parece discordar quanto aos ganhos em termos de horizonte de significado para a tradição constitucional como um todo. À expressão fria de que ninguém seria privado de sua vida ou liberdade pessoal senão pelos procedimentos estabelecidos em lei, a Suprema Corte adicionou uma série de significados. Por exemplo, no enunciado “pelos procedimentos estabelecidos em lei”, assim escrito pelos constituintes como uma maneira de deliberadamente evitar a cláusula do “devido processo legal”, a Suprema Corte interpretou justamente no sentido da exigência de observância do *due process*. Mais intimamente relacionado à dignidade humana, entendeu-se que ao “direito à vida” do texto constitucional deve-se atribuir o significado “direito à subsistência” e daí, por consequência, uma série de novos direitos – por vezes classificados como de segunda geração, isto é, econômicos e sociais – como direito à habitação, à alimentação, à saúde, à educação, e ao “mínimo existencial”.

É importante salientar que a atual Constituição Indiana, originada em 1950, precisou necessariamente passar por uma construção constitucional jurisprudencial, para que nela fossem incorporados os direitos sociais, econômicos e culturais nas formas tipicamente configuradas a partir da década de 1960. Esse estado de coisas se retroalimentou da característica tipicamente judicial que o sistema jurídico indiano, de forte influência na *common law*, possui. Dessas duas questões deriva principalmente a importância que a Corte Suprema acabou obtendo na Índia.

Tal expansão de direitos é por vezes louvada e por vezes criticada – ainda que posições completamente críticas pareçam ser bem raras. No segundo caso, a crítica é avançada em termos muito próximos daqueles utilizados no debate internacional e contemporâneo a respeito da justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais. No primeiro, mesmo dentre os entusiastas do ativismo judicial ora característico da Suprema Corte, existem aqueles que assumem uma atitude mais distanciada, apontando uma série de dificuldades e problemas na prática judicial do tribunal. A intelectualidade jurídica indiana denuncia, assim, de um modo geral: a falta de coerência; a ausência de qualquer esforço por identificar princípios ou

“teorias” a guiar a atribuição de direitos ao texto constitucional; a seletividade dos casos e dos direitos então relacionados; a falta de transparência; a ausência de uma visão de longo prazo e de esforços voltados à resolução estrutural dos problemas igualmente estruturais que assolam a sociedade indiana, preferindo por uma abordagem caso-a-caso, pautando-se por raciocínios e juízos *ad hoc*; e, relacionada com a última crítica, a falta de efetividade e de transformações realmente impactantes na realidade social indiana, pese os esforços da Corte.

Nossa percepção é de que, malgrado o criticismo acima descrito, não parece haver por parte da doutrina indiana, ou de quaisquer outros grupos que chamem a atenção dos juristas a pretensão de substituir o papel de “liderança hermenêutica” construído e galgado pela Corte ao longo de seus mais de trinta anos de ativismo judicial. Assim, critica-se a ausência de formulação, por parte da Corte, de uma “teoria dos direitos fundamentais” para o contexto constitucional indiano. Então, especialmente quanto à dignidade humana, esse esforço de ressignificação teórica, em diálogo com a problemática constitucional especificamente indiana, faz-se necessário. O significado exclusivamente contextual da construção dada pela Corte à dignidade como direito fundamental nuclear carece de um contraponto propriamente teórico-reflexivo autenticamente indiano. Não parecer haver por parte da dogmática um esforço significativo em suplantar essa ausência.

Conseqüentemente, o debate jurídico-constitucional na Índia, inclusive no que diz respeito à dignidade humana como direito, se construiu precipuamente (e ao nosso ver desequilibradamente³⁹) em torno da Suprema Corte do país. A maioria dos juristas parece ser favorável a tal configuração. E aqueles que são completamente críticos se utilizam de discursos que parecem por demais ocidentalizados para terem um efetivo impacto no debate jurídico. Distintamente de outros lugares e experiências jurídicas, o ativismo judicial, nos moldes praticados pela justiça indiana, é interpretado como um fenômeno mais positivo que negativo, chegando a ser teorizado e proposto, como veremos, por Upendra Baxi, como uma possível contribuição do “sul global” para o *ethos* judicial, então dominado

39 Em nossas pesquisas e incursões de coletas de dados não localizamos, por exemplo, estudos e reflexões jurídicas voltadas para as políticas públicas desenvolvidas pelo poder executivo do país. Análises sobre a eficiência regulatória de tais políticas etc. Debates sobre elas somente aparecem na discussão jurídica indiana, quando e naqueles aspectos que são em algum momento judicializados.

por uma visão ocidental, construída em condições ausentes nos países em desenvolvimento, não sendo a Índia uma exceção⁴⁰.

4.2 Uma busca por compreensão da relevância e dos riscos da construção judicial da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, segundo a ótica de Upendra Baxi

Para Upendra Baxi, o papel assumido pela Suprema Corte enquanto autoproclamado ator de transformação social após o período do governo autoritário Indira Nehru Gandhi é determinante na explicação do desenvolvimento do pensamento constitucional no país. Indira Gandhi foi responsável, dentre outras coisas, pela nacionalização dos bancos e das seguradoras, durante o período de “emergência nacional”. A partir dos muitos atos de legitimidade questionável, cuidadosamente revestidos de aparência constitucional, produziu um único ato explícito de autoritarismo, segundo Upendra Baxi. A causa desse ato foi a decisão por parte da Alta Corte de Allahabad por retirá-la do parlamento, ao considerá-la culpada de corrupção. Sua resposta foi uma emenda constitucional anulando a decisão, bem como vetando quaisquer apelos eventuais.

O autor continua destacando que, durante o ápice da ditadura constitucional, a Suprema Corte invalidou essa emenda. Contudo, a mesma Corte promoveu uma completa e total negação do venerado direito ao *habeas*

40 O quadro geral que acima sintetizamos criticamente, construído a partir das análises das obras dos autores indianos que serão a seguir detalhadas nos apartados deste tópico, não encontra, ao nosso ver, objeção em relação à análise feita no compêndio *The Oxford Handbook of Indian Constitution*. Essa obra coletiva é considerada inovadora por procurar contextualizar as perspectivas e tendências dos estudos de direitos constitucional indiano até então desenvolvidos. De certa forma, a análise que propusemos vai ao encontro do *Oxford Handbook*, mas é mais crítica do que a feita pelos autores do compêndio. No texto introdutório da obra (que também funciona como a síntese geral da mesma) os juristas de origem indiana Sujit Choudhry, Madhav Khosla e Pratap Mehta afirmam que dois são os modos de análise desenvolvidos pela doutrina constitucional indiana. No primeiro, busca-se uma análise cuidadosa e técnica da doutrina, visando especialmente os profissionais do direito. A mais atual contribuição de peso, nesse sentido, indicam os autores, encontra-se na obra de H. M. Seervai sobre o direito constitucional indiano. Já a segunda é mais acadêmica em natureza. Contudo, apesar de sua engenhosidade e eruditismo, tal literatura estaria de certo modo desorganizada, tendo de lutar para conseguir apoio institucional e, conseqüentemente, estando particularmente vinculada à atuação deste ou daquele estudioso em particular, focando-se em algumas áreas do direito constitucional, ao mesmo tempo em que ignorando outras. Em suma, para os autores, o direito constitucional indiano tem encontrado dificuldades em se consolidar como um campo de investigação intelectual, frente ao protagonismo da construção judicial. Ver: CHOUDHRY; KHOSLA; MEHTA, 2016.

corpus durante esse período⁴¹, que é considerado como o mais baixo ponto de “liderança hermenêutica” da Corte, nas palavras de Upendra Baxi. Tal situação, entretanto, seria revertida no período que se seguiu após a emergência, em um longo itinerário de restauração normativa, retroalimentado por uma série de atos populistas e catárticos a culminar no reestabelecimento de uma Suprema Corte autônoma. Ainda nesse sentido, o autor argumenta pelo acontecimento de uma “revolução de direitos” liderada pela Corte e iniciada com a interpretação extensiva do artigo 21, no caso *Maneka Gandhi vs Union of India* quanto ao direito à vida e à liberdade pessoal.

Essa revolução de direitos foi, portanto, segundo o autor, marcada e impulsionada pela proposição de litígios socialmente estratégicos e engajados, provocando a Corte a restaurar muitos dos direitos que, segundo Baxi, deliberadamente foram excluídos do texto constitucional pela Assembleia Constituinte nos anos quarenta, tais como o direito a um processo célere, fiança e representação adequada. Mais importante, encontra-se a interpretação projetada ao já discutido artigo 21, efetivamente estabelecendo o direito ao devido processo legal em sua dimensão substantiva, a Suprema Corte teria dado abertura a “um longo processo de enunciação dos direitos humanos à subsistência, abrigo e habitação, comida e nutrição, educação, saúde, e ao bem-estar ambiental”, uma verdadeira chave de conversão de “necessidades humanas em direitos humanos”⁴².

Já no artigo *The State and Human Rights Movements in India*, Baxi busca mostrar as limitações de uma definição estatizada de direitos humanos e como os movimentos sociais na Índia vêm contestando tal perspectiva, e qual o papel da Suprema Corte da Índia nesses conflitos enquanto, afinal, órgão estatal. Baxi, porém, principia por reconhecer o grande potencial da Constituição indiana para abarcar uma experiência jurídico-política de forte proteção de direitos e garantias relativos à dignidade humana. Para o autor, os direitos consagrados na Parte III da Constituição representariam não somente “limitações ao poder estatal, garantindo espaços livres de Estado para a busca de projetos de vida individuais e coletivos, mas também um ataque violento a atitudes e comportamentos intransigentes na sociedade e na cultura”. A Constituição indiana seria inaugural, “no sentido de que ela aprimora o alcance dos direitos fundamentais para além do Estado, para

41 BAXI, 2016, p. 149.

42 BAXI, 2016, p. 150, tradução nossa.

a sociedade civil”, o que se verifica, também, no fato de se tratar de uma carta constitucional “distintivamente solícita no que diz respeito a direitos solidários de minorias linguísticas, culturais e religiosas, bem como das classes atrasadas por motivos sociais, educacionais ou outrem”⁴³.

Sobre a questão da inicial impossibilidade de judicialização de muitos dos direitos previstos na Constituição e a gradual construção, por parte da Corte, da garantia desses direitos, Baxi tece a base da explicação sobre como o judiciário na Índia deu sua contribuição na construção (inacabada) de uma experiência social de respeito a direitos de dignidade na Índia. Inicialmente, e conforme os debates da Assembleia Constituinte, o texto constitucional distinguia entre direitos judicializáveis e não-judicializáveis, o que, em nível de técnica redacional, manifestava-se na distinção entre o rol de direitos da Parte III, os direitos fundamentais propriamente ditos, e o rol de direitos da Parte IV, entendidos enquanto diretrizes políticas fundamentais para a governança do país. Essa distinção, entretanto, enfraquece-se a partir dos anos 80, quando a tarefa que restou incompleta pelos autores da Constituição, qual seja, a de garantir um “mínimo existencial de direito das massas empobrecidas da Índia” passa a ser retomada pela Suprema Corte “por meio de seu corpus de jurisprudência ativista”, enunciando “uma série de novos direitos básicos”, como o “direito a dignidade, o direito a subsistência, o direito a compensação e reparação por danos cometidos ou causados por agentes ou agências estatais, o direito a um julgamento célere, o direito à saúde, o direito à educação, o direito a igualdade de gênero, o direito ao meio ambiente”⁴⁴.

O estilo de abordagem feito por Baxi, consistente em focar a construção jurisprudencial da ordem constitucional indiana atual como experiência de progressivo respeito aos direitos humanos, encontrou muitos ecos no meio acadêmico jurídico. Essa tendência acaba desdobrando-se em três principais linhas de abordagem: uma mais apologética, muito presente na produção acadêmica manualística e na intelectualidade jurídica mais próxima aos ambientes institucionais e judiciais, caracterizada pela abordagem laudatória, tanto da constituição, quanto da jurisdição constitucional, quanto ainda da proteção de direitos humanos e da dignidade na Índia; uma segunda, de maior consistência científico-intelectual, perfilada

43 BAXI, 1998, p. 341, tradução nossa.

44 BAXI, 1998, p. 342, tradução nossa.

numa crítica moderada, que busca reconhecer, ao mesmo tempo, os méritos e os problemas e desafios dessa tendência judicializadora do constitucionalismo indiano na promoção e proteção de direitos de dignidade; e uma terceira tendência, pautada por uma abordagem jusfilosófica de busca por uma crítica radical e em alguns casos propriamente denunciativa acerca da experiência constitucional indiana de promoção de direitos. Veremos a seguir essas três tendências, as quais se somam a uma quarta, mais focada nos estudos sobre a existência de uma compreensão e configuração singular própria, por parte da cultura constitucional indiana, para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

4.3 Variações laudatórias na análise do construtivismo judicial na proteção dos direitos de dignidade na Índia, nos discursos apologéticos de Sripati e Radhakrishnan

Esta primeira tendência de remição do pensamento jurídico-constitucional indiano à atividade protagonista da Suprema Corte acaba por assumir um discurso marcadamente laudatório, portanto eivado de um certo otimismo, fundamentado em duas razões básicas. Primeiramente, uma ideia de que o direito decidido no papel pela Corte coincide com o direito vivido pela sociedade indiana (como se bastasse a decisão tomada pela corte em um processo para que todos os problemas sobre a fruição de um direito estivessem, desde ali, resolvidos). Segundamente, uma percepção tendencialmente acrítica em relação ao conteúdo das próprias decisões tomadas pela Corte, em matéria de direitos constitucionais fundamentais.

Reproduzindo esse estilo apologético de abordagem, Vijayashri Sripati, PhD em Direito pela Osgode Hall Law School, propõe, em texto de 1998, fazer uma síntese dos então 50 anos de evolução do constitucionalismo na Índia, voltando-se em um primeiro momento para os debates da Assembleia Constituinte e, posteriormente, para a atuação da Suprema Corte da Índia, buscando, em cada parte, identificar a importância desses desenvolvimentos históricos para a interpretação dos direitos fundamentais no constitucionalismo indiano.

Vijayashri Sripati argumenta por uma longa tradição concernente a direitos, desde tempos antigos, chegando à Assembleia Constituinte e à construção da Constituição da Índia, bem como a mais recente e moderna preocupação do povo indiano para com o tema. Nesse contexto, a Carta

de Direitos dos Estados Unidos da América apareceu como uma inspiração natural para a Parte III da vindoura Constituição. Em uma simbólica expressão, ela afirma que “foi o rio Potomac, e não o rio Tâmis, que fertilizou as correntezas do Yamuna”⁴⁵.

O período de emergência aparece como um evento significativo para a construção da compreensão dos direitos humanos e da respectiva articulação institucional na Índia. Vijayashri Sripati aponta que sua influência caclísmica contribuiu decisivamente para a metamorfose da Suprema Corte do país, com o abandono de sua atitude inicialmente deferente quanto ao executivo, por vezes caracterizada por outros autores, como Upendra Baxi, pela alcunha de “positivista”, rumo a uma atitude mais “estrutural”, adotando o papel de “ator social”, como já dissemos. Nesse seu novo papel, escreve Sripati, a Corte teria reconhecido os direitos dos pobres e dos esquecidos, expandindo seu alcance para defender os interesses do povo da Índia. Mais uma vez, nas palavras de Upendra Baxi, ecoadas por Sripati, a Suprema Corte da Índia teria se transformado, assim, na Suprema Corte de todos os indianos⁴⁶. O exagero acrítico dessa narrativa de Sripati pode ser confirmado na seguinte passagem de seu texto:

O escopo em expansão dos direitos fundamentais na Índia também lança luz à característica ilegalidade estatal e à tenra consideração pela ética constitucional comum a muitas nações do Terceiro Mundo. Visto desta perspectiva, a Suprema Corte Indiana merece ser aplaudida por seus incansáveis e impassíveis chamados ao governo para que leve a Constituição a sério e para que respeito a dignidade daqueles que governa⁴⁷.

Outra abordagem da construção de um constitucionalismo protetor de direitos fundamentais, com uma toada também apologética, é a do juiz da Bombay High Court, S. Radhakrishnan. Em artigo referente ao desenvolvimento jurisdicional da proteção de direitos humanos na Índia, Radhakrishnan ressalta, como sói ser entre os juristas indianos, a centralidade e os méritos do artigo 21 da Constituição cinquentenária, bem como o trabalho expansivo feito pela Suprema Corte a partir, sobretudo, de tal

45 SRIPATI, 1998, pp. 427-428, tradução nossa.

46 SRIPATI, 1998, pp. 441-442.

47 SRIPATI, 1998, p. 450, tradução nossa.

dispositivo. Segundo o juiz, o dispositivo seria “o coração e a alma” da Constituição indiana, em “constante expansão, por meio de vários pronunciamentos judiciais”, passando a analisar o caso que deu início a esse suposto crescendo de transformação social. Antes do caso *Maneka Gandhi v. Union of India*, de acordo com Radhakrishnan, o artigo 21 estaria “fechado em si próprio”, “uma ilha em si mesma”, em uma leitura restrita do significado da vida e da liberdade nele proclamados a nível de direito fundamental. Entretanto, da interpretação sistemática do artigo 21 com o restante do texto constitucional, atribuiu-se “o espírito do homem” como o fundamento do dispositivo, de modo que outros direitos fundamentais passaram a ser projetados em seu texto”⁴⁸.

Assim, em que pese o tom unilateralmente elogioso do trabalho da Suprema Corte indiana (como se a mesma não tivesse decidido mal nenhum processo), o escrito de Radhakrishnan é recheado de narrativas sobre as importantes decisões adotadas pelo tribunal, em matéria de direitos e garantias relativos à dignidade humana.

4.4 A crítica da construção judicial da proteção aos direitos no contexto constitucional indiano segundo Chhatrapati Singh, Surendanath e Rajagopal

Chhatrapati Singh é, segundo Baxi, o mais relevante filósofo do direito da Índia pós-independência. No estudo aqui colacionado, de certo modo antecipando muito da discussão contemporânea com quase 30 anos de antecedência, o jusfilósofo busca identificar os problemas da lógica de expansão e atribuição de significados empregada pela Corte quanto ao artigo 21 do texto constitucional. Consciente da importância de tal prática para o desenvolvimento social e econômico da Índia, o autor é crítico da efetividade dessa estratégia. O autor busca identificar outras áreas de atuação e estratégias, bem como maneiras de se aprimorar a prática judicial como carro-chefe da promoção e tutela de direitos na Índia.

Nesse diapasão, sua argumentação inicia apontando a ameaça de se destruir o escopo do artigo 21 pela extensão descontrolada de seu sentido. Segundo Singh, ao substituir a noção de vida pela de subsistência na aplicação do dispositivo, a abrangência trazida, e com isso, o “leque de

48 RADHAKRISHNAN, 2008, p. 307, tradução nossa.

bens, ofícios e oportunidades necessários para sustentar a subsistência” vão “além da conta”. Para Singh⁴⁹, ao se projetar, por exemplo, o direito de ter estradas como corolário do direito a livre circulação, projeta-se progressivamente o direito ao transporte público, do direito de habitação, o direito de residência, e finalmente o de moradia, liberdade de expressão, o direito a possuir meios para tanto, como telefones, walkie-talkies, rádios etc.

Frente à constatação de que um dos problemas de uma prática de expansão de direitos humanos pode ser a banalização dos próprios direitos humanos (quanto tudo se encaixa no rol desses direitos, então nada pode merecer uma proteção especial e sobrevalente). Chhatrapati Singh sugere a manutenção do propósito da Corte, isto é, em transformar a realidade social indiana, com uma restrição metodológica a decidir pela invocação de direitos “que de fato sejam invocações de uma reivindicação ou prestação”. Singh define duas modalidades de reivindicação, “necessárias ou meritórias”, definindo as primeiras como aquelas reivindicações que “dizem respeito à falta de conjunto de meios requeridos para realizar os bens humanos de preservação e desenvolvimento”, enquanto as segundas corresponderiam à “possessão de alguma qualidade que coloca o indivíduo em uma posição preferencial relativa a algum bem”. O artigo 21 abrangeria, portanto, casos relativos somente a reivindicações do primeiro tipo, a partir do que se deveria desenvolver jurisprudencialmente “uma teoria explícita acerca das necessidades”⁵⁰.

Não obstante essas propostas de aprimoramento da prática jurisdicional constitucional indiana, as preocupações de C. Singh permanecem, articuladas na seguinte pergunta: “avançar a interpretação extensiva do artigo 21 é o único meio legal de obter o mínimo existencial para pessoas desfavorecidas”, e, mais que isso, tratar-se-ia do “meio legal mais eficiente de alcançar o desejado?”. A ignorância dessas perguntas, segundo o autor, revelaria uma inocência, a qual sustentaria, no fundo, a impressão fundamentalmente falsa de que o “ativismo judicial” em torno à nova interpretação do artigo” teria trazido “uma mudança significativa em nossa herança legal colonial”. Como arremata Singh: “asserções ou proclamações gloriosas, mas vãs são uma coisa, mudança efetiva, outra”⁵¹.

49 SINGH, 1986, p. 249, tradução nossa.

50 SINGH, 1986, p. 250, tradução nossa.

51 SINGH, 1986, p. 251, tradução nossa.

Para Singh⁵², os juízes adotaram o caminho mais fácil, ao não se perguntarem quanto à efetividade ampla desses direitos, preferindo por efeitos meramente circunstanciais, caso a caso. Se a justiça deve ser feita para proteger o direito à subsistência dos indianos, são as causas dos problemas referentes à fruição desses direitos que devem ser erradicadas, de modo que todas as futuras gerações estejam protegidas, ao invés de se remediar o presente e seus efeitos meramente imediatos.

Mais do que soluções imediatas, Singh chama por reformas jurídicas que estariam fundadas no “*ethos* da Constituição”, em que, diante da falta de “*expertise legal*” do executivo e do legislativo, bem como de seu distanciamento relativo à “complexidade do direito”, essa tarefa foi “delegada pela Assembleia Constituinte ao poder judiciário”. Em suma, quando Singh fala em reformas, ele tem em vista as “leis coloniais exploratórias, as quais erodem a base de subsistência do povo rural e tribal e que continuam a existir por três décadas desde a Independência”. Ignorar esses padrões estabelecidos denuncia o não-entendimento por parte do judiciário de sua tarefa, evitando-se uma reforma jurídica estrutural “com estratégias que nunca chegam ao ponto da questão”, a partir do que o ativismo judicial se revelaria, no fundo, como “*escapismo constitucional*”⁵³.

Anup Surendranath, professor assistente da Universidade Nacional de Direito de Delhi, é outro autor a construir uma leitura mais crítica e vigilante, em relação ao construtivismo constitucional indiano. Em um de seus textos, apresenta o estado da arte em torno do artigo 21 da Constituição e, conseqüentemente, do direito à vida e dignidade no discurso jurídico como direitos nucleares na ordem constitucional vigente.

Partindo do mesmo estilo de estudo da construção judicial indiana, Surendranath, ao nosso ver, avança na questão, ao explicitar as atomizações do discurso jurídico, que a sua construção eminentemente judicial, sem a devida mediação de uma teoria jurídica consistente e presente, pode provocar. Ele considera que os casos que evocam o artigo 21 são tantos e tão diversos que construir uma narrativa a respeito da evolução de sua interpretação é praticamente impossível. Para o autor, as diferentes interpretações propostas sobre o direito à vida e à liberdade pessoal são tão numerosas e tão diversas que apreender qualquer nível de coerência normativa se torna muito difícil:

52 SINGH, 1986, p. 253.

53 SINGH, 1986, p. 257, tradução nossa.

O uso da estrutura da dignidade e do “direito-a-vida-é-mais-do-que-a-mera-existência-animal” não foi feito de modo a conceder qualquer sentido de coerência ao conteúdo de direitos do artigo 21. Quando essas estruturas são utilizadas para reconhecer direitos, isto se dá por meio de asserções insignificantes, em uma lógica de caso-a-caso, ao invés do esforço por justificar o reconhecimento do direito colocando-o dentro de alguma estrutura normativa. O problema com a atual abordagem da Corte está em deixá-la com absoluta discricionariedade quanto a quais exigências de direitos ela reconhecerá, ou, ainda mais importante, quais ela não reconhecerá⁵⁴.

Assim, apesar de seguir a mesma linha de Baxi, Surendranath é mais pessimista em relação ao ativismo judicial indiano. Afinal, para o autor, a falta de coerência e legitimação teórica pela comunidade de intérpretes produz contradições como, por exemplo, “uma ausência de discussões sobre dignidade em casos de terrorismo, apesar de violações frontais às proteções criminais jurisdicionais”, ao mesmo tempo em que, em outras circunstâncias, a Corte sustentou “a validade da criminalização da tentativa de suicídio” a partir do discurso sobre dignidade projetado no artigo 21. Soma-se a isso uma “aplicação seletiva” quanto aos direitos socioeconômicos, por meio da qual os direitos de habitação e abrigo não se traduzem “em qualquer reconhecimento significativo”, “muito menos em qualquer proteção”, e a questões relacionadas a direito ambiental, onde em contextos “de grandes barragens e projetos infraestruturais, a Corte se mostrou incapaz de alcançar consistência no peso atribuído ao impacto dos projetos nos grupos afetos”. De modo que, para Surendranath, em essência, o texto constitucional se traduz “naquilo que qualquer juiz diz que ele é”⁵⁵.

Em que pese a consistente abordagem crítica, Surendranath não deixa de ver na experiência indiana de construção judicial de parâmetros de respeito e proteção da dignidade um saldo geral positivo. Em alguma medida, portanto, “o cometimento normativo das cortes indianas com a dignidade permitiu pelo menos a expansão do direito à vida e a liberdade pessoal”⁵⁶.

Outro autor que, apesar de reconhecer o papel histórico e social que a Suprema Corte indiana possui, segue na mesma linha de apresentar

54 SURENDRANATH, 2016, p. 797, tradução nossa.

55 SURENDRANATH, 2016, p. 797, tradução nossa.

56 SURENDRANATH, 2016, p. 799, tradução nossa.

críticas e preocupações quanto a esse modelo “justiciocrático” indiano é Balakrishnan Rajagopal, professor no Centro de Estudos e Planejamento Urbanos do MIT.

Rajagopal busca identificar as limitações e preconceitos subjacentes à prática judicial da Suprema Corte da Índia no que diz respeito à promoção dos direitos humanos e ao desenvolvimento social na Índia. Para o autor, muito resumidamente, duas são as principais causas desses problemas: primeiro, a proveniência dos juízes da Suprema Corte e seu envolvimento nas políticas do Estado indiano; segundo, as próprias deficiências da assimilação indiana do discurso internacional dos direitos humanos, com sua preferência pelos direitos de cunho civil e político, em detrimento dos sociais e econômicos.

Em artigo intitulado “*Pró-direitos humanos, mas anti-pobre?*”, Balakrishnan Rajagopal elucida, dentre outros temas, a relação entre os movimentos sociais e a Suprema Corte da Índia, bem como as persistentes preferências desta, apesar de todos os avanços, para uma tutela de direitos civis em detrimento de direitos sociais.

Segundo o autor, desde o início de sua fase ativista, os movimentos sociais vêm dependendo da Corte, voltando-se em sua direção em busca de reparação e obtendo respostas impressionantes. A Suprema Corte introduziu a noção de devido processo legal na jurisprudência indiana, expandiu o sentido do direito à vida sob o Artigo 21, de modo a incluir o direito à subsistência e ao meio ambiente, judicializando o que seriam, constitucionalmente, princípios diretivos, como o direito fundamental à educação, defendendo os direitos dos empregados e avançando a justiça de gênero, bem como pela introdução de inovações procedimentais, como o de supervisão mandamental, e da formação de comissões fiscalizadoras constituídas pela própria Corte. Contudo, continua o autor, é hoje cada vez mais reconhecido que o impacto das decisões da Suprema Corte da Índia na realidade não é consistente, além de questões envolvendo a falta de legitimidade democrática e o “juristocracismo” consequentes de sua postura ativista⁵⁷.

57 RAJAGOPAL, 2007, pp. 157-158.

4.5 Confrontação com a realidade social e insuficiências do modelo judicial de promoção de direitos nas críticas radicais de Ranbir Singh, de Dhavan e de Shankar

Ranbir Singh, professor e vice-chanceler fundador da Universidade Nacional de Direito de Delhi, coloca em contraste o discurso dos direitos humanos na Índia, especialmente aquele consolidado na Constituição de 1950, para com a situação da população indiana, especialmente aquela localizada em segmentos mais pobres e excluídos. Muitos de seus escritos focam em analisar de que maneira o abismo entre discurso e realidade na temática dos direitos humanos poderia ser superado ou encurtado na Índia, bem como a importância de efetivamente sê-lo. Assim, ao refletir sobre o próprio direito à existência autenticamente humana no contexto da sociedade indiana, ele o compreende como o direito à existência digna e, a partir daí, disferre sua contundente radiografia da situação paradoxal atual:

O direito humano mais importante a meu ver, o qual verdadeiramente embeberia e nutria a cultura da civilização dos direitos humanos no mundo, é o direito a ser humano. E, no entanto, os problemas acerca de direitos humanos começam com o ser humano ele próprio, seja escravidão, trabalho em servidão, subordinação da mulher, abuso de crianças, morte por custódia e outros maus sociais, a lista é praticamente infinita. O problema das violações dos direitos humanos surge porque nós vivemos em uma sociedade exploradora, onde uma pessoa, em razão de sua posição, poder, classe, dinheiro ou qualquer outro fator; tem a tendência de explorar outro ser humano⁵⁸.

Ranbir Singh faz uma dura análise sociológica da precária relação entre direitos humanos e democracia em países subdesenvolvidos, onde, para numerosos milhões, “valores como liberdade e dignidade humana têm interesse meramente acadêmico”. Para esses representantes da maioria da raça humana, “o problema central é o problema de conseguir o suficiente para comer”, não importando se com isso se abdica das liberdades civis e políticas⁵⁹.

58 SINGH, 1998, p. 114, tradução nossa.

59 SINGH, 1998, p. 115.

O tom denunciativo de Ranbir Singh revela a dura realidade social ainda permanente na Índia emergente, apesar de todo esforço, insuficiente, por enquanto, da Suprema Corte indiana. Para ele, frente à extrema pobreza, ainda presente para boa parte da população, o que têm a Índia e demais países que convivem com essa realidade são “Constituições de papel”, “uma esperança”, que “precisará cumprir suas promessas”, muito embora a “constituição real” do “*quarto mundo* dentro do terceiro mundo”, da realidade dos “negligenciados abaixo da linha da pobreza” se estruture em torno do fato de que “as parcelas exploradoras da sociedade” saibam muito bem “que o medo da fome e suas condições correlatas são os melhores meios para manter as parcelas exploradas sob controle”⁶⁰.

Em alguma medida, estudos críticos como o de Ranbir Singh encontraram algum eco na experiência da Suprema Corte e, ainda que indiretamente, contribuíram para impulsionar uma postura ativista socialmente engajada, iniciada nas décadas de 1980 e 1990. O próprio Ranbir cita Prafullachandra Bhagwati, que foi o décimo sétimo presidente da Suprema Corte da Índia, durante esse período de maior engajamento⁶¹.

A obra crítica de Ranbir Singh vem influenciando também a intelectualidade jurídica indiana, como é o caso de Rajeev Dhavan, comissário da Comissão Internacional de Juristas, representando a Índia. Em artigo sobre o tema, Rajeev Dhavan contrasta o discurso jurídico indiano sobre problemas sociais e problemas econômicos do país, com vistas a identificar suas deficiências.

Dhavan assevera a separação constituinte entre direitos civis e políticos de um lado, e direitos econômicos e sociais de outro, no contexto constitucional indiano, de certo modo espelha a distinção entre direitos fundamentais, previstos na Parte III do texto constitucional, e princípios diretivos de política estatal, previstos na Parte IV. Para Rajeev Dhavan, restringir a justiciabilidade ao primeiro grupo é um equívoco histórico. As-

60 SINGH, 1998, p. 116.

61 Bhagwati é indicado por muitos juristas indianos como um dos principais juízes responsáveis pela consolidação do ativismo judicial da Suprema Corte da Índia e, de todo modo, o principal responsável pelo desenvolvimento do que se apelidou “jurisprudência epistolar” no sistema de jurisdição constitucional indiano: a abertura de processos jurídico-constitucionais embasados em denúncias escritas em carta por parte de cidadãos. Da mesma geração de Amartya Sen, podemos dizer então que Bhagwati se esforçou por introduzir, no campo da então positivista análise judicial, as mesmas variáveis sociais de liberdade e dignidade que o prêmio Nobel se esforçou por introyetar no debate econômico, ver: SINGH, 1998, p. 116.

sim, em razão das condições efetivas da Índia, os juízes têm duas opções: ou esperar o sistema se redimir, o que o autor acredita ser muito improvável, ou o ativismo judicial, efetivando direitos de caráter social, econômico e cultural⁶².

Shylashri Shankar, professora do Centro para Pesquisa em Políticas Públicas de Nova Delhi, também expressa uma postura mais radicalmente crítica e, por consequência, menos propensa a ver no construtivismo judicial o caminho para a construção de uma sociedade de respeito a direitos de dignidade.

Em artigo que faz parte de um livro que propõe o estudo comparado da atuação das cortes constitucionais na Índia, Brasil e África do Sul, Shankar buscou apresentar o contexto social, normativo, histórico e institucional de funcionamento da Suprema Corte da Índia para daí traçar críticas que alcançam mais que a Corte e chegam à própria Constituição indiana. Em sua análise, três características da compreensão constitucional indiana se destacariam diante, por exemplo, da possibilidade jurídica de “detenção preventiva como ato ordinário do poder legislativo em tempos de paz”: “(i) Direitos fundamentais são interpretados como presentes do Estado, podendo ser limitados; (ii) o Estado é uma entidade benevolente; e (iii) não havia necessidade para que as cortes fiscalizassem o conteúdo ou requisitos da detenção preventiva”. Caso esse que manifestaria, para Shankar, o tremendo poder discricionário concedido pela Constituição ao executivo e ao legislativo. Discricionariedade essa que acabaria por suscitar interpretações conflitantes do sentido constitucional. Ao mesmo tempo que se invoca “um papel forte para o Estado em sua missão por trazer justiça social para as castas historicamente mais oprimidas”, permite-se “a promulgação de leis draconianas em ordem a promover uma forte proteção dos cidadãos contra aqueles que ameaçam a segurança estatal”⁶³.

Interessante verificar que, apesar do forte ativismo presente na cúpula judicial indiana, a informação trazida por Shankar é no sentido de que essa forte presença construtivista da Corte na jurisdição constitucional não alcança a capacidade de exercer um controle mais presente sobre os poderes executivo e legislativo. A isso se somam resquícios de autoritarismo do poder executivo previstos no próprio texto constitucional, segundo a

62 DHAVAN, 1997, p. 168.

63 SHANKAR, 2013, pp. 109-110, tradução nossa.

autora. Ademais, é bastante significativo o relato que faz sobre a concepção subjacente na Constituição indiana de que direitos humanos são um “presente” dado por um Estado “benevolente” aos cidadãos. Daí, conclui, causticamente, que essa compreensão não surpreenderia em razão da origem política da Constituição Indiana, um “produto da administração colonial e das novas elites políticas”⁶⁴.

4.6 Propostas e um sentido propriamente indiano para o direito os direitos humanos e o pensamento constitucional, em Patnaik, Singhvi e Prasad Vishnu

O professor do departamento de Ciências Políticas da Universidade de Mizoram, J. K. Patnaik, procura construir uma história dos direitos humanos, para localizar seu desenvolvimento na Índia. Suas conclusões abordam as dificuldades dos países do Terceiro Mundo para com a versão ocidentalizada a respeito dos discursos dos direitos humanos, bem como dos possíveis impactos nocivos da imposição desse discurso por meio da articulação da comunidade internacional, sem a devida contextualização.

Patnaik pondera que, apesar da capilarização do conceito de direitos humanos no século XX, suas origens se encontram, mesmo na Índia, na antiguidade; aí inclusos os pensadores indianos Parasara e Kautilya, os quais, segundo ele, tentaram proteger os direitos dos indivíduos e a dignidade dos cidadãos de maneira metódica, por meio da prescrição de uma série de deveres aos governantes⁶⁵.

Patnaik discute a desconfiança dos países de Terceiro Mundo quanto ao discurso de direitos humanos sustentado pelos países ocidentais. Segundo o autor, é comumente acreditado que tais países se utilizam das violações de direitos humanos nos países em desenvolvimento para avançar seus interesses econômicos, ignorando tais violações nas nações em que suas preocupações econômicas estão asseguradas. Para o autor⁶⁶, tal postura leva à crescente pauperização da população e dificulta a abertura da economia, minando, concomitantemente, a causa econômica e a causa dos direitos humanos.

64 SHANKAR, 2013, p. 112, tradução nossa.

65 PATNAIK, 2004, p. 500.

66 PATNAIK, 2004, pp. 508-509.

Por outra parte, Abhishek Singhvi, advogado sênior perante a Suprema Corte da Índia e PhD pelo Trinity College, também partindo da contextualização da tradição constitucional indiana, propõe uma análise sistemática dos direitos individuais, conforme positivados constitucionalmente e desenvolvidos jurisprudencialmente na Índia. Assim como outros juristas indianos, dá especial atenção, nesse debate, aos casos formadores de precedentes judiciais em torno do artigo 21 da Constituição, em suas várias ramificações construídas em razão do ativismo judicial da Suprema Corte da Índia.

Em sua análise, o autor acentua a disparidade entre o declarado e o realizado como uma das principais questões a se enfrentar na experiência constitucional indiana. Afinal,

ainda que a Índia tenha um rol impressionante de direitos individuais, suportados por mecanismos institucionais de efetivação, a promessa e sua realização são frequentemente divididos por um abismo que quase sessenta anos de republicanismo constitucional falhou em eliminar⁶⁷.

Para Abhishek Singhvi, pode-se falar em uma matriz ideológica constitucionalista propriamente indiana. Primeiramente, tal matriz compartilharia com suas contrapartes judia, chinesa e greco-romana a noção de que o Estado, enquanto uma instituição moral, deve servir e responder aos direitos e liberdades dos indivíduos. Em segundo, a história indiana pré-britânica teria, ela própria, condições de embasar uma respeitável tradição constitucionalista, com apoio na noção de direitos individuais. Seria exemplo disso a jurisprudência hindu, fundada no conceito de *Dharma*, significando a supremacia da lei. Assim, as repúblicas hindus da antiguidade reconheciam, na visão do autor, alguns dos elementos básicos do constitucionalismo, subsumindo-se à supremacia moral da lei, à natureza vinculante dos procedimentos⁶⁸.

Nessa toada, Singhvi vê como positivo o protagonismo do artigo 21 da constituição (aquele que mais diretamente se refere à dignidade humana) como o “lugar” constitucional de construção jurisprudencial da proteção dos mais variados direitos básicos, ou na metáfora mobilizada pelo autor,

67 SINGHVI, 2009, p. 328, tradução nossa.

68 SINGHVI, 2009, p. 329.

“uma gigantesca loja de departamento, orgulhosamente mostrando inúmeros e diversos direitos, independentemente de sua realização operacional”. Dentre os seus produtos se incluíam proibições de punições cruéis, duração razoável do processo, combate ao trabalho em servidão e à pedofilia, posse de substâncias atômicamente ativas, direitos morais e direito ambiental. A partir dessa lista pouco coerente, ter-se-ia, contudo, a atuação concreta “contra a privação arbitrária da vida e da liberdade, impedindo excessos encontrados em ditaduras e estados policiais”, de modo que se possa concluir pelo “papel significativo da jurisdição constitucional na emergência da Índia como uma vibrante democracia”⁶⁹. Dito isso, Singhvi volta a ressaltar o contraste dessa experiência positiva com a discrepante realidade de situações de forte injustiça social e pessoal no contexto indiano, perspectiva essa que revelaria a dimensão idealista da lista de direitos abrangidos pelo artigo 21, muito embora semelhante idealismo não deixe de ser “parte do processo de agitação que gradualmente movimenta direitos sociais e econômicos, individuais ou coletivos, à arena de justiciabilidade e efetivação”⁷⁰. Sobre as formas específicas como na Índia se dá esse desencontro entre promessa e realização constitucional, Singhvi termina por oferecer significativo exemplo, relativo ao direito à educação.

Por fim, vejamos as considerações de Prasad Vishnu, professor assistente da National Law School of India University, Bangalore, que, em sua tese de doutorado, analisa a maneira pela qual os tratados internacionais de direitos humanos vêm sendo recepcionados no sistema jurídico-constitucional indiano. Especificamente sobre a dignidade e seu papel no direito constitucional indiano, Vishnu a considera a categoria jurídico-constitucional fundamental e nuclear da ordem constitucional indiana, em torno da qual o debate sobre vários outros direitos se organizaria, o que se fundamentaria no escopo extenso de significados possivelmente abrangidos pelo conceito de dignidade – indo desde direitos civis, relacionados à autonomia individual, ao usufruto de direitos econômicos, sociais e culturais – o que resultaria no imperativo de que o “direito a dignidade” seria sempre “compreendido contextualmente”, o que permitiria funcionar como guia para organizar o alcance e adequabilidade dos direitos humanos⁷¹.

69 SINGHVI, 2009, p. 344.

70 SINGHVI, 2009, p. 345, tradução nossa.

71 VISHNU, 2014, p. 257, tradução nossa.

Vishnu acaba por nos dar exemplos de como essa contextualidade (e também, diríamos nós, adequabilidade) se manifesta em questões concretas já devidamente assentadas na constitucionalidade indiana. Segundo o autor, em contexto dos direitos prisionais, “a dignidade pode significar e incluir a proibição da infligência de ferimentos ou tortura nos prisioneiros e detentos, ou a efetivação do direito dos prisioneiros a serem tratados com humanidade durante seu período de detenção”, o que implicaria “ambientes limpos, comida, água e roupas higienizadas, bem como instalações sanitárias separadas e adequadas”. No contexto do direito do trabalho, a dignidade significaria “acesso a condições justas e adequadas de trabalho, em instalações adequadas, com descanso, envolvimento dos trabalhadores nas decisões gerenciais”, bem como a permissão do direito de associação, “equiparação salarial, atenção às suas prioridades, perspectivas, planos e preocupações, e a aderência a leis de seguridade social”. Frente à dignidade humana, a morte de jovens “por se casarem fora de suas castas”, implicaria a criminalização qualificada dessas condutas ou a indenização civil pela “invasão dos direitos do casal”. Em suma, “o contexto se torna inevitavelmente importante para a compreensão das facetas do direito a dignidade, ainda que ‘respeito’ seja o elemento comum em todos os contextos”⁷².

5. Conclusão

As aberturas feitas no âmbito social pelo Estado indiano contemporâneo, com vistas à proteção dos direitos humanos e à garantia da dignidade da pessoa, ainda sofrem muitos obstáculos para tornarem-se efetivas na Índia. Um desses obstáculos consiste no alcance da ordem jurídica, porque, afinal, são nos pequenos povoados, cidades de difícil acesso e aldeias, que o direito indiano carece de efetividade, diante do peso de estruturas familiares e sociais de consolidação tradicional secular e milenar. Outro, diz respeito às múltiplas forças das heranças históricas da cultura indiana, marcada pela multirreligiosidade, em que hinduísmo, islamismo e tantas outras religiões se assomam ao mesmo tempo que concepções hierarquizadas e excludentes a respeito das interações humanas e resistem ao *ethos* igualitário da Constituição de 1950.

72 VISHNU, 2014, p. 258, tradução nossa.

Essa diversidade religiosa, como visto, não deixa de ter consequências normativas, o que, com o acréscimo do passado colonial indiano, só deixa mais complexa a normatividade na Índia, a encontrar no momento de independência e no processo constituinte subseqüente ponto de inflexão importante.

Nesse contexto, pode-se dizer que a Constituição da Índia estabeleceu, ao menos no plano da positivação jurídica, as condições de possibilidade para uma experiência constitucional de promoção dos direitos fundamentais. Questão que passa necessariamente pela discussão quanto ao papel da Suprema Corte do país. O que se dá, no plano do debate acadêmico indiano, generalizadamente pelo enfoque na valorização ou na negação da construção jurisprudencial da ordem constitucional indiana atual como experiência de progressivo respeito à dignidade e aos direitos humanos.

Para o mapeamento dessa discussão, recorreu-se à análise de uma diversificada amostragem da produção jurídico-acadêmica indiana. Constatou-se que linguagem intelectual do direito constitucional indiano se pauta pela centralidade, nas investigações e debates acadêmicos, da Suprema Corte da Índia e de sua prática. Da amostragem construída acerca da literatura constitucionalista indiana a esse respeito, concluiu-se que essa tendência de enfoque se desdobra em quatro linhas de abordagem (que por vezes se mesclam, principalmente no caso das duas últimas): uma primeira, mais apologética, caracterizada pela abordagem laudatória, tanto da constituição, quanto da jurisdição constitucional, quanto ainda da proteção de direitos humanos e da dignidade na Índia; uma segunda, de maior consistência científico-intelectual, perfilada numa crítica moderada, que busca reconhecer, ao mesmo tempo, os méritos e os problemas e desafios dessa tendência judicializadora do constitucionalismo indiano na promoção e proteção de direitos de dignidade; uma terceira tendência, pautada por uma abordagem jusfilosófica de busca por uma crítica radical e em alguns casos propriamente denunciativa acerca de experiência constitucional indiana de promoção de direitos humanos; e uma quarta, mais focada nos estudos sobre a existência de uma compreensão e configuração singular própria, por parte da cultura constitucional indiana, para os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Referências

- AGRAWAL, K. P. Protección de los Derechos Fundamentales en la India. *In: Anuário de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 2, Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- BAKSHI, P. M. *La Constitución de la Índia*. Presentación y coordinación de Rafael Iruzubieta Fernández. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2013.
- BALAKRISHNAN, K. G. *A Prática do Controle de Constitucionalidade nos dias de Hoje*. Palestra proferida no Supremo Tribunal Federal (Brasil) pelo Presidente da Suprema Corte da Índia, em 15 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Control_de_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2016.
- BAXI, Upendra. Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence. *In: CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- BAXI, Upendra. *The Future of Human Rights*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BAXI, Upendra. The State and Human Rights Movements in India. *In: MOHANTY, M.; MUKHERJI, P. N.; TÖRNQUIST, O. (eds.). People's Rights: Social Movements and the State in the Third World*. Nova Delhi: Sage, 1998.
- CAMPOS NETO, Antônio Augusto Machado. O Hinduísmo, Direito Hindu, o Direito Indiano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, pp. 71-111, jan./dez. 2009.
- CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- COELHO, Saulo de Oliveria Pinto. O Culturalismo Jurídico como superação não-reducionista do positivismo: uma componente pouco valorizada do giro linguístico do direito no Brasil. *Culturas Jurídicas*, v. 4, n.7, pp. 119-140, 2017.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

- DHAVAN, R. Promises, Promises...: Human Rights in Índia. *Journal of the Indian Law Institute*, v. 39, n. 2-4, pp. 149-185, 1997.
- FRANCAVILLA, Domenico. Las reformas del derecho de familia en india: el matrimonio de niños entre derecho hindú tradicional e intervención estatal. Universidad Externado de Colombia: *Revista de Derecho Privado*, nº 23, julio - diciembre de 2012, p. 26. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3301>>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.
- INGSBURG, Tom. Studying Japanese Law Because It's There. *American Journal of Comparative Law*, v. 58, pp. 15-26, 2010.
- LEGRAND, Pierre. Foreign Law: Understanding Understanding. *Journal of Comparative Law*, v. 6, n.2, pp. 67-177, 2011.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MELITÓN, Sergio Carrasco Álvarez. *El Hinduísmo en 84 conceptos*. s/d. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122817/127425_A5_El_%20hinduismo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 de janeiro de 2016.
- NAIPAUL, V. S. Índia: um milhão de motins agora. Trad. de S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- PATNAIK, J. K. Human Rights: The Concept and Perspectives: A third world view. *The Indian Journal of Political Science*, v. 65, n. 4, pp. 499-514, 2004.
- RADHAKRISHNAN, S. Development of Human Rights in an Indian Context. *International Journal of Legal Information*, v. 36, n. 2, pp. 303-331, 2008.
- RAJAGOPAL, B.. Pro-Human Rights but Anti-Poor? A Critical Evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective. *Human Rights Review*, v. 18, nº 3, pp. 157-187, 2007.
- SEN, Amartya. *India contemporânea: entre la modernidad e la tradición*. Trad. de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa Editorial, 2007.
- SHANKAR, S. *Descriptive overview of the Indian Constitution and the Supreme Court of India*. In: VILHENA, O.; BAXI, U.; VIJOEN, F. (eds.). *Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*. Johannesburg: Pretoria University Law Press, 2013.
- SINGH, C. Right to Life: Legal Activism or Legal Escapism? *Journal of the Indian Law Institute*, v. 28, n. 2, pp. 249-257, 1986.

- SINGH, R. Human Rights and the People of India. *Journal of the Indian Law Institute*, v. 4, pp. 114-120, 1998.
- SINGHVI, A. India's Constitution and Individual Rights: Diverse Perspectives. *The George Washington International Law Review*, v. 41, n° 2, pp. 327-360, 2009.
- SOFIA, Pasquale; THRESIAMMA, Paul Panikulangara. Origen y Desarrollo de la Constitución de la India. Un ejemplo de equilibrio entre tradición y laicismo. *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social e Política*. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocano, Universidad del Zulia, Vol. 16, n. 1, 2009.
- SRIPATI, Vijayashri. Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India: Looking back to see ahead (1950-2000). *American University International Law Review*, v. 14, n. 2, pp. 413-495, 1998.
- SURENDRANATH, Anup. Life and Personal Liberty. In: CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu. *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2012.
- VISHNU, P. R. *A Critical Study of Judicial Incorporation of International Human Rights into the Indian Legal System*. Tese – Universidade de Karnataka. Karnataka, 2014.

Recebido em 07 de junho de 2019.

Aprovado em 29 de abril de 2020.

A atuação de magistrados/as paulistas diante da oitiva de crianças vítimas de violência sexual intrafamiliar¹

*The performance of São Paulo magistrates towards the
hearing of intrafamily sexual violence children victims*

Eliana Mendes de Souza Teixeira Roque*
Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – SP, Brasil

Diene Monique Carlos**
Universidade Federal de São Carlos, São Carlos – SP, Brasil

Patrícia Lopes Salzedas***
Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – SP, Brasil

Maria das Graças Carvalho Ferriani****
Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – SP, Brasil

1 Apenas para fluidez da leitura, optou-se por manter o uso do gênero masculino ao longo do texto.

* Bel. em Direito. Mestre, Doutora e Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Membro do Núcleo de Estudos, Ensino e Pesquisa do Programa de Assistência Primária de Saúde Escolar. E-mail: jkroque@uol.com.br.

** Professora Adjunto do Departamento de Enfermagem da Universidade Federal de São Carlos. Mestre, Doutora e Pós-Doutora em Ciências pelo Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: diene_enf@hotmail.com.

*** Mestre e Doutora em Psicologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Psicóloga do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: patriciasalzedas@yahoo.com.br.

**** Professora Titular do Departamento Materno-Infantil e Saúde Pública da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Coordenadora do Núcleo de Estudos, Ensino e Pesquisa do Programa de Assistência Primária de Saúde Escolar. E-mail: caroline@erp.usp.br.

1.Introdução

No conceito ampliado de saúde, os agravos e as ameaças à vida, as condições de trabalho, as relações interpessoais e a qualidade da existência fazem parte do universo da saúde pública. Esse conceito ampliado de saúde abrange tanto as questões médicas como as condicionantes biomédicas, sociais, históricas e ambientais. Nesse contexto, nota-se que a violência afeta a saúde e frequentemente produz morte². Embora seja complexo e de difícil conceituação, o coronário da violência abrange relações, ações, negligências e omissões que ocasionam diferentes tipos de danos, num amplo espectro de modalidades.

O Brasil é um país que, apesar de possuir dispositivos legais avançados em atenção aos direitos da infância e juventude, apresenta uma realidade social com nítidas manifestações de aviltantes desigualdades, em que as inserções possíveis para as crianças e adolescentes separam, em modos de vida, aqueles que têm e os que não têm acesso. Privações são vividas, com cotidianos marcados por problemas de moradia, fome, desavenças nas relações familiares, escolarização precária, entre outros problemas pertencentes ao mundo externo à esfera doméstica, que se observam no contato com drogas, prostituição, discriminação e violência³.

Essa questão social colocada alterou as incumbências do sistema de justiça, diante de novas demandas legais, sobretudo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, requerendo que os operadores da Ciência do Direito buscassem auxílio nas Ciências Humanas e Sociais, com o objetivo de assessorar e subsidiar decisões e procedimentos jurídicos em situações nas quais tais conhecimentos técnico-científicos se fizessem necessários.

Acerca das respostas do Poder Judiciário à violência familiar contra crianças e adolescentes, esta pesquisa buscou aprofundar os conhecimentos diante da ocorrência da violência sexual intrafamiliar e as operacionalizações do sistema de justiça. Justifica-se este trabalho, desde que suas reflexões, estudos e propostas de ação possam servir de embasamento para que os movimentos sociais e os organismos responsáveis pelas políticas públicas repensem seu entendimento e sua ação em relação ao tema, iden-

2 BRASIL, 1987.

3 ROQUE, 2006.

tificando e avaliando estratégias que possam facilitar a promoção da saúde nas famílias.

Se uma situação de violência intrafamiliar, ocorrida contra uma criança ou adolescente, sofrer intervenção judicial, o fato materializa-se em um processo judicial.

Com foco no sistema de justiça e na oitiva da criança vítima de violência sexual, esta pesquisa trouxe a seguinte questão: há preparo dos juizes de direito para verbalizar sobre questões da sexualidade humana em sua prática cotidiana de trabalho com crianças, na esfera de poder que ocupam?

Os objetos de investigação foram os modelos utilizados pelos operadores do sistema de justiça, especialmente os juizes de direito, para a realização da oitiva da criança vítima de violência sexual intrafamiliar. O interesse por essa temática decorre por ser a violência sexual uma das que mais reações emocionais provocam na esfera forense, em seus profissionais, sob a égide da indignação moral. A questão que se apresenta é: quais seriam os procedimentos e ações forenses que efetivamente poderiam contribuir para minimizar o sofrimento de crianças que sofrem violência sexual intrafamiliar?

Destaca-se que as crianças vítimas de violência sexual, ouvidas no Tribunal de Justiça do Estado São Paulo (TJSP), geralmente, são atendidas por equipe interprofissional do Juízo, composta de psicólogos e assistentes sociais. São realizadas avaliações acerca da criança e seu contexto social e psicológico, o que conduz a possíveis encaminhamentos à rede de apoio socioassistencial e de saúde de um município, o que nem sempre garante todo o necessário para aplacar o sofrimento daqueles infantes, razão que levou à eleição desse tipo de violência para a composição do recorte deste estudo, cuja relevância analisa a visibilidade do sistema de justiça, enquanto estrutura de poder específico do sistema legal, desvendando conteúdos existentes do lugar do judiciário que possam afetar crianças e adolescentes na situação de vítimas.

No que se refere aos comportamentos de abuso sexual contra crianças, a literatura registra diferentes formas de abordagem, como o aliciamento da criança para propósitos sexuais via *web*, comportamentos sem contato físico, tais como exposição, exibicionismo e voyeurismo, uso da criança na exibição de imagens e filmes pornográficos, fotografias pornográficas, uso de linguagem referente a sexo inapropriada no trato com a criança, insistência para que a criança se vista de maneira sexualmente excitante

para o agressor sexual, nudez, observação da criança se despindo ou utilizando o banheiro, e comportamentos com contato físico, como excitar a criança com toques e carícias, tocar os genitais ou as partes íntimas de uma criança para prazer sexual, fazer a criança tocar o genital de outra pessoa, masturbar a criança, fazer com que ela masturbe o abusador ou que ambos se masturbem, sexo oral (felação ou cunilíngua na criança, no abusador ou mútuas), ejacular na criança, penetrar o ânus ou a abertura retal com os dedos ou com o pênis (sodomia), expor a genitália deliberadamente⁴. Dentre outras, conforme o apregoadado na Lei nº 13.431/2017⁵.

Em função da especificidade da fase de crescimento e desenvolvimento em que se encontram, as crianças são potenciais vítimas de violência sexual, cujas consequências se manifestam a curto, médio e longo prazo, tais como alterações no desenvolvimento físico, emocional e cognitivo, na convivência social e nas habilidades para manter relações íntimas saudáveis⁶. Os casos de violência sexual intrafamiliar, praticados contra a criança, chegam ao sistema de justiça por intermédio do Conselho Tutelar, da Delegacia de Polícia (ao remeter o inquérito policial ao Ministério Público), ou em pedidos de guarda, regulamentação de visitas, suspensão ou destituição do poder familiar em que a temática aparece no decorrer do processo.

A Lei nº 8.069/1990 (ECA), e o Código Civil de 2002 passaram a valorizar a escuta da criança. Os princípios da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989), consolidados na legislação brasileira, permitiram que elas passassem a expressar suas opiniões sobre fatos que se referissem diretamente a respeito de suas vidas. A Lei nº 12.650/2012, alterou o Decreto-Lei nº 2.848/1940, do Código Penal, com a finalidade de modificar as regras relativas à prescrição dos crimes praticados contra crianças e adolescentes, modificando o Art. 111, acrescido de inciso V nos crimes contra a dignidade sexual de infantes⁷.

O Art. 28, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸, em redação modificada pela Lei nº 12.010/2009, traz a hipótese de considerar a opinião da criança. A oitiva da criança nos processos criminais, em que se

4 FÜRNISS, 1993.

5 BRASIL, 2017.

6 SPINNEY, 2013.

7 BRASIL, 2012.

8 BRASIL, 1990.

apura a existência de violência sexual, visa produção da prova de autoria e materialidade em face de escassos elementos na instrução processual, com a finalidade de obter a condenação ou absolvição do/a suposto/a agressor/a sexual, recaindo na criança uma responsabilidade para a qual ela não está preparada, o que pode levar a revitimizá-la.

Na esteira das discussões sobre o tema, as crianças ainda estão sujeitas a múltiplas e repetidas oitivas. “O ato de autoridade competente indagar da testemunha o que ela sabe acerca de determinado fato que tenha presenciado ou do qual tenha tomado conhecimento, com particular vulnerabilidade e necessidade de proteção, inclusive diante do modelo adversarial da justiça”⁹, ocorrendo repetidas vezes, aponta para a necessidade de se repensar os modelos de estruturação de tal rito. A linguagem utilizada pelo(a) entrevistador(a) tem mostrado ter significativa importância no momento da escuta da criança acerca de situações de violência sexual, e a Lei nº 13.431/2017 estabeleceu parâmetros para a colheita de depoimento de crianças e adolescentes testemunhas e vítimas de vários tipos de violência, o que inclui a violência sexual. Antes disso, a implantação do depoimento sem danos, posteriormente denominado depoimento especial na referida lei, já buscava tornar o momento da oitiva de crianças e adolescentes procedimentos não revitimizantes.

Em 2020, a *Childhood* Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF) e o *National Children’s Advocacy Center* lançaram o “Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense com crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência”¹⁰, com a finalidade de oferecer um método de tomada de depoimento especial, consequência da implantação da Lei nº 13.431/2017. Não ficou explicitado na citada lei qual ou quais profissionais devem realizar a escuta de crianças vítimas e testemunhas de violência sexual no contexto forense, durante o depoimento especial, o que manteve a prerrogativa de magistrados em fazê-lo se assim entenderem. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Provimento CG nº 17/2018, estabeleceu que os depoimentos especiais com crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência fossem realizados por seus assistentes sociais e psicólogos judiciários¹¹. Além disso,

9 DE PAULO, 2005, p. 190.

10 DOS SANTOS; GONÇALVES; ALVES JÚNIOR, 2020.

11 SÃO PAULO, 2018b.

o Comunicado Conjunto nº 1948/2018, da Corregedoria Geral da Justiça e da Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), estabeleceu recomendações quanto à dinâmica do protocolo do depoimento especial adotado no judiciário paulista¹². Em 2018, em grupo de estudo sobre Depoimento Especial, composto por assistentes sociais e psicólogos do TJSP, foram realizadas reflexões a respeito da temática, que resultaram em artigo¹³, revelando o histórico de implantação do depoimento especial no TJSP Paulo e reflexões necessárias frente a esse formato de escuta de crianças e adolescentes.

Para efetivar este estudo, buscou-se um referencial teórico pautado no modelo dos sistemas ecológicos do desenvolvimento humano¹⁴, cuja perspectiva considera a pessoa em desenvolvimento, o ambiente e, especialmente, a interação desenvolvvente entre ambos. Pertinência encontrada, pois violência, qualquer que seja ela, não pode ser explicada por modelos teóricos deterministas ou unidimensionais, os quais atribuem à causalidade linear justificativas para o fenômeno. Igualmente, uma análise da perspectiva dos sistemas de justiça requer uma abordagem mais relativista, levando em consideração a natureza do contexto que as determinou, uma vez que o ponto crucial do argumento é o fato do desenvolvimento só ser entendido em seus contextos histórico, cultural e interpessoal, não sendo suficientes apenas as referências pertinentes aos aspectos da pessoa na sua subjetividade.

Envolve estudo da acomodação progressiva mútua, entre um ser humano ativo, em desenvolvimento, e as propriedades mutantes dos ambientes imediatos em que a pessoa em desenvolvimento vive, conforme esse processo é afetado pelas relações entre esses ambientes e pelos contextos mais amplos em que os ambientes estão inseridos¹⁵.

Essa teoria considera as inter-relações complexas entre os sujeitos em desenvolvimento e os contextos nos quais eles estão situados, descritos em quatro núcleos do sistema ecológico: pessoa – compreendida em suas ca-

12 SÃO PAULO, 2018c.

13 SÃO PAULO, 2018a.

14 BRONFENBRENNER, 1996.

15 BRONFENBRENNER, 1996, p. 18.

racterísticas biológicas, físicas, psicológicas em interação com o ambiente; processo – é como se dá a interpretação das experiências, interações e o ambiente no qual se desenvolve; contexto – são os sistemas contextuais; tempo – é o cronossistema relacionado à pessoa e seus processos proximais que avançam com o tempo e à passagem dele no sentido do contexto histórico¹⁶.

Considerando a escassez de trabalhos científicos, que tenham como sujeitos magistrados na interface com a violência sexual intrafamiliar contra crianças, e a importância dessa autoridade na sociedade brasileira, os objetivos desta pesquisa ativeram-se em conhecer e analisar a percepção de juizes de direito quanto à oitiva da criança vítima de violência sexual intrafamiliar, considerando modelos e conceitos trazidos pelo magistrado, que embasam sua classificação, tipificação e descrição da violência sexual cometida contra crianças. A base teórica para a compreensão dos achados foi o contexto ecológico de desenvolvimento humano.

2. Método

Quanto ao percurso metodológico desta pesquisa, utilizou-se a abordagem qualitativa, uma alternativa que permitiu compreender a realidade expressa pela violência intrafamiliar e o sistema de justiça.

A pesquisa qualitativa é a que se aplica ao estudo da história, das relações, das representações, das crenças, das percepções e das opiniões, produtos das interpretações que os humanos fazem a respeito de como vivem, constroem seus artefatos e a si mesmos, sentem e pensam¹⁷.

Teve como campo o TJSP, em duas comarcas situadas em municípios paulistas, e os sujeitos do estudo foram juizes de direito. A amostra foi composta a partir dos seguintes princípios de inclusão: (i) seleção das comarcas: a primeira em função do fato de ter sido nesta a realização de estudos anteriores de doutorado; e a segunda, por ser ela sede de circunscrição a que pertence a primeira, localizada em um município de grande desenvolvimento econômico e social na realidade brasileira, interessando

16 BRONFENBRENNER, 1996.

17 MINAYO, 2014, p. 57.

coletar nesta, já que a incidência de processos que tratam de ocorrências de violência é alta, com possibilidade de pesquisa nas varas com competência criminal e de infância e juventude, para observar com melhor amplitude a questão; (ii) considerada a autorização para a pesquisa, exarada da sua mais alta direção da instituição, a administração das duas comarcas forneceu uma lista com o número de magistrados que se incluíam nesses princípios; (iii) destes, foram selecionados aleatoriamente 15 magistrados para serem entrevistados mediante entrevistas semiestruturadas com questões norteadoras, gravadas em mídia de áudio e vídeo, não contemplando a equidade entre os sexos feminino e masculino; (iiii) 12 sujeitos aceitaram participar da pesquisa por meio da assinatura do termo de consentimento livre e esclarecido; (iiiii) foram considerados os aceites, mas buscou-se por um número suficiente, até que houve reincidência das informações, o que foi contemplado pelos 12 entrevistados, possibilitando uma discussão rigorosa das questões da pesquisa.

A amostra não buscou privilegiar uma representatividade numérica e sim um aprofundamento da temática e abrangência da compreensão do grupo pesquisado, responsáveis diretos por ouvir a vítima de violência sexual intrafamiliar, procedimento este que remete ao superior interesse da criança, considerada pela legislação brasileira pessoa em fase especial de desenvolvimento.

Os doze juízes de direito, foram entrevistados individualmente e as mídias de áudio e vídeo foram tomadas no gabinete específico de cada juiz, sendo que a duração das entrevistas demandou tempo de 40 a 50 minutos cada uma. As entrevistas ocorreram no ano de 2012. Para garantia da privacidade, as entrevistas foram nomeadas com a letra J e numeradas na sequência cronológica em que foram realizadas (J1, J2 e assim sucessivamente).

Como instrumento de coleta de dados, foi utilizada a observação livre e entrevistas semiestruturadas, técnicas mediante as quais pôde-se destacar atenção a um conjunto de singularidades em atos, atividades e significados. Os instrumentos de coleta de dados possibilitaram um contato estreito do pesquisador com o fenômeno em estudo, permitindo abrangência de informações do cotidiano do juiz de direito, que surgiram durante o processo de trabalho de campo.

Seu registro ocorreu em um diário de campo, que forneceu subsídios para a descrição e análise do objeto estudado. As entrevistas semiestrutu-

radas foram realizadas mediante o estabelecimento de um roteiro prévio de perguntas, com vistas a obter informações, constituindo-se num processo de interação intersubjetiva e social elaborado, tomando-se por base o objeto de estudo, temática e literatura sobre metodologia de pesquisa. As questões norteadoras foram pautadas no seguinte roteiro:

- quais as principais dificuldades que Vossa Excelência vem enfrentando decorrentes da oitiva da criança e adolescente, são as relativas à decisão de ouvi-las, as que se referem às modalidades de oitiva, as que são criadas a partir da sequência da oitiva, ou outra?
- qual seu pensamento a respeito da questão?
- há preparo dos juízes de direito para verbalizar sobre questões da sexualidade humana em sua prática cotidiana de trabalho com crianças, na esfera de poder que ocupam?

Os aspectos éticos foram conformados no fiel cumprimento à Resolução nº 466/2012 (sobre pesquisa envolvendo seres humanos), tendo sido o projeto de pesquisa analisado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (EERP/USP), e aprovado sob o Protocolo nº 1382/2011.

Para a análise dos dados, utilizou-se a técnica de análise de conteúdo, modalidade temática¹⁸. Essa modalidade consiste em descobrir os núcleos de sentido que compõem uma comunicação, cuja presença signifique algo para o objetivo analítico visado. Descobertos os eixos em torno dos quais estavam os conteúdos expressos pelos sujeitos entrevistados, temáticas foram definidas e serviram para classificar e compreender os depoimentos em geral.

Categorias foram elencadas mediante uma operação de classificação de elementos constitutivos de um conjunto, por diferenciação e seguidamente por reagrupamento. As categorias são resultantes de grupos de unidades de registro que se reúnem em agrupamentos em razão dos caracteres comuns de seus elementos.

Para cada material emergido das entrevistas, para cada código ou cada conteúdo, foi encontrado um sentido suplementar, que ajudou na clarificação da “sintaxe” ou “gramática” que ficou sobreposta à sintaxe ou à gramática conhecida do código, sendo considerados os significados literais e simbólicos das falas, simultaneamente.

18 BARDIN, 1977.

3. Resultados/discussão

3.1 Caracterização dos sujeitos

Doze juízes de direito participaram deste estudo. Eles são bacharéis em direito, concursados, e nos moldes determinados pela Constituição Federal Brasileira, são órgãos do Poder Judiciário – Art 92. CF/1988¹⁹ – e dizem o direito em nome do Estado, com função precípua de julgar os conflitos de interesses por intermédio do processo, que enquanto procedimento de justiça é o conjunto de atos legalmente ordenados para apuração de fato de autoria e exata aplicação da lei. Para julgar, há necessidade de estarem presentes os requisitos processuais subjetivos (porque dizem respeito à pessoa) relativo ao juiz, quais sejam: investidura, competência e imparcialidade. Na estrutura do Poder Judiciário, o magistrado tem função constitucional de aplicar a lei de forma coativa, constituindo-se instrumento concretizador das liberdades civis e das franquias constitucionais, julgando conflitos de interesses individuais ou coletivos, o que ocorre dentro dos Tribunais.

A divisão do Estado para a administração da justiça é feita por circunscrições judiciárias, comarcas e distritos, em fóruns localizados em todos os municípios do território nacional, em cuja estrutura interna distinguem-se dois tipos básicos de atividades: aquelas destinadas a realizar as funções específicas da organização dos processos e as atividades necessárias à administração.

As comarcas possuem Varas, que respondem mediante seus juízes, por juízos específicos cíveis, criminais, infância e juventude, idoso, família e sucessões, entre outros.

O Poder Judiciário paulista configura-se com varas específicas. Essas varas são conduzidas por um magistrado, que contam com escreventes, equipes interdisciplinares, oficiais de justiça, entre outros funcionários, que operam seus serviços de acordo com as normas oriundas do TJSP. Essas normas incluem provimentos, recomendações, etc., que estabelecem procedimentos operacionais que são seguidos na consecução dos processos, em que cada serventuário tem uma função específica. Nesse contexto, os magistrados ocupam a condução dos serviços da justiça e suas decisões,

19 BRASIL, 1988.

ao mesmo tempo encontram limitações quanto ao seu espectro de atuação frente a novas e atuais demandas que vão se colocando na dinamicidade da sociedade, o que aponta para a necessária reflexão contínua e surgimento de novos paradigmas, que possibilitem ação aprimorada frente a demandas sociais emergentes.

Os juízes desta pesquisa pertencem ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/Brasil. Destes, quatro mulheres e oito homens, com idades entre 35 e 50 anos. Possuem mínimo de cinco anos e máximo de 20 anos o tempo de investidura do cargo na magistratura brasileira. Três deles são possuidores de pós-graduação, acrescida de mais de uma formação acadêmica, além do bacharelado em Direito. Dois acumulam funções de coordenação, direção e juízo eleitoral.

Durante a consecução deste estudo observou-se a formalidade do ambiente de trabalho de magistrados nas salas de audiência.

3.2 Categorias empíricas

Os resultados deste estudo apontaram para a categoria “Falta de preparo” e a subcategoria “Suporte aos juízes de direito”.

3.2.1 Falta de preparo

Por meio desta categoria empírica emergiram questões da jurisdição, e a relação do trabalho do magistrado com promotores de justiça, cuja função é essencial à justiça como um todo, o que inclui a infância e juventude, conforme os Arts. 127, 128, 129 e 130 da Constituição da República Federativa do Brasil²⁰. Além disso, citaram o cartório e seus funcionários, os escreventes, além de fazerem referência aos oficiais de justiça e às equipes interprofissionais como seus assessores diretos. Observou-se, portanto, que várias categorias profissionais operacionalizam a justiça em interfaces com o juiz, e que também impactam no atendimento oferecido a crianças vítimas de violência sexual intrafamiliar durante todo o percurso da criança dentro da esfera forense. Assim, a realização do trabalho com as crianças no judiciário pode esbarrar em dificuldades quando esses vários profissionais envolvidos não apresentarem preparo suficiente e adequado

20 BRASIL, 1988.

para o atendimento da infância e suas demandas específicas, oriundas da fase de desenvolvimento em que ela se encontra. Destaca-se que o Art. 227, da CF/1988²¹, traz a criança como prioridade absoluta, e o ECA soma a esse princípio da CF/1988 a necessária avaliação do melhor interesse da criança, o que mostra a urgência de que a criança seja atendida em varas especializadas em que a infância possa ser contemplada em sua integralidade, a fim de não revitimizá-la.

A partir dos relatos, identificou-se que as dificuldades do atendimento à criança no judiciário não está apenas no momento da oitiva e sim em um amplo espectro de fazeres e situações que a envolvem durante todo seu percurso processual.

Quanto ao papel do magistrado, surgiram as seguintes unidades de significado: “O juiz, diz o direito” [J1], “é protagonista da magistratura” [J5], “juiz não é um mero aplicador da lei” [J6], “juiz é agente de cidadania, pacificador de conflitos, dá a cada um o que é seu, distribui justiça, faz o bem comum, repara o erro que houve na sociedade” [J7]. A partir dessa visão do próprio trabalho, assinalaram que o preparo técnico para interpretar o direito não é suficiente aos magistrados, diante das questões postas na atualidade que envolvem a infância e juventude, havendo necessidade de que antes de dar a última palavra, o juiz possa compartilhar parâmetros da sua decisão com outros entes da sociedade, o que inclui diálogo com a rede socioassistencial e de saúde do município específico, numa nova ordem social que funcione em rede.

Deve-se salientar que a cultura jurídica que se formou no Brasil sofreu a influência da colonização portuguesa e do liberalismo patrimonialista, o que traz aos seus atuais operadores do direito marcas oriundas de tal consolidação²². Ressalta-se a importância da renovação crítica da historicidade jurídica, da imperiosa necessidade da explicitação dos significados das suas formas simbólicas construídas e da necessidade da superação do modelo tradicional da racionalidade tecnoformal pelo modelo crítico da racionalidade emancipatória²³.

Sem pretender realizar, neste artigo, uma análise pontual da cultura jurídica brasileira, importa descrever seus enunciados que servem como

21 BRASIL, 1988.

22 WOLKMER, 2003.

23 WOLKMER. 2003.

modelo nas ações dos juízes, indicando possibilidades de vinculações ideológicas em tais bases, suas características e direções, considerando que todos os processos envolvem sujeitos concretos que exigem do Judiciário um modelo de atenção que evoque tal complexidade. O modelo jurídico que aparece nessa categoria é pontuado pela estatalidade (centralização do poder no nível do Estado) e racionalidade formal, caracterizada pelo pensamento jurídico que abandona a justificação material e se pauta em considerações formais e convicção pessoal como base. Nas relações de poder, o papel essencial do direito é o de fixar a legitimidade do poder²⁴. O trabalho do juiz apresenta-se como uma ação sobre as ações, em que as relações de poder se tornam melhor observáveis por meio da disciplina, pois refletem o comando e o comandado. Assim, a hierarquia formal e legítima da metodologia de trabalho do Poder Judiciário torna desafiadora a implementação de ações interdisciplinares que o envolvam. Para uma efetiva atualização de suas práticas, observou-se a necessidade de desconstrução dessa longa lógica descrita, em nome das necessidades da infância e juventude que chegam a essa esfera de competência.

A categoria em tela coloca o domínio da opinião pessoal como base. Emergiram das falas dos juízes entrevistados questões do dizer o direito com significados variados, mas sempre pautados no fato dos magistrados não serem preparados técnica e cientificamente para as dificuldades decorrentes da oitiva da criança vítima de violência sexual intrafamiliar, num amplo espectro de situações dificultadoras, seja as relativas à decisão de ouvi-las, as que se referem às modalidades de oitiva, e ainda as criadas a partir da sequência da oitiva.

Percebo que é muito difícil me fazer entender pela vítima, eu tenho tentado usar um vocabulário que eu me lembre da minha infância, infantil até, eu sinto uma dificuldade imensa [J2]; Nós, juízes, prestamos um concurso e não recebemos um treinamento específico sobre depoimentos, principalmente sobre depoimentos infantis, de uma forma ou outra temos que improvisar, utilizar de uma experiência de vida, instintivamente, menos formal, mas me sinto com pouco preparo [J3]; Sinto muitas dificuldades quando se tem que tocar em órgãos genitais, vagina, pênis, sexo oral, sexo anal, primeiro há o constrangimento quanto ao assunto sexo, e segundo, em função da falta de

24 FOUCAULT, 1999.

preparo, você tem que procurar usar alguns termos que a criança mais está acostumada, amiguinha, pipi, peteca, perereca, a gente tem que usá-los para substituir os formais [J7].

Os entrevistados citaram que os diferentes ritos a serem seguidos pelos juízes de direito, e o tempo dispensado a eles, por vezes, inviabilizam diálogo direto, franco, objetivo, coeso e, muitas vezes, confiável com aquela que é vítima. Em âmbito penal, reputaram importância à oitiva da criança, colocando dificuldades inerentes ao ato judicial de sua oitiva em audiência de instrução, debates e julgamento, tendo referenciado não saberem qual termo utilizar quando desse procedimento, citando que tentam usar um vocabulário oriundo de sua infância, com termos que se recordam esses codificados em vocábulos utilizados em sua infância específica para designar órgãos sexuais e atos que envolvam sexualidade.

Observou-se, também, uma hierarquização de objetivos, pautados na preocupação com as necessidades atinentes ao contraditório e a ampla defesa. Vale destacar que a Constituição Federal Brasileira situou esses princípios, conjuntamente, em seu inciso LV, Art. 5º²⁵; portanto, trata-se de um princípio da igualdade ou isonomia das partes a todo sistema democrático, onde os direitos do ser humano encontrem garantias e a ampla defesa. O contraditório é princípio norteador do próprio conceito da função jurisdicional e somado ao princípio da ampla defesa traduz a liberdade inerente ao indivíduo no âmbito do Estado Democrático de Direito.

As falas dos entrevistados exibem necessidade de novo regramento do tema, que traga espectro de conhecimento referente às competências interdisciplinares na capacitação dos magistrados, para que eles possam realizar sua função, sobretudo, considerando a necessidade da mudança do modelo na abordagem do tema, ressaltando-se que maior propriedade no trato da questão requer avanços aos diplomas legislativos pertinentes, conforme anteriormente descrito. Além disso, o fato de haver o depoimento especial como forma de ouvir crianças vítimas de violência sexual, por sua equipe interprofissional, não abarca a complexidade que envolve o tema, já que o conhecimento acerca da sexualidade e seu manejo são primordiais pelo magistrado, como condutor de todo o processo e para sua compreensão em profundidade dos elementos que envolvem situações de violência se-

25 BRASIL, 1988.

xual contra crianças, impactando em sua convicção e decisões, a partir de elementos técnico-científicos.

Considerando as falas dos sujeitos acerca das limitações e dificuldades na condução das oitivas das crianças vítimas de violência sexual intrafamiliar, e considerando a teoria do desenvolvimento humano na perspectiva ecológica, indaga-se se os aspectos colocados pelos juízes, na atenção à criança vítima podem afetar a relação da criança com seu ambiente e do ambiente com a criança, cujos reflexos na vida dos infantes repercutem em sua saúde integral a curto, médio e longo prazo, o que pede outros estudos futuros. Pode-se apontar que se o sistema judiciário trabalha com mínimos de mão de obra e conhecimento em seu contexto de atuação, ele assume a responsabilidade de responder por danos a esse infante, diante da sua investidura na estrutura específica do sistema legal, que requer integralidade. “Um meio ambiente institucional tende a ser mais prejudicial para o desenvolvimento de uma criança com a seguinte combinação de circunstâncias: oferece poucas possibilidades de interação e o ambiente físico restringe as oportunidades de locomoção”²⁶. Além disso, a formalidade do ambiente da sala do juiz, observada durante o trabalho de campo, pode causar impacto na criança inserida nesse ambiente tão alheio à sua realidade cotidiana. Uma sala preparada e decorada para melhor acolher a criança, como tem sido pensado para a realização dos depoimentos especiais, é somente um único aspecto de um acolhimento que requer muitos outros atributos.

As perspectivas colocadas nessa categoria alinham-se com a subcategoria “Suporte aos Juízes de Direito”.

3.2.2 Suporte aos juízes de direito

Salienta-se que no ano de 2009, dentre os objetivos estratégicos fixados pelo CNJ e objetivados no TJSP, tinha-se um quadro comparativo que previa investimentos na atenção dos magistrados e sua capacitação, como os de fomentar a interação e a troca de experiências entre Tribunais (nacionais e internacionais), criação e instalação da Escola de Servidores, como forma de investir de maneira contínua nos recursos humanos, visando qualificação dos servidores e gestores para melhorar o desempenho de suas atribuições²⁷.

²⁶ FÜRNISS, 1993, p. 112.

²⁷ BRASIL, 2009.

As falas apuradas neste estudo refletem urgências específicas de que o ensino jurídico no Brasil, nos cursos de graduação, observe os avanços no contexto sociopolítico cultural da atualidade, suas transformações, que atingem o social, o psicológico, o ambiental, o tecnológico, o econômico e, sobretudo, às questões relacionadas à infância e juventude e a sexualidade humana para contemplar especificamente as demandas encontradas nesta pesquisa.

O magistrado, desprovido de capacitação pertinente pela própria instituição judiciária, socorre-se à hora da oitiva da vítima, de um modelo cujas bases estão na prática, no improvisado, na sua própria experiência de vida, habilidade, sensibilidade, instintivo, deixando em plano secundário, ou mesmo inexistente, a apropriação das estruturas pedagógicas e metodológicas necessárias para o procedimento, uma vez que não as tiveram contempladas na academia. A didática utilizada é de senso comum, pautando-se em apresentar a legislação existente de forma repetitiva e não crítica, e ainda, por vezes, descontextualizada sem olhar para as novas necessidades e anseios sociais, dando a falsa perspectiva de um direito estático e absoluto, além de ser estritamente formalista.

Se a infância é prioridade absoluta e sujeito de proteção integral, o conhecimento científico relacionado à infância e à sexualidade humana devem ser apropriados por juízes, promotores, assessores do juízo e demais servidores do judiciário que atendam à criança vítima de violência sexual intrafamiliar durante o percurso processual. O fato de depoimentos especiais serem realizados, atualmente, com o auxílio das equipes interprofissionais do juízo, não exime os outros atores da justiça em conhecer e se apropriar dos conhecimentos necessários para a consecução do trato com infantes. Importante destacar que nem todo profissional dos setores técnicos do juízo tem conhecimentos profundos sobre sexualidade humana e, mais, não tem formação para a realização do depoimento especial, cuja participação tem sido contraindicada por seus conselhos de classe, Conselho Federal de Serviço Social (CFESS) e Conselho Federal de Psicologia (CFP). Recolocar o juiz em seu lugar, daquele que escuta, é caminho que merece ser considerado. É o magistrado que deve estar apto a colher o depoimento especial da criança, já que a situação da criança vítima de violência sexual deve ser compreendida em sua profundidade, e que a partir disso suas convicções e decisões serão tomadas tendo por base entendimentos técnicos e científicos. Além disso, os assessores do juízo,

consequentemente, também seriam recolocados em seus lugares próprios, em perfeito acordo com seus códigos de ética, podendo realizar avaliações dentro de suas especificidades, compondo o entendimento do caso a partir de suas atribuições originais.

No mais, em casos de violência sexual intrafamiliar, o poder judiciário envolve procedimentos junto à família e a rede de apoio socioassistencial e de saúde, o que implica em diálogos necessários, no melhor interesse da criança, evitando-se a revitimização das crianças vítimas de violência. Assim, a apropriação do conhecimento acerca da infância e da sexualidade humana, pelos diversos profissionais envolvidos no atendimento às crianças, é o que possibilita a profundidade da compreensão da violência sofrida e o atendimento, visando à proteção integral das crianças, o que contempla o contido no ECA.

Uma propriedade distintiva dos seres humanos, entretanto parece ser precisamente sua capacidade de adaptar-se, de responder diferentemente a diversos ambientes físicos e culturais. Dado o caráter ecologicamente dependente do comportamento e desenvolvimento nos seres humanos, é provável que os processos invariantes através dos contextos sejam poucos e bastante próximos do nível fisiológico²⁸.

Assim, percebe-se que o entendimento superficial das questões da infância e da sexualidade humana, em situações de escuta da criança vítima de violência sexual intrafamiliar, pode não permitir a percepção de que maneira a situação de violência poderá afetar a criança nos pontos de vista biopsicossocial, que podem reverberar por muitos anos na vida daquele ser humano, em forma de dificuldades em vários âmbitos de sua vida, com sentimentos de medo, culpa, tristeza, que se estendem a curto, médio ou longo prazo, afetando seu desenvolvimento humano pleno, embora a criança possa parecer passiva e amável no momento da colheita do depoimento. Além disso, outro ponto a ser destacado é que na consecução dos depoimentos especiais o juiz sempre acompanha o ato de maneira virtual, o que restringe sua percepção da totalidade e concretude das expressões verbais e não verbais por parte da criança, o que é mais um argumento para que o próprio juiz realize o depoimento especial, com o auxílio de

28 BRONFENBRENNER, 1996, p. 101.

suas equipes interprofissionais com estudos e avaliações prévias. Importante destacar que o local físico de acolhimento da criança para a realização do depoimento especial deve conter todo um aparato de atenção à criança, com elementos lúdicos, alimentares, além do respeito a protocolos sanitários que contemplem as necessidades da criança, imaginando que a situação pode despertar medo, entre outros sentimentos, nos infantes.

De uma perspectiva ecológica não é possível fazer afirmações e estabelecer generalidade se a criança é afetada em seu contínuo de naturalidade naquele ambiente imediato com consequências psicológicas e sociais. No entanto, pode-se afirmar que as propriedades gerais, captadas no ambiente do sistema de justiça, considerada a interação entre a pessoa e a situação, pode afetar seu comportamento, na medida em que não atende a prioridade infantil e suas específicas requisições.

É possível confirmar a urgência de uma reforma no ensino jurídico na busca da integração desse saber com a sociedade no Estado Democrático de Direito, pois suas carências estão afetando, entre outros operadores profissionais, àqueles que nos órgãos de decisão, tribunais de justiça, dizem o direito, ou seja, os juízes de direito que devem olhar para um novo ideal constitucional: o social, mediante o paradigma do Estado Social, inaugurado pela Constituição Federal Brasileira para a dogmática jurídica.

As instituições jurídicas têm reproduzido ideologicamente, em cada época e em cada lugar, fragmentos parcelados, montagens e representações míticas que revelam a retórica normativa, o senso comum legislativo e o ritualismo dos procedimentos judiciais²⁹.

Os relatos dos entrevistados guardam formas simbólicas da própria instituição jurídica, de maneira precisa:

As dificuldades na oitiva estão na própria e no próprio tratamento da questão, outra referente a modalidade, e, posteriormente, uma dificuldade também a partir da oitiva, mas a maior dificuldade que eu tenho é na decisão de ouvi-la [J12]. Não fui preparado, na minha formação acadêmica, enquanto bacharel em direito, e também não fui preparado dentro do poder judiciário, para este tratamento, para esta colheita da expressão de uma criança [J4]. A

29 DE PAULO, 2005, p. 2.

dificuldade é compreender, expressar e saber qual linguagem empregar, tento utilizar a linguagem da criança, assim de orelhada, nunca ninguém me deu um curso, isso é minha sensibilidade como pai para tratar um assunto assim tão delicado [J5].

Notou-se grande esforço por parte dos juízes para a realização da oitiva de crianças, no entanto o aparato técnico-científico para tal finalidade não está presente, o que leva a uma precarização desse momento fundamental para a compreensão da situação de violência e suas conseqüentes tomadas de decisão. É sabido que os magistrados têm um amplo cabedal de conhecimentos em Direito, mas especificamente para o trato de situações de violência sexual contra crianças, tais juízes que escolhem atuar nessa seara, necessitam de conhecimento específico acerca de tais temas, para efetivamente fazerem valer as leis.

4. Conclusão

Respondendo aos objetivos desta pesquisa, verificou-se que a percepção dos entrevistados quanto ao modelo e conceito, que fundamentam a descrição da violência sexual cometida contra crianças, apresentam embasamento teórico jurídico, o que aparece tipificado nos processos judiciais. Por outro lado, mostra retraído padrão de qualidade utilizado no atendimento à criança vítima de violência sexual durante todo o desenvolvimento do processo, o que aparece nas dificuldades do uso da linguagem no trato com a criança, nas lacunas na formação acerca da sexualidade humana, o que dificulta o diálogo com outros atores sociais que atuam no atendimento à criança vítima de violência sexual.

O atual estudo denota importante contribuição para a compreensão da proteção integral de crianças e adolescentes, em especial, àquelas vítimas de violência sexual intrafamiliar. Evidenciou-se que os magistrados não possuem capacitação técnica para lidar com os fenômenos aqui tratados, utilizando métodos próprios e não sistematizados para a oitiva de crianças. Ademais, as relações de poder instituídas e pouco cuidadas podem trazer implicações ao processo de desenvolvimento infantojuvenil, mesmo considerando o depoimento especial que atualmente é utilizado pelo judiciário paulista. A realização de depoimento especial pela equipe interprofissional do Juízo não garante o atendimento integral das necessidades da criança naquele momento. Além disso, conforme as reflexões oriundas deste estudo, o

artífice da realização dos depoimentos especiais deva ser os juízes de Direito.

Observou-se que os magistrados, não tendo conhecimentos técnicos acerca da infância e da sexualidade humana, revelam a necessidade de que os cursos de graduação em Direito abarquem disciplinas que tratem sobre infância e juventude e sexualidade humana, o que se mostra urgente e necessário. Consequência disso, a criança não tem recebido a proteção integral da qual é sujeito de direitos, de acordo com o ECA. Salienta-se, ainda, a necessidade de varas especializadas que possam favorecer ângulos de atenção pluriprofissionais para a garantia plena dos direitos da criança.

Pelo lugar legítimo e ordenador do sistema jurídico na rede de proteção à população infantojuvenil, é urgente a inserção dessa instância nas discussões nesse âmbito, buscando a superação das lacunas tratadas neste estudo e outras consequentes. Novos estudos que dêem luz à discussão sobre estratégias de enfrentamento à violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, em especial, acerca do trabalho intersetorial, nesse âmbito, são necessários para se vislumbrar respostas mais efetivas frente a esse fenômeno.

Por fim, faz-se necessário uma revisão de condutas e procedimentos quanto às relações do poder judiciário com a rede de apoio socioassistencial e da saúde, para garantir a proteção integral da criança vítima de violência sexual intrafamiliar em sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Referências

- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. 3ª ed. Lisboa: Edições 70, 1977.
- BRASIL. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília. Centro de documentação do Ministério da Saúde, 1987.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* – 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 16 jul 1990.
- BRASIL. Resolução nº 70, de 18 de março de 2009 do Conselho Nacional de Justiça. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, nº 56/2009, 24 mar 2009.
- BRASIL. Lei nº 12.650, de 17 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 18 mai 2012.

- BRASIL. Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 05 abr 2017.
- BRONFENBRENNER, Urie. *Ecologia do Desenvolvimento Humano*. Experimentos Naturais e Planejados. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.
- DE PAULO, Antonio. *Pequeno Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- DOS SANTOS, Benedito Rodrigues; GONÇALVES, Itamar Batista; ALVES JÚNIOR, Reginaldo Torres. *Protocolo brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência*. São Paulo e Brasília: Childhood Instituto WCF; CNJ; UNICEF, 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: Curso dado no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FÜRNISS, Tilman. *Abuso Sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. 12 ed. São Paulo: Hucitec, 2014.
- ROQUE, Eliana Mendes Souza Teixeira. *Estudo das famílias de crianças e adolescentes vítimas de violência, que sofreram intervenção da justiça em comarca de vara única – Estado de São Paulo – Brasil*. 2006. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto –SP, 2006.
- SÃO PAULO. *Cadernos dos grupos de estudo – serviço social e psicologia*. São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Escola Judicial dos Servidores, 2018a.
- SÃO PAULO. Provimento CG Nº 17/2018. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*: São Paulo, SP, 8 jun 2018b.
- SÃO PAULO. Comunicado Conjunto nº 1948/2018 - Corregedoria Geral da Justiça e Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*: São Paulo, SP, 11 out 2018c.
- SPINNEY, Angela. Safe from the start? An action research project on early intervention materials for children affected by domestic and family violence. *Children & Society*. Vol. 27, n. 5, pp. 397- 405, 2013.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Recebido em 06 de agosto de 2017.

Aprovado em 28 de agosto de 2020.

A teoria de justiça global como alternativa à teoria de justiça rawlsiana em contextos de dominação múltipla

Global justice theory as alternative to the Rawlsian theory of justice in contexts of multiple domination

Fabricio José Rodrigues de Lemos*

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

1. Introdução

No contexto multifacetado atual, há atores que se beneficiam do *design* estrutural mundial ao mesmo passo em que a diversos outros são impostas barreiras que dificultam o acesso às riquezas – as quais, defende-se, em havendo uma arquitetura distribucional global voltada à equidade, poderiam ser mais bem alocadas, de maneira a beneficiar um maior número de indivíduos.

O tema desigualdade – e sua ligação direta com a pobreza – nunca esteve tão em voga. Entretanto, as formas de abordá-lo ainda não estão completamente definidas. Inclusive, há dúvidas acerca da necessidade de afrontá-lo: alguns indicam que a desigualdade faz parte da vida humana em sociedade; outros indicam que, apesar de não ser possível a divisão aritmética de bens, o que é óbvio, os níveis de desigualdade não podem ser altos, pois uma concentração excessiva de bens traz prejuízos à própria

* Doutorando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Bacharel em Direito pela Unisinos. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos (NDH), da Latin American Studies Association (LASA) e da International Law and Politics CRN (Collaborative Research Network). Advogado - OAB/RS 91.595. E-mail: fabricio@lemos.adv.br.

existência da comunidade humana – dá azo a grandes rupturas institucionais, como no caso da Revolução Francesa; ou até mesmo a instabilidades com consequências catastróficas, como o surgimento de um sentimento nacionalista exacerbado na Alemanha do período entre guerras. Ademais, questiona-se: haveria alguma teoria de justiça que pudesse indicar a responsabilidade no enfrentamento desse problema? Qual das visões deveria prevalecer?

Há diversas falas sobre como os países perpetuam esses problemas de maneira interna, sem que haja a real aferição no campo geopolítico – uma autêntica constatação quanto à maneira na qual as relações internacionais afetam, diretamente, a vida dos pobres globais. Portanto, verificando-se que, em âmbito global, existe uma crescente discussão acerca do que pode ser considerada uma teoria de justiça realmente abarcadora das diferentes condições plurais mundiais, i.e., de uma teoria que possa, com nitidez, estabelecer quais são os direitos e deveres de todos para com todos – relações entre indivíduos, corporações privadas, Estados, organismos internacionais –, o presente artigo pretende apresentar argumentos que possam esclarecer a correlação entre o aumento da desigualdade – e sua relação direta com a pobreza – com a narrativa das relações internacionais atuais.

Em decorrência direta da limitação das discussões sobre justiça no âmbito doméstico, apesar da vasta doutrina anglo-saxã e europeia continental, há pouquíssimas obras em língua portuguesa sobre o tema de justiça global. Por si só, tal fato justificaria uma pesquisa aprofundada capaz de dar azo à discussão na academia brasileira sobre o tema – visar-se-ia, assim, ao estímulo a maiores estudos. Entretanto, a despeito disso, o artigo apresenta justificativa ainda mais forte, eis que possui o escopo de, no âmbito acadêmico brasileiro, melhor propor a visualização de uma ideia de justiça global que leve em consideração os diversos problemas, nuances e pluralidades existentes no mundo atual. Por isso, apesar das óbvias dificuldades na conceituação do que é justiça global – resultantes diretamente dos obstáculos no estabelecimento do conceito de justiça entre particulares –, o trabalho pretende sedimentar o caminho para que se discuta sobre uma teoria de moralidade global de justiça e suas inúmeras implicações em um mundo globalizado cada vez mais interconectado, principalmente aquelas voltadas à questão da desigualdade e da pobreza mundiais.

Portanto, com base nos maiores teóricos acerca do assunto, o artigo, elaborado por meio de pesquisa bibliográfica, defende que a visão *rawl-*

siana, ainda que cabível em sociedades herméticas, é inadequada para um mundo submerso em desigualdades econômicas altamente maculadas pela forma de acumulação histórica, predatória e usurpadora, imposta pelos países mais desenvolvidos economicamente em relação aos pobres globais. Assim, a pesquisa se desenvolverá no sentido de possibilitar a discussão sobre o instigante e crescente tema de uma teoria de moralidade global, na qual se verificará, inclusive, a importância da justiça global para a compreensão do panorama global pós-*westfaliano*, em que as relações de poder não estão mais adstritas ao âmbito doméstico, e, por isso, devem ser pensadas tendo como paradigma uma sociedade global interconectada e interdependente.

Assim, o trabalho, dividido em duas partes, buscará, inicialmente, contextualizar historicamente as primeiras noções acerca de uma divisão global de bens, para, em um segundo momento, demonstrar de que maneira as relações internacionais influenciam, sobremaneira, dita divisão em um contexto de dominação múltipla. Ao final, pretende a apresentação de como a teoria de justiça global pode contribuir para uma compreensão maior das desigualdades que marcam as relações mundiais de poder.

2. A divisão global de bens

A ideia de justiça social remonta ao século XIX, com o advento de uma ética social cristã. Nesse sentido, Höffe¹ aponta duas acepções para o termo: aquela concepção geral, em que o atributo *social* apenas indica algo em relação a uma determinada sociedade e aquela específica, na qual há a teorização acerca dos problemas surgidos nos séculos XVIII e XIX, quais sejam, os relativos à questão social – desocupação e ocupação de terras, desamparo frente às enfermidades e velhice, falta de educação ou capacitação, fome e pobreza. “*Aquel que quiera enfrentar este tipo de problemas no solamente en nombre de la justicia, tiene en su haber obligaciones que constituyen un deber frente a los afectados*”². Ante essa afirmação, argumenta-se, portanto, que, como se exige para uma teoria de justiça social a assunção de parâmetros para a divisão de bens dentro de uma sociedade, também se o faz para o âmbito global.

1 2010, pp. 09-10.

2 HÖFFE, 2010, p. 10.

Nesse passo, decorre dissertar acerca da teoria de justiça global. Dita teoria é oriunda do pensamento e influência do filósofo norte-americano John Rawls (1921-2002), responsável por reacender a temática sobre justiça, principalmente no concernente às relações entre indivíduos em uma mesma sociedade. Sua obra, *Uma Teoria da Justiça*³, lançada originalmente em 1971, representou a revitalização da filosofia política contemporânea, eis que resgatou “[...] para o debate jurídico uma discussão que parecia ter sido sepultada pelos utilitaristas e positivistas do século XIX e primeira metade do século XX: o problema da justiça e, conseqüentemente, dos valores”⁴. Ademais, mesmo que dificilmente superar-se-á a concepção aristotélica de justiça⁵ – a ideia clássica do *suum cuique tribuere*, conforme a qual, “em situações bilaterais normativamente reguladas, se atribui a uma pessoa aquilo que lhe é devido”⁶ –, “a obra e o pensamento de John Rawls (1921-2002) representaram um verdadeiro divisor de águas na história do pensamento contemporâneo”⁷.

Em sua obra, Rawls delineou os princípios de justiça que deveriam imperar em sociedades liberais e, com base na situação hipotética por ele denominada de *vêu de ignorância*⁸, endossou dois princípios básicos⁹. Em

3 RAWLS, 1997.

4 BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 218.

5 A dificuldade em superar a concepção aristotélica em muito reside no fato de que, para John Rawls, consoante muito bem apontado por Landesman (2011, p. 421, tradução nossa), “[...] as pessoas podem concordar, no nível mais abstrato, que justiça é dar a cada um o seu devido, mas discordam radicalmente sobre o que lhes é devido. Eles concordam com o conceito de justiça, mas têm diferentes concepções particulares de justiça”. Em outras palavras, “[...] pessoas racionais e razoáveis, cada um tendo uma boa ideia sobre justiça social, podem, entretanto, promover pontos de vista incompatíveis sobre o que justiça social pode significar neste ou naquele respeito” (LADWIG, 2013, p. 450, tradução nossa).

6 BARRETTO; BRAGATO, 2013, p. 184.

7 APPIO, 2008, s/n.

8 “A ideia da posição original é a criação de um procedimento equitativo para que quaisquer princípios acordados sejam justos. O objetivo é utilizar a noção de justiça procedimental pura como uma base da teoria. De alguma maneira, nós devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em desacordo e os instigam a explorar circunstâncias sociais e naturais para sua própria vantagem. Agora, a fim de fazer isso, eu suponho que as partes estão situadas por detrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas afetarão seu próprio caso particular e são obrigadas a avaliar os princípios somente com fundamento em considerações gerais” (RAWLS, 1999a, p. 118, tradução nossa).

9 “PRIMEIRO PRINCÍPIO: Cada pessoa tem direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos. SEGUNDO PRINCÍPIO: Desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que ambas sejam: a) para o maior benefício possível dos menos favorecidos, de forma consis-

linhas gerais, o primeiro protege igualdade nas liberdades básicas dos indivíduos e o segundo permite algumas desigualdades econômicas e sociais quando, e apenas quando, são para o benefício daqueles que se encontram em situação com maior desvantagem (o princípio da diferença) e com ligação a posições abertas a todos sob condições iguais de oportunidade (princípio da igualdade de oportunidades)¹⁰.

À época de seu lançamento, a obra sofreu duras críticas, primeiramente de Charles Beitz e, após, de Thomas Pogge, que arguíam que os princípios ali estipulados deveriam ser aplicados de forma mais ampla, dado que o raciocínio desenvolvido para o âmbito doméstico deveria, também, ser estendido ao caso global¹¹. Tais críticas foram refutadas por Rawls¹², mormente por pensar que, no plano internacional, outros princípios deveriam ser utilizados¹³. Entretanto, ainda que a *magnum opus rawlsiana* tenha sido escrita para apresentar uma teoria de justiça consistente com uma sociedade homogênea, *Uma Teoria da Justiça*¹⁴ – além de outros méritos – proveu fundamento a muitos dos conceitos trabalhados em um artigo lançado em 1993 que, em 1999, expandido e em soma a outro artigo sobre os limites da razão pública, fora transformado no livro *Law of peoples and the idea of public reason revisited*¹⁵. Na obra, Rawls traça um panorama do que poderia ser considerado um direito global, um *direito dos povos*, visando superar a dificuldade acerca das diferentes concepções individuais de justiça.

tente com o princípio da poupança justa, e b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. PRIMEIRA REGRA DE PRIORIDADE (A PRIORIDADE DA LIBERDADE): Os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, as liberdades básicas só podem ser restringidas em favor da liberdade. Há dois casos: a) uma liberdade menos extensiva deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhado por todos; b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm a liberdade menor. SEGUNDA REGRA DE PRIORIDADE (A PRIORIDADE DA JUSTIÇA SOBRE A EFICIÊNCIA E SOBRE O BEM-ESTAR): O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma das vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Há dois casos: a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que tem a oportunidade menor; b) uma taxa excessiva de poupança deve, na soma, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo”. (RAWLS, 1999a, pp. 266-267, tradução nossa).

10 BROCK, 2009, p. 20.

11 BROCK, 2009, p. 20.

12 1999b, pp. 115-119.

13 Para um maior aprofundamento acerca das razões de Rawls para a refutação de tais críticas, ver a obra de Gillian Brock (2009, pp. 19 e ss).

14 RAWLS, 1997.

15 RAWLS, 1999b.

Segundo o autor, os ideais ali expressados representam o ápice das suas reflexões sobre como povos e pessoas razoáveis podem viver pacificamente em conjunto em um mundo justo¹⁶. Inserido em um pensamento clássico de Direito Internacional, o objetivo de Rawls na obra é o de justificar princípios que não estão sujeitos às investidas do etnocentrismo e que podem fornecer a fundamentação para uma ordem de paz e cooperação internacional estável¹⁷. Nesse passo, Rawls fora mais uma vez responsável por uma reviravolta no pensamento filosófico-político. Abrindo caminho para uma discussão mais aprofundada acerca da teoria de justiça global, o autor conceitua *direitos dos povos* como sendo uma concepção particular de direito e justiça que se aplica às normas e princípios do direito e da prática internacionais¹⁸ e, na obra, visa à resposta de grandes questões, as quais representam um aprofundamento do pensamento iniciado na obra de Immanuel Kant¹⁹, *À paz perpétua*²⁰. Os três problemas enfrentados por Rawls, consoante colacionados abaixo, tendo em vista a situação contemporânea global, possuem ainda maior importância no contexto atual:

(1) Intervenção militar humanitária é sempre moralmente inaceitável, e se não é, que tipo de justificativa moral para isso poderia ser aceitável para todos os Estados que perseguem uma ordem global justa e pacífica? (2) Quais são os direitos humanos básicos que, de modo permissivo, podem ser garantidos por usos internacionais de força ou pressão por parte dos governos estatais e devem ser reconhecidos como tais na lei internacional? (3) Dada a diversidade de religiões e culturas do mundo, em quais princípios pode uma ordem global justa e pacífica razoavelmente ser baseada?²¹

16 RAWLS, 1999b, p. VI.

17 FORST, 2012, p. 229.

18 RAWLS, 1999b, p. 03.

19 2011.

20 RAWLS, 1999b, p. 10.

21 BERNSTEIN, 2011, p. 636, tradução nossa. No original: “(1) *Is humanitarian military intervention always morally impermissible, and if not, what kind of moral justification for it could be acceptable to all states pursuing a peaceful and just global order?* (2) *What are the basic human rights that may permissibly be secured by international uses of force or pressure by state governments and should be recognized as such rights in international law?* (3) *Given the diversity of the world’s religions and cultures, on what principles can a peaceful and just global order reasonably be based?*”.

Para tanto, Rawls, para quem um *povo* é constituído de um grupo de pessoas que possuem certas características em comum, como cultura, história, tradição ou sentimento²², estipulou oito princípios para regular a interação internacional entre povos:

1. Os povos são livres e independentes, e a sua liberdade e independência devem ser respeitados por outros povos;
2. Os povos devem observar tratados e compromissos;
3. Os povos são iguais e são partes em acordos que os obrigam;
4. Os povos sujeitam-se ao dever de não intervenção;
5. Os povos têm o direito de autodefesa, mas nenhum direito de instigar a guerra por outras razões que não a autodefesa;
6. Os povos devem honrar os direitos humanos;
7. Os povos devem observar certas restrições específicas na conduta da guerra;
8. Os povos têm o dever de assistir a outros povos vivendo sob condições desfavoráveis que os impeçam de ter um regime político e social justo ou decente²³.

Cumprir notar que o oitavo princípio, qual seja, o *dever de assistência*, não constava do artigo lançado em 1993, somente tendo sido adicionado quando do lançamento da obra ampliada, em 1999. Rawls assume que tal princípio é especialmente controvertido²⁴. Entretanto, muito em razão do acréscimo de tal princípio – cuja ausência, já na obra *A Theory of Justice*²⁵, fora objeto de críticas, em 1979, por Charles Beitz e, em 1989, por Thomas Pogge²⁶, – é que a atual teoria de justiça global desencadeou uma série de discussões e, assim, tomou força.

Ademais, em adição aos princípios acima indicados, Rawls acredita que, tanto os povos liberais quanto aqueles por ele denominados *decentes*, escolheriam três organizações globais básicas, similares à Organização Mundial do Comércio (OMC), ao Fundo Monetário Internacional (FMI) e à Organização das Nações Unidas (ONU):

22 BROCK, 2015, p. 05.

23 RAWLS, 2001, pp. 47-48.

24 RAWLS, 2001, p. 48.

25 RAWLS, 1999a.

26 BERNSTEIN, 2011, p. 637.

[...] uma destinada a garantir o comércio justo entre os povos, uma que permite aos povos a tomada de empréstimos de uma instituição bancária cooperativa, e um que desempenhe um papel semelhante ao da Organização das Nações Unidas, à qual ele se refere como ‘Confederação de Povos (não estados)’²⁷.

Há dificuldades na teoria *rawlsiana*, “*que negó que las normas de la justicia distributiva igualitaria tuvieran aplicabilidad alguna a nivel global o internacional*”²⁸, mormente no sentido de pensar o mundo em um paradigma *westfaliano*, o qual não leva em consideração as inúmeras relações plurais hoje existentes²⁹. Sobre Rawls, Nancy Fraser indica inconsistência na teoria:

*Trazando una neta distinción westfaliana entre la esfera interna y la internacional, hizo de la primera en el terreno único y exclusivo de la justicia distributiva, mientras concebía la justicia internacional de manera que no ofreciera ninguna base para las reivindicaciones económicas igualitarias*³⁰.

Corroborando tais afirmações, muitos críticos frequentemente indicam que um dos maiores problemas da teoria de Rawls reside no fato de que o panorama posto pelo norte-americano refere-se a uma visão antiquada das relações entre Estados, povos e indivíduos³¹, na qual há a pressuposição de que os países são – suficientemente – independentes uns dos outros. Desse modo, segundo o autor, tais Estados podem ser plenamente responsáveis pelo bem-estar de seus próprios cidadãos. Ademais, de acordo com Rawls³², as desigualdades entre prosperidade e riqueza de um povo

27 BROCK, 2009, pp. 21-22, tradução nossa. No original: “*One aimed at securing fair trade among peoples, one which enables peoples to borrow from a cooperative banking institution, and one which plays a similar role to that of the United Nations, which he refers to as ‘a Confederation of Peoples (not states)’*”.

28 FRASER, 2008, p. 71.

29 Sobre a afirmação de Fraser, ver Rawls (2001, pp. 151 e ss).

30 FRASER, 2008, p. 71.

31 A qual pode ser notada em Rawls (1999b, pp. 54 e ss).

32 “Acredito que as causas da riqueza de um povo e as formas que ela assume residem em sua cultura política e nas tradições religiosas, filosóficas e morais que sustentam a estrutura básica de suas instituições políticas e sociais, bem como na laboriosidade e talentos cooperativos de seus membros, suportados em sua totalidade por suas virtudes políticas” (RAWLS, 1999b, p. 108, tradução nossa).

para outro podem ser largamente atribuídas às diferenças na cultura política e à natureza virtuosa de seus cidadãos³³.

Assim sendo, há, em oposição à visão do sujeito em Rawls, dois grupos: os internacionalistas e os cosmopolitas. Ambos rejeitam o paradigma *keynesiano-westfaliano* de quem é o portador de direitos em favor de alternativas pós-*westfalianas*, mais amplas³⁴. Com Rawls, as partes supõem níveis elevados de autossuficiência nacional, adotando um *direito dos povos* que não inclui nenhuma provisão de justiça distributiva transnacional. Com os internacionalistas, assumem que tanto as estruturas nacionais quanto as internacionais determinam as oportunidades de vida do indivíduo, adotando, portanto, um *direito de gentes* alternativo, que autoriza a redistribuição através das fronteiras, em prol daqueles menos favorecidos. Finalmente, com os cosmopolitas, as partes supõem a primazia das estruturas globais, elegendo, assim, um “princípio de diferença global” que demanda a reestruturação da economia global para o maior benefício daqueles em pior condição³⁵.

*Estas diferencias en el conocimiento científico-social de fondo de las partes influyen de manera importante en la elección que éstas hacen de los principios de la justicia internacional. [...] En este debate, por tanto, la elección del ‘quién’ se reduce en grande parte a cómo cada filósofo responde a las siguientes cuestiones: ¿existe una economía global con suficiente influencia sobre las relativas oportunidades vitales de los individuos que pueda valer como una ‘estructura básica’ global? ¿O están las oportunidades vitales relativas de los distintos pueblos determinadas exclusiva o primariamente por las estructuras constitucionales de sus respectivas sociedades nacionales? O, finalmente, ¿están las oportunidades vitales codeterminadas por estructuras nacionales o internacionales a la vez?*³⁶

Como se percebe, a visão de Rawls, limitada em relação à justiça distributiva transnacional, restringe, em muito, a possibilidade de defesa de sua tese, dado que é incontestável o fato de que há inúmeros fatores aos quais se pode atribuir responsabilidade por desigualdades entre países.

33 BROCK, 2009, pp. 24-25.

34 FRASER, 2009, p. 33.

35 FRASER, 2009, p. 35.

36 FRASER, 2008, p. 74.

Indica Brock³⁷ que aqueles que vivem em países prósperos e influentes não podem se eximir da responsabilidade pela miséria daqueles que vivem em pior situação, dado que, muito em razão da interconectividade global contemporânea, são cúmplices da manutenção desse estado de pobreza.

Expandindo a problemática da pobreza para o âmbito mundial, um dos maiores expoentes da teoria de justiça global, o filósofo alemão Thomas Pogge, apresenta sua tese ao arguir que o fundamento de uma teoria de justiça distributiva internacional é a obrigação de não prejudicar o próximo³⁸. Baseando-se em dados de 2010³⁹ e indicando que há cerca de 18 milhões de mortes todos os anos em razão de subnutrição diretamente ligada às condições de pobreza⁴⁰, o autor apresenta duas grandes razões pelas quais se pode atribuir aos países mais prósperos e à ordem institucional global posta a responsabilidade pela manutenção do estado de desigualdade mundial:

Em primeiro lugar, as suas regras podem afetar indivíduos indiretamente, ao co-moldar a ordem institucional nacional segundo a qual eles vivem. [...].

37 2009, p. 25.

38 Ainda que não seja o escopo do artigo, há uma série de críticas que podem ser elaboradas quanto à teoria posta por Pogge. Por exemplo, Buchanan e Golove (2004, pp. 904-905) são críticos da visão de Pogge, pois indicam que fundamentar a teoria de justiça distributiva na obrigação de não causar prejuízo causa mais complicações – como a distinção entre prejuízos propositais e não-propositais. Para isso, argumentam os autores, seria necessária a elaboração de uma nova teoria de justiça. Nesse sentido, indicam que se torna mais simples ampliar a teoria de justiça distributiva clássica, já existente, a qual busca indicar o que é devido a cada um, o que esbarraria nos problemas também clássicos da teoria de justiça distributiva, qual seja, a percepção individual sobre o que lhe é devido. Para uma compilação abrangente de críticas à teoria de Thomas Pogge, além de uma resposta do autor, ver Jaggard (2010).

39 “1.020 milhões de seres humanos são cronicamente subnutridos, 884 milhões não têm acesso a água potável e 2.500 milhões não têm acesso a saneamento básico; 2.000 milhões não têm acesso a medicamentos essenciais; 924 milhões prescindem de abrigo adequado e 1.600 milhões carecem de energia elétrica; 774 milhões de adultos são analfabetos; e 218 milhões de crianças são crianças trabalhadoras” (POGGE, 2010, p. 11, tradução nossa).

40 Dados constantes em Pogge (2010, p. 11). Cumpre salientar que há progressos significativos em áreas sensíveis. Em 2000, o programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) estabeleceu os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (Millennium Development Goals – MDG), cujo relatório final, de 06 de Julho de 2015, apresentou avanços. Por exemplo, indicou reduções tanto na pobreza extrema (de 1.9 bilhão de pessoas em 1990 para 836 milhões em 2015), quanto na mortalidade infantil (de 12.7 milhões de mortes em 1990 para 6 milhões em 2015), o que, apesar de significar que ainda há muito o que fazer, demonstra boa-vontade e empenho dos Estados na erradicação de sérios problemas globais.

Em segundo lugar, as normas da ordem institucional global podem afetar as pessoas mais diretamente⁴¹.

Acerca da primeira razão, Pogge indica que a ordem institucional global pode afetar indiretamente aqueles sob sua tutela, em razão dos privilégios internacionais garantidos aos governos: quais sejam, o privilégio internacional para a tomada de empréstimos e o privilégio internacional acerca da utilização dos recursos do país⁴².

Qualquer grupo que exerce o poder efetivo em um Estado é reconhecido internacionalmente como o governo legítimo daquele território, e a comunidade internacional não está muito preocupada sobre como o grupo chegou ao poder ou o que faz com que esse poder. Governos opressores podem contrair empréstimos livremente em nome do país (o privilégio internacional para a tomada de empréstimos) ou dispor de seus recursos naturais (privilégio internacional acerca da utilização dos recursos naturais) e essas ações são legalmente reconhecidas internacionalmente⁴³.

Complementa Brock⁴⁴, indicando que ambos os privilégios acabam tendo enormes implicações para o empobrecimento de países já pobres, muito em razão do incentivo às tentativas de *coup d'Etat*, da manutenção de comandos opressores e, no caso de um governo democrático assumir o poder, pela estagnação econômica que decorre do pagamento dos empréstimos tomados pelo governo opressor antecessor, o que acaba por drenar, assim, os recursos do país necessários para o fortalecimento da democracia instaurada⁴⁵.

41 POGGE, 2010, p. 20, tradução nossa. No original: “First, its rules may affect individuals indirectly, by co-shaping the national institutional order under which they live. [...] Secondly, the rules of the global institutional order may affect people more directly”.

42 POGGE, 2010, p. 20.

43 BROCK, 2009, p. 25, tradução nossa. No original: “Any group that exercises effective power in a state is recognized internationally as the legitimate government of that territory, and the international community is not much concerned with how the group came to power or what it does with that power. Oppressive governments may borrow freely on behalf of the country (the international borrowing privilege) or dispose of its natural resources (the international resource privilege) and these actions are legally recognized internationally”.

44 2009, p. 25.

45 “Um exemplo especialmente dramático dessa consequência perversa do privilégio internacional de contrair empréstimos é demonstrado em Ruanda: talvez não houve melhor reflexo do

No relativo à segunda razão especificada acima, Pogge⁴⁶ indica, como exemplo, o sistema atual de tratados da OMC, em particular o Acordo TRIPS (Aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio)⁴⁷, em que houve uma padronização mundial da regulamentação sobre propriedade intelectual – países signatários se obrigaram a prover 20 anos de monopólio intelectual aos fabricantes e pesquisadores em uma vasta gama de inovações, incluindo uma farta quantidade de remédios. Alain Supiot⁴⁸, nesse mesmo diapasão, indica, acerca do acordo, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela ONU em 1948, pode “[...] ser interpretada num sentido em que o direito de propriedade das empresas farmacêuticas sobre suas patentes deve sumir perante o direito das populações de ter acesso a cuidados adequados”. Entretanto, a lógica de mercado é mais forte: tal acordo diminuiu drasticamente as chances de acesso dos pobres aos remédios mais avançados, dado que, com a competição de genéricos, estima-se que as companhias farmacêuticas reduziriam os valores para cerca de um décimo do preço atual de uma quantidade imensurável de medicamentos. A inexistência de competição no mercado durante o período de proteção do acordo inviabiliza aos mais pobres o acesso a remédios que poderiam ser utilizados para combater doenças facilmente tratáveis, as quais, sem o tratamento adequado, dependendo das condições, podem ser fatais – como, de fato, milhões de vezes por ano, o são⁴⁹. Infelizmente, a tendência de agravamento da situação atual persiste:

negligente tratamento mundial a Ruanda pós-genocídio do que a questão do fardo da dívida contraída pelo governo Habyarimana. A principal fonte da dívida não paga era as armas que o regime havia comprado para a guerra contra o RPF, as quais então tinha sido voltadas contra tutsis inocentes durante o genocídio. [...] por incrível que pareça, o novo governo foi considerado responsável pela restituição dos credores multilaterais e nacionais da dívida acumulada por seus antecessores. A suposição de senso comum que Ruanda merecia e não conseguiria se recuperar sem tratamento especial e, que a dívida seria apagada mais ou menos automaticamente, não tinha nenhuma circulação no mundo das finanças internacionais. Ao invés de Ruanda receber grandes somas de dinheiro como reparação daqueles que tinham falhado ao impedir a tragédia, esta, de fato, devia às mesmas fontes uma vasta soma de dinheiro” (POGGE, 2005, p. 51, tradução nossa).

46 2010, p. 20.

47 “*Trade-related aspects of intellectual property rights*” (POGGE, 2010, p. 20).

48 2007, p. 251.

49 POGGE, 2010, p. 21.

A propriedade intelectual formaliza a disparidade de riqueza e poder que a tecnologia produz, através da concessão à minoria dominante do mercado global de uma vantagem aparentemente impossível de se superar. A natureza não-territorial da propriedade intelectual como simbolizada pela *internet* e a reivindicação de universalidade e de objetividade da sua justificação está produzindo mais imperialismo institucional⁵⁰.

Ademais, o sistema atual, segundo indica Pogge⁵¹, desencoraja as companhias farmacêuticas de pesquisar novos remédios capazes de tratar as doenças que geralmente afetam somente os indivíduos mais pobres, mantendo-os aos milhões.

Interessante frisar que, não sendo o objetivo o apontamento das injustiças em si – dado que é inegável que o mundo é, realmente, desigual –, Pogge⁵² visa colocar a crítica no sentido de ilustrar como a análise moral institucional aplicada à ordem institucional global seria e o que a poderia modificar. A ordem mundial atual perpetua a pobreza global em larga escala e, como possíveis mudanças poderiam evitar esses danos, a falha em realizar as reformas necessárias não só implica os países prósperos na miséria, mas também na violação dos direitos dos pobres do mundo⁵³.

A ordem institucional global resultante é indiscutivelmente injusta na medida em que a incidência de violência e pobreza grave que ocorre sob ela é muito maior do que teria sido o caso sob uma ordem alternativa cujo projeto teria dado mais peso aos interesses dos pobres e vulneráveis⁵⁴.

50 MATTEI; NADER, 2008, p. 84, tradução nossa. No original: “*Intellectual property formalizes the disparity of wealth and power that technology yields, through granting to the global market-dominating minority an advantage seemingly impossible to overcome. The non-territorial nature of intellectual property as symbolized by the internet and the claim of universality and of objectivity of its justification is producing more institutional imperialism*”.

51 2010, p. 21.

52 2010, p. 21.

53 BROCK, 2015, p. 10.

54 POGGE, 2010, p. 22, tradução nossa. No original: “*The resulting global institutional order is arguably unjust insofar as the incidence of violence and severe poverty occurring under it is much greater than would have been the case under an alternative order whose design would have given greater weight to the interests of the poor and vulnerable*”.

Evidenciam-se, ainda, dificuldades na mudança do paradigma moral institucional, dado que inúmeros atores se beneficiam da desigualdade mundial – por meio do que denomina de *dominação múltipla*⁵⁵ – e, considerando que cidadãos de diferentes países participam de uma enorme gama de práticas compartilhadas que transpassam as fronteiras nacionais, a interdependência econômica e comercial obstaculiza a contenção dos aspectos negativos dessas relações⁵⁶.

Porque estrangeiros se beneficiam tão grandemente do privilégio internacional acerca da utilização dos recursos do país, eles têm um incentivo para que se abstenham de contestar a situação ou, pior, para apoiar ou financiar governos opressores. Por estas razões, a ordem mundial atual reflete, em grande parte, os interesses dos Estados prósperos e poderosos. Os governos locais têm pouco incentivo para atender às necessidades dos pobres, porque a sua capacidade de continuar no poder depende mais da elite local, governos estrangeiros e das corporações⁵⁷.

Ugo Mattei e Laura Nader⁵⁸ indicam que, nesse mesmo contexto de *dominação múltipla* – optando pelo termo *pilhagem* –, em razão da disposição da ordem global em termos de avançar os interesses daqueles mais ricos, o Estado de Direito, consoante construído hoje pela Organização Mundial do Comércio (OMC), pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial, encontra-se na paradoxal situação de ilegalidade – “[...] operando no contexto do colonialismo e do imperialismo, resulta em desordem em vez de ordem, que prevê a continuidade da opressão ao invés da interrupção da prática colonial”⁵⁹.

55 “Em uma rede complexa de poderes, várias agências influenciam as ações de outros de modo a que um número deles lucre, enquanto outros – coletivos ou pessoas – lucram muito pouco ou nada” (FORST, 2012, p. 247, tradução nossa).

56 BROCK, 2009, p. 26.

57 BROCK, 2009, p. 25, tradução nossa. No original: “Because foreigners benefit so greatly from the international resource privilege, they have an incentive to refrain from challenging the situation or, worse, to support or finance oppressive governments. For these reasons, the current world order largely reflects the interests of wealthy and powerful states. Local governments have little incentive to attend to the needs of the poor, because their being able to continue in power depends more on the local elite, foreign governments, and corporations”.

58 2008, p. 3.

59 MATTEI; NADER, 2008, p. 3, tradução nossa. No original: “[...] operating in the context of colonialism and imperialism, results in disorder rather than order, providing for continuity in oppression rather than interruption of the colonial practice”.

Por isso, considerando o quadro geopolítico atual, em que se dividiram os diversos territórios em nações soberanas, ao se falar em justiça, ainda que o tópico frequentemente tenda a se voltar às relações existentes dentro de determinadas sociedades, i.e., entre os indivíduos que delas fazem parte, muito em razão de se considerar que as preocupações tradicionais com a organização interna justa das sociedades e as regras morais que regem a guerra deixam de fora algumas características altamente consequenciais do mundo moderno⁶⁰, a teoria de justiça global é necessária para que esses aspectos do plano atual sejam estudados, compreendidos e, objetiva-se, modificados.

3. Contextos de dominação múltipla

O filósofo alemão radicado nos Estados Unidos da América Thomas Pogge⁶¹ indica que os cidadãos dos países mais desenvolvidos economicamente tendem a refletir acerca de suas obrigações para com os mais necessitados do mundo de maneira a indicar que bastariam doações, transferências, assistência e redistribuição (i.e. qual seria o montante pecuniário que deveria ser repassado aos mais pobres de outros países) para auxiliá-los a livrarem-se de uma pobreza que os impeça de prosperar – de tornarem-se, eles mesmos e por si próprios, em países desenvolvidos economicamente. Essa visão, denominada *tese da pobreza puramente doméstica*⁶², argumenta Pogge, além de equivocada, causa enormes prejuízos aos pobres globais.

Ao argumentar que a pobreza e a miséria em um determinado país decorrem principalmente da existência de fatores locais ou nacionais⁶³, a *tese da pobreza puramente doméstica*, partilhada por Rawls, nega a existência de fatores externos, especialmente aqueles alinhados à ordem estrutural global, posto que esta se pretende supostamente neutra. Rawls, no que é criticado por Pogge, defende a utilidade do *dever de assistência* no plano internacional. Ainda que compreenda que há diversos fatores que influenciam na questão da pobreza, para Rawls, tais fatores são todos internos:

60 POGGE, 2010, p. 11.

61 2004, p. 1.

62 “Purely domestic poverty thesis” (POGGE, 2010, p. 32).

63 POGGE, 2010, p. 32.

[...] pensar a respeito de como executar o *dever de assistência* é perceber que a cultura política de uma sociedade onerada é de suma importância, e que, ao mesmo tempo, não existe nenhuma receita, certamente nenhuma receita fácil, para que os povos bem ordenados ajudem uma sociedade onerada a mudar sua cultura política e social. Creio que as causas da riqueza de um povo e as formas que assume encontram-se na sua cultura política e nas tradições religiosas, filosóficas e morais que sustentam a estrutura básica das suas instituições políticas e sociais, assim como a indústria e o talento cooperativo dos seus membros, todos sustentados pelas suas virtudes políticas⁶⁴.

Por certo, há alguma verdade no exposto por Rawls: fatores internos, de fato, importam. Contudo, o panorama mundial atual de desenvolvimento social, econômico e cultural foi formado através de um processo histórico permeado por injustiças: escravidão, colonialismo, genocídios. Isto é, ainda que houvesse, atualmente, clara independência dos pobres globais em relação às potências econômicas, especialmente aquelas situadas no Norte Global – o que não ocorre em razão do *design* estrutural mundial –, por óbvio que tais disparidades deixaram um legado de enormes desigualdades entre os países. Pogge⁶⁵ indica que a diferença na renda *per capita* entre os países pobres e os Estados mais ricos revolve em torno da razão de trinta para um em 1960. Então, provendo um exemplo extremamente curioso – capaz de fazer perceber o abismo entre o desenvolvimento econômico entre tais países –, aduz que, mesmo se houvesse um crescimento superior em um ponto percentual à média dos países mais desenvolvidos economicamente e, ainda que, desde a década de 1960, tal crescimento fosse ininterrupto, a diferença de renda ainda seria superior à razão de vinte para um em favor dos países mais desenvolvidos economicamente. O *handicap* decorre, aduz Pogge⁶⁶, diretamente da escravidão, do colonialismo e até mesmo do genocídio, cujos efeitos ainda hoje são sentidos pelos pobres globais.

Rawls (implausivelmente) acha essa desigualdade econômica arraigada moralmente aceitável quando ela se origina em escolhas feitas livremente pelas ge-

64 RAWLS, 2001, p. 142.

65 2004, p. 3-4.

66 2004, p. 3.

rações anteriores dentro de cada povo. Mas sua justificação é irrelevante para este mundo, em que a nossa enorme vantagem econômica está profundamente manchada pela maneira como ela foi acumulada ao longo de um processo histórico que devastou as sociedades e culturas de quatro continentes⁶⁷.

Há, em razão de grandes diferenças no desenvolvimento de países receptores de tais injustiças, em que alguns foram extremamente bem-sucedidos – Coreia do Sul, por exemplo, com o imperialismo japonês – e outros vivem em pobreza extrema ainda hoje – e.g., Guiné Equatorial, com a colonização ibérica –, a tese enganadora de que os fatores domésticos importam muito – ou mais do que as condições externas – na aferição das riquezas e do desenvolvimento de um país. Esse tipo de raciocínio, argumenta Pogge, conecta três pensamentos para a formação de um único argumento: “há grandes variações internacionais na evolução da pobreza extrema. As variações devem ser causadas por fatores locais (específicos ao país). Esses fatores, juntos, explicam completamente a evolução geral da pobreza extrema no mundo todo”⁶⁸.

De maneira a que se perceba a falácia apontada pelo argumento, Pogge⁶⁹ fornece o seguinte paralelo: em uma sala de aula, há diferenças enormes entre os alunos – tais disparidades podem ser atribuídas a elementos, como a situação individual do aluno – sua renda e nutrição, sua capacidade de compreensão e sua habilidade. Contudo, a posição individual do aluno não pode ser vista como uma resposta compreensiva quanto à totalidade de seu desempenho escolar. A variação entre os rendimentos dos alunos não pode, então, ser apenas causada por fatores específicos somente do estudante. Fatores como a qualidade do ensino, a erudição do professor e o ambiente global do colégio em que a classe estuda – recursos como a biblioteca, a estrutura geral, o relacionamento com colegas –, também influenciam sobremaneira o desempenho geral dos estudantes. Há neces-

67 POGGE, 2010, p. 33, tradução nossa. No original: “Rawls (implausibly) finds such entrenched economic inequality morally acceptable when it originates in choices freely made by earlier generations within each people. But his justification is irrelevant to this world, in which our enormous economic advantage is deeply tainted by how it accumulated over the course of one historical process that has devastated the societies and cultures of four continents”.

68 POGGE, 2004, p. 4, tradução nossa. No original: “There are great international variations in the evolution of severe poverty. These variations must be caused by local (country-specific) factors. These factors, together, fully explain the overall evolution of severe poverty worldwide”.

69 2004, p. 4.

cidade, portanto, de uma compreensão macro tanto do ambiente de ensino quanto da individualidade de cada discente. O mesmo ocorre em relação à pobreza mundial, por meio de uma análise tanto interna dos países quanto geopolítica do contexto internacional.

Nesse sentido, a escolha pelos exemplos dos países acima se mostra ainda mais cabível. Falando estritamente pelo ponto de vista econômico e de desenvolvimento humano, os fatores globais influenciaram proficuamente a Coreia do Sul a se tornar, atualmente, uma potência mundial em termos de tecnologia e influência no continente asiático. No período após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o Japão deixou de exercer sua longa influência sobre a península coreana. No período, a Coreia possuía enormes diferenças dentro do seu próprio território, principalmente na questão industrial e de recursos naturais:

Havia uma grande diferença entre suas estruturas industriais, com indústrias leves principalmente no sul e indústrias pesadas e químicas, no norte. A Coreia do Sul foi completamente desligada das indústrias de carvão, elétricas, de fertilizantes e de atividades pesadas da Coreia do Norte. Em 1940, a área que se tornou a Coreia do Norte produziu cerca de 54 por cento da produção industrial da Coreia e tinha 86 por cento das indústrias pesadas. Estas incluíam cerca de 90 por cento do produto químico (incluindo fertilizantes), 85 por cento do metal, 70 por cento de cimento e cerâmica, 85 por cento de gás e energia elétrica, quase 80 por cento de carvão, praticamente todo o minério de ferro, e 100 por cento de fosfato, magnesita e pirita. Imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, como um resultado da separação e desarticulações econômicas, a produção na Coreia do Sul despencou⁷⁰.

Verifica-se, portanto, que as enormes quantidades de recursos naturais aliadas à capacidade industrial do norte da península coreana poderiam

70 CHUNG, 2007, p. 08, tradução nossa. No original: “There was a vast difference between their industrial structures, with mainly light industries in the south and heavy and chemical industries (HCIs) in the north. South Korea was completely cut off from North Korea’s coal, electrical, fertilizer, and heavy industries. In 1940, the area that became North Korea produced about 54 percent of Korea’s industrial output and had 86 percent of the heavy industries. These included nearly 90 percent of chemical (including fertilizer), 85 percent of metal, 70 percent of cement and ceramics, 85 percent of gas and electricity, nearly 80 percent of coal, practically all of iron ore, and 100 percent of phosphate, magnesite, and pyrite. Immediately after World War II, as a result of the economic separation and dislocations, production in South Korea plummeted”.

fornecer essa grande vantagem no quesito de desenvolvimento econômico. Porém, o território coreano foi dividido após a Guerra da Coreia (1950-1953), resultando em dois países com influências diferentes: a Coreia do Sul, apoiada pelos Estados Unidos e Reino Unido, voltada ao livre-mercado; e a Coreia do Norte, sob a proteção da China e da União Soviética, que acabou por se fechar em si⁷¹.

Apesar do descrédito por grande parte da população norte americana, a Coreia do Sul, devastada pela guerra, recebeu, a partir da década de 1950, enormes incentivos do Norte Global, capitaneados pelos Estados Unidos da América, para se desenvolver economicamente. A ajuda externa, consoante argumenta Chung⁷², foi crucial para auxiliar um país que, sem indústrias e tampouco recursos naturais suficientes, pôde se desenvolver econômica e socialmente de tal maneira que logrou sair da condição de um dos mais pobres países do mundo na década de 1950 para, em 2001, figurar entre os quinze países mais prósperos do mundo⁷³.

De outro lado, encontra-se Guiné Equatorial, um pequeno país localizado na costa ocidental da África subsaariana, que se encontrava sob o jugo do poder colonial espanhol até 1968 e que, a partir da descoberta de petróleo em sua costa em 1995, tornou-se rico em recursos naturais. Desde 1979, o país é governado por Teodoro Obiang Nguema Mbasogo, que emergiu ao cargo por força de um sangrento *coup d'État*⁷⁴. Os recursos oriundos da venda dos direitos de exploração dos campos de petróleo são, em sua grande parte, recebidos e administrados por uma pequena elite aliada ao presidente Mbasogo. Apesar de possuir a maior renda *per capita* da África, podendo ser equiparada ao nível de países como Itália e Espanha, Guiné Equatorial figura frequentemente nos *rankings* de países com

71 Não se entrará no mérito das doutrinas econômicas resultantes da bipolaridade mundial à época do pós-guerra. O foco reside na demonstração de como fatores globais influenciam o desenvolvimento econômico de cada país e, assim, possuem direta incidência na pobreza interna dos Estados. Considerando que os dados relativos à economia na Coreia do Norte não podem, por razões óbvias, serem considerados isentos, a comparação Coreia do Sul x Guiné Equatorial tornar-se-á bastante clara nas próximas linhas.

72 CHUNG, 2007, p. 12. No original: “Conditions were so bad that many would have starved to death had food not been supplied by aid programs from abroad. [...] It is thus clear that without the foreign aid, the South Korean economy would not have remained viable, especially in the early years of independence following the Korean War”.

73 CHUNG, 2007, p. 16.

74 HRW, 2009, p. 2.

os menores índices de desenvolvimento humano (IDH) do mundo – em dados de 2009, a expectativa de vida estava estipulada em apenas 52 anos e a taxa de mortalidade infantil era de 124 mortes para cada 1.000 nascimentos⁷⁵.

Logo após o golpe, em 1980, o governo do país sancionou a criação de uma *joint-venture* entre a estatal de petróleo espanhola Hispanoil e a Empresa Guineana-Espanhola de Petróleos, com direitos exclusivos de exploração do campo de Bioko, no norte marítimo de Guiné Equatorial. Ao mesmo passo, em relação às áreas de Gabão e Malabo, as empresas francesas Elf-Aquitaine e a Compagnie Française des Pétroles (hoje, Total S.A.) obtiveram a hegemonia na exploração de petróleo, à razão de 40% dos lucros para si e 30% para cada um dos dois governos das cidades onde se situam os campos de petróleo. Ainda, para demonstrar a penetração econômica estrangeira no local, a francesa Total S.A., uma gigante no ramo petrolífero, recebeu os direitos de comercialização de combustíveis em todo o país, em detrimento da companhia estatal nacional. Há, desde 1989, também a presença de empresas britânicas do mesmo ramo no país⁷⁶.

Ocorre que, em razão do chamado privilégio internacional sobre recursos, tais empresas estão autorizadas pela ordem institucional global, a explorar e monetizar ditos recursos naturais do país⁷⁷, sem que haja quaisquer represálias ao incentivo pecuniário que fornecem à ditadura de Mbasogo.

O privilégio de recursos que conferimos aos governantes *de facto* inclui o poder de efetuar transferências legalmente válidas de direitos de propriedade sobre os recursos. Uma empresa que tenha adquirido recursos de um tirano, desse modo, passa a ter direito a ser - e realmente é - reconhecida em qualquer lugar como legítima proprietária (desses recursos). Esta é uma característica marcante de nossa ordem global⁷⁸.

75 HRW, 2009, p. 45.

76 SUNDIATA, 1990, pp. 106-107.

77 POGGE, 2010, p. 48.

78 POGGE, 2010, p. 48, tradução nossa. No original: “*The resource privilege we confer upon de facto rulers includes the power to effect legally valid transfers of ownership rights over resources. A corporation that has purchased resources from a tyrant thereby becomes entitled to be – and actually is – recognized anywhere as their legitimate owner. This is a remarkable feature of our global order*”.

Ademais, em adição a isso, os controladores *de facto* de quaisquer países, não importando a maneira pela qual ascenderam ao poder, possuem outro importantíssimo recurso ao seu alcance: o *international borrowing privilege*, i.e., a capacidade de buscar recursos financeiros junto às instituições monetárias internacionais, tomando empréstimos em nome das populações que representam, deixando o débito para as gerações futuras e demais governos⁷⁹.

Assim, ainda que Guiné Equatorial – e qualquer outro país em semelhante situação – receba, além de ajuda humanitária⁸⁰ em razão das sucessivas violações aos Direitos Humanos⁸¹, massivos investimentos estrangeiros em decorrência da exploração dos recursos naturais e do lastro apresentado como contrapartida aos empréstimos tomados⁸², verifica-se que a ordem estrutural global acaba por lesar imensamente o país – paradigma de nação pobre economicamente, porém rica em *commodities* –, sem que haja represálias para as potências mundiais que o exploram, prejudicando-o profundamente, por intermédio de suas companhias estatais e maiores empresas privadas.

As receitas do petróleo têm fornecido ao governo da Guiné Equatorial o dinheiro necessário para fazer um trabalho muito melhor na realização dos direitos econômicos e sociais dos seus cidadãos. Os funcionários do governo foram negligentes em aproveitar esta oportunidade, utilizando fundos públicos para ganho pessoal à custa da prestação de serviços sociais essenciais para a população do país, e desperdiçando outras receitas potenciais através de má gestão. O custo humano do subfinanciamento crônico e contínuo em áreas como a

79 BROCK, 2015, p. 06.

80 Em 2005, a Espanha, terceiro maior parceiro comercial do país, enviou US\$ 9.000.000,00 em ajuda humanitária para Guiné Equatorial, i.e., uma porção ínfima em relação aos valores recebidos por suas empresas em razão da exploração do petróleo na costa do país (HRW, 2009, p. 86, n. 372).

81 A (organização não governamental internacional) *Human Rights Watch* documentou experiências de abuso real ou percebida dos oponentes do governo, variando de prisão e detenção arbitrária sem julgamento até tortura, assédio e assassinatos extrajudiciais (HRW, 2009, p. 53, tradução nossa).

82 Nesse sentido, ver sobre o escândalo do Banco Riggs, em que imensas reservas financeiras do país foram depositadas nos Estados Unidos, com as contas sendo frequentemente alimentadas por empresas petrolíferas internacionais. (HRW, 2009, p. 28 e ss). O país frequentemente toma dinheiro emprestado em instituições financeiras internacionais utilizando como lastro as receitas futuras decorrentes da exploração de petróleo (HRW, 2009, p. 42).

educação e a saúde torna-se nitidamente visível quando se comparam os níveis de saúde e alfabetização ao longo dos últimos 10 anos: no que havia uma oportunidade para grandes avanços em ambas as frentes, utilizando as substanciais receitas do petróleo, a situação ou piorou ou melhorou apenas ligeiramente e não de acordo com os avanços correspondentes em outros países⁸³.

A existência de diferenças internas entre ambos os países indicados – de um lado, a Coreia do Sul, em que sucessivos planos de crescimento econômico, especialmente voltados à educação básica, foram implantados de maneira bem sucedida⁸⁴ e, de outro lado, Guiné Equatorial, um país rico em recursos naturais, porém com amplo histórico de corrupção⁸⁵ – não impede a constatação de que há substancial diferença no tratamento, por parte da comunidade internacional, em relação a estes países. O *design* estrutural global atual permite, com naturalidade, a existência simultânea de auxílio financeiro multilateral a um país que se encontrava na parte inferior da lista de riquezas no mundo, i.e., a Coreia do Sul, ao mesmo passo em que, com a anuência de uma elite política corrupta, incentiva a exploração dos vastos recursos naturais de uma nação cuja população vive em estado de miserabilidade, como no caso de Guiné Equatorial. Dessa constatação, verificam-se que as causas de persistência de pobreza extrema não podem ser relacionadas somente com a tese de pobreza puramente doméstica partilhada por Rawls. Assim, com objetividade, Pogge⁸⁶ argumenta sobre a natureza moral das obrigações em relação aos países pobres:

Se a ordem econômica mundial desempenha um papel importante na persistência da pobreza extrema no mundo inteiro e se os nossos governos, agindo

83 HRW, 2009, p. 03, tradução nossa. No original: “Oil revenues have provided the Equatoguinean government with the money needed to do a much better job realizing their citizens’ economic and social rights. Government officials have been derelict in taking this opportunity, using public funds for personal gain at the expense of providing key social services to the country’s population, and squandering other potential revenues through mismanagement. The human toll of the continuing chronic underfunding in areas such as education and health becomes starkly apparent when comparing health and literacy levels over the past 10 years: where there was an opportunity for great advances on both fronts using the large oil revenues, the situation either worsened or improved only slightly and not in keeping with corresponding advances in other countries”.

84 CHUNG, 2007, p. 16.

85 HRW, 2009, p. 19.

86 2004, p. 6-7.

em nosso nome, estão especialmente empenhados na formação e na defesa dessa ordem, então a privação dos necessitados distantes pode abarcar meramente não só deveres positivos, mas também rigorosos deveres negativos para não prejudicar. No entanto, este pensamento óbvio é estranhamente ausente dos debates sobre a nossa relação com os necessitados distantes. Mesmo aqueles que mais energicamente têm apresentado a erradicação da pobreza extrema como uma tarefa moral importante para nós estão contentes em nos retratar como meros espectadores⁸⁷.

Peter Singer⁸⁸, após uma grande crise humanitária no subcontinente indiano, escreveu artigo em que defendia, com base no senso comum, um dever moral de ajudar as populações de países menos desenvolvidos economicamente, de maneira a preservar a dignidade e a vida de seus habitantes. Clamando por uma mudança no esquema conceitual moral de sua época, o artigo foi considerado um apelo para uma mudança significativa na forma de se pensar as ajudas humanitárias até então. Sua famosa analogia, denominada *shallow pond dilemma*, fornece um argumento para a responsabilização moral dos países mais ricos quanto ao dever de assistência que possuem em face dos países menos desenvolvidos economicamente: o autor argumenta que, caso um adulto perceba a existência de uma criança prestes a se afogar em um lago raso, mesmo que a decisão de salvar a criança implique em sujar suas roupas, o adulto tem o dever de salvá-la. Ou seja, de uma perspectiva moral, é imperativo que a criança seja salva. O argumento pode ser resumido da seguinte forma: em havendo poderes para evitar que algo ruim aconteça sem que haja o sacrifício de qualquer bem de comparável importância moral, há um imperativo moral para que se impeça que o evento ruim ocorra.

Assim, a partir de uma perspectiva avançada pela ideia de cosmopolitismo moral, em que se defende uma noção de moralidade que possa ser compartilhada por todos, tem-se que a responsabilidade pelas mazelas do

87 POGGE, 2004, p. 6-7, tradução nossa. No original: "If the global economic order plays a major role in the persistence of severe poverty worldwide and if our governments, acting in our name, are prominently involved in shaping and upholding this order, then the deprivation of the distant needy may well engage not merely positive duties to assist but also more stringent negative duties not to harm. Yet, this obvious thought is strangely absent from the debates about our relation to the distant needy. Even those who have most forcefully presented the eradication of severe poverty as an important moral task for us are content to portray us as mere bystanders".

88 1972.

mundo também poderia ser estendida a todos⁸⁹. Nesse sentido, em teoria, os Estados, corporações, entidades, indivíduos, estariam moralmente restritos não só a ações que não prejudicassem os *condenados da terra*⁹⁰, mas que buscassem melhorar a situação daqueles nessas condições.

A posição apontada enfrenta, dentre outras, críticas oriundas de uma suposta ignorância dos laços patrióticos que unem os habitantes de um determinado Estado – em face de um compromisso moral construído pela noção de pátria, consoante indicam Kleingeld e Brown⁹¹, essa sorte de crítica pugna pela necessidade de atender, necessária e primeiramente, os interesses de seus compatriotas, sob o argumento de que as obrigações de cidadania seriam recíprocas.

Contudo, ocorre que, para Pogge⁹², o *design* estrutural global espelha os interesses de países mais desenvolvidos economicamente e dos cidadãos, das grandes corporações e de empresas desses Estados, quando ditos interesses estiverem em conflito com aqueles de nações pobres. Assim, tem-se, no campo geopolítico, sob o pretexto da proteção dos interesses nacionais e de uma moralidade patriótica, o avanço de políticas que perpetuam a miséria no plano global. Por isso, para o autor, a estruturação global atual “[...] garante que o mundo, impulsionado por esses esforços egoístas, penda em direção a um modo de organização que dá aos fortes tanto quanto possível, enquanto ainda permite-lhes estar em conformidade com as suas normas morais”⁹³.

Em adição, Pogge⁹⁴ argumenta que, se as causas da pobreza fossem puramente domésticas, intervenções humanitárias e assistências sociais internacionais aos necessitados estrangeiros apaziguariam os dilemas morais enfrentados pelos cidadãos dos países mais desenvolvidos economicamente – e, ainda, perfectibilizariam o *dever de assistência rawlsiano*. Contudo, em razão dos lucros e vantagens auferidos pelos países mais ricos em detrimento de fatores sociais que, caso fossem mais bem planejados, não

89 BROCK, 2015, p. 8.

90 Para usar a expressão cunhada por Fanon (2002).

91 2019.

92 2010, p. 35.

93 POGGE, 2002, p. 06, tradução nossa. No original: “[...] ensures that the world, driven by these self-seeking efforts, equilibrates toward a mode of organization that gives the strong as much as possible while still allowing them to be in compliance with their moral norms”.

94 2004, p. 14.

perpetuariam a pobreza extrema no exterior, a tese possui grandes falhas – o benefício das intervenções humanitárias e da assistência social internacional é consideravelmente menor do os efeitos deletérios da exploração⁹⁵.

A despeito da existência de um – ou alguns – países pobres que atingiram *status* de nações economicamente desenvolvidas, esse fato não confirma que a ordem global auxilia o desenvolvimento de riquezas. O próprio exemplo relacionando Coreia do Sul e Guiné Equatorial é um indicador dessa afirmação. Pogge⁹⁶ argumenta que, apesar de não haver a imposição de um limite, é altamente improvável que o crescimento econômico se torne suficiente ao ponto de que se permita a todos os países a obtenção de *status* de país rico – no sentido de manutenção do poder de compra dos indivíduos, i.e., em um contexto em que se possibilite a todos as mesmas condições de perseguirem seus ideais de vida boa que os ricos hoje possuem.

4. Conclusão

Há, em qualquer lugar do globo, desigualdade. Existem indivíduos, mesmo nos países mais ricos, pertencentes ou não a uma minoria⁹⁷, que não serão capazes de prover, para si e para os seus, as condições básicas mínimas de subsistência. Consoante explicitado no artigo, tal fato decorre do que Rainer Forst⁹⁸ chama de *dominação múltipla*, aquela na qual, na existência de uma rede complexa de poderes, diversas agências influenciam as ações de outros, de maneira a que um número delas lucre, ao mesmo passo em que outros coletivos ou pessoas lucrem muito pouco ou nada.

A teoria de justiça global aborda esse tipo de problema, mas não se limita a isso⁹⁹, visando averiguar a responsabilidade pela situação atual e o

95 Vide, neste aspecto, a nota de referência n. 79.

96 POGGE, 2010, p. 43.

97 Importante salientar que o conceito de quem ou qual grupo pode ser considerado minoria é um conceito qualitativo e não quantitativo. Diz respeito às relações de poder, não ao número de indivíduos que se encaixam nas características do grupo.

98 2012, p. 247.

99 “Teorização acadêmica sobre justiça global tem focado de forma mais estreita em questões de justiça distributiva global ao longo das últimas duas décadas, embora isso não quer dizer que outras questões foram totalmente negligenciadas. Vários teóricos advogam por diferentes modelos de justiça global com componentes como a haver: uma distribuição mais equitativa globalmente dos recursos ou que cada pessoa tenha o suficiente para satisfazer as suas necessidades básicas; maior igualdade global de oportunidades; promoção universal dos direitos humanos; promoção da autonomia dos povos que estão em relação de igualdade uns com os outros; ou critérios que conduzam a intervenção, em especial a intervenção militar, nos assuntos dos Esta-

que pode ser feito para atacar as diferenças de bem-estar entre indivíduos em âmbito global. Contudo, a desigualdade, apesar da sua enorme importância para o enriquecimento da discussão¹⁰⁰, é apenas um dos focos da teoria de justiça global. Eventos contemporâneos tiveram enorme influência e serviram de catalisador para uma discussão profícua acerca do tema nos últimos vinte anos¹⁰¹.

A revisão dos preceitos da teoria de justiça clássica constitui, juntamente com a devida observação do fenômeno da globalização, o cerne da teoria de justiça global. A partir da reflexão colocada por John Rawls em duas grandes obras – quais sejam, *A theory of justice*¹⁰² e *Law of peoples and the public reason revisited*¹⁰³ –, houve a revitalização da discussão sobre justiça em geral e, após, sobre justiça internacional – a qual, fomentada por constatações e trabalhos de autores como Charles Beitz¹⁰⁴ e Thomas Pogge, ampliando-se, acabou por transformar-se em um genuíno campo de indagações filosóficas: a teoria de justiça global.

A partir da crítica despendida por Pogge a Rawls, o artigo apresentou a teoria de justiça global de Thomas Pogge. Com uma consistência rara já desde seus primeiros escritos, o autor, sob o viés institucional, demonstra, por intermédio de uma visão panorâmica global, como a ordem estrutural global posta é injusta – e como a desigualdade tende a aumentar. Ante essa constatação, teoriza acerca de maneiras práticas para cessar essa lógica, por meio de reformas das instituições atuais, com vistas à implantação de uma estrutura mais justa e, dessa forma, conseguir prover às gerações vindouras maiores facilidades para atingir seus ideais de vida boa.

dos. Há também muito debate sobre a melhor forma de realizar os elementos desejados, quais princípios devem reger nossas interações a nível global, e como melhorar a gestão dos nossos negócios globais, incluindo a melhor forma de governar a globalização” (BROCK, 2009, p. 11, tradução nossa).

100 “É evidente dizer que os discursos filosóficos sobre justiça global têm que começar da e responder à realidade de injustiça global” (FORST, 2005, p. 27, tradução nossa).

101 Consoante indica Brock (2015, p. 1), genocídios em países africanos, limpeza étnica no Leste Europeu, atentados terroristas em escalas nunca vistas antes de 2001, imigração intensificada para os países europeus de refugiados africanos e do Oriente Médio, trabalhadores em situação análoga à escravidão em países pobres cuja demanda decorre de mercados de consumo mais ricos, aumento nas ameaças ao bem-estar mundial decorrentes de um meio-ambiente em estado de degradação, entre outras demandas, fizeram com que muitos acadêmicos voltassem seu foco de reflexão para uma teoria de justiça global.

102 1999a.

103 1999b.

104 1999.

Avançando enormemente no que concerne a um entendimento mais compreensivo das relações internacionais, e, conseqüentemente, em relação a Rawls, cuja visão de mundo e responsabilidade moral para com os pobres globais se restringe à *tese da pobreza puramente doméstica*¹⁰⁵ e ao *dever de assistência*¹⁰⁶, o artigo buscou deixar claro que a maneira pela qual Pogge¹⁰⁷ compreende a forma como o *design* institucional global é fundamentado se revela perpetuadora de desigualdades no plano mundial.

Não é nem nunca foi intenção do artigo descreditar a teoria *rawlsiana*, inclusive por causa de seus inúmeros méritos e enorme importância: por isso, demonstrou-se que o filósofo norte-americano possuía certa razão ao atribuir aos fatores internos sua devida parcela de culpa na perpetuação da pobreza em determinadas sociedades. Por óbvio que uma melhor utilização dos recursos internos diminui a pobreza e melhora as condições de vida dos cidadãos dentro de um determinado país. Entretanto, ao não atribuir a devida responsabilidade pela pobreza mundial ao desenho institucional global, Rawls incorreu em enorme lapso.

Pogge¹⁰⁸, utilizando-se de um conhecido paralelo com a sala de aula, destaca-se também pelo avanço em relação a Rawls ao tratar das escolhas das gerações anteriores. Arguindo que a visão *rawlsiana* é inadequada para um mundo submerso em desigualdades econômicas altamente maculadas pela forma de acumulação histórica, predatória e usurpadora, imposta pelos países mais desenvolvidos economicamente em relação aos pobres globais, o presente trabalho buscou demonstrar, por meio da comparação entre os países Coreia do Sul e Guiné Equatorial, a maneira pela qual a estruturação global ainda hoje prejudica, seletivamente, – principalmente por meio dos privilégios internacionais sobre recursos¹⁰⁹ e sobre empréstimos¹¹⁰ –, certos países, mantendo-os – ou, mais frequentemente, suas populações – em condição de pobreza.

105 Purely domestic poverty thesis (POGGE, 2010, p. 32).

106 RAWLS, 2001, p. 142.

107 POGGE, 2010, p. 32.

108 2004, p. 4.

109 POGGE, 2010, p. 48.

110 BROCK, 2015, p. 06.

Nesse aspecto, conclui Pogge¹¹¹ aduzindo que, se a tese de que as causas da pobreza são puramente domésticas fosse verdadeira, a mera assistência aos necessitados estrangeiros apaziguaria os dilemas morais enfrentados pelos cidadãos dos países mais desenvolvidos economicamente – e, também, perfectibilizariam o *dever de assistência rawlsiano*, tornando coesa a teoria. Ocorre que, dada a falácia dessa tese, as ideias ali despendidas são seriamente ilusórias, em razão dos lucros e vantagens auferidos pelos países mais ricos em detrimento de fatores sociais que, caso fossem mais bem planejados, não perpetuariam a pobreza extrema no exterior.

Esse viés passa também por uma melhor caracterização dos Direitos Humanos, que devem ser preenchidos para a obtenção de uma sociedade global mais justa. Desse modo, verifica-se que Pogge avança enormemente em relação a Rawls. Há claros motivos para afirmar com segurança que a estruturação mundial está assim organizada de maneira a prejudicar os mais pobres, mantendo-os em condição de pobreza e auxiliando os mais prósperos a se manterem na posição em que se encontram. Negar esse fato utilizando a alegação de que a pobreza vem diminuindo nos últimos anos está na mesma linha de raciocínio de aduzir que um veleiro está agora sendo beneficiado pelas condições climáticas, eis que, encontrando-se em alto-mar após uma grande tormenta, passa a enfrentar menor adversidade – um contravento menos intenso, mas, ainda assim, contravento.

O objetivo de Thomas Pogge é cristalino – que o vento sopra a favor dos necessitados. Por meio de fundamentos filosóficos bem embasados e de ações práticas como o *Health Impact Fund*, utilizando-se de uma visão diferenciada daquela encontrada em Rawls, avançando em relação à utilização de um princípio global de diferença, e cunhando, destarte, uma teoria de justiça distributiva passível de ser aplicada ao globo, Pogge demonstra como uma ordem global mais justa pode vir ao auxílio dos mais pobres, sem que haja prejuízo – ou que estes sejam mínimos – aos mais prósperos. Assim, entende o autor, tais ações seriam moralmente compulsórias. Assim, entendo, todos teríamos um mundo mais justo.

Referências

APPIO, Eduardo. Apresentação. In: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

111 2004, p. 14.

- BARRETTO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de filosofia do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BEITZ, Charles R. *Political theory and international relations*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- BERNSTEIN, Alyssa R. Law of Peoples. In: CHATTERJEE, Deen K. (Org.). *Encyclopedia of global justice*. New York: Springer, 2011, pp. 635-639.
- BROCK, Gillian. *Global justice: a cosmopolitan account*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BROCK, Gillian. Global justice. In: ZALTA, Edward. (Org.). *Stanford encyclopedia of philosophy*. Stanford, Mar. 06 2015. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/justice-global/>>. Acesso em: 17 maio 2015.
- BUCHANAN, Allen; GOLOVE, David. Philosophy of international law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. (Org.). *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 868-934.
- CHUNG, Young-Iob. *South Korea in the fast lane: economic development and capital formation*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2007.
- FANON, Frantz. *Les damnés de la terre*. Paris: La Découverte, 2002.
- FORST, Rainer. Justice, morality and power in the global context. In: POGGE, Thomas; FOLLESDAL, Andreas. (Org.). *Real world justice: grounds, principles, human rights and social institutions*. Dordrecht: Springer, 2005, pp. 27-36.
- FORST, Rainer. *The right to justification: elements of a constructivism theory of justice*. New York: Columbia University Press, 2012.
- FRASER, Nancy. *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder, 2008.
- FRASER, Nancy. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2009.
- HÖFFE, Otfried. *La justicia en un mundo globalizado*. Santiago: Escuela de Gobierno Universidad Adolfo Ibáñez, 2010.
- HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *Well oiled: oil and human rights in Equatorial Guinea*. 2009. Disponível em: <<http://tinyurl.com/j5gxbp9>>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- JAGGAR, Alisson. (Ed.). *Thomas Pogge and his critics*. Cambridge, UK: Polity, 2010. 272 p.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- KLEINGELD, Pauline; BROWN, Eric. Cosmopolitanism. In: ZALTA, Edward. (Org.). *Stanford encyclopedia of philosophy*. Stanford, Dec. 21

2019. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/cosmopolitanism/>>. Acesso em: 03 set 2020.
- LADWIG, Bernd. Global social justice: whose justice? Whose responsibility? In: MERLE, Jean-Christophe. (Org.). *Spheres of global justice*. Dordrecht: Springer, 2013, pp. 445-456.
- LANDESMAN, Bruce M. Global justice. In: CHATTERJEE, Deen K. (Org.). *Encyclopedia of Global Justice*. New York: Springer, 2011, pp. 421-424.
- MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Plunder: when the rule of law is illegal*. Malden, MA: Blackwell Publishing, 2008.
- POGGE, Thomas. *World poverty and human rights: cosmopolitan responsibilities and reforms*. Cambridge: Polity, 2002.
- POGGE, Thomas. "Assisting the global poor". In: CHATTERJEE, Deen K. *The ethics of assistance: morality and the distant needy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004. Disponível em: <<http://tinyurl.com/zzsudzo>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- POGGE, Thomas. Real world justice. In: BROCK, Gillian; MOELLEN-DORF, Darrel. (Org.). *Current debates on global justice*. Dordrecht: Springer, 2005, pp. 29-53.
- POGGE, Thomas. *Politics as usual: what lies behind the pro-poor rhetoric*. Sttaford: Polity, 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RAWLS, John. *A theory of justice: revised edition*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999a.
- RAWLS, John. *Law of peoples and the idea of public reason revisited*. Cambridge: Harvard University Press, 1999b.
- RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SINGER, Peter. Famine, affluence, and morality. *Philosophy and Public Affairs*, [S.l.], v. 01, n. 1, pp. 229-243, 1972. Disponível em: <<http://tinyurl.com/3nc66e>>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- SUNDIATA, Ibrahim K. *Equatorial Guinea: colonialism, state terror and the search for stability*. Boulder: Westview Press, 1990.
- SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

Recebido em 13 de novembro de 2018.

Aprovado em 08 de abril de 2020.

The right to resist in times of COVID-19: the case of the Belarusian professional football

*O direito de resistência em tempos de COVID-19:
o caso do futebol profissional bielorrusso*

Felipe Augusto Loschi Crisafulli*
Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal

1. Introduction

Breaking news! Breaking news! The world has (almost) stopped. From schools to clubs. From buses to airplanes. From offices to gyms. From mosques to parties. No transit of people allowed, except for health reasons or those related to essential services.

Were it not for the avalanche of news that pours in from all directions regarding the new coronavirus disease (COVID-2019/SARS-CoV-2), an undiscerning observer could read the paragraph above and think it explains an era of a severe armed conflict, for example, the First or the Second World War periods.

But it is not. As pretty much everyone is currently aware, the world is experiencing a new “once-in-100-year type event” (these words were spelled by the Australian Prime Minister, Scott Morrison, at a news conference in mid-March 2020), like the cholera pandemic (1800’s) and the

* Visiting lecturer at Escola Mineira de Direito and Futebol Interativo; Ph.D. Law candidate, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; Master of Laws in Legal and Political Sciences, mention in Constitutional Law, Universidade de Coimbra; Bachelor of Laws, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio; Member of the Comissão Especial de Direito Desportivo - OAB/SP; Member of the Instituto Brasileiro de Direito Desportivo – IBDD; Lawyer. Email: felipe.crisafulli@gmail.com.

Spanish flu (1900's) – without mentioning others, such as the Black Death (1300's).

It shall be said: in those cases, to a greater or lesser degree, *the world has also stopped*, paralysing businesses and/or non-essential activities. The difference, however, from the past to today is that, back then, the globalisation, viz., the process that made the world economy more connected and interdependent, intensifying worldwide social relations through the link of “distant localities in such a way that local happenings are shaped by events occurring many thousands of miles away and vice versa”¹, was just a conception for the (future) modern days.

The countries, until the beginning of the twentieth century, were not so integrated in terms of organisations, transportations, connections, communications, policymaking in general, industrial or commodities production and trade: “globalization was not achieved in the pre-modern period, even if there were globalizing processes then. It was placed before the post-modern era. The foundations of worldwide interdependency were established in the era of modernity”².

By the way, it has to be noted: albeit they are commonly seen as synonyms and interchangeable, globalisation shall not be understood (exclusively) as internationalisation, liberalisation, universalisation or even Westernisation. Actually, if it was just those things, there would not be necessary a new word to identify such situation, namely taking into account it is a terminology that has gained prominence across continents³.

So, whether *internationalisation* is bound to the increase of transactions and interdependencies of the countries (from messages to pollutants or from investments to merchandise), *liberalisation* refers to an open world, with less borders (no constraints on movements of resources among countries, such as trade barriers, capital controls, visa checks or requirements), *universalisation* means an everywhere or worldwide dispersion of experiences (cultures, politics, legislations, economics, the Gregorian calendar) and objects (vehicles, outfit, toys, beverages, tobacco) and *Westernisation* symbolises a specific part of universalisation, i.e., the expansion of social structures of modernity over humanity (e.g., industrialism, capitalism, ra-

1 GIDDENS, 1991, p. 71.

2 MARTELL, 2010, p. 66.

3 SCHOLTE, 2005, p. 51.

tionalism, individualism, urbanism) and destruction of local cultures and autonomy, none of them is exactly new or identical to *globalisation* itself, i.e., they already existed before the globalisation period really started or present notorious differences (e.g., globalisation does not presuppose or necessarily opposite to *laissez-faire* economics)⁴.

In fact, the sense in which the term *globalisation* was used above is closer to *spatiality*. The latter is related to the arena of human being actions and experiences and identifies the whole planet as a place for societal relations, through the reductions of borders and barriers to transworld social contacts, in physical, linguistical, psychological, cultural or legal ways, towards *one world*. This is what mainly distinguishes the current moment from its predecessors, i.e., long-distance connectivity has accompanied human history for centuries, but its spread and *supraterritoriality* characteristic are clear distinctive contemporary aspects⁵. After all, should globalisation mean any, but just, those other concepts, like universality or integration, it would have “not been achieved, and may well never be”⁶.

Further, notwithstanding the fact that the science – specifically, the medicine – does not advance in leaps and bounds, on behalf of the appearance of a few geniuses, but much more ordinary, with building knowledge assets over time, since “[o]ne discovery leads to another in slow succession, and new understandings fade into existence”⁷, there were several milestones in the past 100 years, from which medicine changed radically and sometimes rapidly.

So, if last time when *the world stopped* it was, primarily, as a consequence of hundreds or thousands of citizens deaths already happened, this time it is being carried out as a preceding step, i.e., it aims to prevent innumerable deaths across the globe. Although it is true prevention is better than cure, such kind of acting is far more difficult than in the shadow of a disaster or emergency.

4 SCHOLTE, 2005, pp. 54-59.

5 SCHOLTE, 2005, pp. 60-86.

6 MARTELL, 2010, p. 66.

7 SALEH, 2019.

2. No healthy, no party – or, no fans, no football: the shutdown of organised football (COVID-2019), except in Belarus

This is not the appropriate place to be presented and discussed in detail the medical and/or economic topics related to the new coronavirus, particularly because it is a legal paper. Still, even its main aspects (prevention, causes, diagnosis, symptoms, risk factors, treatment, complications) being spread out over the world, certain points are highlightable.

The timeline of the coronavirus outbreak can be summarised as follows: on 31st December 2019, the authorities of China alerted the World Health Organization (WHO) they were facing many pneumonia cases in Wuhan, Hubei province, with an unknown cause. In spite of it being a new virus, at that time it was concentrated in the aforementioned 11-million citizens city, and apart the endless number of accusations of censorship levelled at the Chinese dictatorial regime⁸, perhaps such is the reason why many countries did not pay special attention to it, considering that just within China, because of its local customs and traditions, the disease would be disseminated. Indeed, many politicians, e.g., from the USA, Brazil, Mexico, Iran and Italy⁹, called it a *fantasy* or a *little flu/little cold*, prioritising economic growth over the measures required to curb a rise in infections.

It happens that this virus has an unprecedented speed of transmission – as above stated, also because these are days of globalisation. Until today¹⁰, there are around 3,000,000 confirmed cases, from China to Chile and the USA to New Zealand, approximately 0.3% of recoveries and more than 295,000 deaths. Actually, one episode that may have been decisive for the accelerated spread of the pandemic in Italy – the epicentre of the disease in Europe – was the match between Atalanta and Valencia, for the UEFA Champions League, realised in Milan, last February, when no one knew that the new coronavirus was already in the country¹¹.

The experts have underscored that the best way of preventing the contamination is by limiting the movement, interactions and social contact

8 REPORTERS WITHOUT BORDERS, 2020; ALMEIDA, 2020; LEMON, 2020.

9 WARD, 2020.

10 This paper was finalised in the last weekend of April 2020.

11 ROBINSON, 2020.

of the people¹². As a consequence, the *lockdown* implemented by many politicians worldwide to slow the spread of the disease range from mandatory geographic quarantines to non-mandatory recommendations to stay at home, including the prohibition of agglomerations and the closure of non-essential businesses and borders.

If not everything is roses, for sure it is not just thorns either; rather, many companies introduced home office and encouraged their workers to stay at home, the governments approved financial relieves for their nationals, singers started to perform online, for free, collecting donations to the most needy.

Following such social distancing orders, the international and national football bodies decided, firstly, that the football games should happen in empty stadiums. After many critics – namely, those regarding if it is worth professional sports being realised without spectators, not only from an economic point of view¹³, but also because the fans are the main reason of their existence and because many players started to test positive for coronavirus –, *all* competitions around the world stopped, whether or not prior or subsequent to the implementation of local anti-COVID-19 measures.

In reality, not exactly *all* football tournaments are suspended at this moment: in Belarus, the national league is being regularly played. Unlike everyone or everywhere else¹⁴, Belarus decided just to play on, bring out

12 FERGUSON et al. 2020; SHEN; TALEB; BAR-YAM, 2020.

13 There have been considerable questions whether the leading sports can survive without the fans in attendance, since their main sources of revenue are the match-day sales, alongside with the broadcasting rights and sponsorship. It happens that, as well known, times of crisis can create opportunities to reinvent ourselves, meaning that the clubs shall find new ways of monetizing their activities, such as the streaming, new merchandising, advertising and alike strategies, focused on the digital platforms, production of new content, which will also lead the arrival of other players (people) to the market. For sure, those regular revenues (and the incomes of the clubs) were seriously affected by the pandemic, but, if there are no fans to buy tickets or souvenirs, beverages or food at the event, they are, as well, locked down at home, more connected than ever and missing their favourite stars and lovely sports moments. Thus, the supporters might be also more eager to acquire any and all types of products related to the club, and even more susceptible to do so, whatever those articles are, meaning that the marketing departments shall have a special position during the next months in this matter.

14 The national football associations of Burundi (EDWARDS, 2020), Nicaragua (ALEXANDRINO, 2020), Tajikistan (KRASIMIROV, 2020), Taiwan (BLANCHARD et al., 2020) and Turkmenistan (BARKER, 2020) also continued, started a new or restarted the current season of their domestic competitions. The first one, where there are twelve confirmed cases of the SARS-CoV-2 and one person dead, with open stadiums and recommendations to the players do not celebrate goals together and keep their distance from referees; the second (thirteen positive

cheerleaders and put no restrictions on supporters coming to watch it – afterwards, some restrictions were applied, such as only family are allowed to stand together and the body temperature measuring of the fans who enter the stadium.

The reason for that? Basically, the same that led the countries whose politicians, in a first moment, denied the danger of the disease to present more difficulties to face the new coronavirus crisis: according to its President, Aliaksandr Ryhoravič Łukašenka (also spelled Aleksandr Grigor'yevich Lukashenko), the closure of the borders is senseless. In his words, taking a sauna frequently could combat the virus, since the latter could not survive at high temperatures; washing hands with vodka and drinking the rectified spirit poison the virus; and working hard in the countryside would cure everyone¹⁵.

One of the leaders of the Belarusian opposition, Mikalai Statkevich, accused long-term President Aleksandr Lukashenko of hiding the real number of persons dead due to new coronavirus¹⁶ – *officially*¹⁷, there are more than ten thousand cases and six dozen of deaths, and the number of recovered patients there is almost half of the world's average (0.16%). A renowned Belarusian journalist, Sviatlana Kalinkina, made an acid criticism after Łukašenka deciding against the enforcement of a strict quarantine, proposed by his Minister of Health: “It suddenly appeared that prohibitions are not our tradition [in Belarus]”¹⁸.

tests, three deaths), the third (zero cases reported, albeit there is one recently death attributed to swine flu and four pinned on pneumonia – see: EURASIANET, 2020) and the fourth (more than 420 confirmations and six dead persons) ones, without supporters in the stands; the last one, which has no confirmed cases and the use of the word “coronavirus” in the media and in medical reports has been prohibited, with fans attending the matches. Coincidence or not – aside from Taiwan, where, in spite of it being a far from perfect democracy, such system of governance “stands out against other democracies in East Asia, with its political institutions sound, its legal system functional, its media free and self-confident, and its civil society brisk and buoyant” (SCHUBERT, 2012, p. 66)–, all of them are governed by autocratic leaders, and, just to remember, those are the official numbers, what arouses the suspicion of many critical researchers: (BARCELLOS; MUNIZ, 2020; WILLIAMS, 2019; GAMLEN, 2019, p. 117).

15 DIXON, 2020.

16 PLOTNIKOVA, 2020.

17 The italics in the word *officially* is because, as a matter of fact, Łukašenka does not accept those deaths as purely from the coronavirus. He has recently publicly declared that nobody will die from the virus in Belarus, because they have already found combinations of drugs that can save the people and that “the fatalities were the result of underlying health conditions in the patients, such as heart disease and diabetes” (MAKHOVSKY, 2020).

18 KALINKINA, 2020. Roughly translated.

Still, as the specialised media reported, the locals are not so concerned with the situation, probably having bought into the idea of their national political leader. Conversely, the foreign players think that the games should be suspended¹⁹. Such suspension would be in line with the recommendation of the WHO's experts and other virology scientists, as explained above, but also with claims of FIFPro, the worldwide representative organisation for professional footballers, whose general secretary asserted: "It is frankly not comprehensible how this could be going on. [...] So everything in common sense tells you that they need to apply the same standards and we will be lobbying to that effect"²⁰.

3. An overview of Belarus's political context: Lukašenka's era

Prior to entering into the analysis of the topic that concerns this paper, it must be cleared: the following findings, viz., taking recourse to the right of resistance²¹ suppose a place under the banner of something else than democracy (or, at least, an act that does not satisfy the democratic requirements) – and, for the lack of a better view, Belarus represents such *something else*. It is not a coincidence that the Belarusian president, who has been running the country for over two and a half decades now, is known as *the last dictator in Europe*²².

Despite the Constitution of Belarus stating it "is a unitary, democratic, social state based on the rule of law" (Section 1: Fundamentals of the Constitutional System, Article 1), the reality is somewhat different: its referendum was "outrageously falsified" and carried out through a "constitutional coup' by the head of state", wherefore contemporary Belarus shall be seen

19 MUNDIM, 2020.

20 REID, 2020.

21 It must be highlighted that, once that is a great ambiguity and a nonconsensual conceptual delimitation of this right, it will be assumed hereinafter a *lato sensu* definition of "right to resist" (or alike), whereby it is seen as a genus and means any "[c]onfrontation (resistance, disobedience) that turns into a limitation of the power of public authority. In this sense, the right of resistance could be conceptualized as the right of the individual, or of organized groups, or of State organs, or of the entire people, to oppose, by any form, even force, an illegitimate power or the arbitrary and violent exercise, not in accordance with the law, of state power" (UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, 1999, p. 214, roughly translated). Nevertheless, for a deeper dive into the differences between the right of resistance and similar figures, e.g.: BUZANELLO, 2001.

22 MCKAY, 2020.

as a country subject to a “law of rule” instead of a “rule of law”²³. Eight years later, another referendum for the amendment of the Constitution was held, and its results, “perceived by many Belarusians as a crude falsification, provoked spontaneous protests in Minsk”²⁴, the capital of the country.

The opposition’s representatives define the current Belarusian regime as *authoritarian* and the national government admits that the concept of *democracy* in Belarus is significantly distinct from the Western one – actually, there does not seem to be any meaningful difference between its promotion of democracy and the geopolitical reorientation of Belarus from the Russian orbit of influence towards the European Union (EU)²⁵.

In that sense, some protestors against President Lukashenko created a document entitled *Charter 97*, which is a declaration calling for democracy in Belarus and brought up a pro-human rights and liberties news website. Such document is entitled like that in a direct reference to Czechoslovak human rights declaration *Charter 77*, dated of twenty years before, which was an informal civic initiative criticising the Government for failing to implement human rights provisions arising from, for instance, the 1960 Constitution of Czechoslovakia, the Final Act of the 1975 Conference on Security and Cooperation in Europe (Basket III of the Helsinki Accords) and the 1966 United Nations covenants on political, civil, economic, and cultural rights. At that time, spreading the text of the document was considered a political crime by the communist regime.

Back to Belarus, *Charter 97* echoes the “devotion to the principles of independence, freedom and democracy, respect to the human rights, solidarity with everybody, who stands for elimination of dictatorial regime and restoration of democracy” in that country. Two and a half decades later, the situation has changed very little for people there, being still valid critics such as the one that says that the country’s fundamental law is flouted and their citizens are denied the right to elect representatives to governing structures. In reality, the National Assembly has little real authority or influence, being nearly all governing power concentrated in the hands of the President, and, furthermore, the legislative branch has been dominated by Łukašenka’s supporters in any event since 1996, meaning that his decisions have no substantive opposition.

23 ROUDA, 2019, p. 261.

24 ROUDA, 2019, p. 262.

25 IOFFE, 2014, pp. 100-101.

The human rights situation in Belarus has already been the focus of attention of the United Nations (UN), which stated its *dramatic deterioration*, evidenced by numerous demonstrations, an unfair decree taxing the unemployed, bureaucratic restrictions, intimidations, arrests, arbitrary detentions, punishment of expressions of dissent, retaliatory procedures, political imprisonments, deprivation of liberty and curtailment of basic freedoms²⁶.

Without prejudice to the remarks above, under the guidance of President Lukashenko, Belarus has changed considerably. Its economy has grown in a Chinese/Singaporean model – despite, at the present moment, it being in deep recession²⁷ –, and such prosperity and move towards European standards (*goodbye, USSR?!*) allows him stay running the country.

That does not mean Lukashenko is exactly trustable when the topic are his political ideals: should now the President go for the development of the private property and cry to heaven the structural reforms promoted in Belarus to facilitate the running of businesses, some years ago he called private businessmen *lousy fleas* and described the local economic system as a *market socialism*²⁸.

What could be called as a flexibility, would better fit the noun *populism*, which links Łukašenka more to Latin America politicians than to those from the ex-Soviet nations²⁹, where the politics is construed not based on a single person (personalism), but on clans and oligarchies³⁰.

Regarding *populism*, even through the lens of Hannah Arendt's lessons, there is no consensus about its origin, one considering it as a consequence of the process of expropriation and production of superfluosity of the liberal democracies³¹, other referring to the key tension between plurality and superfluity, however, mainly, stating that, in spite of populism being possibly a monopolistic and destructive force, the liberal democracy is exactly what allows pluralism create the foundations for the expression of positive freedom. That is why there is still a counterforce to such situa-

26 UN, 2017, p. 20.

27 EXOTIX, 2019, pp. 121-122.

28 DYNKO, 2010.

29 BURKHARDT, 2016, p. 471.

30 MATUSZAK, 2012, pp. 13-17; MATEJKA, 2012, pp. 35-36.

31 BIRMINGHAM, 2019, p. 192.

tion: the masses acting in concert, towards a shared world that embraces their common interests – which could be named as a *populist pluralism* or, should it seem less contradictory, a *popular pluralism*³².

Nonetheless, it shall be asserted: despite populism being an auto-catastrophic political stance that entails all kinds of scepticism, this does not hinder it to come from both left and right political spectrum. Particularly in Belarus, the national populism (or, the *right-wing populism/right-wing nationalism*) has a weak role; the *social populism* (or, *inclusionary populism/left-wing populism*), a merge of both socialism and populism, is what calls the shots: the ideology adopted by Łukašenka combines the left-wing politics and populist rhetoric and themes.

Since 2003, the President proclaims a *state ideology*³³, which shall not be deemed as a true national Belarusian ideology³⁴. Indeed, it essentially aims to consolidate his personal, full control over the state, including the educational system and the media, and to perpetuate himself and ensure his continuity as the maximum leader of the country³⁵.

The issue is that, whereas the right-wing populism goes well during times of crisis (e.g., the main mafia state systems, such as Russia and Ukraine), the left-wing one can give poor responses when it is pitted against economic crisis, offering only “disappointment and frustration [...] and [,] if the crisis endures much longer, [...] making the power] soon be called into question”³⁶.

This context proves what a prominent Belarusian political analyst noted: Lukashenko is no more than a hostage of the system himself created, and so he will never surrender power voluntarily or without bloodshed³⁷. By the way, since Rome, no strongman voluntarily gives up the power, and this is the reason why the relinquishment of power by the first and only Roman emperor to do that, Diocletian, was called by Julius Caesar as an act of political illiteracy: *dictators should not retire*.

32 MORGAN, 2019, pp. 200-201.

33 WILSON, 2011, p. 203.

34 ŁATYSZONEK, 2006, p. 194.

35 ROUDA, 2019, p. 269.

36 ROUDA, 2019, p. 261.

37 KARBALEVICH, 2010.

Unlike Julius Caesar's words might mean, Diocletian was not a non-educated person. As a matter of fact, it is far probable that he knew that his loyal fellow-countrymen would abandon their loyalty to him as soon as they smelled blood, being really more difficult to choose his own successor on the brink of chaos or even buried for posterity: "it was better to hand over power, to step down, and then pull strings as needed from the wings while he was still alive"³⁸.

However, that is not exactly the situation when it comes to Łukašenka: he is described as an incorrigible ignorant in areas of state management, having no particular interest in the study of the ideas, but only in retaining power³⁹ and his unlimited ambition. For this reason, all life scenarios in Belarus are under the control of the President and subject to his personal interference – typical of autocracies.

It was used the term autocracies, instead of *authoritarianisms* or *totalitarianisms* (the two more common ones when talking about the politics in Belarus), because it is here adopted the understanding, based on the principle of political liberty – "[a] person is politically free if he is subject to his own will and not to a heteronomous or alien will"⁴⁰ –, that there are just two pure forms of government, the *democracy* and the *autocracy*, even though neither has properly or entirely taken place over time, but by means of manageable whispers, i.e., mixed or intermediary forms⁴¹. Norberto Bobbio, in turn, notes that these two ideal types can be also represented as *republic*, from Rousseau's point of view, and *despotism*, in Hegel's sense⁴².

Authoritarianism shall not be seen as a political system or a political expression of power, but just a – sometimes more, sometimes less authoritarian – unilateral way of exercising power. Therefore, authoritarianism may not be confused to or identify with autocracy, much less to democracy; in fact, its opposite is liberalism, and both (authoritarianism and liberalism) are "forms of exercising power that fluctuate at the same time, deter-

38 STRAUSS, 2019, p. 281.

39 IOFFE, 2014, p. 158.

40 BAUME, 2013, p. 192.

41 KELSEN, 1973, p. 99.

42 BOBBIO, 1989, p. 103.

mining the degree of strength, power and authority of political regimes⁴³.

Besides that, political experts and insiders do not agree what exactly is the Belarusian existing regime⁴⁴, from *sultanism*⁴⁵ to *neo-communism*⁴⁶ or *superpresidentialism*⁴⁷ to *competitive autocracy*⁴⁸. Without limitation to the foregoing, the current political context in Belarus, dissociated from democracy and closer to a non-democratic system, more than being related to the classical categorisation proposed by Linz and Stepan, i.e., authoritarianism, totalitarianism, post-totalitarianism or sultanism⁴⁹, it has already been nominated as an *elected dictatorship*⁵⁰, a *neo-authoritarian regime*⁵¹, a *non-party system*⁵² or, simply, *lukashenkism*⁵³.

Even so, Łukašenka remains firmly in power, what may be explained by the fact that he is – allegedly – a political with the gift of intuition, sensitive to public feeling and the social needs – his regime has successfully developed and stabilised Belarus socio-economic relations and strengthened the perception of security among the population⁵⁴ –, but also a strategist on the international political arena, suppressing internal opponents of the regime and ending up as the personification of stability and order in Belarus, “a miniature version of the Soviet Union itself”⁵⁵. Accidentally or deliberately, and it appears to be the last one, the security services there still operate under their Soviet-era name, *the KGB*⁵⁶.

43 BARROSO et al., 1976, pp. 89-90. Roughly translated.

44 BEKUS, 2010, pp. 93-97.

45 EKE; KUZIO, 2000, p. 536.

46 SHUSHKEVICH, 2002.

47 WHITE; KOROSTELEVA, 2005, p. 64.

48 MANAEV, 2014, pp. 56-59.

49 LINZ; STEPAN, 1996, pp. 38-54.

50 KOROSTELEVA; LAWSON; MARSH, 2003, p. 15.

51 USOV, 2008, pp. 110-111.

52 ROUDA, 2019, p. 259.

53 MCMAHON, 1997, pp. 129-137; ZVIGLYANICH, 1999.

54 USOV, 2008, p. 110.

55 MYERS, 2006.

56 BATALDEN; BATALDEN, 1997, pp. 57-58; ORTEGA, 2010.

4. *Hic sunt dracones* – not if fundamental rights are respected; it is time to resist!

Since 2017, the Spanish television heist crime drama series created by Álex Pina, *La Casa de Papel* (in English known as *Money Heist*) is considered a phenomenon. The critical acclaimed it for a sophisticated plot, vibrant interpersonal dramas and outstanding direction. Besides that, the TV show, with its lemma *¡Nosotros somos la resistencia!* (“We are the resistance!”), brought up again a right that, in times of democracy, gets a little bit forgotten: the right to resist.

Forgotten, but not gone; indeed, resistance does not always come to the spotlight. Indeed, this term is frequently used as a phrase, being accompanied by an adjective, adverb or noun, such as *everyday resistance*, *critical resistance*, *off-kilter resistance* or *civil resistance*. Also, in varied fields of research (e.g., social movement, conflict/development, revolutionary, terrorism and subaltern studies) there are “suggestions of other concepts with different but similar connotations as resistance; for example, ‘contention’, ‘protest’, ‘power struggle’, ‘revolution’ and ‘mimicry’⁵⁷.

While resistance “has been at the heart of all political theories since mankind started to conceptualize the foundations of public power”⁵⁸, it is typically revisited when the relevant situation involves non-democratic regimes or acts. Or rather, as a human right – “natural or invented [by people], they are palpable feature of our moral world”⁵⁹ –, the right to resist may be invoked anytime and anywhere domination, power or oppression is present – even under (formal) democratic regimes⁶⁰, such as Belarus. The opposition to unjust laws is the way how the repulsion to a specific legal precept or a set of provisions in disagreement with the moral law is realised, insofar as resistance guarantees the self-defence of the society, the people’s fundamental rights, the control of public acts and maintains the constitutional pact by those in power⁶¹.

57 BAAZ; LILJA; VINTHAGEN, 2018, p. 20.

58 TOMUSCHAT, 1984, p. 13.

59 WALZER, 2006, p. 54.

60 Therefore, falls apart the affirmation that is often made “that citizens of a democratic country may never violate democratically derives laws [..., once a] good democrat may disagree with the laws of his country but will never carry that disagreement to open disobedience [... and, thus,] never engage in civil disobedience” (KELLNER, 1975, p. 899).

61 CARVALHO, 2008, p. 698.

By the way, the concept of resistance adopted here is the one that separates it from power itself; otherwise, to resist means just a different form of power, since all types of acts in which power is opposed would represent resistance, including the exercise of power against power. Thus, resistance shall be seen as a response to power (an act) from below, viz., from subalterns (the performers) who, on behalf of themselves or in solidarity with any other person that has a subordinated status to the authorities, may challenge, negotiate and/or undermine power⁶². This is the reason why the right to resist protects social facts, such as those organised social movements involved in civil disobedience⁶³.

As well all know, the established idea of government evinces that it shall serve the interests of the people, meaning that, if it tends to get lost, governmental orders lack validity and it opens up the possibility of the individual not obeying them, for its injustice or illegitimacy. Without the trust of the citizens, the government turns into an entity that has little or no reason to exist⁶⁴, since, in line with Max Weber's thinking, political legitimacy is "the de facto ability of a political regime to secure acceptance based on *belief* ('*Legitimitätsglaube*') as opposed to securing compliance based on *coercion* alone"⁶⁵.

The right of resistance is historically considered a logical consequence of the principle of self-determination⁶⁶, in its internal aspect, which implies the internationally recognised right of the people "to determine their own form of government"⁶⁷, viz., their political status and their economic,

62 BAAZ; LILJA; VINTHAGEN, 2018, pp. 24-26.

63 CARVALHO, 2008, p. 698. Regarding civil disobedience, John Rawls (1999, p. 319) points out it is a public (once it is carried out in an open manner, subject to arrests), nonviolent (there are no direct physical or emotional harms to people or damages to properties), conscientious (it is a sincere and motivated opposition to law and/or government policies, based on moral, ethical or political principles) and political (since its objective is a legal or political change) act contrary to law, which normally aims to change the legislation or public policies. In his view, civil disobedience is a form of protest that, in spite of being illegal, remains "within the limits of fidelity to law" (RAWLS, 1999, p. 326). Such concept, however, is not immune to criticism: "[c]ertainly, that definition, when considering civil disobedience as a nonviolent public act, is situated in a perspective remarkably close to that of the theory of the passive right of resistance. Unfortunately, Rawls expressly states the intention not to consider other cases of disobedience to the law, such as the right to resist" (CARVAJAL ARAVENA, 1992, p. 99, roughly translated).

64 WEBER, 2003, pp. 221-222.

65 LANGVATN, 2016, p. 133, emphasised in the original text.

66 RAZMETAeva, 2014, p. 760.

67 MUSTAFA, 1971, p. 479.

social and cultural development (Article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966).

As positivised, this right finds its origin in the Virginia Declaration of Rights (USA) of 1776 (Sections 1 and 3)⁶⁸, the Declaration of Rights of Maryland (USA) of 1776 (number IV)⁶⁹, the United States Declaration of Independence of 1776 (Thomas Jefferson's writings)⁷⁰, the French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 (Articles 1 and 2)⁷¹ and the French Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1793 (Articles 33 to 35)⁷².

68 Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. / Section 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration. And that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.

69 IV. That all persons invested with the legislative or executive powers of government are the trustees of the public, and, as such, accountable for their conduct; wherefore, whenever the ends of government are perverted, and public liberty manifestly endangered, and all other means of redress are ineffectual, the people may, and of right ought, to reform the old or establish a new government. The doctrine of non-resistance, against arbitrary power and oppression, is absurd, slavish, and destructive of the good and happiness of mankind.

70 "In Congress, July 4, 1776. The unanimous Declaration of the thirteen united States of America [...] We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shewn, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security".

71 Articles: 1. Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions may be founded only upon the general good. 2. The aim of all political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and resistance to oppression.

72 Articles: [Omissis] 33. Resistance to oppression is the consequence of the other rights of

It happens that such right may be seen in a different way; actually, the right that is closer to the self-determination is the right to exist, i.e., whenever that existence is threatened by attacks or genocides, comes in the self-determination of the collectivity. Hence, the right of resistance would be “necessarily an outgrowth of the more primary right to exist (since resistance might be an instrumental method of securing existence)”⁷³.

Note: although there is an individual self-determination – indeed, that would be the most basic, universal value in a moral universalism context of the modern age⁷⁴, once the states, communities or particular groups have a right to secure their sovereignty or integrity as, *ultima ratio*, an outgrowth of the rights of individuals’, like to life and liberty, which are “entailed by our sense of what it means to be a human being”⁷⁵ –, in the sense given above, the principle (self-determination) does not apply to individuals themselves: it is exercisable by whole peoples in cases of remedial secession “or by substantial groups markedly distinguished from the remainder of the community in which they live by virtue of their physical characteristics, habitual language, religious belief or political affiliations”⁷⁶.

Conversely, the right to resist – though legal scholars do not unanimously accept this definition⁷⁷ – relies on an individual basis, viz., it is a right that shall be used by any person, not only within a determined group of people, irrespective of his/her status under the legal system of such a country (man/woman, child/adult, citizen/foreigner, etc.), “because the victims from the actions of the public authority may not only be the person having a stable political and legal relationship with a specific state”⁷⁸.

For this reason, *Antigone*, a play written by the ancient Greek tragedian Sophocles, is considered as the first example of the right of resistance; in the tragedy, Antigone decides to disobey Creon’s decree and bury her

man. 34. There is oppression against the social body when a single one of its members is oppressed: there is oppression against each member when the social body is oppressed. 35. When the government violates the rights of the people, insurrection is for the people and for each portion of the people the most sacred of rights and the most indispensable of duties.

73 OHLIN, 2016, p. 71.

74 BÖHME, 2001, p. 56.

75 WALZER, 2006, p. 54.

76 MUSTAFA, 1971, p. 481.

77 GINSBURG; LANSBERG-RODRÍGUEZ; VERSTEEG, 2013, p. 1192.

78 RAZMETAeva, 2014, p. 768.

brother, Polynices, whose body should be in public shame and not sanctified by holy rites, after leading a civil war in the city of Thebes, fighting for the throne with his other brother, Eteocles: “[t]o obey and to disobey are always disjunctive. If a man can only obey and not disobey, he is a slave; if he can only disobey and not obey, he is a rebel”⁷⁹.

Indeed, the rationale for a defensive force is the fact that anyone placed in a scenario in which he/she is under unjustified or excessive demands has the right to resist, regardless of whether or not that act will secure his/her existence, “because doing so is an expression of the defender’s autonomy as both a moral agent and a legitimate object of moral concern”⁸⁰. That is why it can be treated as “an independent, neo-Kantian right [...], that is not reducible to the right to exist [..., because,] even in such cases annihilation is inevitable and existence cannot be protected, the right of resistance persists”⁸¹.

Nevertheless, people appear not to instantly and clearly perceive this right itself as a claim-right and, from this vantage point, its (other agent with a) corresponding duty, i.e., “it isn’t immediately obvious who that would be or what the right would require them to do”⁸², though it is presumable that, once resistance is duly realised, the state’s duty is “not to repress those engaged in it. Such repression might conceivably lead to criminal liability, either on the international plane or in local courts after a political transition, on the part of state agents that engage in such repression”⁸³.

The right of resistance, additionally, is not a pretext for each and every deviant behaviour; after all, obeying is the common conduct standard and disobeying is the minority practise, including both moral and political grounds⁸⁴ – it will not be discussed here why do people obey the rules and laws, if, for instance, as a means of avoiding punishment or because they are intrinsically good, altruistic and cooperative by nature, assuming that individuals “are naturally inclined to behave in socially responsible ways”⁸⁵.

79 FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 67.

80 OHLIN, 2016, p. 90.

81 OHLIN, 2016, p. 71.

82 FINLAY, 2015, p. 34.

83 GINSBURG; LANSBERG-RODRÍGUEZ; VERSTEEG, 2013, p. 1195.

84 MOULIN-DOOS, 2015, pp. 21-22.

85 KREBS, 2011, p. 77.

In reality, the right to resist constitutes an emergency right, to be exercised reasonably and proportionately, in extremely exceptional situations⁸⁶, “as a last resort”⁸⁷. Otherwise, it loses its character of resistance and transforms into a revolution or rebellion, which is, at some level, its opposite: the aim of the right to revolt or to rebel is a complete displacement of the constitutional order, while the right to resist seeks to protect it or enforce its restoration⁸⁸, challenging, changing or retaining specific conditions referring to social relationships, procedures and/or institutions⁸⁹.

Likewise, resistance ought to be exercised only in particular circumstances because “power needs resistance, and would not be operative without it. Power depends on points of resistance to spread itself more extensively through the social network”⁹⁰. That means that, should resistance not be properly pursued, the authority(ies) against who such kind of attitude, behaviour or action is directed will become even more powerful.

Notwithstanding the legislations that have positivised the resistance as “a right or an obligation [... , i.e.,] whether [it] is an option, the exercise of which depends on the citizens’ willingness and preferences, or a duty, wherein the people are required to act under certain conditions”⁹¹, if for no other reason, the above is enough to assert a degree of contradiction inherent in those legislative actions, since a juridical system may not introduce loopholes in itself: “the law cannot justify the violation of the law”⁹², irrespective of whether “this violation aims at preventing the violation of another law”⁹³.

In more specific words, there is no rationality in promulgating norms expecting their fulfilment and, as well, admitting their breaking under exactly those norms; it would mean, at one and the same time, both com-

86 KAUFMANN, 1985-1986.

87 WALZER, 2006, p. 330.

88 GINSBURG; LANSBERG-RODRÍGUEZ; VERSTEEG, 2013, p. 1193.

89 ROUTLEDGE, 1997, p. 69.

90 HOY, 1999, p. 19-20.

91 GINSBURG; LANSBERG-RODRÍGUEZ; VERSTEEG, 2013, p. 1227. For an extensive list of legislations that constitutionally deal with the right to resist, see: GINSBURG; LANSBERG-RODRÍGUEZ; VERSTEEG, 2013, pp. 1226-1228 and pp. 1242-1259.

92 COHEN, 1971, p. 94.

93 ARENDT, 1972, p. 99.

elling and not compelling⁹⁴. In short, it is illogical a citizen be authorised by a higher order norm, e.g., the Constitution, to disobey lower-ranking norms; in such situation, the legality of the latter norms would be jeopardised, viz., limited or denied – and that is why the right to disobey shall be directed to the excesses of authority⁹⁵.

5. So, in times of COVID-19, Belarus's footballers could (or should... must?) force a shutdown?

In the context previously outlined, President Lukashenko and his “unpredictable behavior” under an “unlawful state”⁹⁶ seem able to decide alone⁹⁷ if the professional football in Belarus will continue to be played, including how it will take place, viz., with or without spectators, with or without celebration of goals scored on the pitch, etc. Facing calls from the WHO to introduce stricter anti-epidemic measures, the country's Minister of Health, Vladimir Karanik, said he is not entitled to decide whether stopping or not public events, like mass gatherings and sports events. In Łukašenka's mind is apparently drawing some economy worries related to a lockdown – which seems to keep the leader of the nation awake at night more than the disease itself⁹⁸ and is already making him lose stalwart allies⁹⁹.

And those concerns are related to the reduction of Russian energy subsidies since the conversations between both countries about a deeper integration got ground to a standstill – actually, Belarus is both “isolated and at the mercy of Russia, on whose energy it is heavily dependent”¹⁰⁰. Now, the economic damages of an outbreak could deepen turmoil: “the populist regimes are more vulnerable to economic difficulties than clan-based regimes”¹⁰¹.

94 SÁEZ CABRERA, 2000, p. 325.

95 ÁLVAREZ, 1990-1991, pp. 49-50.

96 ROUDA, 2019, p. 263.

97 Alone shall not be read exactly as a figure of speech: “Lukashenko's circle of friends is small and shrinking. As it becomes increasingly clear that the current course does not save Belarus' problems, Lukashenko's appeal is waning, even among his supporters” (RUDLING, 2008, p. 71).

98 PATIN, 2020.

99 JEGELEVICIUS, 2020.

100 RUDLING, 2008, p. 71.

101 MATSUZATO, 2004, p. 256.

Seen from a different perspective, democracy is, as a rule, the regime par excellence that does not continue to reproduce itself within the “confining conditions”¹⁰² under which it has arisen, but may, eventually, move beyond it, since “unlike authoritarian regimes, democracies have the capacity to modify their rules and institutions consensually in response to changing circumstances”¹⁰³. Furthermore, 2020 is the year when new elections shall be held in Belarus, and Lukashenko has already announced he will run for a sixth term in office¹⁰⁴.

That is why precautions against the new coronavirus in Belarus are being taken slowly – or, to put it another way, strict measures are not being really carried out. Not even the fans vow to stop going to the stadiums and their call on the national association to be courageous and shut down the Belarusian football championships were able to change the scenario¹⁰⁵.

The issue is: in times of pandemic, particularly, with the majority of the countries implementing the shutdown, closing their boundaries, limiting non-essential activities, all the other 54 members of UEFA suspending their championships, makes sense Belarus’s isolated decision to keep playing?

While not absolutely deconstructing Weber’s idea outlined above, based on the de facto acceptance of political authority, it is important to emphasise that Rawls went above and beyond, bringing new elements to the debate¹⁰⁶. Firstly, he underscores that the legitimacy of democratic decisions and laws is not a matter of whether they are just or not, but a consequence of their legitimate enactment, viz., in conformity with “an accepted legitimate democratic procedure. It is of great importance that the constitution specifying the procedure be sufficiently just, even though not perfectly just, as no human institution can be that”¹⁰⁷.

Thus, the American philosopher points out that legitimacy has an essential connection to justice, albeit the former being weaker than the latter, what explains its softer constraints on what is doable and leaves a room

102 KIRCHHEIMER, 1965.

103 SCHMITTER; KARL, 1991, p. 87.

104 FEDOSENKO, 2019.

105 KARMANAU, 2020.

106 RAWLS, 2005, pp. 427-429.

107 RAWLS, 2005, p. 428.

for manoeuvre in comparison with justice (i.e., which justice might not permit). In other words, until it becomes illegitimate for being unjust, the power and its outcomes will remain tolerated and legitimate(d)¹⁰⁸.

Rawls's vision is important for the query that entitles this final chapter, since, as explained above, the right of resistance is an exercisable right by individuals, groups or communities whenever "the state – or incumbent regime – fails in its principal duty [...], which is] to pursue the best possible fulfilment of human rights and a failure to do so merits to a greater or lesser degree the charge of oppression"¹⁰⁹.

By the way, that is, in essence, the reason why reference is made here to the *right of resistance* instead of, for instance, *civil disobedience*. In reality, though "[n]o general accepted definition of 'civil disobedience' has been found"¹¹⁰ until now, it is known the distinguishment made by the German Constitutional Court, to which the right to resist is associated with the resistance to an *obviously unlawful regime* and *civil disobedience* regards a *presumed unconstitutional law*¹¹¹ – and, a priori (or rather, when considered separately), the resistance movement by footballers for an outbreak during the pandemic would be just a punctual resistance (i.e., a resistance against a *presumed unconstitutional law/political police*).

Nevertheless, once the entire political system in Belarus is warped, such kind of act would constitute a true – and justified – opposition to the government itself. Indeed, even differentiating those rights, the German Court considered that the second one (*civil disobedience*) does not benefit from the legal characteristic of the other (*right to resist*)¹¹², meaning that it could not consensually and calmly embrace the existence "of such a right to resist a presumed unconstitutional law, i.e., on *civil disobedience*"¹¹³.

108 RAWLS, 2005, p. 428.

109 FINLAY, 2015, pp. 35-36.

110 KELLNER, 1975, p. 899.

111 MOULIN-DOOS, 2015, p. 50.

112 GERMANY, 1956.

113 MOULIN-DOOS, 2015, p. 51, emphasised in the original text. Actually, the Lockean or liberal right to resist is based on the fact that every individual holds natural rights, inter alia, the right to oppose the political authority if the latter does not respect the rights of the former, insofar as the legitimacy of the authority is given by the people and can be retracted at all times if the government does not protect those natural rights (LOCKE, 2004, p. 89). In that sense, such right was developed taking into consideration "solely the context of a tyrannical regime" (MOULIN-DOOS, 2015, p. 50), so "[t]he doctrine of the liberal right of resistance has no the-

In other words, and considering that, in general, the right to resist has a strong and accurate doctrinal basis (i.e., the natural law and the theory of justice – hence the various levels of resistance, from passive to active resistance and other phenomena related to it¹¹⁴, and its ethical foundations, which make always legitimate the invocation and exercise of such right), so that civil disobedience corresponds to “political manifestations or behaviours that have derived from the right of resistance due to, among other historical causes, the inexorable process of secularization of modern society”, in the case of Belarusian football, from a micro perspective, resistance could be an act of civil disobedience.

However, in the macro, it would mean (a grain of sand in) opposition to the entire (unlawful) regime – and it could trigger mass demonstrations in that direction –, given that Lukašenka, in a not exactly democratic (that is, an autocratic) way, personifies himself through it, dominating almost everything, defining each step of the main areas and issues, making all important decisions, whatever they may be and even though if there are people more suitable for that, such as those nominated by him – and this is exactly the situation that emerges from the COVID-19 pandemic.

Back to the matter at hand, in actual fact, resistance is more than just a Shakespearean-like phrase (*to resist, or not to resist, that is the question*); it is a real, natural *duty* (or, in this sense absolutely interchangeable, an *obligation*)¹¹⁵, which pertains to *everyone*, albeit in different ways over time. If resistance is necessary as a response to any severe injustices (the structural ones or those arising from the legal system or produced by the agents of the state), then it has to be exercised, regardless of it being prescribed by previous law, as a *duty*, a political *obligation* it is¹¹⁶.

oretical relationship with a theological-moral foundation, not to mention a biblical foundation, a substantial aspect in the theory of the classical liberal right of resistance” (CARVAJAL ARAVENA, 1992, p. 98, roughly translated).

114 FALCÓN Y TELLA, 2004, pp. 69-139.

115 Although the philosophers do not often agree whether duty and obligation (but also wrong and ought) shall be distinguished or not (BRANDT, 1964, p. 374), when they are used within the perspective of the natural morality, and not under the institutional morality, viz., when the moral reason for acting is independent of the person's actions in the past, his/her certain voluntary acts (ex.: promises, consents, agreements, acceptances, orders), both terms are definitely interchangeable – for instance, linguistics shall not consider inappropriate the use of duty or obligation in a situation such as the help of starving people whenever a natural morality is involved, i.e., whenever it underlies in the notion of requirement (BERAN, 2020, pp. 19-22; VERWEIJ, 2000, p. 103).

116 DELMAS, 2018, pp. 5-20.

Hence, it could be asserted that there is a moral right to public disobedience, which is in line with the disjunctive duty for citizens to obey the law or engage in public disobedience¹¹⁷: it is both “a right and a general duty of the citizens. This is nothing less than a great political responsibility in ‘abnormal’ conditions. It is not a special or exclusive duty of Christians”¹¹⁸. By the way, also “in the medieval perception, [it] was not merely a right but a duty”¹¹⁹.

Therefore, even if Łukašenka’s power is considered (formally) legitimate, back to Rawls’s arguments, it is undoubted that the decision outcomes do not need to be fully just, but only not grossly unjust, then “a political authority, say a government, can be politically legitimate, while a particular decision issued by this government is illegitimate”¹²⁰. In other words, although, in that context, the decision of the President of Belarus regarding the non-suspension of the sports activities – mainly the national football tournaments – might be indisputable under a (formal) legitimacy aspect, it may not pass the justice (or, material legitimacy) test: “it is possible to be under political obligation [to obey the state] and yet to be morally justified disobeying the state”¹²¹.

Having said that, while the technical or scientific recommendations of experts, particularly those from the WHO, are that the appropriate measures to tackle the pandemic are still the quarantine, physical isolation and social distancing, being them considered the most efficient manner to prevent transmission and spread of the new coronavirus – or, to put it another way, as long as these strategies are in evidence, that is, until “the end of the social isolation measures and the return to normality”¹²², even though restrictions may be brought back into force “if or when case numbers rebound”¹²³ – ,for no other reason they have been adopted by most of the countries around the globe, especially those where the cases are counted in thousands, not in dozens or hundreds – exactly the situation of

117 LEFKOWITZ, 2007, p. 215.

118 MOLTSMANN; BASTOS, 2014, p. 60. Roughly translated.

119 BIELEFELDT, 2003, p. 1098.

120 LANGVATN, 2016, p. 149.

121 BERAN, 1977, p. 260.

122 CURRIE et al., 2020, p. 85.

123 FERGUSON et al., 2020, p. 2.

Belarus –, it is imperative that the protection of human rights and dignity of the human being guides the state's actions at all levels, including those concerning the sports competitions.

Thus, considering their *duty* of disobeying such immoral decision of the President – “[o]ne has not only a legal but a moral responsibility to obey just laws. Conversely, one has a moral responsibility to disobey unjust laws. I would agree with St. Augustine that ‘an unjust law is no law at all’”¹²⁴ – and the fact that sport is a site where people are able to more easily engage others (and themselves) in activism, protests, demonstrations, resistance and persistence behaviours – viz., players, coaches and other participants of this sector of activity, particularly when they are “celebrities”, may use their prominent positions to influence the community towards societal changes or against injustices existing within the society, while the effectiveness of their voice is directly linked to their own credibility and the involvement of their audience¹²⁵ –, the footballers in Belarus not only may, but must stop playing. With or without the agreement of the national authorities and/or of the local football association. With no hesitations or awkward silences. Immediately¹²⁶.

124 KING JR., 1963, p. 3.

125 CUNNINGHAM *et al.*, 2021; AGYEMANG; SINGER; WEEMS, 2020.

126 Even though “other’s resistance, material contexts, social relations, and so on also encourage and facilitate resistance” (BAAZ *et al.*, 2018, p. 33), it shall be highlighted that the oppressed is the only one who can authoritatively decide the moment when she or he is ready to any kind of movement or changing act. That is why, despite being a duty, “it is still a RIGHT that she [or he] has; it’s something which (in the normal case) she [or he] holds against others. And [...] the duty aspect of the right is not just a matter of submitting to a set of rules. Often what it involves is continual and active exercise of intelligence and choice; and these are her [or his] choices to make, her [or his] intelligence to exercise. She [or he] is privileged in this regard. [...] I actually think lots of rights are like this, especially political rights (and I am going to say more about that in a moment). They have this dual character of right and responsibility, involving: (1) the designation of an important task, (2) the privileging of someone as the person to perform the task, making the decisions which the task requires, (3) doing so in view of the particular interest that that person has in the matter, and (4) the protection of their decision-making pursuant to this responsibility against interference by others and even by the state (except in extreme cases). This seems to me to be a distinctive form of right and one worth studying in some detail. I shall call rights of this kind ‘responsibility-rights,’ and I shall call the formal analysis I have just sketched the ‘responsibility-form’ of rights. I don’t think it applies to all rights. But it can be useful in the analysis of a great many of them” (WALDRON, 2010, pp. 5-6, emphasised in the original text). Quite similarly, Blunt (2017, p. 880) underscores that “the liberty-right and claim-right elements of resistance [...] can] often run together, but this is not necessary in every instance of resistance. There is no duty to comply with radically unjust laws or norms. The fugitive slave breaks the law, but it is a law she is not bound to follow. However, this does not mean that she is compelled to pursue institutional reform”.

After all, at the end of the day, these “are just words. But it would be worth recalling the obvious fact that words change human beings, and, the latter, change the world”¹²⁷. Nevertheless, in a nutshell, stay home, stay healthy and stay safe are – still and until further notice – the catchphrases here.

References

- AGYEMANG, Kwame J. A.; SINGER, John N.; WEEMS, Anthony J. ‘Agitate! Agitate! Agitate!’: Sport as a site for political activism and social change. *Organization*, London, v. 27, i. 6, pp. 952-968, 2020. <https://doi.org/10.1177/1350508420928519>.
- ALEXANDRINO, Renato de. 2020. *Coronavírus não impede que futebol continue na Nicarágua*. Available at: <https://oglobo.globo.com/esportes/coronavirus-nao-impede-que-futebol-continue-na-nicaragua-24352933>. Accessed 08 Apr. 2020.
- ALMEIDA, Joana. 2020. *Enough accuses China of “negligence” in the international spread of the new coronavirus*. Available at: <https://jornaleconomico.sapo.pt/en/news/arrives-accuses-China-of-negligence-in-international-dissemination-of-new-coronavirus-566743>. Accessed 14 Apr. 2020.
- ÁLVAREZ, Norberto. “La obediencia al derecho como deber ético (Conclusiones de una polémica)”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, n. 78, pp. 41-52, 1990-1991.
- ARENDT, Hannah. *Crises of the Republic: Lying in Politics; Civil Disobedience; On Violence; Thoughts on Politics and Revolution*. San Diego: Harcourt Brace, 1972.
- BAAZ, Mikael; LILJA, Mona; VINTHAGEN, Stellan. *Researching Resistance and Social Change: A Critical Approach to Theory and Practice*. New York: Rowman & Littlefield, 2018.
- BARCELLOS, Caco; MUNIZ, Estevan. 2020. *Presidente de Belarus sugere tratar o coronavírus com vodka e sauna*. Available at: <https://gl.globo.com/fantastico/noticia/2020/04/19/presidente-de-belarus-sugere-tratar-o-coronavirus-com-vodka-e-sauna.ghtml>. Accessed 19 Apr. 2020.

127 MATOS, 2019, p. 65. Roughly translated.

- BARKER, Gabby. 2020. *Turkmenistan: football returns in a country where it is forbidden to say “coronavirus”*. Available at: <https://sportsfinding.com/turkmenistan-football-returns-in-a-country-where-it-is-forbidden-to-say-coronavirus/30415/>. Accessed 20 Apr. 2020.
- BARROSO, Madaleno Girão et al. “Estado Totalitário e Estado Autoritário”. *Revista de Ciências Políticas*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 85-117, jan./mar. 1977.
- BATALDEN, Stephen K.; BATALDEN, Sandra L. *The Newly Independent States of Eurasia: Handbook of Former Soviet Republics*. 2nd. ed. Phoenix: Oryx, 1997.
- BAUME, Sandrine. “Hans Kelsen and the Requirement of Self-determination: How the Austrian Jurist Takes Inspiration from Rousseau and How He Emancipates Himself from the Swiss Philosopher”. In: LANGFORD, Peter; BRYAN, Ian; MCGARRY, John (ed.). *Hans Kelsen and the Natural Law Tradition*. Leiden: Brill, 2013. pp. 188-214. https://doi.org/10.1163/9789004390393_007.
- BEKUS, Nelly. *Struggle over Identity: The Official and the Alternative “Belarusianness”*. Budapest: Central European University Press, 2010.
- BERAN, Harry. “In Defense of the Consent Theory of Political Obligation and Authority”. *Ethics*, Chicago, v. 87, n. 3, pp. 260-271, Apr. 1977. <https://doi.org/10.1086/292040>.
- BERAN, Harry. *The Consent Theory of Political Obligation*. Abingdon: Routledge, 2020. <https://doi.org/10.4324/9780429278280>.
- BIELEFELDT, Heiner. “The Right to Resist”. In: HEITMEYER, Wilhelm; HAGAN, John (ed.). *International Handbook of Violence Research*. Dordrecht: Springer Science+Business, 2003. pp. 1097-1111. https://doi.org/10.1007/978-0-306-48039-3_56.
- BIRMINGHAM, Peg. 2019. “Democracy, Populism, and the Production of Superfluousness: Three Lessons from Arendt’s Origins of Totalitarianism”. *Soundings: An Interdisciplinary Journal*, University Park, v. 102, n. 2-3, pp. 176-195, 2019. <https://doi.org/10.5325/soundings.102.2-3.0196>.
- BLANCHARD, Ben; MULVENNEY, Nick; RUTHERFORD, Peter. *Baseball, soccer seasons get underway in Taiwan*. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-taiwan/baseball-soccer-seasons-get-underway-in-taiwan-idUSKCN21V077>. Accessed 13 Apr. 2020.
- BLUNT, Gwilym David. “Is There a Human Right to Resistance?”. *Human*

- Rights Quarterly*, Baltimore, v. 39, n. 4, p. 860-881, 2017. <https://doi.org/10.1353/hrq.2017.0052>.
- BRANDT, R. B. “The Concepts of Obligation and Duty”. *Mind: A Quarter Review of Philosophy*, Oxford, v. LXXIII, i. 291, pp. 374-393, July 1964. <https://doi.org/10.1093/mind/lxxiii.291.374>.
- BOBBIO, Norberto. *Democracy and Dictatorship*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.
- BÖHME, Gernot. *Ethics in Context: The Art of Dealing with Serious Questions*. Malden, MA: Polity, 2001.
- BURKHARDT, Fabian. “Belarus”. In: FRUHSTORFER, Anna; HEIN, Michael (ed.). *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe: From Post-Socialist*. Wiesbaden: Springer VS, 2016. pp. 463-493. https://doi.org/10.1007/978-3-658-13762-5_19.
- BUZANELLO, José Carlos. *O Direito de Resistência como Problema Constitucional*. 2001. 380 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.
- CARVAJAL ARAVENA, Patricio. Derecho de Resistencia, Derecho a la Revolución, Desobediencia Civil: Una perspectiva histórica de interpretación – La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna (I). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, n. 76, pp. 63-101, abr./jun. 1992.
- CARVALHO, Kildare. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- COHEN, Carl. *Civil disobedience: conscience, tactics, and the law*. New York: Columbia University Press, 1971.
- CUNNINGHAM, George B *et al.* A Site to Resist and Persist: Diversity, Social Justice, and the Unique Nature of Sport. *Journal of Global Sport Management*, [s. l.], v. 6, i. 1, pp. 30-48, 2021. <https://doi.org/10.1080/24704067.2019.1578623>.
- CURRIE, Christine S. M. *et al.* “How simulation modelling can help reduce the impact of COVID-19”. *Journal of Simulation*, Abingdon, v. 14, i. 2, pp. 83-97, Apr. 2020. <https://doi.org/10.1080/17477778.2020.1751570>.
- DELMAS, Candice. 2018 *A Duty to Resist: When Disobedience Should Be Uncivil*. New York: Oxford University Press.
- DIXON, Robyn. 2020. *No lockdown here: Belarus’s strongman rejects coronavirus risks. He suggests saunas and vodka*. Available at: <https://www>.

washingtonpost.com/world/europe/no-lockdown-here-belaruss-strongman-rejects-coronavirus-risks-he-suggests-saunas-and-vodka/2020/03/27/7aab812c-7025-11ea-a156-0048b62cdb51_story.html. Accessed 07 Apr. 2020.

DYNKO, Andrej. *Lukashenko 4.0 – enrich, be free, but without democracy*. Available at: <https://humanrightshouse.org/articles/lukashenko-4-0-enrich-be-free-but-without-democracy>. Accessed 08 Apr. 2020.

EDWARDS, Piers. 2020. *No celebrations but Burundi league to go on until virus spreads*. Available at: <https://www.bbc.com/sport/africa/52189541>. Accessed 08 Apr. 2020.

EKE, Steven; KUZIO, Taras. “Sultanism in Eastern Europe: The Socio-Political Roots of Authoritarian Populism in Belarus”. *Europe-Asia Studies*, Abingdon, v. 52, i. 3, pp. 523-547, 2000. <https://doi.org/10.1080/713663061>.

EURASIANET. *Tajikistan: Four more deaths pinned on pneumonia*. Available at: <https://eurasianet.org/tajikistan-four-more-deaths-pinned-on-pneumonia>. Accessed 25 Apr. 2020.

EXOTIX CAPITAL. *Exotix Developing Markets Guide: Debt and Risk across the Frontier*. Cham: Springer Nature Switzerland, 2019. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-05867-8>.

FALCÓN Y TELLA, María José. *Civil Disobedience*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.

FALCÓN Y TELLA, María José. “The Right to Resistance to Injustice”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, n. 62/63, pp. 65-76, 2008.

FEDOSENKO, Nataliya. *Lukashenko says he will run for president in 2020 election*. Available at: <https://tass.com/world/1089669>. Accessed 09 Apr. 2020.

FERGUSON, Neil M. et al. *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. London: Imperial College London, 2020. <https://doi.org/10.25561/77482>.

FINLAY, Christopher J. *Terrorism and the Right to Resist: A Theory of Just Revolutionary War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139644341>.

GAMLEN, Alan. *Human Geopolitics: States, Emigrants, and the Rise of Diaspora Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198833499.001.0001>.

- GERMANY. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Ersten Senats). BVerfGE 5, 85 - KPD-Verbot. 1 BvB 2/51 - n dem Verfahren über den Antrag der Bundesregierung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Kommunistischen Partei Deutschlands, Karlsruhe, 17. August 1956.
- GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991.
- GINSBURG, Tom; LANSBERG-RODRÍGUEZ, Daniel; VERSTEEG, Mila. "When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions". *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 60, n. 5, p. 1184-1260, 2013. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2125186>.
- HOY, David Couzens. "Critical Resistance: Foucault and Bourdieu". In: WEISS, Gail; HABER, Honi Fern (ed.). *Perspectives on Embodiment: The Intersections of Nature and Culture*. New York: Routledge, 1999. pp. 3-21. <https://doi.org/10.4324/9780203905258>.
- IOFFE, Grigory. *Reassessing Lukashenka: Belarus in Cultural and Geopolitical Context*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2014.
- JEGELEVICIUS, Linas. *Belarus and coronavirus: Lukashenko's business-as-usual approach is 'mind-blowing negligence'*. Available at: <https://www.euronews.com/2020/04/21/belarus-and-coronavirus-lukashenko-s-business-as-usual-approach-is-mind-blowing-negligence>. Accessed 26 Apr. 2020.
- KALINKINA, Svetlana. 2020. Светлана Калинкина: Это не лечится. Available at: <https://belaruspartisan.by/politic/496770>. Accessed 08 Apr. 2020.
- KARBALEVICH, Valery. *Alexandr Lukashenko: Politicheskij Portret*. Moscow: Partizan, 2000.
- KARMANAU, Iuras. *What virus? Belarus rejects strict measures against pandemic*. Available at: <https://apnews.com/3f20af7942fee1bdcbd775824e-bb3251>. Accessed 08 Apr. 2020.
- KAUFMANN, Arthur. "Small Scale Right to Resist". *New England Law Review*, Boston, v. 21, n. 3, p. 571-576, 1985-1986.
- KELLNER, Menachem Marc. Democracy and Civil Disobedience. *The Journal of Politics*, Chicago, v. 37, n. 4, pp. 899-911, Nov. 1975. <https://doi.org/10.2307/2129181>.
- KELSEN, Hans. *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Dordrecht: Riedel, 1973. <https://doi.org/10.1007/978-94-010-2653-6>.

- KING JR., Martin Luther. *Letter from a Birmingham Jail*. Available at: https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/_files/resources/texts/1963_MLK_Letter_Abridged.pdf. Accessed 17 Apr. 2020.
- KIRCHHEIMER, Otto. “Confining Conditions and Revolutionary Breakthroughs”. *The American Political Science Review*, Washington, v. 59, n. 4, p. 964-974, Dec. 1965. <https://doi.org/10.2307/1953216>.
- KOROSTELEVA, Elena A.; LAWSON, Colin W.; MARSH, Rosalind J. “Introduction: paradoxes of democratisation in post-communist Belarus”. In: KOROSTELEVA, Elena A.; LAWSON, Colin W.; MARSH, Rosalind J. (ed.). *Contemporary Belarus: Between Democracy and Dictatorship*. London: RoutledgeCurzon, 2003. pp. 1-20. <https://doi.org/10.4324/9780203220399>.
- KRASIMIROV, Angel. 2020. *Coronavirus-free Tajikistan turns to soccer as season kicks off*. Available at: <https://www.reuters.com/article/uk-health-coronavirus-tajikistan-soccer/coronavirus-free-tajikistan-turns-to-soccer-as-season-kicks-off-idUKKBN21L2O5>. Accessed 08 Apr. 2020.
- KREBS, Dennis L. *The Origins of Morality: An Evolutionary Account*. New York: Oxford University Press, 2011.
- LANGVATN, Silje A. “Legitimate, but unjust; just, but illegitimate: Rawls on political legitimacy”. *Philosophy and Social Criticism*, Thousand Oaks, v. 42, i. 2, p. 132-153, Feb. 2016. <https://doi.org/10.1177/0191453715615386>.
- ŁATYSZONEK, Oleg. “Are There Belarusians in Belarus? (The Question of Belarusian Identity)”. In: BULHAKAŮ, Valer (ed.). *The Geopolitical Place of Belarus in Europe and the World*. Warsaw: Wyższa Szkoła Handlu i Prawa, 2006. p. 189-196.
- LEFKOWITZ, David. “On a Moral Right to Civil Disobedience”. *Ethics*, Chicago, v. 117, n. 2, p. 202-233, Jan. 2007. <https://doi.org/10.1086/510694>.
- LEMON, Jason. 2020. *China is censoring research on COVID-19 origins, deleted page on Wuhan University website suggests*. Available at: <https://www.newsweek.com/china-censoring-research-covid-19-origins-deleted-page-wuhan-university-website-suggests-1497467>. Accessed 14 Apr. 2020.
- LINZ, Juan L.; STEPAN, Alfred. *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996.

- LOCKE, John. *The Second Treatise of Government*. New York: Barnes & Noble, 2004.
- MAKHOVSKY, Andrei. 2020. *Nobody will die from coronavirus in Belarus, says president*. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-belarus/nobody-will-die-from-coronavirus-in-belarus-says-president-idUSKCN21V1PK>. Accessed 14 Apr. 2020.
- MANAEV, Oleg. “Peculiarities of Belarusian Authoritarianism and Its Influence on the Regime Dynamics in Russia and Ukraine”. *Acta Slavica Iaponica*, Urbana, v. 35, p. 55-86, 2014.
- MARTELL, Luke. *The Sociology of Globalization*. Cambridge: Polity Press, 2010.
- MATEJKA, Matt. *Turning Away From Your Slavic Brother: The Effects Of Identity On Relations Between Russia And Belarus*. Unpublished Ma. thesis, University of Central Florida, 2012.
- MATOS, Andityas Soares. “Por que obedecer?”. *Piseagrama*, Belo Horizonte, n. 13, p. 58-65, 2019.
- MATSUZATO, Kimitaka. “A Populist Island in an Ocean of Clan Politics: The Lukashenka Regime as an Exception among CIS Counties”. *Europe-Asia Studies*, Abingdon, v. 56, n. 2, p. 235-261, 2004. <https://doi.org/10.1080/0966813042000190515>.
- MATUSZAK, Sławomir. *The Oligarchic Democracy: the Influence of Business Groups on Ukrainian Politics*. Warsaw: Centre for Eastern Studies, 2012.
- MCKAY, Hollie. *Putin could make move to absorb Belarus, Europe’s ‘last dictatorship,’ experts say*. Available at: <https://www.foxnews.com/world/inside-europes-last-dictatorship-the-soviet-styled-belarus>. Accessed 07 Apr. 2020.
- MCMAHON, Margery A. “Aleksandr Lukashenka, president, Republic of Belarus”. *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, [S. l.], v. 13, i. 4, p. 129-137, 1997. <https://doi.org/10.1080/13523279708415363>.
- MOLTMANN, Jürgen; BASTOS, Levy da Costa. *O Futuro da Criação*. Rio de Janeiro: Mauad X/Instituto Mysterium, 2014.
- MORGAN, Margot. 2019. “Response to Peg Birmingham’s “Democracy, Populism, and the Production of Superfluousness: Three Lessons from Arendt’s Origins of Totalitarianism””. *Soundings: An Interdisciplinary Journal*, University Park, v. 102, n. 2-3, p. 196-202, 2019. <https://doi.org/10.5325/soundings.102.2-3.0196>.
- MOULIN-DOOS, Claire. *CiviC Disobedience: Taking Politics Seriously – A*

- Democratic Theory of Political Disobedience*. Baden-Baden: Nomos/Bloomsbury, 2015. <https://doi.org/10.5771/9783845255576>.
- MUNDIM, Daniel. 2020. *Meia brasileiro em Belarus admite medo: “Todo mundo parou. Por que não aqui?”*. Available at: <https://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/noticia/meia-brasileiro-em-belarus-admite-medo-todo-mundo-parou-por-que-nao-aqui.ghtml>. Accessed 07 Apr. 2020.
- MUSTAFA, Zubeida. “The Principle of Self-Determination in International Law”. *The International Lawyer*, Chicago, v. 5, n. 3, p. 479-487, Jul. 1971.
- MYERS, Steven Lee. “The Year Ahead: Eastern Europe – Ukraine and Belarus, Separated at Birth”. *The New York Times*, New York, Section 4, p. 2, 01 Jan. 2006.
- OHLIN, Jens David. “The Right to Exist and the Right to Resist”. In: TESSÓN, Fernando R. (ed.) *The Theory of Self-Determination*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. pp. 70-93. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316340639.005>.
- ORTEGA, Ignacio. *KGB, o acrônimo que sobreviveu em Belarus à queda do comunismo*. Available at: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2010/12/27/kgb-o-acronimo-que-sobreviveu-em-belarus-a-queda-do-comunismo.jhtm>. Accessed 13 Apr. 2020.
- PATIN, Katia. *While Europe is in lockdown, Belarus remains open for business*. 2020. Available at: <https://www.codastory.com/waronscience/coronavirus-belarus-europe-lockdown>. Accessed 13 Apr. 2020.
- PLOTNIKOVA, Anna. Региональные эксперты предсказывают ухудшение ситуации с заражением Covid-19 в Беларуси. Available at: <https://www.golos-ameriki.ru/a/belarus-coronavirus-response-/5357053.html>. Accessed 08 Apr. 2020.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- RAZMETAeva, Yulia. “The Right to Resist and the Right of Rebellion”. *Jurisprudence*, Frankfurt am Main, v. 21, n. 3, p. 758-784, 2014. <https://doi.org/10.13165/JUR-14-21-3-06>.
- REID, Andrew. 2020. ‘Not comprehensible’: Outrage as competition continues amid crisis. Available at: <https://au.sports.yahoo.com/football-belarus-criticised-fifpro-slams-premier-league-continuing-amid-covid-19-crisis-015004942.html>. Accessed 08 Apr. 2020.

- REPORTERS WITHOUT BORDERS. *Coronavirus: The information heroes China silenced*. Available at: <https://rsf.org/en/news/coronavirus-information-heroes-china-silenced>. Accessed 14 Apr. 2020.
- ROBINSON, Joshua. 2020. *The Soccer Match that Kicked Off Italy's Coronavirus Disaster*. Available at: <https://www.wsj.com/articles/the-soccer-match-that-kicked-off-italys-coronavirus-disaster-11585752012>. Accessed 07 Apr. 2020.
- ROUDA, Uladzimir. "Is Belarus a Classic Post-Communist Mafia State?". In: MAGYAR, Bálint (ed.). *Stubborn Structures: Reconceptualizing Post-Communist Regimes*. Budapest: Central European University Press, 2019. pp. 247-274.
- ROUTLEDGE, Paul. "A Spatiality of Resistances: Theory and practice in Nepal's Revolution of 1990". In: PILE, Steve; KEITH, Michael (ed.). *Geographies of Resistance*. London: Routledge, 1997. pp. 68-86. <https://doi.org/10.4324/9781315824659-3>.
- RUDLING, Per Anders. "Belarus in the Lukashenka Era: National Identity and Relations with Russia". In: SCHMIDTKE, Oliver; YEKELCHYK, Serhy (ed.). *Europe's Last Frontier?: Belarus, Moldova, and Ukraine between Russia and the European Union*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008. pp. 55-77. https://doi.org/10.1007/978-1-137-10170-9_4.
- SÁEZ CABRERA, Carmen. "La desobediencia civil". *Anuario de Derechos Humanos*, n. 1, p. 311-356, 2000.
- SALEH, Naveed. *Greatest medical discoveries in the past 100 years*. Available at: <https://www.mdlinx.com/internal-medicine/article/4248>. Accessed 07 Apr. 2020.
- SCHMITTER, Philippe C.; KARL, Terry Lynn. "What Democracy Is ... and Is Not". *Journal of Democracy*, Baltimore, v. 2, n. 3, pp. 75-88, Summer, 1991. <https://doi.org/10.1353/jod.1991.0033>.
- SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization: A Critical Introduction*. 2nd. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2005.
- SCHUBERT, Gunter. "Taiwan's Political Evolution from Authoritarianism to Democracy and the Development of Cross-Strait Relations". In: DAMM, Jens; LIM, Paul (ed.). *European Perspectives on Taiwan*. Wiesbaden: Springer VS, pp. 66-83, 2012. https://doi.org/10.1007/978-3-531-94303-9_4.
- SHEN, Chen; TALEB, Nassim Nicholas; BAR-YAM, Yaneer. *Review of Ferguson et al "Impact of non-pharmaceutical interventions..."*. Cambridge: New England Complex Systems Institute, 2020.

- SHUSHKEVICH, Stanislav Stanislavovich. *Neokommunism v Belarusi*. Smolensk: Skif, 2002.
- STRAUSS, Barry. *Ten Caesars: Roman Emperors from Augustus to Constantine*. New York: Simon & Schuster, 2019.
- TOMUSCHAT, Christian. “The right of resistance and human rights”. In: UNESCO (ed.). *Violations of human rights: possible rights of recourse and forms of resistance*. Paris: Unesco, 1984. pp. 13-33.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio. El derecho de resistencia y su “constitucionalización”. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 103, pp. 213-245, 1999.
- UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Belarus*. Geneva: UN, 2017.
- USOV, Pavel. “The neo-authoritarian regime in the Republic of Belarus”. *Lithuanian Foreign Policy Review*, Frankfurt am Main, i. 21, pp. 86-111, 2008.
- VERWEIJ, Marcel. *Preventive Medicine between Obligation and Aspiration*. Dordrecht: Springer, 2000. <https://doi.org/10.1007/978-94-015-9365-6>.
- WALDRON, Jeremy. *Dignity, Rights, and Responsibility*. San Domenico di Fiesole, Italy: European University Institute, 2010.
- WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*. 4th ed. New York: Basic Books, 2006.
- WARD, Alex. *World leaders who denied the coronavirus’s danger made us all less safe*. Available at: <https://www.vox.com/2020/3/30/21195469/coronavirus-usa-china-brazil-mexico-spain-italy-iran>. Accessed 07 Apr. 2020.
- WEBER, Max. “Parliament and Government in Germany under a New Principle Order”. In: LASSMAN, Peter; SPEIRS, Ronald (ed.). *Weber: Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. pp. 130-271. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511841095.009>.
- WHITE, Stephen; KOROSTELEVA, Elena A. “Lukashenko and the Post-communist Presidency”. In: WHITE, Stephen; KOROSTELEVA, Elena A.; LÖWENHARDT, John (ed.). *Postcommunist Belarus*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2005. pp. 59-78.
- WILLIAMS, Sean. 2019. *Inside the most brutal dictatorship you’ve never heard of*. Available at: <https://www.gq-magazine.co.uk/politics/article/burundi-pierre-nkurunziza>. Accessed 20 Apr. 2020.

WILSON, Andrew. *Belarus: The Last European Dictatorship*. New Haven: Yale University Press, 2011.

ZVIGLYANICH, Volodymyr. “The Lost World: Belarus as a Model of Political Necromancy”. *Prism*, [S. l.], v. 5, n. 10, 1999. Available at: <https://jamestown.org/program/the-lost-world-belarus-as-a-model-of-political-necromancy/>. Accessed 09 Apr. 2020.

Recebido em 03 de novembro de 2020.

Aprovado em 20 de novembro de 2020.

Smart city governance in Mexico: reflections from a case study

*Governança de cidades inteligentes no México:
reflexões de um estudo de caso*

Jesús Manuel Niebla Zatarain*
Universidad Autónoma de Sinaloa, México

Nora del Carmen Osuna Millán**
Universidad Autónoma de Baja California, México

1. Introdução

Major cities around the world are considering new models of governance to ensure the delivery public services and to enhance citizen cooperation. Among the most relevant proposals, the adoption of digital platforms through ubiquitous technology stands out, known as smart cities. Here, citizen interaction is addressed from an indirect interaction with these devices whose main task is to gather personal data of citizens and through this develop particularized services. The impact of this technological approach also benefits the development of public policies. By personalized interaction with citizens, the public sector would be able to properly detect the most important needs of determined social areas and, consequently, develop the proper strategy to fulfil such needs.

Nonetheless, the particularization of services intended by this approach relies in the massive acquisition of personal data, which may lead

* Professor and researcher, Research and Postgraduate Studies Office, Autonomous University of Sinaloa, Mazatlan, Mexico. Member of the National Research System of Mexico (SNI). Email: j.niebla@uas.edu.mx.

** Professor and researcher, Professional Development and University Linkage Office, Autonomous University of Baja California, Tijuana, Mexico. Member of the National Research System of Mexico (SNI). Email: nora.osuna@uabc.edu.mx.

to law related scenarios. This requires an interdisciplinary approach where governance through ubiquitous technology operates through the lawful process of personal data. From a technical perspective, the success of this approach depends on the characteristics of the urban area where it will operate. As part of this, smart city projects located in Europe and North America present different results to those located in underdeveloped areas such as Latin America or certain areas in Asia. To properly understand this scenario, it will be addressed from the position of one of the most influential nations in Latin America: Mexico. This country holds a plan to transform its capital, Mexico City, into a smart urban area and it has since, developed strategies that cover both technical and legal requirements. This will present how digital governance strategies are developed ensuring law compliant management of personal data in smart cities.

2. Defining the scenario: Smart cities

In 2018, over 55% of the world's population lived in cities¹. This has raised a series of complex challenges that traditional governmental approaches have been unable to achieve. Here, several urban variables such as wealth, high quality services along with sustainability need to converge into a balanced scheme in order to provide an adequate standard of living. Additionally, cities are becoming multicultural centres where citizens with diverse social, economic, and religious backgrounds converge in harmony². This has led to the widely accepted notion that cities should no longer operate as isolated modules; on the contrary, they ought to function as highly integrated structures that represent all sectors of society and their needs³. In this scenario, smart cities emerge as a proposal capable to achieve both technical and social objectives.

One of the most relevant proposals to address this is the adoption of the smart city urban approach, which includes four equally important components: industry, education, participation, and technical infrastructure⁴. This has been expanded to include smart economy, smart mobility,

1 UNITED NATIONS, 2018.

2 MEIJER; RODRÍGUEZ BOLÍVAR, 2016.

3 MOSS KANTER; LITOW, 2009.

4 GIFFINGER; FERTNER; KRAMAR; MEIJERS, 2007.

smart environment, smart people, smart living, and smart governance. In this sense, the term “smart” has become fundamental within urban contexts, as Washburn *et al* state: “those that operate at the core of the city’s infrastructure, allowing to provide services in a remarkably efficient manner”⁵. This definition departs from the traditional conception of computational technologies for urban spaces, which conceives these devices as mere administrative tools that rely on human interaction for management purposes. This data is later sent to human operators that use it for different purposes, which can vary from analysing the advance of a specific public policy to measuring the level of public participation.

Nonetheless, it is important to establish that lawful process and management of personal data is a feature that should be present as early as the design stage of a smart city. This results compatible with some design methodologies, especially those that conceive the development of technology around citizens. In this sense, the technical architecture of smart cities requires the integration of two fundamental components: citizens and government⁶.

From a techno-legal point of view, the first one interacts directly with ubiquitous technology and perceives the effect of the policies implemented by the second. Here, citizens⁷ rely on internet-based government services, provided through environmental connectivity flexible enough to deliver public services to users⁸. Therefore, this type of technical architecture reflects the perspective of the human element as a centric component for their operation⁹. However, it is important to mention that some of these approaches are yet to be complemented with the capacity to process personal data according to the legal framework. Consequently, the design process would contain particular legal provisions that reduce the chances of producing unwanted legal consequences

As part of this, it is important to establish that there are several approaches of how smart cities should be developed. In the following lines, some of them will be presented.

5 WASHBURN; SINDHU; BALAOURAS; DINES; HAYES; NELSON, 2009.

6 NAM; PARDO, 2011.

7 MOROZOV; BRIA, 2018.

8 AL-HADER; RODZI; SHARIF; AHMAD, 2009.

9 SHAPIRO, 2006.

2.1 Perspectives for smart cities development

The success of smart cities depends not only on technological but also on cultural characteristics proper of citizens that reside on the urban area where this approach will be implemented. The three most important ones are¹⁰:

| |
|--|
| Restrictive perspective |
| 1) <i>Pure techno-centric approach</i> : Here, cooperation and integration methods are shaped after the information technology tools that are going to be adopted. This maximizes connectivity, data process, and management of digital resources. |
| 2) <i>ICTs are projected as an end in itself</i> : This approach establishes a direct link between the development of the technological network and public services. Here, operational efficiency is perceived as a fundamental element to increase the quality of life of citizens. |
| Both approaches require an in-depth study of the societal and cultural characteristics of the scenario where they would be implemented. This, since they need to incentivize social and political inclusion and to reduce social disparities. |
| Reflective perspective |
| 3) This approach operates by addressing the methodology through which communication technologies (ICTs) will be implemented and if they result suitable to achieve previously established social goals, such as justice and inclusion ¹¹ . It also aims to develop the capacity of citizens to innovate and to contribute as active economic members of society to ultimately achieve social good. Consequently, the reflective perspective operates on a previously acquired version of the social elements that will interact within the smart city. Even though this approach may be considered time consuming in relation to others, it will deliver a more accurate design for the smart city thus, increasing the chances of operation success. |

In relation to the user, both approaches find desirable that they have the capacity to properly interact with the particularities of the digital environment and to participate in digital public life. Ideally, this citizen will have the affinity to lifelong learning, social and ethnic plurality, flexibility, creativity, cosmopolitanism, open-mindedness¹². This will allow him to properly participate in a constantly evolving world where the main source

10 KUMMITHA, 2017.

11 ANGELIDOU, 2015.

12 NAM; PARDO, 2011.

of interaction would be through digital technologies. The proposed type of user is known as “smart citizen”.

Nonetheless, the current social reality faced in Latin America¹³ implies that the level of digital culture of the population is not within the desirable levels. This has led to the development of strategies to prepare citizens for the adoption of this type of technologies. In the particular case of Mexico City, it has maintained a level of internet interaction of around 80% of its population. Of these, most of the connections are performed through smart phones (32.6%) and tablets (16%), leaving a relatively small percentage of accesses through computers (32%)¹⁴.

2.1.1 E-government and the infrastructure of smart cities

Smart cities are conceived not only as developments whose main objective is to increase public efficiency and to reduce negative practices such as excess of bureaucracy. A natural, yet complex, area of collaboration is E-government¹⁵. This, because an individual may assume several roles such as a service user, citizen, and even as an employee in a business. In relation to its operative configuration, E-government offers the following approaches¹⁶:

- 1) Government-to-citizen (G2C): Here, government services are delivered through high-quality technological approaches, which increases the level of interaction between the public and private sectors.
- 2) Government-to-employee (G2E): This approach aims to increase productivity by facilitating the communication and cooperation between the government and its staff.
- 3) Government-to-Government (G2G): The objective of this proposal is to enhance collaboration among governmental offices through cross-referencing information strategies. This contributes with the goal of increasing productivity and better management of human resources.
- 4) Government-to-Business (G2B): it reduces redundant data collection and increases communication quality for electronic business purposes.

13 MARCHETTI; OLIVEIRA; FIGUEIRA, 2019.

14 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA Y GEOGRAFIA, 2019.

15 TWIZEYIMANA; ANNIKA, 2019; JIRÓN; IMILÁN; LANGE; MANSILLA, 2020.

16 CARTER; BELANGER, 2004.

Relevantly, Government-to-citizen (G2C) participation results compatible with current strategies implemented in countries such as Mexico. These scenarios, where the level of transparency and public trust are considered low¹⁷, offer a solution where citizens can actively participate in public processes. This facilitates the delivery of a series of citizen-driven initiatives aimed to bring people with different technological backgrounds together, exchange relevant data and to establish transparency processes.

Nonetheless, the Mexican government has implemented a plan to enhance its e-government capabilities. Additionally, a relevant aspect is the role that process and management of personal data holds for e-government and smart city purposes. This scenario will be delivered in the following section.

2.2 Operative implications of personal data gathering in smart cities

Smart urban environments provide personalised services through the collection of personal data in specific scenarios. Among the variety of information collected, there are, for instance, civil status (birth, death, and marriage), housing, working place, among others. Relevantly, data related to sensitive aspects is also included (social and economic care, health, political opinions etc.). This technology allows local governments to monitor demographic patterns, measuring the quality of public digital services, and to boost public collaboration and democratic values. Regardless the fact that smart cities are being developed around the world and that their designers are considering personal data as a fundamental operational item, there are sectors which claim that security measures need to be improved.

Relevantly, most of this data is the result of previously existing processes, some of those are based on non-smart technology and are not likely to be used in a particularised manner¹⁸. In this sense, data collection has been present before the arrival of digital processes; nonetheless, it has increased the volume of information collected¹⁹. However, collection and management of personal data acquire a new dimension when it comes to surveillance-related tasks. Here, privacy declines in favour of security

17 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA Y GEOGRAFIA, 2019.

18 VAN ZONEN, 2016.

19 A HISTORY, 2018; MIYASAKI, 2015.

measures against online illegal activities. This has generated new efforts which include police data, that covers from small infraction to actual offences²⁰. Consequently, relevant strategies are constantly being developed to ensure the integrity of personal data. Here, a desirable element is its compatibility with the legal framework. To illustrate this, the position of the Mexican jurisdiction related to personal data will be presented in the following section.

2.2.1 Data collection for security purposes: the Mexican case

From a constitutional perspective, the protection of personal data is addressed on articles 6th and 16th of the Mexican Federal Constitution. The first one, on its second paragraph, states: “Every person has the right to freely access plural and pertinent information, as well as to search, receive and spread information and ideas of any type through any form of expression”²¹. In turn, the second paragraph of Article 16th of the Mexican Constitution states:

Every person has the right to have their personal data protected, in relation to access, rectification and cancellation, as well as to manifest their opposition, in the terms expressed by the law, which will provide the assumptions of exemption to the principles that direct data management for reasons of national security, dispositions of public interest, public security and health or to protect the rights of a third party²².

This constitutional precept led to the development of two federal laws: The Federal Law on Protection of Personal Data Held by Obligated Subjects²³ and the Federal Law on Protection of Personal Data Held by Individuals²⁴. These legal documents provide the legal requirements to properly process personal data for both public bodies and private citizens. Relevantly, it also defines the term “sensitive data” as:

20 VAN ZONEN, 2016.

21 CÁMARA DE DIPUTADOS, 2012.

22 CÁMARA DE DIPUTADOS, 2012.

23 CÁMARA DE DIPUTADOS, 2017.

24 CÁMARA DE DIPUTADOS, 2017a.

Personal data that affects the most intimate of its owner or that its utilization may generate discrimination or a serious danger to him. Particularly, it is considered sensitive data that information that may reveal aspects such as race or ethnicity, present or future estate of health, genetic information, religious, philosophical and moral beliefs, labour affiliation, political opinions and sexual preferences²⁵.

Regardless of the effectiveness of these two legislations, they are in constant evolution due to the dynamic nature of technologies implemented to gather and process personal data. This turns into a more complex issue when not all the processes are done by a single party but with the inclusion of a third one, leading to jurisdictional problems.

Overall, the Mexican position regarding personal data aims to provide the right's holder a major degree of control over his data. In this sense, this legislation holds a degree of similarity with the EU's General Data Protection Regulation²⁶. In both cases, flexibility is presented as a relevant feature that allows the adaptation of the law to the rapid technological changes that may affect its efficiency.

With regard to Mexico, the most notorious case is the tracking of personal devices to gather information related to criminal activities, particularly organized crime. The Mexican Supreme Court ruled in September 2019 that:

the State holds a duty to its citizen to ensure their right to decide which aspects of their personal life should or should not be recognized or reserved by the rest of the individuals that integrate society, this entails that the obligation to avoid aggressive or arbitrary invasions by third parties or public authorities must be ensured before new technological platforms²⁷.

An early position of the Supreme Court back in 2014 established that the intervention of telecommunications does not constitute a violation when it is performed in cases where the life of a person is in real or im-

25 CÁMARA DE DIPUTADOS, 2017a.

26 EUROPEAN COMISION, s/d.

27 MEXICO, 2018.

minent danger²⁸. This led to what is known as the Geolocation Decree²⁹, which provides three scenarios where authorities are allowed to access personal devices without the need of a legal order delivered by a judge:

- 1 – When the device is directly related to investigations of organized crime, crimes against health, extortion or public health;
- 2 – In “exceptional and urgent” cases, such as life threatening situations or when the physical integrity of the victims of a crime is at stake; and
- 3 – When there is the risk of hiding or disappearance of the object of the crime.

Regardless the apparent novelty of this, intervention of communication has been included within criminal law in Mexico since, at least, a decade ago³⁰. This shows a recognition of the crescent role technology has in crime related tasks and the necessity to adapt investigation strategies to cope with the role of technology. Nonetheless, collection of personal data from digital platforms requires a normative framework that delivers the specific cases where this action could proceed. This would not only provide legal certainty to users of this technology, but it will also serve to develop a closer collaboration between these two sectors. In this sense, legislation is complemented with contributions from relevant developments. In the case of smart urban technology, their architecture not only is capable to replicate a specific section of the law, but it also provides a new perspective for legislators.

Overall, the intervention of communication is a well-defined legal act relevant to the legal procedure. Here, authorities can develop their investigations and the architecture of their cases based on relevant information gathered from technological sources. In this sense, smart cities can provide criminal related data obtained through devices located in an area where a crime was committed. Also, digital channels to enhance citizen-authorities communication can also deliver relevant information to solve a crime. In both cases, this data can be stored within the police department’s database for future use³¹. Currently, research is taking place to ultimate a mathemat-

28 MEXICO, 2013.

29 MEXICO, 2012.

30 MEXICO, 2009.

31 PRISLAN; SLAK, 2018.

ical model that would allow to obtain the ultimate benefit from the data collected in Mexico³².

In the following section, the relation between the data protection legislation and the development of smart urban technology will be presented from the perspective of Mexico City.

2.2.2 Mexico City as a digital and knowledge-based city

The transformation of Mexico City into a smart city has led to the collaboration between the computational, urban, and legal areas. This relationship has facilitated the development of laws that aim at particular interdisciplinary scenarios such as the Law to Promote the Development of Mexico City as a Digital and Knowledge-Based City. This legislation delivers the technological architecture required to guarantee information access to the population of Mexico City. The article 5th of this law defines digital cities as:

The local environment where a considerable advance in the implementation of the Information and Knowledge Society exists in every scope of the activities performed by citizens, covering the private and public sectors, as well as individual and collective levels, generating new forms of interrelation, strengthening communication among the parties involved, specially between the government and the citizens. In a Digital City, public administration is the leader integrating initiatives and responsible of reducing the digital gap³³.

The main objective of this law is to develop the operational framework through which citizens of all social sectors could participate in the achievement of governmental objectives. Technological components are addressed not only as part of the required infrastructure, but also as a fundamental element to ensure the quality of life of its citizens. It states that the development of a successful model of digital governance in Mexico requires, first of all, the development of a new type of citizen, one with the sufficient capacity to properly interact with the government through technology-based platforms, this is, the digital citizen³⁴.

32 TORRES; LEAL; GALVÁN; ALCOCER, 2019.

33 MEXICO, 2012a.

34 JOHNSON; ROBINSON; PHILPOT, 2020; DE WAAL; DIGNUM, 2017; SHELTON; LODATO, 2019.

However, due to the social and political disparities Mexico currently faces, this objective does not seem achievable in the short term³⁵. This is a direct effect of the digital divide, which points to the uneven distribution of access to information technology tools among distinct social groups³⁶. This has led to an inadequate dissemination of technology within the country in general and in some scenarios its operation can be qualified as barely productive. Consequently, the development of public policies to adequate the level of digital culture among Mexican citizens becomes fundamental. Additionally, it would set a new scenario of collaboration between public and private sectors where the benefits of smart technology will be maximized, allowing the development of a governance model for smart urban scenarios in Mexico City³⁷.

Overall, it is important to establish that Mexico is still on the path to develop a suitable model of digital governance. In this aspect, important advances have been made towards the enforcement of data protection law in digital platforms. Even though there is still work to be done, the fact that a legal traditional system such as the Mexican contemplates technological scenarios could be perceived as a rapprochement that will eventually lead to relevant joint techno-legal developments.

3. Governance in smart city urban scenarios: The challenge of lawful process of personal data

Transformation of traditional urban centres into smart cities is a process that includes the interaction of technological components with political and institutional elements³⁸. Among the first areas that experience this there are the city council, city government, and city mayor, along with policy agendas that may have repercussion on technology initiatives. In relation to the institutional elements, these address institutional readiness, allowing the adoption of the smart city concept in a more direct and efficient manner. Consequently, this has led to the development of a new

35 HERNÁNDEZ ARMENTA, 2019.

36 NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION (DOC), 1995.

37 BERRA, 2013.

38 MAUHER; VANJA, 2006.

governance approach, which embraces the role of technologies as fundamental elements in providing legal certainty to smart city's users.

By its own nature, governance is a collection of dynamic processes that interact according to the particularities of a specific situation. It involves the exchange of relevant information based on rules and standards in order to achieve goals and objectives³⁹. Additionally, to maximize efficiency, cooperation between stakeholders should emphasize support of leadership, structure of alliances and working under different jurisdictions⁴⁰. The last point is of significant importance: management of information should not be designed taking under consideration local jurisdictions alone. The technical composition of digital platforms, especially the internet, covers more than one jurisdiction, meaning that there will be situations where process of information will fall outside the jurisdiction it was originally gathered from.

Consequently, the operative nature of internet-based services requires a governance approach that should not be designed on local requirements only. To maximize its efficiency, it must be developed based on a close relation with the law. In the following lines, this will be analyzed.

3.1 The Mexican approach towards smart cities

A relevant case study of smart cities in Latin America is Mexico City. This has one of the highest levels of social and economic disparity⁴¹ rates in the world. To affront this, Mexican authorities have adopted these digital platforms as tools to help in reducing this gap. According to Llorente and Cuenca, "Mexico City wants to confront these challenges [misery and violence] and be a leader within the region by putting in place proper planning initiatives and utilizing the third wave of the internet"⁴². This project is based on the "Connectivity Master Plan for Mexico City" that was run in 2016 by Secretary of Economic Development in coordination with the National Autonomous University of Mexico and the World Bank. It has four main objectives⁴³:

39 JOHNSTON; HANSEN, 2011.

40 SCHOLL; BARZILAI-NAHON; AHN; POPOVA; RE, 2009.

41 MEXICO, 2018a.

42 ROMERO; ELLSTEIN, 2018.

43 SECRETARIA DE DESARROLLO ECONÓMICO, 2013.

- To analyse governmental structure and identify needs;
- To identify the current connectivity structure of the city;
- To estimate the connectivity demanded in Mexico City;
- To propose the design of the Connectivity Network of Mexico City; and
- To propose the redesign of the broadcast network in Mexico City.

This focuses on three equally important areas: technology, priority inclusion from the government and citizen participation, and legislation⁴⁴. The result of this was a new role of dominance from the public to the private sector.

The adoption of technology to enhance the quality of administrative services in Mexico has been present for over two decades. This began around 1971 with the Committee Consultant Technician of Computer Units (CTCUI) that later became the National Institute of Statistics, Geography and Informatics (INEGI)⁴⁵. Nonetheless, this approach was focalized, and it was not replicated by other services within the Mexican government.

This first experience brought lessons that will prove valuable for the design of other public related areas, such as smart cities. First, the quality of services can be improved without increasing public spending. Second, e-government incentivised the collaboration between citizens and public bodies, allowing the achievement of public policy goals within scheduled time. Lastly, it introduced a new model of bureaucrat, one with the capacity to operate through technologies to maximize the efficiency of public service. Given the dynamic nature of e-government, it has led to a new configuration of public bodies, generating an environment where the collaboration with citizens became more frequent. This scenario will be addressed from the perspective of the Mexican case.

3.2 Smart environments and the development of the digital citizen in Mexico

To this point, it has been established that the success of smart cities depends on a variety of factors, which cover technical infrastructure, citizen

44 CONSULTANCY.LAT, 2018.

45 HILBERT; BUSTOS; FERRAZ, 2003.

participation and lawful gathering and process of personal data. Nonetheless, social scientists and practitioners have agreed that these relations require a new method that perceives the second element as an element that improves smart cities. In this sense, Dan Hill stated this technology has a lot of potential to offer if such schemes become more open and inclusive towards the public:

Instead of the smart city, perhaps we should be more preoccupied with smart citizens. The smart city vision tends to focus on infrastructure, buildings, vehicles, looking for a client amidst the city governments that procure or plan such things. But the city is something else. The city is its people. We don't make cities in order to make buildings and infrastructure. We make cities in order to come together, to create wealth, culture, more people⁴⁶.

This concept proposes a strategical change that combines technology and social objectives thus creating a bottom-up, context-sensitive, and citizen-centric vision approach⁴⁷. Experts like Sassen affirm that technological openness must include citizens through a kind of “open urbanism” or “urban WikiLeaks”, claiming for systems that put technology truly at the service of the inhabitants⁴⁸. Remarkably, society has taken independent steps towards the adoption of this approach with a variety of results⁴⁹. For example, back in 2013, Townsend stated that smart city projects incentivise the collaboration of citizens with different backgrounds even claiming it functions as platform that promotes democratic values⁵⁰.

This has led to not so positive opinions towards the potential inclusion of the citizen sector in the smart city infrastructure. An early position about this was made by Gabris who stated that: “citizenship [in smart cities] transforms into citizen sensing”, that “[m]onitoring and managing data in order to feedback information into urban systems are practices that become constitutive of citizenship”⁵¹. The author extends her position by

46 HILL, 2013.

47 SHELTON; LODATO, 2019.

48 SASSEN, 2015.

49 ZANDBERGEN, 2017.

50 TOWNSEND, 2013; THRIFT, 2014; THRIFT, 2014a; LIM; KIM; MAGLIO, 2018.

51 GABRYS, 2014.

stating that there is the potential danger of developing a new type of citizen that is fundamentally more passive:

The actions of citizens have less to do with individuals exercising rights and responsibilities, and more to do with operationalizing the cybernetic functions of the smart city. Participation involves computational responsiveness and is coextensive with actions of monitoring and managing one's relations to environments, rather than advancing democratic engagement through dialogue and debate. The citizen is a data point, both a generator of data and a responsive node in a system of feedback⁵².

Fortunately, this position has been changing due to the arrival of new perspectives that deem the cooperation between developers, the public sphere and citizens as equally important. An example of this is Mexico City⁵³ where public policies design includes collaboration channels to allow citizens to communicate with authorities during the implementation process. Additionally, relevant and up-to-date data is gathered and processed under specific criteria for urban and social political purposes. Nonetheless, scenarios such as Mexico City that lack cultural homogeneity, does not allow the development of a unified governance approach, which compromises the success of its smart city project. Invariably, this leads to the development of a paradigm of governance that reflects the social and political particularities of Mexico City. Here, the main objective is to achieve a degree of uniformity within social sectors, which would later facilitate the fulfilment objectives originally designed for the Mexican capital⁵⁴.

4. Conclusion

Digital technology is a major asset in the development of new governance projects around the world, particularly in smart cities. In this context, new conceptions of traditional terms such as bureaucracy and public policies are being developed in forms that result compatible with emerging technical approaches. In this scenario, citizen participation plays a funda-

52 GABRYS, 2014.

53 ROMERO; ELLSTEIN, 2018; WILLIS, 2019.

54 CARDULLO; KITCHIN, 2019.

mental role in the success of public objectives. First, it allows measuring their impact through the perspective of the social sector to which it is addressed. Second, it increases confidence and collaboration between these two spheres. Relevantly, new governance schemes require the inclusion of strategies that ensure the integrity of personal data gathered from their citizens. To provide this, the adoption of technology capable of operating based on legal provisions is proposed. Finally, the experience of Mexico City illustrates that, in order to ensure the success of new models of digital governance, it is necessary to develop citizens with the capacity to understand and interact with this technology through digital culture.

References

- A HISTORY of Data Collection, Storage, and Analysis (website). *GutCheck*. 2018. Available at: <https://www.gutcheckit.com/blog/a-history-of-data/>. Accessed Apr. 18 2020.
- AL-HADER, Mahmoud; SHARIF, Abdul; RODZI, Ahmad; AHMAD, Noordin. "SOA of Smart City Geospatial Management" (2009) *Proceedings of the EMS - Third UKSim European Symposium on Computer Modelling and Simulation*, Athens, Greece, November, v. 25–27, pp. 6-10, 2009.
- ANGELIDOU, Margarita. Smart cities: A conjuncture of four forces. *Cities*, v. 47, pp. 95-106, 2015.
- BERRA, Mariella. De la ciudad digital a la ciudad incluyente: La construcción de un capital sociotécnico. *Sociológica (México)*, v. 28(79), pp.7-49, 2013.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Cámara de Diputados, 2012.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*. México: Cámara de Diputados, 2017.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. *Congreso de la Unión. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*. México: Cámara de Diputados, 2017a.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. *Código Federal de Procedimientos Penales*. México: Cámara de Diputados, 2020.
- CARDULLO, Paolo; KITCHIN, Rob. Being a 'citizen' in the smart city: up and down the scaffold of smart citizen participation in Dublin, Ireland. *GeoJournal*, v. 84.1., pp. 1-13, 2019.

- CARTER, Lemuria; BELANGER, France. Citizen adoption of electronic government initiatives. *37th Annual Hawaii International Conference on System Sciences, 2004*. Proceedings of the. IEEE, 2004.
- CONSULTANCY.LAT. *Latin American smart city potential: Mexico City leads the way*. Latin America. Consultancy.lat. Available at: <https://www.consultancy.lat/news/236/latin-american-smart-city-potential-mexico-city-leads-the-way>. Last access 25th October 2020.
- DE WAAL, Martijn; MARLOES, Dignum. The citizen in the smart city. How the smart city could transform citizenship. *it-Information Technology*, v. 59.6, pp. 263-273, 2017.
- EUROPEAN COMISION. *Data protection. Rules for the protection of personal data inside and outside the EU*. Available at: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_en. Accessed Oct. 25 2020.
- GABRYS, Jennifer. Programming Environments: Environmentality and Citizen Sensing in the Smart City. *Environment and Planning D: Society and Space*, v. 32 (1), p. 30, 2014.
- GIFFINGER, Rudolf; FERTNER, Christian; KRAMAR, Hans; MEIJERS, Evert. Smart Cities: Ranking of European Medium-sized Cities. *Centre of Regional Science Vienna*, 2007.
- HERNÁNDEZ ARMENTA, Mauricio. México requiere de regulaciones para incentivar y adoptar redes 5G: GSMA. *Forbes Mexico*. 2019 Available at: <https://www.forbes.com.mx/mexico-requiere-de-regulaciones-para-incentivar-y-adoptar-redes-5g-gsma/>. Accessed Oct. 25 2020.
- HILBERT, M.; BUSTOS, S.; FERRAZ, J. *Estrategias nacionales para la sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2003.
- HILL, Dan. On the Smart City; Or, a 'Manifesto' for Smart Citizens Instead. *Cityofsound*, 2013. Available at: <http://www.cityofsound.com/blog/2013/02/on-the-smart-city-acall-for-smart-citizens-instead.html>. Accessed Oct. 25 2020.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA Y GEOGRAFIA. Encuestas obre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación en los Hogares proporciona información a nivel nacional, estatal, estatal rural-urbano y para 49 ciudades del país. *Instituto Federal de Telecomunicaciones*. Available at: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/OtrTemEcon/ENDUTIH_2018.pdf. Accessed Oct. 25 2020.

- JIRÓN, P.; IMILÁN, W. A.; LANGE, C.; MANSILLA, P. Placebo urban interventions: Observing smart city narratives in Santiago de Chile. *Urban Studies*, 2020.
- JOHNSON, P. A.; ROBINSON, P. J.; PHILPOT, S. Type, tweet, tap, and pass: How smart city technology is creating a transactional citizen. *Government Information Quarterly*, v. 37(1), pp. 101-414, 2020.
- JOHNSTON, Erik W.; HANSEN, Derek L. Design lessons for smart governance infrastructures. In: Dwight Ink, Alan P. Balutis and Terry F. Buss, (eds.), *American Governance 3.0: Rebooting the Public Square?* (National Academy of Public Administration), 2011.
- KUMMITHA R. K. R.; CRUTZEN, N. How do we understand smart cities? An evolutionary perspective. *Cities*, v. 67, pp. 43-52, 2017.
- LIM, Chiehyeon; KIM, Kwang-Jae; MAGLIO, Paul P. Smart cities with big data: Reference models, challenges, and considerations. *Cities*, v. 82, pp. 86-99, 2018.
- MAUHER, Mladen; SMOKVINA, Vanja. Digital to intelligent local government transition framework. *MIPRO 2006*, 29th International Convention, 2006.
- MARCHETTI, D.; OLIVEIRA, R.; FIGUEIRA, A. R. Are global north smart city models capable to assess Latin American cities? A model and indicators for a new context. *Cities*, 2019.
- MEIJER, Albert; RODRÍGUEZ BOLÍVAR, Manuel Pedro. Governing the smart city: a review of the literature on smart urban governance. *International Review of Administrative Sciences*, v. 82, no. 2, p. 393, 2016.
- MEXICO. CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL. Publicaciones. *Nuevo Sistema de Justicia Penal Oral*. Mexico, 2009. Available at: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-federal-de-procedimientos-penales/titulo-sexto/capitulo-viii-bis/>. Accessed Oct. 25 2020.
- MEXICO. *Ley de Geolocalización*. Mexico, 2012. Available at: <http://www.mexicosos.org/dossier/legislacion/261-ley-geolocalizacion>. Accessed Oct. 25 2020.
- MEXICO. *Asamblea Legislativa del Distrito Federal*. Ley para el Desarrollo del Distrito Federal como Ciudad Digital y del Conocimiento. VI Legislatura. Mexico, 2012a. Available at: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-815a69869b1735c03f73ce34bc0e39c7.pdf>. Accessed Oct. 25 2020.
- MEXICO. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Amparo directo en revisión 3886/2013. Mexico, 2013. Available at: <http://www2.scjn.gob.mx/>

ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=158606. Accessed Oct. 25 2020.

MEXICO. *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Amparo directo 535/2018. Mexico, 2018. Available at: shorturl.at/oCPW8. Accessed Oct. 25 2020.

MEXICO. Entidades Federativas. Ciudad de México. *Pobreza Estatal 2018*. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Mexico, 2018a. Available at: https://www.coneval.org.mx/coordinacion/entidades/DistritoFederal/Paginas/Pobreza_2018.aspx. Accessed Oct. 25 2020.

MIYASAKI, Masashi. A brief history of data analysis. *FlyData*. 2015. Available at: <https://www.flydata.com/blog/a-brief-history-of-data-analysis/>. Accessed Oct. 25 2020.

MOROZOV, E.; BRIA, F. Rethinking the smart city. *Democratizing Urban Technology*. New York, NY: Rosa Luxemburg Foundation, 2018.

MOSS KANTER, Rosabeth; LITOW, Stanley S. Informed and interconnected: A manifesto for smarter cities. *Journal of Urban Technology*, vol. 22, no. 1, pp. 3–21, 2009.

NAM, Taewoo; PARDO, Theresa A. Conceptualizing Smart City with Dimensions of Technology, People, and Institutions. *Proceedings of the 12th Conference on Digital Government Research* College Park, MD, pp. 12– 15, June 2011.

NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AND INFORMATION ADMINISTRATION (DOC), Washington, DC. *Falling through the net: A Survey of the “have nots” in rural and urban America*. ERIC Clearinghouse, 1995.

PRISLAN, Kaja; SLAK, Boštjan. Analysis of the Relationship Between Smart Cities, Policing and Criminal Investigation. *Journal of Criminal Justice and Security*, v. 4, p. 399, 2018.

ROMERO, Alejandro; ELLSTEIN, Arie. Mexico City: Keys and challenges to building a smart city for citizens. *Developing Ideas Llorente and Cuenca* Madrid, Spain, 2018.

SASSEN, Saskia. Urbanising technology. *The Electric City Newspaper*. Urban Age Electric City Conference. LSE Cities. 2015. Available at: <https://lsecities.net/wp-content/uploads/2012/12/the-electric-city-newspaper.pdf>. Accessed Oct. 25 2020.

SCHOLL, Hans Jochen; BARZILAI-NAHON, Karine; AHN, Jin-Hyuk; POPOVA, Olga; RE, Barbara. E-commerce and e-government: How do they compare? What can they learn from each other? *Proceedings of the 42nd Hawaiian International Conference on System Sciences (HICSS 2009)*, Koloa, Hawaii, pp. 4-7, January, 2009.

- SHAPIRO, Jess M. Smart Cities: Quality of Life, Productivity, and the Growth Effects of Human Capital. *Review of Economics & Statistics*, v. 88: 2, pp. 324–335, 2006.
- SHELTON, Taylor; LODATO, Thomas, Actually existing smart citizens: Expertise and (non) participation in the making of the smart city. *City*, v. 4, 2019.
- SECRETARIA DE DESARROLLO ECONÓMICO. *Inicia GCDMX Plan Maestro de Conectividad. Gobierno de la Ciudad de México*. 2013. Available at: <https://www.sedeco.cdmx.gob.mx/comunicacion/nota/inicia-gcdmx-plan-maestro-de-conectividad>. Accessed Oct. 25 2020.
- THRIFT, Nigel. The promise of urban informatics: Some speculations. *Environment and Planning A*, v. 46.6, pp. 1263-1266, 2014.
- THRIFT, Nigel. The ‘sentient’ city and what it may portend. *Big Data & Society*, v. 1.1, 2014.
- TORRES, J. A. M.; LEAL, E. T.; GALVÁN, G. R.; ALCOCER, U. M. R. Un enfoque basado en datos para predecir eventos delictivos en ciudades inteligentes (a data-driven approach for predicting criminal events in smart cities). *Pistas Educativas*, v. 41(134), 2019.
- TOWNSEND, Anthony M. Smart cities: Big data, civic hackers, and the quest for a new utopia. *WW Norton & Company*, 2013.
- TWIZEYIMANA, Jean Damascene; ANNIKA, Andersson. The public value of E-Government—A literature review. *Government information quarterly*, 2019.
- UNITED NATIONS. *World urbanization prospects: The 2018 revision*. 2018. Available at: <https://www.un.org/development/desa/publications/2018-revision-of-world-urbanization-prospects.html>. Accessed Oct. 25 2020.
- VAN ZOONEN, Liesbet. Privacy concerns in smart cities. *Government Information Quarterly*, v. 33.3, p. 476, 2016.
- WASHBURN, Doug; SINDHU, Usman; BALAOURAS, Stephanie; DINES, Rachel A.; HAYES, Nicholas; NELSON, Lauren E. Helping CIOs understand “smart city” initiatives. *Growth* 17, no. 2: p. 2. 2009.
- WILLIS, K. S. *Whose right to the smart city?* In *The Right to the Smart City*. Emerald Publishing Limited, 2019.
- ZANDBERGEN, Dorien. We Are Sensemakers: The (Anti-) politics of Smart City Co-creation. *Public Culture*, v. 29, no. 3 (83), pp. 539-562, 2017.

Recebido em 20 de abril de 2020.

Aprovado em 04 de outubro de 2020.

Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática¹

Constitutional Democracies in Crisis: mapping the institutional strategies that lead to the democratic erosion

Lucas Azevedo Paulino*

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

1. Introdução

Democracias constitucionais estão em crise ou sob stress pelo mundo². As instituições democráticas pluralistas – tais como imprensa livre, sociedade civil e o estado de direito – estão sob o ataque de líderes eleitos em países como Venezuela, Rússia, Turquia, Hungria, Filipinas e Polônia. Mesmo em países com democracias mais consolidadas – como Estados Unidos, Índia, Japão e Israel – existe a preocupação, em alguma medida, de que tais regimes não estariam funcionando tão bem como no passado. Com um líder com pretensões hegemônicas ou um aspirante a autocrata no poder, instituições democráticas permanecem nominalmente, mas são esvaziadas. Embora muitas vezes a competição eleitoral continue ocorrendo, os ad-

1 Artigo produzido durante o Doutorado Sanduíche (2018/2) na Universidade de Harvard financiado por bolsa de estudos da CAPES.

* Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador Visitante (*Visiting Fellow*) na Universidade de Harvard (Doutorado Sanduíche). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, na área de concentração Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: lucasapaulino@gmail.com.

2 GRABER; LEVINSON; TUSHNET, 2018; GUASTI, 2018.

versários dos detentores do poder nesses contextos – oposição, imprensa e minorias – são tratados como inimigos, e os mecanismos constitucionais de controle – os freios e contrapesos institucionais – são enfraquecidos³.

Pesquisadores no direito constitucional e na ciência política buscam compreender esse fenômeno do declínio na qualidade das democracias constitucionais sob diversos conceitos e enquadramentos analíticos, tais como: “democracia em erosão”⁴, “democracia em retrocesso”⁵, “recessão democrática”⁶, “decadência democrática”⁷, “desconsolidação democrática”⁸, “decomposição constitucional”⁹, “desvio iliberal” ou “guinada iliberal”¹⁰, “autoritarismo discreto”¹¹. Livros recém-publicados, tais como “Como as Democracias Morrem”¹², “Como a Democracia Chega ao Fim”¹³, “Democracias Constitucionais em Crise?”¹⁴, “Pode Acontecer Aqui? Autoritarismo na América”¹⁵, “Como Salvar uma Democracia Constitucional?”¹⁶, “Crises da Democracia”¹⁷, demonstram a multiplicação do interesse atual e também o receio de pensadores do constitucionalismo e da ciência política com a degradação incremental das democracias constitucionais.

De acordo com Larry Diamond¹⁸, desde a Revolução dos Cravos em Portugal em 1974, que inaugurou a “terceira onda” de democratização global no mundo, na expressão de Samuel P. Huntington¹⁹, até 2007, houve uma expansão contínua e gradual de países que transitaram de regimes de

3 GUASTI, 2018.

4 GINSBURG; HUQ, 2018.

5 BERMEO, 2016.

6 DIAMOND, 2015.

7 DELY, 2017.

8 FOA; MOUNK, 2017.

9 BALKIN, 2018.

10 BUSTIKOVA; GUASTI, 2017.

11 VAROL, 2015.

12 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

13 RUNCIMAN, 2018.

14 GRABER; LEVINSON; TUSHNET, 2018.

15 SUNSTEIN, 2018.

16 GINSBURG; AZUZ, 2018.

17 PRZEWORSKI, 2019.

18 DIAMOND, 2015.

19 HUNTINGTON, 1991.

governo autoritários para sistemas no qual os cidadãos, por meio do sufrágio universal, podem substituir seus líderes em eleições regulares, justas e livres. Em 1974, só 30% dos estados independentes eram democracias, cerca de 46 países, concentrados em países desenvolvidos do Ocidente, com poucas exceções fora disso. Em 2006, esse número atingiu cerca de 60% dos estados independentes, algo entre 114 e 116 países.

No entanto, desde então, houve uma estagnação do número existente de democracias e iniciou-se uma tendência de deterioração nos indicadores empíricos – apresentado nos relatórios anuais de instituições que avaliam regimes democráticos como *Freedom House*, *Varieties of Democracy* (V-DEM) e *The Economist Intelligence Unit* – sobre a qualidade das práticas constitucionais e democráticos existentes em distintos países, com o agigantamento do Poder Executivo, o enfraquecimento do pluralismo, do processo eleitoral e do estado de direito em alguns países. Para Diamond²⁰, a recessão democrática nessa última década abrangeria quatro distintas categorias de países: aprofundamento de autoritarismo em estados não-democráticos, a aceleração do colapso autoritário em regimes democráticos, um declínio na estabilidade da qualidade de democracias novas, e um declínio no vigor e no desempenho de democracias estabelecidas e mais longevas. Todavia, Tom Gerald Dely²¹ já defende que a ideia de decadência democrática abrange as duas últimas categorias, quais sejam o declínio na qualidade das democracias novas e na das mais longevas.

Com efeito, os objetivos principais deste trabalho consistem em compreender melhor o conceito de erosão democrática em regimes de governo contemporâneos e as estratégias institucionais que um líder democrático eleito pode adotar para corroer os alicerces de uma democracia constitucional, de acordo com a literatura do direito constitucional comparado e da ciência política, analisando o estado da arte sobre as principais obras e artigos sobre o tema. Com isso, traçar parâmetros objetivos para verificar se o atual presidente, no decorrer do seu mandato, ou qualquer outro que venha a sucedê-lo, independente do campo ideológico, incorrerão em práticas que levem à degradação do regime democrático-constitucional brasileiro.

Para explicar esse fenômeno, em primeiro lugar, o presente artigo buscará esclarecer qual é o conceito de democracia que está em crise ou sob

20 DIAMOND, 2015.

21 DELY, 2017.

stress. Em segundo lugar, distinguirá os dois modos como as democracias podem acabar: por ruptura autoritária rápida, ou mais lentamente, via erosão institucional. Em terceiro lugar, irá identificar quais são as potenciais medidas que, por vias institucionais, um presidente eleito e seu partido podem adotar que representariam a deterioração de uma democracia constitucional.

2. O conceito de democracia constitucional liberal em crise

Democracia é um conceito essencialmente contestado no pensamento teórico e na realidade prática, com muitas disputas interpretativas sobre seu significado na história e no pensamento político clássico, moderno e contemporâneo²². Geralmente, o que se considera em crise é a definição de democracia presente na tradição do liberalismo político, que se traduz em instituições representativas que incorporam o pluralismo existente na sociedade²³. Para quem adota noções de democracia mais minimalistas ou definições de “democracia direta”, “democracia radical” ou “democracia iliberal”, entre outras de perspectivas normativas distintas, talvez não haja a mesma preocupação com a existência de uma “crise da democracia”. Em função disso, torna-se importante elucidar a definição de democracia constitucional liberal, procedimental e pluralista, adotada pelo presente artigo, sua importância e seu valor normativo.

A definição minimalista de democracia mais famosa é de autoria de Joseph Schumpeter²⁴, que conceitua democracia como um arranjo institucional e jurídico no qual os governantes são selecionados por eleições competitivas. Para Schumpeter, não se deve confundir os fins políticos que poderiam ser alcançados em uma democracia – como justiça social – com sua essência, qual seja, a de ser um método de escolha periódica por cidadãos de governantes em uma competição política de elites – partidos políticos –, que legitimaria o exercício da autoridade²⁵. Schumpeter concebe apenas a competição eleitoral como o elemento central da democracia, não se importando devidamente com a participação dos cidadãos na fiscalização do poder.

22 GALLIE, 1955; HELD, 2006.

23 GUASTI, 2018.

24 SCHUMPETER, 1942.

25 HELD, 2006.

A definição minimalista teria uma vantagem em relação a definições normativas ou substantivas mais robustas para a criação de um padrão descritivo analítico viável para comparação, uma vez que conceitos com menos atributos seriam mais precisos e capazes de cobrir mais casos, e também porque em sociedades pluralistas as pessoas discordam e conflitam sobre os valores, interesses, noções de justiça e os resultados²⁶. No entanto, o conceito de Schumpeter padeceria do defeito de ser demasiadamente restritivo, por não abranger as condições para uma competição democrática justa e livre, a participação e o controle popular exercido por cidadãos.

Em face desse desafio, Robert Dahl²⁷ propôs uma das definições procedimentais de democracia mais reconhecidas teoricamente, na medida em que situa o pluralismo político-social como aspecto chave, e agrega ao seu conceito a necessidade de haver o direito de oposição pública e de competição, bem como o direito à participação. Em sua definição de democracia, Dahl presume como condições que cidadãos, em igualdade política, devem ter o direito de formular suas preferências e de compartilhá-las com seus concidadãos por ação individual ou coletiva, bem como de tê-las consideradas na condução do governo. Isso envolveria, além de eleições competitivas, os direitos políticos de votar e ser votado e os direitos a liberdade de expressão, de associação e de reunião, que seriam imprescindíveis para o debate democrático, para a crítica e fiscalização do poder, para organização em partidos políticos, organizações da sociedade civil e para propaganda eleitoral.

Conforme explica David Held²⁸, Dahl é um dos cientistas políticos que melhor formulou uma concepção de democracia pluralista, uma vez que parte do pressuposto que a democracia não seria somente uma competição de elites, mas envolveria uma multiplicidade de grupos intermediários e múltiplas minorias, representativas de diversos interesses, estruturados por meio de clivagens culturais e econômicas – tais como sindicatos, corporações, grupos étnicos e religiosos, coletivos de gênero. Em virtude desse caráter pluralista de uma sociedade democrática liberal, o conceito de democracia deveria envolver direitos e arranjos institucionais, que permi-

26 SARTORI, 1970; PRZEWORSKI, 2003.

27 DAHL, 1971.

28 HELD, 2006.

tam esses grupos influenciar na agenda política e controlar o exercício do poder, tais como liberdades de expressão e de organização em associações.

Nesse mesmo sentido, para os cientistas políticos David Collier e Steven Levitsky²⁹ o conceito de democracia procedimental deveria compreender uma eleição amplamente contestada com sufrágio universal e abstenção de fraude massiva, combinada com a garantia efetiva de liberdades civis, sobretudo as liberdades de expressão, de reunião e de associação. Para Scott Mainwaring, Daniel Brinks e Aníbal Perez-Liñan³⁰, democracia deve ser definida como um regime que comporta necessariamente os seguintes elementos: (i) eleições competitivas livres e justas para os poderes legislativo e executivo, de modo que nem fraude nem coerção determinem o resultado do pleito eleitoral, e haja possibilidade de alternância de poder; (ii) cidadania a todos os adultos, com sufrágio praticamente universal; (iii) liberdades civis políticas, como liberdade de imprensa, liberdade de organização, liberdade de criticar o governo sem ser reprimido; e (iv) e no qual os governos civis eleitos efetivamente governem e os militares estejam sob o controle civis.

Dentro dessa lógica procedimentalista e pluralista, Tom Ginsburg e Aziz Huq³¹ propuseram uma definição funcional de democracia constitucional liberal, para efeitos de comparação institucional de democracia em declínio, que envolveria três predicados fundamentais: em primeiro lugar, eleições livres e justas, com sufrágio universal aos adultos; em segundo, direitos de liberdade de expressão, de reunião e de associação, uma vez que são indispensáveis para o direito de contestação e oposição no processo democrático e para incluir todas as vozes no debate político; em terceiro, o estado de direito (*rule of law*), com instituições jurídicas que garantam a integridade e imparcialidade das eleições e da ordem democrática, e protejam o exercício dos direitos políticos e das liberdades referidas. Cada um dos termos do conceito “democracia constitucional liberal”, segundo eles, representa um dos componentes essenciais para um regime de autogoverno do povo que realmente seja efetivo e praticável.

Como se nota, as definições adotadas não entram no mérito ou conteúdo dos resultados e consequências que uma democracia deve chegar,

29 COLLIER; LEVITSKY, 1997.

30 MAINWARING; BRINKS; PEREZ-LIÑAN, 1999.

31 GINSBURG; HUQ, 2018.

como uma economia de livre mercado e Estado mínimo ou uma sociedade socialista com um Estado gerindo a produção econômica, pois isso que estará em disputa no embate democrático. O fato do pluralismo consiste em uma característica básica das sociedades democráticas contemporâneas, isto é, a existência de uma diversidade de doutrinas filosóficas, morais e religiosas abrangentes, que defendem concepções de bem muitas vezes conflitantes entre si. Diante desse quadro, o liberalismo político, conforme preceitua o filósofo John Rawls³², constitui-se como uma concepção normativa que propõe que uma sociedade livre e democrática, para preservar valores como estabilidade, a justiça e a legitimidade, deve desenvolver instituições livres baseadas em um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis.

Seguindo essa corrente, o filósofo do direito Jeremy Waldron³³ defende o valor moral de uma concepção procedimental de democracia, já que a presença do desacordo moral razoável sobre as questões de justiça e de política configura-se em um dos atributos mais relevantes e persistentes das sociedades democráticas e pluralistas contemporâneas. Por essa razão, uma concepção de democracia focada em procedimento, não em determinados resultados almejados, seria a mais adequada para levar a sério o princípio de igualdade política entre os cidadãos e para assegurar o direito à participação de todos no processo democrático, respeitando o igual direito de cada cidadão impactar e influenciar nesse regime de governo e ter seus interesses representados e igualmente considerados.

Os regimes adversários de uma democracia liberal constitucional vão desde regimes autoritários puros até regimes com a mistura de componentes autoritários e democráticos, denominados como regimes híbridos³⁴, competitivos-autoritários³⁵ ou democracias iliberais³⁶. Conforme Jeroen Van den Bosch³⁷ explica em seu mapeamento de tipologia de regimes políticas, com o crescimento do fenômeno de regimes autoritários com fachada democrática, ou de regimes com eleições mas sem democracia, a partir

32 RAWLS, 2011.

33 WALDRON, 1999, 2012.

34 DIAMOND, 2002.

35 LEVITSKY; WAY, 2002.

36 ZAKARIA, 1997.

37 VAN DEN BOSCH, 2014.

da terceira onda de regimes democráticos sobretudo na década de 90 do século XX, muitos pesquisadores de democracias comparadas deixaram de adotar apenas a divisão dicotômica entre regimes democráticos e regimes autoritários e passaram a utilizar novas classificações de regimes políticos com mais nuances – tricotômicas, policotômicas ou contínuas – para identificar variações entre regimes autoritários puros e democracias plenas. A vantagem da tipologia tricotômica, adotada pelo presente trabalho, seria analisar o funcionamento do regime de dentro, para além da existência das eleições, o respeito às liberdades políticas de opositores e sociedade civil organizada.

Os regimes autoritários puros são caracterizados pela completa abstenção de efetiva competição política e pela ausência de pluralismo político³⁸. Até podem ter eleições, mas geralmente são regimes de partidos único, e os governantes autoritários não perdem poder. Ademais, podem ter constituições escritas prevendo direitos, cortes e outras instituições do estado de direito, mas estas conferem uma fachada artificial ao regime e operam para a preservação hegemônica do poder. Regimes autoritários vêm em diversas formas. Podem ser comandados por militares, seja um presidente ou uma junta, como ocorreu nas ditaduras militares latino-americanas dos anos 60 aos anos 80; ou podem ser liderados por uma única pessoa, como um político civil carismático, como Getúlio Vargas no Brasil durante o Estado Novo; ou por um partido e seu líder, como o partido nazista e Adolf Hitler na Alemanha. Monarquias absolutistas são outra forma de autoritarismo, que embora tenham diminuído bastante nos últimos dois séculos, ainda subsistem em alguns países do Oriente Médio, cujo exemplo mais notório é a Arábia Saudita.

Por sua vez, regimes híbridos são aqueles que mesclam características de democracias e autocracias. O termo democracia iliberal cunhado por Fareed Zakaria³⁹ capturaria esse conjunto de casos ambíguos, nos quais líderes eleitos agem para reduzir o espaço de dissensão política e competição, violando liberdades individuais e políticas. Steven Levitsky e Lucan Way⁴⁰ descrevem esses regimes como competitivos autoritários, pois neles as instituições da democracia formal continuam a operar, mas os incum-

38 GINSBURG; HUQ, 2018.

39 ZAKARIA, 1997.

40 LEVITISKY; WAY, 2002, 2010.

bentes violam as regras jurídicas formais e diminuem ou eliminam a efetiva competição. Nos regimes competitivos-autoritários civis governam, as instituições formais democráticas existem e são amplamente vistas como a principal forma de acessar o poder, mas os incumbentes abusam do poder estatal para obter vantagem significativa em detrimento dos seus oponentes. Existe competição real, mas ela não é livre e justa entre governantes e opositores, tendo em vista que ou há fraude massiva, ou os incumbentes rotineiramente abusam dos recursos estatais, nega-se a oposição cobertura midiática adequada, há assédio aos candidatos opositores e seus apoiadores. Nesses regimes, jornalistas, opositores políticos e críticos do governo podem ser ameaçados, perseguidos ou até mesmo presos, agredidos, e em alguns casos, assassinados.

Regimes competitivos-autoritários diferenciam-se da democracia, segundo esses autores, porque há violação de pelo menos um dos três atributos definidores da democracia: eleições livres, proteção de liberdades civis, e um nível razoável de competitividade. Distinguem-se de regimes autoritários puros porque ainda existem, em um grau bastante reduzido, competição, eleições formais e grupos opositores – que contestam severamente o poder estatal – mas o campo de disputa é direcionado pesadamente a favor dos incumbentes. Levitsky e Way⁴¹ criticam a denominação desses regimes como democracias iliberais, pois lhe faltariam os componentes necessários da definição procedimental de democracia.

É famosa a máxima de Winston Churchill de que a “democracia é a pior forma de governo, com a exceção de todas as outras”. A democracia, nessa perspectiva procedimental, seria normativamente superior a suas alternativas e valeria a pena defendê-la, porque consiste no único regime de governo que trata a todos os cidadãos com igual respeito e consideração, respeitando a dignidade, a igualdade política e a liberdade para os cidadãos influenciarem nos rumos do governo sem medo de represálias, não só escolhendo os representantes para os poderes Legislativo e Executivo por meio do voto, mas também pela possibilidade de criticar e se opor às medidas tomadas, de se organizar e participar na vida democrática em associações e partidos ou mesmo disputar eleições⁴². Conforme defendem

41 LEVITSKY; WAY, 2002.

42 DAHL, 1971.

Ginsburg e Huq⁴³, a vantagem mais óbvia das democracias é o compromisso democrático de contar a voz de cada cidadão na mesma medida. Além disso, a probabilidade maior de adotar políticas públicas em acordo com os interesses dos cidadãos, ainda que por vezes alguns representantes eleitos sejam capturados por interesses não republicanos.

A maior parte das organizações que mensuram e avaliam comparativamente a qualidade e o desempenho das democracias por meio de dados empíricos – tais como *Freedom House*, *The Economist Intelligence Unit*, *V-DEM* –, embora tenham distinções metodológicas, levam em consideração, em grande parte de seus indicadores, esse ideal de democracia liberal constitucional. Os dados desses institutos, de acordo com Tom Ginsburg e Aziz Huq⁴⁴, apontam razões para preocupação, mas não para pânico: o número de democracias parou de crescer no mundo, embora não esteja ocorrendo uma sucessão de colapsos autoritários nem uma mudança de paradigma ainda, as democracias encontram-se em uma trajetória de retrocesso, com práticas antidemocráticas cada vez mais presentes. De igual modo, Zachery Elkins⁴⁵, analisando os dados empíricos desses institutos, demonstra que, após atingir o apogeu em 2011, estamos testemunhando uma descendente nos indicadores democráticos globais. Segundo ele, em uma perspectiva histórica regimes democráticos possuem ondas de expansão pelo mundo e reveses cíclicos. O risco, conforme explica esse cientista político, é que democracias levam muito tempo para serem construídas e progredir e podem levar pouco tempo para serem destruídas.

3. Como democracias morrem: o fim rápido e o fim lento

Conforme explicam Tom Ginsburg e Aziz Huq⁴⁶, a democracia pode acabar em duas velocidades: uma rápida e uma lenta. A rápida ocorre quando o fim da democracia é identificado em um único momento histórico, geralmente com uma data que registra uma ruptura abrupta, e as instituições estatais deixam de ter um escopo democrático amplo e passam a ter fins autoritários para destruir ou debilitar a competição eleitoral, os direitos

43 GINSBURG; HUQ, 2018.

44 GINSBURG; HUQ, 2018.

45 ELKINS, 2018.

46 GINSBURG; HUQ, 2018.

liberais e o estado de direito. Por outro lado, são lentas quando as mudanças nas leis, nas instituições e nas práticas para enfraquecer a democracia transcorrem gradualmente. O primeiro tipo é denominado colapso autoritário. O segundo, erosão democrática.

A velocidade importa porque os tipos de ferramentas legais e institucionais para atentar contra a democracia podem variar e terminar em diferentes pontos. Em rupturas democráticas rápidas e radicais, o uso de poderes emergenciais e golpes de Estado são mais comuns, originando-se subsequentemente um regime autoritário sem muitas dúvidas. Quando o declínio democrático se desenrola de modo devagar, um conjunto mais amplo de mecanismos podem ser empregados e podem resultar em regimes democráticos ambíguos, híbridos, competitivos-autoritários, no qual existem eleições, mas elas não são justas e livres⁴⁷.

3.1 Colapso autoritário

O modo mais tradicional de uma democracia colapsar rapidamente para um regime autoritário transcorre-se por meio de um golpe de Estado. Golpe de Estado, conforme conceituam Norberto Bobbio, Nicola Matteucci, Gianfranco Pasquino⁴⁸, consiste na violação deliberada da constituição jurídica do Estado, de maneira repentina, para tomada de poder no governo, por parte dos próprios detentores do poder político, como presidentes ou primeiros-ministros, ou setores chaves da burocracia estatal, como militares. Nancy Bermeo⁴⁹ define golpe de Estado como o ataque ilegal dos militares ou outras elites estatais com o propósito de destituir um chefe do Executivo.

Edward Luttwak⁵⁰, em seu manual clássico sobre golpe de Estado, o define funcionalmente e formalmente como o procedimento que consiste na tomada ilegal de poder, por meio da infiltração de um segmento do aparato estatal, que é usado para remover o governo da parte que o controla. O golpe, para esse autor, depende da existência de um moderno aparato estatal, uma burocracia profissional e das forças armadas, no qual uma

47 GINSBURG, 2018; BERMEO, 2016.

48 BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 2004.

49 BERMEO, 2016.

50 LUTTWAK, 2016.

parte do aparato estatal se apropria ilegalmente de outra parte.

A forma mais clássica são os golpes militares, como se deu na instauração da ditadura militar brasileira de 1964 e da ditadura no Chile em 1973 sob o comando de Pinochet. Apesar do declínio desse tipo de golpe, recentemente houve um no Egito em 2013 e na Tailândia em 2014. Outra espécie é o golpe palaciano ou executivo⁵¹, conhecidos por autogolpes, os quais envolvem um chefe do executivo, livremente eleito, suspendendo a constituição de imediato, a fim de acumular e se perpetuar no poder, como ocorreu no golpe de Getúlio Vargas que deu origem ao Estado Novo no Brasil em 1937 ou com o Alberto Fujimori em 1992 no Peru. De acordo com Adam Przeworski⁵², o uso da força para depor um governante – por meio de golpes ou guerras – ocorreu frequentemente na história das democracias: entre 1788 e 2008, o poder político se alternou 577 vezes por meio de golpes, e 544 vezes como resultados de eleições. Steven Levitsky e Daniel Ziblatt⁵³ salientam que, durante a Guerra Fria, os golpes de Estado representaram três de cada quatro colapsos democráticos.

Tom Ginsburg e Azuz Huq⁵⁴ destacam que outra forma de uma democracia acabar de modo célere transcorre por meio do uso dos poderes de emergência, tal como o Estado de Sítio. O fim da República de Weimar na Alemanha pode ser registrado após o incêndio no parlamento alemão, quando Hitler edita em seguida os decretos de emergência cancelando uma série de direitos fundamentais dos cidadãos alemães, perseguindo opositores e enfraquecendo o Estado de Direito deste país.

De acordo com Nancy Bermeo⁵⁵, outro modo de desprezar, em um momento definido, o autogoverno popular seria a fraude massiva no dia da eleição. Manipulação flagrante em estações de votações, como falsificação na apuração eleitoral e fraude nas urnas, que já foram comuns no passado em diversas democracias, especialmente em eleições africanas até pouco tempo atrás, deixaram de ser comuns para se tornarem bastante raros. Embora práticas eleitorais ilícitas continuem ocorrendo, elas se tornaram mais sutis e mais distribuídas no decorrer da campanha eleitoral.

51 BERMEO, 2016; GINSBURG; HUQ, 2018.

52 PRZEWORSKI, 2019.

53 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

54 GINSBURG; HUQ, 2018.

55 BERMEO, 2016.

Golpes de estado, por militares ou líderes eleitos, manipulações e fraudes massivas no dia das eleições, e outras formas de convulsão violentas para implementar uma ditadura militar, fascistas ou comunistas, se tornaram raras⁵⁶. A maior parte dos países, hoje em dia, realizam eleições, mas as democracias continuam morrendo, só que de outra maneira, mais lenta, por meio de governos eleitos, e não por generais e soldados armados, conforme será abordado no tópico a seguir⁵⁷.

3.2 Erosão democrática

Conforme Steven Levitsky e Daniel Ziblatt⁵⁸ pontuam no livro “Como as Democracias Morrem” o retrocesso democrático que ocorre em governos eleitos é perigosamente enganoso. Nos golpes de Estado clássicos, a morte da democracia é evidente para todos, porque o presidente é deposto e morto, preso ou enviado para o exílio; a constituição é suspensa, desmantelada e substituída; há tanques e soldados nas ruas. Todavia, na via eleitoral nada disso ocorre, e a constituição e instituições democráticas formais podem se manter vigentes, e as pessoas votarem. O aspirante a autocrata eleito venera a democracia enquanto dilacera sua substância.

Nancy Bermeo⁵⁹ destaca que as mudanças ocorrem gradualmente, de modo que líderes eleitos buscando engrandecer seus poderes executivos rebaixam outras instituições constitucionais e democráticas, tais como a mídia livre, autonomia judicial, processo eleitoral. Petra Guasti⁶⁰ salienta que esses líderes e seus partidos concentram poder, mas preservam a fachada das democracias eleitorais, enquanto esvaziam seus pilares constitucionais e liberdades fundamentais em um processo de erosão ou decadência democrática.

A erosão democrática pode ser definida como “o processo incremental, mas em última instância ainda substancial, de decadência dos três predicados básicos da democracia: eleições competitivas, direitos constitucionais

56 BERMEO, 2016.

57 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

58 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

59 BERMEO, 2016.

60 GUASTI, 2018.

de liberdade de expressão e associação, e o estado de direito”⁶¹. A deterioração da qualidade da democracia ocorre, dessa forma, gradualmente atentando substantivamente contra os pilares da democracia liberal. Tom Gerald Dely⁶² se vale da expressão “decadência democrática” para conceituar esse fenômeno de “degradação incremental das estruturas e substância das democracias constitucionais”.

A erosão é um fenômeno mais complexo e nuançado que um colapso autoritário e, atualmente, segundo Ginsburg e Huq⁶³, é a forma mais comum de ruptura ou debilitação das democracias pelo mundo. Nem sempre uma situação de erosão termina com um regime autoritário puro, mas pode resultar em um regime competitivo com elementos autoritários. Como a erosão ocorre pouco a pouco, deve-se fazer uma análise qualitativa das mudanças em uma perspectiva mais ampla sobre o sistema.

Jack M. Balkin⁶⁴ utiliza a expressão “decomposição constitucional” (*constitutional rot*) para designar o processo de decadência dos principais atributos de um sistema de governo republicano e democrático. Isso ocorre quando políticos desconsideram normas de competição leal e justa, enfraquecem a confiança pública, e repetidamente se excedem – ao usar do jogo duro constitucional (*constitutional hardball*) – para direcionar o sistema em seu favor e de seus aliados em detrimento dos opositores. Quando isso acontece, o sistema se torna simultaneamente menos democrático e menos republicano. Essa ideia de degradação constitucional seria muito antiga na teoria republicana, na qual as repúblicas são forjadas por meio de instituições delicadas que estão sempre suscetíveis à decadência e corrupção no decorrer do tempo. Para Balkin⁶⁵, nas modernas democracias republicanas, a corrupção institucional se traduz em decomposição constitucional.

A decomposição constitucional, além de aumentar a polarização política e a demonização de oponentes – o que pode gerar impasses e ineficiência no governo, além de um círculo vicioso de retribuição entre adversários –, pode levar a uma gradual descendente rumo à oligarquia ou ao autoritarismo. Tais estados podem preservar formas vazias de representa-

61 GINSBURG; HUQ, 2018.

62 DELY, 2017.

63 GINSBURG; HUQ, 2018.

64 BALKIN, 2018.

65 BALKIN, 2018.

ção democrática, constituições escritas, eleições regulares e podem aderir a maioria das formalidades do estado de direito. Contudo, para Balkin⁶⁶, o poder se torna cada vez mais concentrado e sem controle; mecanismos de controle institucional e social – como judiciário, imprensa, sociedade civil e oponentes – não mais funcionam de acordo, na medida em que líderes políticos sistematicamente tentam enfraquecê-los ou cooptá-los.

Convém ressaltar que, conforme Steven Levitsky e Daniel Ziblatt⁶⁷ explicam, as garantias constitucionais não são suficientes para assegurar um regime democrático. Mesmo constituições bem elaboradas, prevendo mecanismos institucionais de fiscalização mútua entre poderes para controlar o abuso de poder, podem falhar. A Constituição de Weimar de 1919, elaborada por grandes mentes do pensamento jurídico, é o maior exemplo de lei superior que sucumbiu à usurpação de poder de Hitler. Além dela, as constituições de países latino-americanos nas experiências pós-coloniais que replicaram, em boa parte, as instituições da Constituição americana, fracassaram diante de caudilhos autoritários. Isso ocorre porque constituições são documentos incompletos, que contêm inúmeras lacunas e ambiguidades, e, mesmo as mais detalhadas, não conseguem antecipar todas as possíveis contingências e prescrever como se portar em todas as possíveis circunstâncias. Como todo documento jurídico, constituições estão sujeitas a diferentes interpretações. Um líder antidemocrático, mesmo que eleito, poderia manipular as garantias legais para suas finalidades autoritárias⁶⁸.

Democracias estáveis e bem-sucedidas, segundo Levitsky e Ziblatt⁶⁹, além de regras escritas – Constituições e leis – e árbitros independentes – como cortes judiciais – são reforçadas pela confiança em regras do jogo não escritas. Essas regras não seriam apenas disposições pessoais, como bom caráter, mas códigos de conduta compartilhados por seus membros. De acordo com esses cientistas políticos, duas normas seriam fundamentais: tolerância mútua e autocontenção institucional (*institutional forbearance*). Tolerância mútua se refere a ideia de que os oponentes são adversários, não inimigos, e ainda que discordem razoavelmente na ideologia e no projeto para o país, se jogarem pelas regras constitucionais, têm o

66 BALKIN, 2018.

67 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

68 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

69 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

igual direito de existir, competir pelo poder e governar. Quando a mútua tolerância é fraca, a democracia é difícil de sustentar, pois se o rival é visto como uma ameaça ou um perigo existencial, qualquer meio poderá ser empregado para derrotá-lo, o que poderia justificar até o emprego de medidas autoritárias. Já a autocontenção institucional consiste na necessidade de evitar ações que ainda que respeitem a literalidade da lei, obviamente violem seu espírito e colocam em perigo o sistema. O oposto dessa ideia de autocontenção é a exploração das prerrogativas institucionais de modo irrestrito: uma forma de combate institucional com o objetivo de derrotar os adversários partidários⁷⁰.

Nessa perspectiva sobre a importância do comportamento de atores políticos para a preservação de um regime democrático, Scott Mainwaring e Aníbal Pérez-Liñan⁷¹, analisando o histórico de 20 países latino-americanos, defendem que, para além de fatores estruturais (como os econômicos e de geopolítica internacional) e institucionais, as preferências normativas dos principais líderes e organizações políticas são muito relevantes para o sucesso, a manutenção ou colapso de um determinado regime democrático. Se os principais atores políticos de um determinado regime – como presidentes, partidos políticos e militares – se comprometem normativamente com a democracia, não abusam do poder, aceitam derrotas pacientemente, dificilmente o regime colapsa. Preferência normativa pela democracia significa que o ator está disposto a aceitar alguns sacrifícios sobre os resultados políticos almejados, que contrariam seus interesses, com o propósito de preservar a democracia. Por outro lado, se esses atores radicalizam para conquistar seus objetivos políticos em curto prazo, aumentando a polarização, as chances de ruptura podem aumentar.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt⁷² destacam que muitos esforços para subverter a democracia são realizados legalmente, no sentido de que são aprovados por legisladores ou confirmados pelas cortes, e podem ser retratados como tentativas de aperfeiçoar a democracia: como tornar o Judiciário mais eficiente, combater a corrupção, limpar o processo eleitoral. Mas como não existe um único momento no qual o regime obviamente cruza a linha rumo a ditadura – como um golpe de Estado, a declaração de Estado

70 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

71 MAINWARING; PÉREZ-LIÑAN, 2013.

72 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

de Sítio ou a suspensão da Constituição –, não há nada que possa disparar os alarmes para a sociedade sobre o autoritarismo. Como a erosão democrática é executada de modo fragmentado no decorrer do tempo, com aparência de legalidade, pode passar imperceptível, e aqueles que denunciam os abusos de governos podem ser vistos como hiperbólicos ou alarmistas.

No entanto, de acordo com esses autores, a democracia se erode quando as instituições se tornam armas políticas, exercidas com vigor por aqueles que as controlam, os pretendentes a autocratas eleitos, contra aqueles que não as controlam: árbitros do jogo democráticos são capturados, cortes e outras agências neutras dos Estados são “empacotadas” ou “instrumentalizadas” contra opositores; mídia, associações e empresas do setor privado são subornadas ou assediadas na tentativa de silenciamento; regras políticas são reescritas de modo a favorecer o campo político de batalha para os detentores de poder e desvantajoso contra os oponentes. O paradoxo trágico é que, na erosão democrática, os assassinos da democracia usam das instituições constitucionais e democráticas para – gradualmente, sutilmente e mesmo legalmente – matar a democracia⁷³.

Nesse sentido, Ozan Varol⁷⁴ se refere como “autoritarismo discreto” (*stealth authoritarianism*) o uso de mecanismos legais, com credenciais democráticas favoráveis, para finalidades antidemocráticas, notadamente, a erosão da competição partidária e da alternância de poder, criando, por consequência, um monopólio político. Regimes autoritários clássicos se valiam de mecanismos transparentes para controlar e abusar do poder: desafiavam ou desconsideravam abertamente as Constituições e as leis, reprimiam e silenciavam dissidentes com intimidação e violência – como prisões, torturas, ou mesmo homicídios – fechavam jornais e estações televisivas, baniam publicações, estabeleciam controle direto sobre a mídia e entidades da sociedade civil, eliminavam controles institucionais proveniente de outros poderes.

Com as pressões internacionais e domésticas contra o autoritarismo cada vez maiores, os custos de práticas autoritárias abertas aumentam e as estratégias de autoritarismo se tornam mais sorrateiras. Em vez de prender os oponentes políticos sem o devido processo legal, líderes com propósitos autoritários os processam por violações de leis criminais. Em vez de cen-

73 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

74 VAROL, 2015.

surar ou interromper o funcionamento de um meio de comunicação, processam por violação de leis que regulam a imprensa ou por crimes contra a honra (difamação, injúria e calúnia). Leis para combater o crime organizado e terrorismo são adotadas, inclusive com suporte internacional, mas são empregadas contra oponentes políticos. Leis eleitorais são empregadas, sob a máscara de neutralidade, para criar vantagens sistemática para os detentores de poder e aumentar os custos da oposição. Cortes constitucionais não são utilizadas para fiscalizar o poder e avaliar a constitucionalidade de leis e atos normativos, mas para consolidar o poder. Tais práticas, de acordo com Varol⁷⁵, permitem aos incumbentes se perpetuarem no poder, e minam os componentes centrais da democracia e do estado de direito: freios e contrapesos horizontais e verticais e, sobretudo, eleições multipartidárias competitivas, que poderiam resultar na alternância no poder do governo.

De acordo com Steven Levitsky e Daniel Ziblatt⁷⁶, uma das grandes ironias é que a subversão da democracia geralmente transcorre com o pretexto de sua defesa. Medidas antidemocráticas são justificadas por líderes políticos com pretensões autoritárias para enfrentar crises, sejam econômicas, provenientes por desastres naturais, migratórias, mas notadamente de índole de segurança nacional, tais como guerras, insurgências armadas ou ataques terroristas. Apesar de serem difícil de prever, segundo esses autores, as consequências políticas das crises não o são. Elas facilitam a concentração e mesmo o abuso de poder. Guerras e ataques terroristas geralmente têm por efeito o aumento do apoio público ao governo. Cidadãos estão mais aptos a tolerar e apoiar medidas autoritárias durante crises de segurança, especialmente pelo temor pela própria segurança.

Levitsky e Ziblatt⁷⁷ lembram que boa parte das constituições permitem a expansão dos poderes executivos no decorrer de crises, por meio de poderes emergenciais (no Brasil, medidas provisórias, e declarações de Estado de Defesa e de Sítio são exemplares nesse sentido), o que enseja, desse modo, a concentração de poder e restrição de liberdades civis. Nas mãos de um líder eleito com pretensões hegemônicas e autoritárias, essa concentração se torna ainda mais perigosa, e crises – reais ou fabricadas – podem representar uma janela de oportunidade para explorar tais poderes para

75 VAROL, 2015.

76 LEVITSKY, ZIBLATT, 2018.

77 LEVITSKY, ZIBLATT, 2018.

silenciar críticos, enfraquecer rivais e, conseqüentemente, as instituições democráticas, mesmo com fachada legal.

A combinação de uma crise com um líder demagogo de índole autoritária pode ser fatal para um regime democrático e para os direitos fundamentais. Hitler usou o incêndio no parlamento federal alemão (*Reichstag*) como pretexto para justificar decretos emergenciais, concentrar poder consolidando o poder dos nazistas, perseguir opositores e dismantelar liberdades fundamentais. Getúlio Vargas usou o Plano Cohen, simulação de uma revolução comunista inventada, para implementar a ditadura do Estado Novo em 1937. Mais recentemente, em julho de 2016, o governo de Erdogan na Turquia usou como justificativa a tentativa de golpe de Estado contra si para lançar uma campanha repressiva contra críticos e opositores, demitindo 100 mil agentes públicos, fechando diversos jornais, prendendo mais de 50 mil pessoas, incluindo jornalistas, juizes e promotores⁷⁸. A crise dos refugiados na Europa, notadamente na Europa Central, é usada como justificativa para políticos populistas nacionalistas promoverem discursos excludentes contra segmentos da população e de concentração de poder, cujo Fidesz de Viktor Órban na Hungria é o exemplo mais evidente⁷⁹.

O paradoxo dos casos de erosão democrática, conforme explicam Tom Ginsburg e Aziz Huq⁸⁰ é que ocorrem internamente em democracias constitucionais liberais: a democracia age contra si mesma. Ao contrário de golpes e estados de emergência, o declínio democrático geralmente decorre liderado por uma figura política, ou por partido ou coalizão, que conquistaram a maioria para um cargo político (presidência ou primeiro-ministro). Muitas vezes, não ganham apenas uma eleição, mas mantêm apoio da maioria da população por vários ciclos eleitorais, como os partidos Fidesz na Hungria e AKP na Turquia demonstram. Sob certas circunstâncias, a operação democrática ordinária pode produzir ideologias e dinâmicas que corroem as fundações da democracia. Em vez de ser uma máquina que persiste por si própria, a democracia é um equilíbrio instável, sob o constante risco de gerar de dentro de suas forças sua própria morte, ou em boa parte dos casos, desordem.

78 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

79 BUSTIKOVA, GUASTI, 2017.

80 GINSBURG; HUQ, 2018.

Segundo Tom Ginsburg e Aziz Huq⁸¹, existem dois tipos de disfuncionalidades que podem resultar, por vias distintas, em erosão: populismo carismático e degradação partidária. O primeiro enfatiza o comportamento individual de um líder; o segundo, depende de posição partidária ou ideológica que emerge no nível da competição política. Nenhum deles busca explicitamente o fim da democracia ou encerrar as eleições regulares, mas tampouco são leais às regras inerentes do jogo democrático, de modo que as desmantelam para ganhos políticos.

O populismo carismático, conforme caracterizado por Jan-Werner Muller⁸², apresenta duas características chaves: primeiro, o “anti-pluralismo moralizado” baseado na crença que somente eles sozinhos representam as pessoas, enquanto as outras opções políticas ou grupos sociais seriam ilegítimas; segundo, uma noção “não institucionalizada de povo”, uma conexão direta com o que entendem ser a vontade popular, que não seria manifestada por meio das estruturas formais da escolha democrática, isto é, a democracia representativa. Na prática, populistas tendem a organizar campanhas alvejando elites políticas e culturais, quando não grupos sociais, como imigrantes, os rotulando como inimigos, perigosos, criminosos ou traidores, que impedem a vontade popular de alcançar seu potencial pleno. Consideram-se como verdadeiros representantes da vontade do povo ou da nação e seus adversários como inimigos dessa vontade⁸³.

Existem candidatos populistas de vários tipos, de acordo com Tom Ginsburg e Aziz Huq⁸⁴, que muitas vezes cobram responsabilidade política (*accountability*) das elites institucionais que podem estar se afastando ou negligenciando do interesse público. Não haveria tanto problema em o candidato adotar a retórica anti-sistema, mas aceitar a arquitetura geral da democracia, com imprensa livre, cortes e eleições livres e justas. A espécie de populismo que configura uma ameaça à democracia liberal, segundo esses autores, é o carismático, no qual o líder acredita ter licença para falar diretamente com as pessoas, para demonizar todas as forças políticas adversárias como inimigas, e para isolar a si mesmos da *accountability* legal e eleitoral. Como esse líder populista canaliza sozinho a manifestação da

81 GINSBURG; HUQ, 2018.

82 MÜLLER, 2016.

83 GINSBURG; HUQ, 2018.

84 GINSBURG; HUQ, 2018.

vontade popular, não existiria nenhuma necessidade de instituições intermediárias da democracia representativa, como legislativos e também cortes. Populistas desconsideram a importância de procedimentos democráticos, os quais filtram a complexidade da realidade social, representam o pluralismo, refinam a qualidade da deliberação e protegem interesses de minorias, por muitas vezes gerarem impasse e necessidade de compromisso. Por essa razão, atuam para minar tais arranjos institucionais. O antipluralismo do líder partidário pode ser relacionado não apenas com ideologia, mas com algum nacionalismo étnico ou religioso, e invocar vínculos emocionais de pertencimento, lealdade, ou mesmo sanguíneos. Pode usar da representação das vozes desse grupo majoritário para excluir outras vozes ou eliminar o caráter plural da esfera pública e da contestação democrática⁸⁵.

Para Ginsburg e Huq, a degradação partidária, por sua vez, pode ser caracterizada como a deterioração de um sistema partidário competitivo em uma espécie de competição política que enfraquece as fundações institucionais da democracia⁸⁶. Em tempos normais, uma democracia liberal constitucional envolve um tipo de equilíbrio entre partidos, no qual a competição ocorre dentro de um conjunto fixo de regras. Quando estão no poder, os partidos aceitam as regras do jogo, porque eles razoavelmente antecipam a possibilidade de rotação do poder e a possibilidade de serem oposição. Todavia, a deterioração partidária ocorre quando um partido age para maximizar seu auto-interesse, buscando vantagens políticas para mudar as regras fundamentais do jogo democrático. Para atingir vantagens partidárias, um partido pode restringir a vida associativa ou exercer controle da mídia, por meio do licenciamento de jornais ou portais virtuais, o que vai levar a degradação da esfera pública. Alternativamente, o partido hegemônico pode politizar a seleção do Judiciário, da burocracia independente e o Ministério Público, que deveriam ser isolados da disputa partidária. Um partido pode manipular suas indicações para exercer controle sobre os poderes. O partido dominante busca produzir, no curto prazo, mudanças institucionais que os beneficiará no médio e no longo prazo, criando incentivos para uma hegemonia partidária e tornando difícil ou impossível uma competição partidária justa⁸⁷.

85 GINSBURG; HUQ, 2018.

86 GINSBURG; HUQ, 2018.

87 GINSBURG; HUQ, 2018.

De acordo com Adam Przeworski⁸⁸, uma democracia funciona bem quando as instituições políticas são capazes de estruturar, absorver e regular os conflitos no momento em que surgem nas sociedades, conforme as regras do jogo e o enquadramento institucional existente. Eleições, para esse cientista político, seriam o mecanismo central por meio de qual conflitos são processados em democracias. No entanto, a democracia falha quando partidos profundamente ideológicos assumem o poder buscando remover obstáculos institucionais com o propósito de solidificar sua vantagem política e se perpetuar no poder, alargando sua capacidade discricionária de implementar política, enfraquecendo a oposição e tornando o regime menos competitivo.

Para Przeworski⁸⁹, analisando sobretudo países desenvolvidos, os sinais para identificar uma crise da democracia incluem a rápida erosão do sistema partidário tradicional, o declínio no apoio à democracia em pesquisas de opinião, e o aumento de atitudes e partidos nacionalistas, racistas e xenófobos. As causas potenciais que explicariam essa crise teriam raízes não apenas políticas, mas também a combinação de questões econômicas e culturais. As econômicas seriam estagnação da renda, aumento da desigualdade social, diminuição da mobilidade social, redução do emprego em virtude da globalização, mudança tecnológica e colapso do compromisso de classe. A migração, o aumento da polarização política, do racismo e da hostilidade contra o diferente seriam explicações de índole mais política e cultural.

Em face do exposto, pode-se compreender que a erosão democrática é tipicamente um processo agregativo composto de muitos passos incrementais menores. Mas essas medidas são raramente ataques frontais aos três predicados institucionais de uma democracia constitucional liberal, de acordo com Tom Ginsburg e Aziz Huq⁹⁰, do tipo que poderia ser associado abertamente a um golpe de Estado, ou a um regime fascista ou totalitário. Ao contrário, muitas dessas medidas incrementais são adotadas por líderes eleitos e dissimuladas sob a máscara do direito, respeitando as formalidades e procedimentos constitucionais. Contudo, essa fachada de legalidade é ilusória. Mesmo que a maior parte dos passos sejam dados dentro dos limites constitucionais, eles podem ser empregados de modo abusivo e le-

88 PRZEWORSKI, 2019.

89 PRZEWORSKI, 2019.

90 GINSBURG; HUQ, 2018.

var a mudanças qualitativas no sistema político e jurídico, que subvertem os princípios democráticos e enfraquecem as instituições constitucionais, ao favorecer um grupo ou um líder político – contribuindo para sua perpetuação no poder – em detrimento dos demais partidos. As ferramentas da erosão geralmente são sutis, para esses autores, operam dentro do limite da legalidade, e à primeira vista podem ser consideradas normais e defensáveis como qualquer outra medida política. No entanto, essas táticas devem ser examinadas de modo analítico para identificar se atacam ou não os direitos fundamentais, eleições livres e justas e o estado de direito⁹¹.

4. Estratégias institucionais para subverter regimes democráticos

Tom Ginsburg e Aziz Z. Huq⁹² mapeiam cinco mecanismos pelos quais uma erosão democrática se revela: (i) o uso de emendas constitucionais para alterar os arranjos básicos do governo, (ii) a eliminação de mecanismos de controle que operam entre diferentes poderes, (iii) a centralização e politização do poder executivo exercida por meio da burocracia, (iv) a contração ou distorção de uma esfera pública compartilhada na qual direitos liberais de expressão e associação podem ser exercidos, e (v) a eliminação e a supressão de uma efetiva competição partidária e a perspectiva relacionada a alternância do cargo eletivo. Já Nancy Bermeo⁹³ identifica duas táticas principais para o retrocesso democrático: (i) o agigantamento do Executivo de modo a concentrar poder político e enfraquecer mecanismos de freios e contrapesos; (ii) a manipulação estratégica das eleições, que são ações tomadas em favor dos incumbentes, para favorecê-los e intimidar e prejudicar opositores.

Eric Posner⁹⁴ reforça que um demagogo eleito com aspirações ditatoriais de enfraquecer a democracia internamente rumo a um regime autoritário deve atacar: a imprensa, o Congresso, a burocracia, as cortes, os estados e os governos locais, o sistema partidário, a sociedade civil; além de agitar a turba de apoiadores e contar com apoio de militares. Ozan Va-

91 GINSBURG; HUQ, 2018.

92 GINSBURG; HUQ, 2018.

93 BERMEO, 2016.

94 POSNER, 2018.

rol⁹⁵ aponta os seguintes mecanismos para um autoritarismo disfarçado: uso das cortes constitucionais para consolidar o poder; emprego de leis de difamação contra críticos para criar cultura de auto-censura; adoção de leis eleitorais para aumentar os custos para os opositores na competição, como redesenho de distritos eleitorais; aplicação do direito penal para processar dissidentes e opositores; utilização de leis de vigilância, antiterrorismo e de combate ao crime organizado, contra opositores

Adam Przeworski⁹⁶ assevera que o princípio da separação dos poderes pode ser vulnerável a interesses partidários, que podem subverter discretamente a democracia, com medidas com fachada de legalidade: cortes, constitucionais e ordinárias, podem ser intimidadas, loteadas, ou contornadas; reformas constitucionais ou referendos podem superar obstáculos constitucionais existentes; burocracias públicas, inclusive órgãos de segurança, podem ser instrumentalizados; grupos de mídia podem ser controlados por órgãos regulatórios partidários ou juridicamente ou financeiramente intimidada.

Por sua vez, Lenka Bustikova e Petra Guasti⁹⁷, analisando a queda na qualidade nos indicadores de democracia liberal nos países da Europa Central – Hungria, Polônia, Eslováquia e República Tcheca –, apontam que os desvios iliberais de um determinado mandatário podem se transformar em uma completa guinada iliberal, se, em dois ciclos eleitorais, ocorrerem: (i) polarização política que impeça um consenso viável sobre o caráter da política democrática; (ii) a captura das cortes para buscar dismantelar o estado de direito e desequilibrar o poder; (iii) o controle político da mídia, que envolve o controle da mídia estatal e a eliminação ou sujeição da mídia privada; (iv) perseguição jurídica da sociedade civil de modo a desencorajar mobilizações e protestos; (v) mudança de regras eleitorais e da Constituição para enfraquecer permanentemente a oposição política.

É possível notar que pesquisadores da ciência política e do direito que compararam regimes constitucionais democráticos fazem um esforço teórico para mapear as várias táticas utilizadas por líderes eleitos para deteriorar a qualidade de regimes democráticos. Com base nessa literatura, é possível sistematizar as seguintes estratégias institucionais que levam à

95 VAROL, 2015.

96 PRZEWORSKI, 2019.

97 BUSTIKOVA; GUASTI, 2017.

erosão democrática, que serão analisadas em seguida com mais profundidade: I) constitucionalismo abusivo, II) agigantamento do Poder Executivo e enfraquecimentos das instituições de controle, tais como Poder Legislativo e Poder Judiciário; III) politização da burocracia do Poder Executivo; IV) ataque às entidades de controle social, tais como mídia, organizações da sociedade civil e universidades; V) redução da competição eleitoral, por meio da alteração ou manipulação das regras, para favorecimento do próprio campo político e prejudicar adversários. Convém registrar que várias dessas táticas estão inter-relacionadas.

I) Constitucionalismo abusivo. Conforme define David Landau⁹⁸, constitucionalismo abusivo consiste no uso de mecanismos formais de mudança constitucional – emendas constitucionais ou a substituição por uma nova Constituição – para enfraquecer a ordem democrática e modificar arranjos essenciais do equilíbrio entre poderes. Presidentes poderosos ou seus partidos podem se valer de mecanismos de reforma constitucional, notadamente emendas constitucionais formais, para tornar mais fácil a perpetuação do incumbente no poder e a competição mais desvantajosa para opositores, ou para marginalizá-los e inviabilizar pluralismo deliberativo, além de enfraquecer institucionais de controle, dificultando a fiscalização do exercício do seu poder.

Um exemplo eloquente para substituição por uma nova Constituição visando concentrar poderes, segundo Landau⁹⁹, ocorreu quando Hugo Chávez, após eleito em 1998, enfrentando uma oposição dura no Poder Legislativo, convocou uma Assembleia Constituinte sob medida para seus interesses, que centralizou poderes, estendeu seu mandato e substituiu os membros do Poder Legislativo nacional, do Judiciário e das esferas estaduais e locais. Outro exemplo que ilustra o uso de emendas constitucionais com fins abusivos e, posteriormente, culmina com a substituição da Constituição, transcorreu na Hungria, após a eleição do partido Fidesz, comandado por Viktor Orbán em 2010, que expandiu o tamanho da corte constitucional e reduziu a idade de aposentadorias dos juízes, para poder indicar mais juízes e controlar a corte; além de ter ajustado as regras de redesenho de distritos para favorecer o partido na competição eleitoral.

98 LANDAU, 2013.

99 LANDAU, 2013.

II) Agigantamento do Poder Executivo e enfraquecimentos das instituições de controle. O aumento da concentração de poder político no presidente ou no primeiro-ministro, enquanto se reduz o sistema de freios e contrapesos, controles institucionais recíprocos entre poderes, é o resultado do constitucionalismo abusivo e das mudanças institucionais almeçadas por líderes e partidos com pretensões hegemônicas, conforme notado por Nancy Bermeo¹⁰⁰, que reduz as forças dos opositores no desafio às preferências do governante do Executivo.

Conforme lembram Tom Ginsburg e Aziz Huq¹⁰¹, a prática da democracia liberal constitucional historicamente confia na diferenciação institucional dentro do governo, isto é, na fragmentação de poder para controlar o seu abuso com mecanismos institucionais de controle recíprocos, como a tripartição das funções do Estado. Essa tradição remonta aos federalistas, fundadores da democracia americana, como James Madison, que sob a inspiração de Montesquieu, desenvolveram um sofisticado desenho constitucional de freios e contrapesos, articulado em distintos e diferentes ramos do governo, para desconcentrar o poder e minimizar o risco de tirania contra as liberdades individuais e políticas. Esses ramos operam em tensão entre si, permitindo uma pluralidade de vozes, interesses e preocupações para serem expressas, desse modo providenciando um constante controle na tentação daqueles no poder que creem em si mesmo como infalíveis. A concentração da autoridade facilita o seu mau uso e enfraquece o processo democrático. Por essa razão, existe a tradição da divisão do poder em três distintos ramos: Executivo, Legislativo e Judiciário. Contudo, em uma democracia em crise, apesar do reconhecimento formal da função normativa de cada poder, na prática, eles podem não desempenhar esses papéis.

A maior barreira institucional ao autoritarismo, conforme enfatiza Eric Posner¹⁰², reside em um Legislativo que exerce oposição aos abusos de poder. Um legislativo robusto – como um fórum representativo de múltiplas vozes, perspectivas e valores – configura-se na arena onde desacordos podem ser canalizados e resolvidos, por meio de compromissos, e onde a oposição tem a responsabilidade institucional de escrutinar o governo para torná-lo responsável (*accountable*) por suas decisões. Entretanto, se o au-

100 BERMEO, 2016.

101 GINSBURG; HUQ, 2018.

102 POSNER, 2018.

tocrata em potencial consegue subjugar o parlamento ao intimidar ou corromper legisladores, ou mesmo conta com sua aquiescência e cooperação, por ser ocupado por uma maioria ou uma coalizão de apoiadores do Presidente eleito, por ser muito popular ou utilizar mecanismos de barganha (indicação de cargos e direcionamento de verbas orçamentárias), ele poderá conseguir ter suas medidas abusivas chanceladas, como um eventual Estado de Sítio ou uma Emenda Constitucional para concentrar poderes. Na Venezuela, quando a oposição venceu uma eleição legislativa em 2015, Maduro substituiu o Congresso por uma nova Assembleia Constituinte¹⁰³.

Poder Judiciário e cortes independentes são a segunda barreira mais forte contra eventuais abusos. Uma corte constitucional independente pode exercer um papel ativo em proteger direitos fundamentais de opositores e minorias contra um governo hegemônico com pretensões autoritárias, ao invalidar leis e atos normativos oriundos do Executivo. Todavia, um pretendente a tirano pode agir para capturar institucionalmente o Judiciário, como ao controlar uma maioria nos tribunais constitucionais, por meio de nomeações quando mais antigos vão se aposentando, ou mesmo com um Emenda Constitucional para “empacotar a corte”, isto é, aumentando o número de ministros ou reduzindo a idade de aposentadoria, como se observou no caso húngaro, supra-relatado, e também na Venezuela, em 2004, quando Chávez e seus apoiadores aumentaram o número de ministros do Tribunal Supremo de Justiça venezuelano para controlar sua maioria.

No Brasil, a ditadura militar, por meio do Ato Institucional nº 2 de 1966, também aumentou o número de ministros do Supremo Tribunal Federal visando ter controle sobre a instituição. Nancy Bermeo¹⁰⁴ exemplifica o engrandecimento do Executivo atacando o sistema judicial com o caso do ex primeiro-ministro e atual presidente Recep Tayyip Erdoğan e seu partido Justiça e Desenvolvimento (AKP) na Turquia. Em 2010, Erdoğan recebeu o poder de nomear catorze de dezessete juízes da corte constitucional, após reforma constitucional autorizada por referendo popular. Em 2014, o governo aprovou legislação concedendo ao ministro da justiça o poder de nomear membros para o Conselho Superior de Justiça e controlar a fiscalização de juízes.

103 PRZEWORSKI, 2019.

104 BERMEO, 2016.

III) Politização da burocracia do Poder Executivo. Conforme explica Eric Posner¹⁰⁵, um presidente para ser efetivo nas suas ações governamentais precisa do desempenho adequado de serviços públicos e agências independentes. Candidatos a tiranos podem atacar a burocracia, caso os funcionários públicos não estejam dispostos a cooperar com eventuais ilegalidades ou imoralidades do mandatário. No entanto, se houver intimidação e ameaças de demissões, eles podem acabar sendo constrangidos a isso, ou o líder político pode demitir funcionários irresignados e colocar leais nos lugares.

Tom Ginsburg e Aziz Huq¹⁰⁶ defendem que seria antidemocrática essa politização da burocracia, por dismantelar as salvaguardas internas do Poder Executivo. Regimes constitucionais democráticos modernos apresentam como característica central uma burocracia independente para efetiva governança, insulada do controle político, caracterizada por um arranjo diverso de instituições, como agências e departamentos, e servidores públicos impessoais que operam de acordo o princípio da legalidade e expectativas estáveis criadas. Essa burocracia independente, comprometida com os valores do Estado de Direito e as normas institucionais, pode representar um obstáculo contra a erosão democrática, e o seu dismantelamento pode significar um potencial movimento contra a democracia. A alocação das posições burocráticas com base em favores e conexões políticas, além de representar uma politização excessiva, depõe contra a efetiva governança e reforçam clientelismo.

Apesar de contraintuitiva a ideia de uma burocracia profissional não eleita ser aliada da democracia, de acordo com esses autores, pode facilitar e preservar a democracia de algumas maneiras distintas. Em primeiro lugar, por exercer uma barreira fundamental ao mau uso do poder estatal para ganhos privados de agentes públicos ou para ganhos eleitorais de uma facção governante. Em segundo lugar, pois burocracias tendem a ser conservadoras e instituições incrementalistas, uma vez que visam preservar decisões democráticas tomadas de modo mais duradouro e, assim, reduzir movimentos políticos que visam desafiar normas democráticas. Em terceiro lugar, por produzirem informações neutras que são necessárias para operação de democracias modernas, como na mensuração de dados

105 POSNER, 2018.

106 GINSBURG; HUQ, 2018.

econômicos e sociais, que são importantes para a percepção pública e para tomada de decisões políticas. Esforços para enfraquecer a democracia envolvem, geralmente, tentativas de manipular a verdade, sabotando dados, e, assim, modular a percepção das prioridades políticas para ganhos partidários estreitos. Em quarto lugar, porque na ausência de uma efetiva burocracia, pode haver um uso antidemocrático e clientelístico da estrutura estatal para comprar suporte eleitoral de políticos e cidadãos que enfraquecem mecanismos eleitorais¹⁰⁷.

Em democracias em erosão, a burocracia deixa de ser um braço do Estado e passa a ser um braço do partido. Na Hungria, o Fidesz, partido de Viktor Órban, modificou uma lei que exigia justificção para demitir empregados públicos e reorganizou diversas agências estatais. Na Turquia, Erdogan demitiu milhares de servidores que não eram filiados a seu partido¹⁰⁸.

IV) Ataque às entidades de controle social, tais como mídia e organizações da sociedade civil. Os meios de comunicação, as universidades, as organizações não governamentais sem fins lucrativos, movimentos sociais, associações, sindicatos e outros grupos independentes da sociedade civil realizam, no exercício da sua liberdade de expressão e de organização, um papel crucial na fiscalização do governo e na promoção da transparência, ao providenciar informações sobre o andamento do governo, analisar e criticar políticas do governo. Além disso, podem também desempenhar um papel de oposição social. Conforme lembram Tom Ginsburg e Aziz Huq¹⁰⁹, a operação prática de uma democracia liberal exige uma esfera pública pujante, conforme Habermas idealiza, que consiste na arena de interações discursivas na qual cidadãos deliberam sobre assuntos comuns; e, ainda, uma base compartilhada de conhecimentos e crenças. Uma erosão democrática pode deteriorar o elemento deliberativo e o epistêmico da esfera pública.

O ataque à mídia e às entidades da sociedade civil podem ocorrer por meio de leis restringindo e constringendo a liberdade de imprensa, ou mesmo por meio de intimidações, ao mobilizar a turba de apoiadores contra os eventuais opositores na imprensa e na sociedade civil. Do mesmo modo, por meio de processos contra opositores e sua criminalização e as-

107 GINSBURQ; HUQ, 2018.

108 GINSBURQ; HUQ, 2018.

109 GINSBURQ; HUQ, 2018.

fixiamento financeiro. De acordo com Ozan Varol¹¹⁰, leis anti-difamatórias, proibindo discursos que ataquem à reputação de outros, se tornaram em uma poderosa ferramenta jurídica para enfraquecer a capacidade do público em monitorar líderes políticos. Quando empregadas contra críticos, podem desencorajar a contestação ao governo, em virtude dos ônus relacionados a um processo e, por consequência, criar um “efeito resfriador” (*chilling effect*) na expressão, levando a um ambiente de auto-censura dos comentários críticos.

Segundo, Tom Ginsburg e Aziz Huq¹¹¹, a regulação excessiva da mídia estatal e privada pode favorecer um lado partidário. Em 2000, o governo Chávez na Venezuela promulgou uma lei de mídia que deu ao governo amplos poderes para suspender ou revogar licenças televisivas, o que estreitou o papel da mídia independente e expandiu o papel da mídia governamental. Na Turquia, o governo de Erdogan não só fechou grandes jornais, como também apagou seus registros históricos na internet e alocou recursos públicos para favorecer a cobertura do partido governante. Na Hungria e na Polônia regulamentações também favorecem veículos de comunicação aliados.

Só que além de mecanismos estatais para restringir ou dominar a esfera pública, uma alternativa poderosa que tem surgido, de acordo com Ginsburg e Huq¹¹², é a sua poluição com informações distorcidas na internet, aproveitando a capacidade limitada da maior parte dos cidadãos em absorver informações. Em vez de banir ou censurar discursos, a estratégia dos partidos tem sido usar a informação como ferramenta para confundir, desmoralizar, subverter e chantagear. Além disso, quando uma parte da sociedade civil não apoia um vetor autoritário, uma coalizão com pretensões antidemocráticas, pode alvejar elementos da sociedade civil organizada, a exemplo de jornalistas, advogados e entidades não lucrativas, como ONGS e fundações.

V) Redução da competição eleitoral, por meio da alteração ou manipulação das regras eleitorais: os regimes democráticos exigem eleições justas e livres que possibilitem a alternância de poder. No entanto, o líder com ambições de hegemonia e seu partido podem fazer com que essa possibi-

110 VAROL, 2015.

111 GINSBURG; HUQ, 2018.

112 GINSBURG; HUQ, 2018.

lidade se reduza ou desapareça, ao manipular estrategicamente as regras eleitorais para favorecê-los. Como as leis eleitorais são as regras básicas que estruturam o jogo democrático, de acordo com Ozan Variol¹¹³, elas estão sujeitas à manipulação por líderes políticos auto-interessados com o propósito de insulá-los de desafios democráticos significativos. Conforme pontuam Nancy Bermeo¹¹⁴, isso envolveria uma série de ações destinadas a inclinar o campo de jogo eleitoral em favor dos titulares. De acordo com Tom Ginsburg e Aziz Huq¹¹⁵ ainda que exista uma oposição significativa, a competição se torna desigual e frágil em uma fachada de legalidade. Diversas medidas legais ou ilegais, procedimentais, regulatórias ou criminais são tomadas para enfraquecer o processo eleitoral, tais como dificultar o acesso à mídia para opositores, usar fundos públicos para campanhas desproporcionalmente para o incumbente do governo, manter candidatos da oposição fora das urnas, intimidação dos opositores, dificultar o recenseamento eleitoral, empacotar as comissões eleitorais com partidários leais, mudar as regras de registro eleitoral para dificultar o voto de determinados segmentos do eleitorado (como exigência de novos documentos para votar), ou facilitar para segmentos que o apoiam (como permitir o voto de cidadãos que moram no exterior), mudar o sistema eleitoral, e redesenhar as fronteiras de distritos¹¹⁶.

Na Venezuela, algumas táticas podem ser observadas, de acordo com Tom Ginsburg e Aziz Huq¹¹⁷: alocação de tempo de antena desproporcional para cada partido, deixando estações de votos abertas em regiões que favorecem o candidato do poder, barrando candidatos e observadores, pressionando empregados públicos e titulares de programas do governo para votar no partido que comanda, assediando eleitores nas urnas, retirar fundos de municípios que não apoiam o governo. Mesmo quando a oposição venceu eleições importantes não houve transferência de poder, como quando Antonio Ledezma venceu a prefeitura de Caracas em 2008, e o governo Chávez criou um novo distrito da capital. Ou quando a oposição conquistou a maioria no Poder Legislativo Nacional Legislativa em 2015, e

113 VAROL, 2015.

114 BERMEO, 2016.

115 GINSBURG; HUQ, 2018.

116 BERMEO, 2016; PRZEWOSKI, 2019.

117 GINSBURG; HUQ, 2018.

o governo criou um novo “Parlamento Nacional Comunal”, e mais recentemente uma Assembleia Constituinte para demovê-lo.

Na Turquia de Erdoğan, medidas eram utilizadas para suprimir o direito de opositores de organização e expressão. O AKP, partido do governo, no recente referendo sobre a mudança do sistema de governo para presidencialismo em 2017, usou de seu controle sobre municípios e governos estaduais para impedir a mobilização da oposição, impossibilitando que eles adentrassem em cidades comandadas por aliados ou limitando as propagandas nas ruas¹¹⁸.

Mesmo nos Estados Unidos, democracia com mais de 200 anos de história, há exemplos de consolidação de poder, dominação hegemônica e enfraquecimento da competição eleitoral por meio da alteração das regras eleitorais. Conforme relatam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt¹¹⁹, durante o período da Reconstrução, décadas após a guerra civil da Secessão em virtude da abolição da escravidão, políticos de estados sulistas do Partido Democrata, diante da participação e eleição de afro-americanos pelo Partido Republicano, passaram a exigir certo nível de alfabetização e propriedade como condições para o exercício dos direitos políticos, a fim de afastá-los dos pleitos eleitorais. Além disso, atualmente, políticos do partido Republicano, em alguns estados, estão redesenhando a fronteira de distritos (*gerrymandering*) e exigindo documentos para restringir os votos de minorias, que tem inclinação de votar no Partido Democrata¹²⁰.

5. Conclusão

Desde 2007, verifica-se uma tendência global de declínio dos indicadores sobre a qualidade das práticas democráticas e constitucionais de democracias liberais novas e antigas. Em vez de colapsos autoritários, quando o fim da democracia é registrado em um único momento histórico – por um golpe de Estado militar ou palaciano, ou pelo uso de poderes emergenciais como Estado de Sítio –, atualmente, as democracias liberais tendem a decair gradualmente, por mudanças legais e constitucionais, tomadas por líderes eleitos, que concentram poderes e enfraquecem a competição

118 GINSBURG; HUQ, 2018.

119 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018.

120 GINSBURG; HUQ, 2018.

eleitoral, as liberdades fundamentais e instituições do estado de direito. Esse fenômeno de deterioração incremental da qualidade das estruturas e da substância das democracias constitucionais pode ser denominado de “erosão democrática”, embora haja outras expressões similares para descrevê-lo na literatura constitucional e política.

Não necessariamente essas democracias em decadência vão se tornar regimes autoritários plenos. Muitas vezes, ficam em uma situação intermediária, na qual existem componentes autoritários misturados a competição eleitoral, que pode ser designado como regimes híbridos ou competitivos-autoritários. Nesse contexto, observa-se que líderes e seu partidos com pretensões hegemônicas e autoritárias, preservam uma fachada de democracia eleitoral, enquanto subvertem as instituições e regras democráticas e esvaziam os fundamentos constitucionais e liberais, que permitem uma disputa em termos justos e livres. O direito é utilizado como ferramenta de combate institucional, e ações com aparência legal, observando procedimentos e formalidades constitucionais, são tomadas com fins abusivos e antidemocráticos, para deixar a arena política mais favorável ao incumbente e seu partido, e mais desfavorável a opositores e críticos.

De acordo com pesquisadores de democracias constitucionais comparadas, afigura-se possível mapear as seguintes estratégias institucionais que presidentes ou primeiros-ministros eleitos, com seus partidos e apoiadores, podem adotar que levariam a decadência incremental de uma democracia constitucional: I) constitucionalismo abusivo, com o uso de emendas constitucionais formais ou mesmo da substituição da constituição, para concentrar e consolidar o poder; II) agigantamento do Poder Executivo e enfraquecimento das instituições de controle, tais como Poder Legislativo e Poder Judiciário, por meio da sua captura institucional; III) politização da burocracia do Poder Executivo, de modo a enfraquecer os mecanismos internos de controle existentes no próprio poder; IV) ataque às entidades de controle social, tais como mídia, organizações da sociedade civil e universidades; por meio da perseguição jurídica, ou constrangimento social, de modo a desencorajar o exercício da liberdade de expressão e de organização, reduzir críticas e contestações públicas e criar um ambiente hostil de autocensura, e; V) diminuição ou eliminação da competição eleitoral, por meio da modificação ou instrumentalização das regras, para prejudicar opositores e favorecer o próprio campo político.

Com base nesses parâmetros, torna-se possível avaliar se um eventual presidente no Brasil poderá atentar contra os pilares da democracia constitucional, subvertendo o direito nacional para finalidades antidemocráticas.

Referências

- BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York, NY: Oxford University Press, 2018.
- BERMEO, Nancy. On Democratic Backsliding. *Journal of Democracy* 27, p 5-19. 2016.
- BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª. ed., 1998.
- BUSTIKOVA, Lenka; GUASTI, Petra. The Illiberal Turn or Swerve in Central Europe? *Politics and Governance*, 5(4), 166-176. 2017.
- COLLIER, David; LEVITSKY, Steven. Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research Author(s). Source: *World Politics*, Vol. 49, No. 3 Cambridge University Press, pp. 430-451, 1997.
- DAHL, Robert. *Polyarch. Participation and Opposition*. Yale University Press, 1971.
- DELY, Tom Gerald. Diagnosing Democratic Decay. *Comparative Constitutional Law Round-table*, Gilbert and Tobin Centre for Public Law, UNSW Law School, 2017. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5abb53e6372b9691939ac577/t/5ad89eaff950b7232cf9930d/1524145846867/Daly_Diagnosing+Democratic+Decay_UNSW+Aug+2017.pdf>. Acesso em: 03/01/2019.
- DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession. *Journal of Democracy*, 26(1), 2015
- DIAMOND, Larry. Thinking About Hybrid Regimes. *Journal of Democracy*, 13(2), 21-35. 2002.
- ELKINS, Zachary. Is the Sky Falling? Constitutional Crises in Historical Perspective. In: Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York, NY: Oxford University Press, 2018.

- FOA, Roberto; MOUNK, Yasha. The Signs of Deconsolidation. *Journal of Democracy*, 28(1), 5-15, 2017.
- GALLIE, W. B. Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society* 56, 184, London: Harrison and Sons, 1956.
- GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. 2018. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018.
- GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Introduction. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York, NY: Oxford University Press, 2018.
- GUASTI, Petra. Democracy Under Stress: Changing Perspectives on Democracy, Governance and Their Measurement, Prague: ISASCR. In: GUASTI, P.; MANSFELDOVA, Z. (eds). *Democracy Under Stress: Changing Perspectives on Democracy, Governance and Their Measurement*, Prague: ISASCR, pp. 9-27, 2018.
- HELD, David. *Models of Democracy*. 3. Ed. Cambridge Polity Press, 2006.
- HUNTINGTON, Samuel. Democracy's Third Wave. *Journal of Democracy*, 2(2), 12, 1991.
- LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C.D. L. Rev. 189, 2013.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. New York: Crown Publishing, 2018
- LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, 13(2), 51-65, 2002.
- LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. Cambridge University Press, 2010.
- LUTTWAK, Edward. *Coup d'État: A Practical Handbook*. Revised Edition. Mass. Harvard University Press, 2016.
- MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PEREZ-LIÑÁN, Anibal. Classifying political regimes in Latin America, 1945-1999. *Studies In: Comparative International Development*, 36(1), 37-65, 2001.
- MAINWARING, Scott; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Democracies and Dictatorship in Latin America: Emergence, Survival, and Fall*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- MÜLLER, Jan-Werner. *What is populism*. University of Pennsylvania Press, 2016.
- POSNER, Eric. The Dictator's Handbook, U.S Edition. In.: SUNSTEIN, Cass (ed.). *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*. New York: Dey St. 2018.

- PRZEWORSKI, Adam. *Crises of Democracy*. Cambridge University Press, 2019.
- PRZEWORSKI, Adam. *Minimalist Conception of Democracy: A Defense in The Democracy Sourcebook*, MIT Press, 2003.
- RAWLS, John. *O liberalismo político* – tradução Álvaro de Vita. 1ª. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.
- RUNCIMAN, David. *How democracy ends*. London: Profile Books, 2018.
- SARTORI, Giovanni. Concept Misformation in Comparative Politics. *The American Political Science Review*, Vol. 64, No. 4. pp. 1033-1053. 1970.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism, and democracy*. New York and London: Harper & Brothers, 1942.
- SUNSTEIN, Cass (ed.). *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*. New York: Dey St. 2018.
- VAN DEN BOSCH, Jeroen. *Mapping Political Regime Typologies*. *Przeegl d Politologiczny* 19 (4), 111-124 5, 2014.
- VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, 100, 1673-2507, 2015.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy. Democracy. *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, 2012.
- ZAKARIA, Fareed. The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs* 76, nº 6, p: 22-43, 1997.

Recebido em 06 de fevereiro de 2019.

Aprovado em 25 de fevereiro de 2020.

Regime jurídico e políticas públicas de águas no direito internacional e brasileiro: rumo a estatuto privilegiado?

Legal regime and water resources policies in international and Brazilian law: towards a privileged statute?

Marcio Henrique Pereira Ponzilacqua*

Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – SP, Brasil

Leonardo Mattoso Sacilotto**

Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto – SP, Brasil

1. Introdução

Os direitos concernentes à água, assim como os direitos em geral da Mãe Terra, devem ser postos em primazia a quaisquer outros direitos sociais e humanos. Daí que o seu reconhecimento e declaração é mais do que uma exigência legal, é uma acomodação existencial. Todavia, dada a necessidade de expressar (ou reduzir) em ordens legais (expectativas normativas) aquilo que se concebe como ordem de conhecimento, as expectativas cognitivas, as considerações e apropriações no âmbito do aprofundamento científico e do conhecimento acerca do elemento “água” em todas as suas formas e dimensões, precisam ser igualmente traduzidas em termos legisla-

* Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Livre-Docente em Sociologia do Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutor em Política Social pela Universidade de Brasília. Mestre em Linguística pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. E-mail: marciorique@usp.br.

** Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Advogado. E-mail: lmsacilotto@gmail.com.

tivos e jurídicos inteligíveis, que também contemplem a sua anterioridade existencial e fundamentalidade ecossistêmica. Há nos sistemas jurídicos certa ambivalência, que, ao mesmo tempo em que reconhece e resguarda a relevância da água enquanto elemento vital à sobrevivência e reprodução humana e dos demais seres, nem sempre a erige num nível de reconhecimento privilegiado capaz de propiciar políticas públicas condizentes.

A realidade física da água exorbita as fronteiras humanas e os códigos normativos estatais, além de confrontar as soberanias nacionais, razão por que precisa ser primeiramente considerada em sua complexidade. O primeiro eixo de análise do artigo aborda a necessidade de assunção de conceituações claras no campo do direito internacional, o que inclui a análise do direito das águas transfronteiriças e a declaração do direito humano à água. O segundo eixo, com foco no ordenamento e nas políticas hídricas brasileiras, terá por escopo a abordagem local, mas sem perder a consideração comparada e internacional, até porque as questões são sempre interconectadas. Apontam-se, nesse contexto, para os desafios e obstáculos rumo à concretização de regime peculiar e privilegiado para as águas, à luz da experiência nacional e internacional. Como conclusões, destaca-se a natureza vital da água, como base de políticas públicas e demais direitos fundamentais, no âmbito de sua complexidade inerente. A concretização de estatuto especial passa pela consideração de uma perspectiva dialógica entre o direito internacional e o direito nacional, com políticas públicas igualmente abrangentes e consistentes, sob o prisma socioambiental.

2. Estatuto especial da água no direito internacional

Os Estados resistem em assumir um estatuto privilegiado da água no âmbito do direito internacional. Por muito tempo, tem prevalecido o entendimento da água como um recurso natural semelhante aos outros, sem a constatação jurídica de estatuto especial. O paradigma da soberania estatal é ainda um empecilho ao reconhecimento das condições e formas especiais da água¹, cujas nascentes, aquíferos e cursos – isto é, dimensão subterrânea ou superficial –, não se submete às circunscrições político-jurídicas artificialmente criadas pelas nações humanas. É dizer: a manifestação natural da água é bem diversa daquelas dadas pelas conjunções culturais e histó-

1 PAQUEROT, 2010, pp. 542-543.

ricas das sociedades humanas. Ao contrário, essas são devedoras das águas para sua elaboração. Essa precedência no âmbito da história natural e sua essencialidade como recurso vital que extrapola as condições humanas de existência, mas abrange todo o conjunto vital, coloca a água no centro das discussões ambientais atuais e reivindica considerações e estatutos especiais, compreendidos em sua própria constituição – pretérita a quaisquer elucubrações humanas.

Alguns aspectos são de especial e necessária reflexão quando se propõe a discussão do estatuto especial da água. O primeiro conjunto desses aspectos respeita à dimensão natural-ecossistêmica das águas. Inicialmente, reconhece-se a complexidade natural inerente à água e aos demais recursos da natureza que estão em dinâmicas existenciais emaranhadas e inextricáveis; sua análise deve ultrapassar as considerações meramente antropológicas sem, contudo, desprezá-las. Assim, pode ser assumida uma exigência de “ordem pública ecológica”, haja vista sua cogência ante outras pretensões e direito². Reconhece-se também a integração global/local: em decorrência de sua complexidade, os elementos suscitados no nível local das ações impactam abrangências regionais e mesmo globais que precisam ser avaliadas. É preciso ainda atentar para a capacidade de regeneração dos recursos, escassos e limitados e que requerem apreciação dos milênios decorridos para sua formação, como é o caso especial dos aquíferos.

O segundo conjunto concerne à dimensão social, isto é, diz sobre a relação entre sociedade e água enquanto recurso socioeconômico para o desenvolvimento. Há uma multiplicidade de usos, espaços e recursos atinentes à água, que correspondem à ampla variedade de fins humanos contemplados, incluindo também suas dimensões econômicas, mas que devem se hierarquizar garantindo antes as mais fundamentais em termos de prioridade, com destaque para a dessedentação. Faz-se necessário também considerar as tensões entre a necessidade de proteção e a conservação da sociobiodiversidade e da biosfera e o desenvolvimento das sociedades humanas e de suas tecnologias, em vistas de respostas adequadas e solidárias de preservação e redistribuição dos recursos.

Há, por fim, um terceiro conjunto de aspectos, de natureza ético-jurídica. Preliminarmente, os sistemas de pensamento e de normatização humanos devem responder às condições viáveis de existência e coexistência

2 MCDUGAL et al., 2008.

das futuras gerações, ou seja, com olhos na responsabilidade intergeracional, deve-se conservar um patrimônio natural capaz de viabilizar a permanência da vida na Terra: inclusive a humana. Nesse sentido, avulta-se a essencialidade do direito humano à água. A consideração antropológica da necessidade essencial e vital da água antepõe-se às demais condições e direitos humanos, vez que há uma dependência absoluta e indeclinável do ser humano ao elemento natural “água”, desde suas origens remotas até seu desenvolvimento atual. Por isso, é preciso instituir uma legitimidade e soberania compartilhadas, superando a dimensão formal e territorial das concepções jurídicas por uma lógica funcional, em que não somente os benefícios são compartilhados, mas igualmente as responsabilidades ante a proteção e preservação dos recursos naturais; assim, de modo semelhante, são compartilhados os encargos e são considerados os limites de uso.

Ainda nesse conjunto, e considerando todos os anteriores, é preciso reconhecer o estatuto de *res publica* e “bem comum universal” à água. Esta não pode ser objeto de apropriação particular em detrimento de interesses comuns da humanidade. A água é bem comum, coisa pública e universal, que precisa ser protegida para efeitos de sobrevivência da humanidade e de todas e cada uma das comunidades humanas. O que implica, enfim, a consciência da exigência de construção de um projeto comum para a humanidade, em que os diversos segmentos constitutivos das sociedades humanas (governantes, cientistas, educadores e agentes de formação de opinião, juventude e infância, classes políticas, operariado...) se engajem em sua criação. Isso demanda o estabelecimento de consensos mínimos, o que é bastante exigente, mas que sejam orientados por expressões meta-normativas³, isto é, as considerações acerca da natureza mesma das coisas que se preparam ao direito estatuído humano, não por considerações particularizadas de interesses estatais ou de classes⁴.

3 Sobre os desafios de construção de bases axiológicas e discursivas comuns, cf. PONZILACQUA, 2017.

4 Os conjuntos de aspectos aqui levantados foram constituídos com base na literatura disponível acerca da água como direito fundamental ou de reflexões jurídicas a respeito dos direitos socioambientais, especialmente: PAQUEROT, 2010; MCDUGAL et al., 1980; BELAÍDI, 2008; e PONZILACQUA, 2015.

2.1 O direito das águas transfronteiriças

Um dos primeiros elementos que exsurtem no debate internacional é a necessidade de composição de interesses de duas ou mais soberanias estatais em disputa por recursos naturais compartilhados e como prevenir tensões insuportáveis e conflitos em larga escala. Trata-se de discussão que se impõe ao conjunto da comunidade internacional e, neste sentido, demanda enfoque no âmbito dos direitos humanos fundamentais e suas respectivas garantias, associado a uma concepção adequada de preservação do ecossistema planetário. Reclama, enfim, a consideração de “direito de coexistência”⁵ tanto no âmbito da dimensão humana que se envolve com os elementos naturais, e, no caso dessa abordagem, especialmente com a água, como da dimensão cósmica, em que se compreende a interação existencial de os elementos da cadeia natural e biológica, para além das configurações antropológicas.

Nessa discussão, é preciso considerar a ordem normativa internacional em face das expectativas e dos desafios ligados ao direito e à água contemporaneamente. A questão das águas transfronteiriças, como aludida, é muito significativa no direito internacional, tendo sido objeto de controvérsia nos tribunais internacionais em diferentes momentos durante este século e o passado⁶.

Por corpos d’água transfronteiriços, entende-se os cursos d’água, lagos ou aquíferos que se estendem pelo território de mais de um Estado. Em parte desses, vigem acordos e tratados específicos entre os países ribeirinhos. Mas o direito internacional também apresenta um arcabouço jurídico, de aplicação universal, cujas principais referências, concernentes aos cursos d’água superficiais e aos aquíferos, respectivamente, são: (i) a Convenção das Nações Unidas sobre os Usos Não Navegáveis dos Cursos de Água Internacionais, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1997 (Convenção de Nova Iorque); e (ii) o esboço de artigos sobre o direito de aquíferos transfronteiriços, da Comissão de Direito Internacional (CDI), que foi objeto da Assembleia Geral e consta em três diferentes resoluções – Resolução n. 63/124 de 2009, Resolução n. 66/104 de 2011, e Resolução n. 68/118, de 2013. Esses documentos codificam o direito costumeiro aplicável às águas transfronteiriças.

5 PAQUEROT, 2010, p. 545.

6 CRETELLA NETO, 2012, pp. 293-346.

A referida Convenção foi aprovada em 21 de maio de 1997 pela Assembleia Geral da ONU, mas somente passou a vigorar em 17 de agosto de 2014, quando se somaram as trinta e cinco ratificações que condicionavam a entrada em vigor. Antes da vigência internacional, ela já constituía significativo instrumento de direito internacional, servindo como base para acordos específicos; hoje, vigente, é o documento a regular universalmente os cursos d'água internacionais, o que é especialmente relevante nos casos em que não houver acordos ou tratado específico entre os Estados ribeirinhos. Os rascunhos de artigos contidos nas Resoluções, embora não vinculantes, retratam o direito internacional referente aos aquíferos transfronteiriços, e podem servir de base para a formulação de acordos bilaterais e regionais, como de fato embasou o Acordo sobre o Aquífero Guarani, entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

São dois os principais princípios que regem o direito internacional das águas transfronteiriças, constando igualmente na Convenção de Nova Iorque e nos rascunhos de artigos da CDI. É evidente que há diferenças na aplicação dos princípios tratando-se das águas ou superficiais ou subterrâneas. De todo modo, ambos os princípios, a saber, o princípio da utilização equitativa e razoável e a obrigação de não causar dano significativo, compõem fundamentalmente o quadro interpretativo do direito das águas transfronteiriças. Destacaremos os princípios em linhas gerais, com enfoque no texto da Convenção, que trata sobre os cursos d'água internacionais, uma vez que já vigente e capaz de fazer surtir seus efeitos.

O princípio da utilização equitativa e razoável das águas internacionais é delineado nos artigos 5 e 6 da Convenção. No artigo quinto, a equidade e a razoabilidade são implicadas por uma utilização que vise à otimização e a sustentabilidade, considerando os interesses de cada Estado ribeirinho e consistente com a adequada proteção do curso d'água. Assim, os Estados têm o direito de utilizar as águas e o dever de cooperar para a proteção e o desenvolvimento da bacia. O artigo 6 estabelece uma série de fatores e circunstâncias, em rol não exaustivo, que devem ser considerados para a determinação do uso razoável e equitativo.

O segundo princípio, definido no artigo 7, estipula uma obrigação aos Estados de não causarem danos significativos ao curso d'água em seus territórios e por consequência aos Estados ribeirinhos a jusante. Devem adotar todas as medidas apropriadas para prevenir esses danos, sem perder de vista, porém, o princípio da utilização equitativa e razoável e seu contexto de efetivação.

A relação entre os dois princípios mostrou-se problemática desde as primeiras discussões sobre o texto da Convenção. Estados a montante de rios internacionais tendiam a favorecer o primeiro princípio (uma vez que uso “equitativo” não implica em uso “igual”), e os Estados a jusante, o segundo. Não obstante a fórmula firmada na Convenção, que se pretendeu neutra – a obrigação de prevenir ou limitar os danos por meio de medidas apropriadas sem, contudo, desconsiderar os parâmetros da utilização equitativa e razoável –, prevalece na doutrina a visão que a Convenção subordinou a obrigação de não causar dano significativo ao princípio do uso equitativo e razoável⁷.

A cooperação entre os Estados ribeirinhos é uma orientação que percorre o texto da Convenção, e pode constituir a chave interpretativa capaz de conciliar e tornar aplicáveis os princípios acima. Com efeito, há uma obrigação geral à cooperação (artigo oitavo), com o propósito de atingir a utilização ótima do curso d’água, além de sua proteção adequada. Também se estimula a criação de comissões conjuntas ou mecanismos de interação, a fim de promover a cooperação e facilitar a troca regular de informações e conhecimentos. Ressalta-se a importância dessas comissões como ambientes favoráveis ao diálogo e ao mútuo respeito entre os Estados.

A Convenção não estabelece prioridade entre os usos da água de um curso d’água internacional, exceto na ocasião de conflitos entre Estados sobre os usos: nesses casos, devem-se priorizar as necessidades humanas vitais. Ademais, os Estados ribeirinhos são obrigados, individualmente e em conjunto, a proteger e preservar os ecossistemas dos cursos de água transfronteiriços. Para esse fim, também se incentiva a cooperação e a ação associada, como a atribuição conjunta de critérios de qualidade de água e/ou o acordo sobre a proibição ou limitação de substâncias emitidas.

O Brasil ainda não ratificou a Convenção, embora a tenha assinado. A ratificação representa o primeiro passo para a posterior vigência interna do texto, segundo os procedimentos legais do ordenamento nacional. Trata-se de oportunidade ainda não aproveitada. A ratificação da Convenção é relevante não só no âmbito externo, em vistas da aplicabilidade internacional, mas também no âmbito interno no qual o documento fortaleceria o arcabouço jurídico da proteção das águas. Apor-se-ia ao ordenamento nacional uma principiologia cujo fundamento é a cooperação, e que poderia ser uti-

7 SALMAN, 2014, pp. 4-16.

lizada ainda que em interpretação analógica: pensemos, por exemplo, em casos de conflitos de apropriação de águas por diferentes entes federativos, estados-membro notadamente, e a necessidade de composição com vistas ao atendimento de direitos fundamentais de diferentes populações.

2.2 A água concebida como direito humano fundamental e como recurso coletivo, para o uso comum de todos, e o seu reconhecimento internacional

Paquerot⁸ apresenta alguns critérios para a compreensão da água como direito humano fundamental que podem ser agrupados e atualizados em quatro grandes grupos.

O primeiro grupo corresponde aos critérios principiológicos, embasados em princípios fundamentais de direitos humanos, especialmente a solidariedade e o interesse público, em vista de uma economia pública da água. A solidariedade emerge de estratégias simples da lógica de ajuda e dos avanços de cooperação voluntária e reflete a própria solidariedade natural e universal. Engendra-se mediante a constatação da necessidade fundamental de dessedentação – ou seja, a água como elemento indispensável – para os homens, os animais e as plantas, em escalas distintas, mas substanciais, para todo ser vivo⁹. O interesse público universal, associado à concepção de *res communis*, implica na perspectiva dos interesses que sobrepõem aos interesses particularizados de indivíduos ou grupos (e até mesmo dos Estados-nações), mas a instância de aferição é a coletividade humana universal, em composição dos interesses públicos nacionais e locais.

O segundo grupo concerne aos critérios de gestão comum e de subsidiariedade. Considerando os princípios atinentes ao bem e ao interesse comum, há que haver escala de compartilhamento de responsabilidades, monitoramento e distribuição de benefícios que vão desde o local ao global e vice-versa. O Acordo sobre o Aquífero Guarani, de 02 de agosto de 2010, celebrado entre Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, é exemplo de normativa internacional que contempla gestão compartilhada e responsável dos recursos em bases cooperativas. A verificação de problemas sociojurídicos de implementação (tais como prospecção inadequada e descontrolada, po-

8 PAQUEROT, 2010, pp. 545-565.

9 MCCAFFREY, 2000.

luição, uso de pesticidas, densidade demográfica e especulação imobiliária em regiões de recarga, entre outros) implica a necessidade de ações subsidiárias. Em consequência, o princípio de subsidiariedade enfoca justamente a necessidade de ações na escala em que os fenômenos acontecem, do local para o global, em perspectiva integrada, para evitar danos comuns.

O terceiro grupo enfoca os critérios de necessidade e de preocupação comum. Embora Paquerot tenha exposto esse critério como um dos últimos, talvez deva ser anteposto aos demais, em ordem de aparecimento e até mesmo de importância. A necessidade da água no tocante aos seus usos e especialmente em relação à dessedentação é cogente. A necessidade precede à utilidade. Por consequência, deve ser colocada como prioritária e implicar preocupação substancial nos âmbitos internacionais e locais. Confere-se estatuto de *jus cogens*, sintetizada na locução vital *global importance*, que implica igualmente a consideração de patrimônio e herança comuns e cuja preocupação deve ser compartilhada por toda a humanidade, em toda parte, em sentido prioritário e urgente¹⁰.

Por fim, há o critério de finalidade e sentido de ordem pública. Se os critérios anteriores estão afeitos à própria natureza do elemento protegido e sua essencialidade para a existência humana, o critério da finalidade corresponde a sua posição como elemento constituinte, basal e orientador das políticas públicas; enquanto o critério de “ordem pública”, implica na limitação do poder estatal e do poder econômico ante a cogência do aproveitamento consciente, racional, equilibrado e equitativo dos recursos naturais. O controle da poluição e da exploração irracional da água, o respeito aos ciclos hidrológicos¹¹, são exemplos da aplicação do critério, que propicia o acesso universal ao recurso.

Por sua vez, a água concebida como direito humano compreende: (i) a obrigação dos Estados e instituições privadas de prover água à população em quantidade e qualidade satisfatórias e em proporção adequada às necessidades humanas fundamentais; (ii) a provisão de água em regime permanente e ininterrupto, haja vista a continuidade das necessidades humanas; (iii) o emprego de esforços para que a extensão integral do direito à água atinja a todas as pessoas e comunidades; e (iv) a transparência na gestão, maximizando as condições de provisão e reduzindo os desperdícios¹².

10 BASLAR, 1998.

11 GUDEFIN, 2016.

12 HUMBY; GRANDBOIS, 2010, pp. 522-523.

Internacionalmente, o direito humano à água e ao saneamento básico foram reconhecidos pela ONU, por meio da Resolução n. 64/292, de 28 de julho de 2010. O reconhecimento remonta a décadas de discussão no âmbito internacional, nas quais se postulava, ou dessa posição se divergia, que era possível distinguir o direito humano à água implicitamente a partir do reconhecimento dos outros direitos. Entendia-se que o conjunto de direitos humanos à vida, a um padrão de vida adequado, à saúde e à alimentação implicava o direito à água, constituindo o seu fundamento¹³.

A inferência era amparada por um argumento simples, mas não por isso menos contundente: sem água, muitos dos direitos previamente reconhecidos careciam de sentido e eficácia. Como falar de direito à vida, à saúde, à alimentação, entre tantos outros (considerando a essencialidade da água, a lista pode ser facilmente ampliada), se não se garantir água limpa e segura? Embora essa inferência fosse amplamente reconhecida na doutrina, os Estados continuavam a interpretar a água como uma necessidade básica e não como um direito, já que, por não haver menção explícita, não havia conteúdo normativo a ser considerado¹⁴.

O direito à água foi explicitamente reconhecido em três documentos internacionais, embora apenas para alguns grupos específicos, antes do reconhecimento oficial e universal. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), da qual o Brasil é signatário, dispõe (art. 14, 2, h) que os Estados devem atuar para garantir adequadas condições de vida, especialmente em relação a alojamento, saneamento, fornecimento de energia elétrica e água, transportes e comunicações, a mulheres que vivem nas zonas rurais. A Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989) estabelece (art. 24, 2, c) que os Estados signatários, Brasil incluso, devem tomar medidas apropriadas para combater doenças e malnutrição por meio da provisão adequada de água limpa e potável. Por fim, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), da qual o Brasil também é signatário, dispõe (art. 28, 2, a) que às pessoas com deficiência deve ser garantido igual acesso aos serviços de água potável. Esses tratados são juridicamente vinculativos, isto é, geram direitos aos sujeitos e obrigações aos Estados. Contudo, são pouco abrangentes e não qualificam um direito humano à água¹⁵.

13 BRZEZINSKI, 2012, pp. 60-82.

14 CORTE, 2015, p. 483.

15 CORTE, 2015, p. 483.

Um ponto de inflexão nessa trajetória deu-se com a Observação Geral n. 15, de 2002, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, órgão responsável por supervisionar o cumprimento do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Observações gerais são interpretações do Pacto, objetivam orientar os Estados em sua aplicação e não definem obrigações legais¹⁶. Na Observação, o Comitê se refere à frequente negação do direito à água por países desenvolvidos e em desenvolvimento e observa a necessidade de que os Estados passem a adotar medidas para efetivar um direito à água, sem qualquer discriminação.

Em seu conteúdo, a Observação Geral aborda o direito à água a partir de perspectiva ampla e antropocêntrica: prioriza o uso da água para fins domésticos e pessoais, relaciona o direito à água aos direitos à saúde e à alimentação, busca garantir a disponibilidade, a qualidade e a acessibilidade (física, econômica e sem discriminação, além de acessibilidade à informação). Projeta tanto liberdades (direitos à manutenção do acesso à água, livre de interferências e de contaminação), como direitos (direito a um sistema de abastecimento de água). Menciona a necessidade de assegurar o direito à água para as futuras gerações, embora as questões ambientais apareçam concernidas às garantias de provisão de água segura e limpa – relacionadas à saúde, portanto. Ressalta a água como bem social e cultural, e não como bem primariamente econômico; assim, define que a água não deve ser objeto de interpretações limitantes que levem em consideração apenas tecnologias e quantidades volumétricas.

A Resolução n. 64/292 da Assembleia Geral da ONU enfim reconheceu o direito humano à água e ao saneamento em 2010. Fê-lo, contudo, de maneira mais tímida do que a Observação Geral n. 15 delineava. Como elemento mais importante, reconhece o direito à água portátil, limpa e segura e ao saneamento como um direito humano essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos. Também chamou aos Estados e às organizações internacionais para o fornecimento de recursos financeiros, capacitação e transferência de tecnologia, por meio de cooperação e assistência internacionais, particularmente para países em desenvolvimento, para se atingir o objetivo de um direito à água e ao saneamento para todos. E quase nada mais. Não se menciona a água como bem social e cultural, nem se refere às futuras gerações.

16 BRZEZINSKI, 2012, p. 64.

No entanto, o reconhecimento explícito e universal de um direito humano à água e ao saneamento é algo a ser comemorado. Trata-se de constituir bases político-jurídicas para que se possa trabalhar em direção à justiça socioambiental nas questões relativas à água.

Porém, ainda restam dúvidas a respeito da cogência jurídica da resolução em relação aos Estados. Não há consenso. De um lado, o Conselho de Direitos Humanos já se manifestou por meio da Resolução n. A/HRC/RES/15/9 e afirmou que o direito humano à água e ao saneamento é derivado do direito a um padrão de vida adequado e está inextricavelmente ligado ao direito ao mais alto possível padrão de saúde mental e física, bem como deriva dos direitos à vida e à dignidade humana. Confirma, assim, que os referidos direitos fazem parte do direito internacional e, portanto, são juridicamente vinculativos para os Estados. A doutrina clássica do direito internacional, de outro lado, entende que as resoluções são instrumentos de *soft law*, ou seja, são desprovidos de cogência, funcionando como meras recomendações aos Estados. Em relação à Resolução n. 64/292, é geralmente ressaltado o seu valor político enquanto conquista. Ressalva-se a forma com que o direito foi explicitado que não lhe garante vinculatividade em face aos Estados¹⁷.

Relacionado à declaração da água como direito, a provisão da água é problema que avulta especialmente nas zonas agrícolas próximas aos cursos de água, em razão do uso intensivo de agrotóxicos nas lavouras e de outras contaminações derivadas das práticas da agricultura em larga escala e, igualmente, é problema patente nos conglomerados urbanos. A questão da distribuição equitativa fomenta o olhar também para as vulnerabilidades sociais destes centros. A destruição da natureza, especialmente da contaminação e exploração irracional da água, a pobreza, o desemprego e as moléstias compõem aqui conjugados e como efeitos colaterais nefastos e indesejados do modo de produção e acumulação capitalista, mas tolerados para a manutenção dos sistemas de comércio e indústria. E sucedem em menor ou maior grau tanto no hemisfério norte, como no hemisfério sul, sendo que nos continentes e países mais ricos as organizações socio-jurídicas mais consolidadas conseguem ao menos amenizar os impactos e regulamentá-los de modo mais satisfatório, sem, contudo, equacionarem os problemas, que, por vezes, são “exportados” para as periferias mundiais.

17 CORTE, 2015, pp. 509-512.

Alguns exemplos levados aos tribunais demonstram a assertiva. No Canadá, a provisão de água está associada ao degelo das montanhas. Mas crescem igualmente problemas na órbita das competências legislativas. Afirmou-se a competência federal ordinária para a matéria ambiental, inclusive relativa às águas, e a competência subsidiária, em regime de urgência, para as províncias. O Canadá se afigura como produtor importante de água, em decorrência de sua compleição hidrológica especial e privilegiada na região e há expectativas crescentes de demandas de países vizinhos para a provisão de água. O estatuto da água, concebido como de interesse nacional estratégico, é tomado em perspectiva unitária, indivisível e peculiar, que lhe afasta da competência provincial ou até mesmo interprovincial, alavancando-as como matéria de competência da esfera federal¹⁸. Na França há constatação de insuficiência de análise acerca das zonas úmidas e degradação florestal, o que impacta na produção de água. Os tribunais regionais têm entendido que a insuficiência de análises ambientais produzem prejuízos à proteção dos cursos de água e isso precisa ser retificado¹⁹; por vezes, há problema mesmo na tradução para o direito, internacional e interno, de locuções centrais para a proteção da água, tais como a “sistemas”, “processos” e “ciclos hídricos” (“*système*”, “*processus*” e “*cycle hydrologique*”), emprestadas das ciências ambientais e hídricas e cuja aferição é substancial para aquilatar os meios apropriados de prospecção e uso dos respectivos mananciais e cursos d’água²⁰. Na África do Sul, no bairro de Soweto, na capital de Johannesburgo, o alto consumo verificado pelos agregados familiares obrigou a um replanejamento dos sistemas de abastecimento. O caso, contudo, foi levado aos tribunais e chegou à Suprema Corte de Apelação, que compeliu o governo e *Johannesburg Water* (a agência de águas) à estruturação progressiva do serviço de água, com a consequente gradativa provisão do recurso a todas as populações e bairros²¹.

2.3 Cursos de água, propriedade e direito de uso

A existência d’água precede e muito à ‘era do direito’. Assim, a precisão semântica e terminológica do direito das águas é tarefa exigente e complexa.

18 CARDENAS; VEGA, 2010, pp. 771–800.

19 DROBENKO, 2017.

20 GUDEFIN, 2016.

21 HUMBY; GRANDBOIS, 2010.

Historicamente, a água foi inicialmente reconhecida em sua condição relacional essencial, ou seja, por ser elemento vital, não pode ser apropriada sob risco de colocar em perigo a sobrevivência das pessoas, enquanto indivíduos, e de grupos ou comunidades inteiras. Todavia, não tardou o estabelecimento de condições de uso e repartição ‘equitativa’ da água. Gradativamente, da repartição passou-se ao poder de controle e de fiscalização sobre os recursos hídricos. Na Idade Média, por exemplo, os senhores feudais têm o poder sobre cursos de rios presentes em seu feudo. Os rios e mananciais passam a compor o patrimônio feudal. Alguns juristas entendem nisto uma espécie de direito de propriedade, que implicava inclusive a possibilidade de concessões a determinadas comunidades. Na sequência histórica, por volta do século XV, os direitos senhoriais são confrontados e subordinados aos direitos dos soberanos. Exemplo é o “*Édit de Moulins*”, de fevereiro de 1566, na França, que reputa ao rei o direito inalienável sobre o domínio das águas. Em 1669, as ordenanças sobre as águas e florestas não de consolidar o princípio do domínio, incluindo-se explicitamente os rios navegáveis. Esse entendimento perdurará até o Iluminismo e a consequente deposição dos reis em favor de governos republicanos. São restaurados pouco a pouco institutos romanos sobre domínio particular, em que a terra, e o que está contido na sua circunscrição, é símbolo da propriedade privada, absoluta, inviolável e sagrada – o que inclui por certo os cursos de água. Restauram-se diversos institutos conexos, compreendidos no direito romano, tais como direitos de passagem, direitos de vizinhança e aluviões. A jurisprudência vai acompanhar esse movimento, e o direito tradicional e ancião, ao lado do direito romano, é invocado para o reconhecimento do domínio das águas²².

Exceção no contexto medieval de legislação mais abrangente e “democrática” se pode encontrar na Lei “*Stratae*” de Barcelona. No artigo 72 da Lei, sobre os usos e costumes de Barcelona, fora editada no século XII. E chama a atenção justamente por garantir aos habitantes catalães o direito de uso sobre estradas, rios e pastos. Infelizmente, trata-se de lei célebre no domínio histórico do direito, mas negligenciada ou olvidada na prática. E hoje, na Catalunha prevalece, como em toda parte, o direito de contratos privados de irrigação²³.

22 GAZZANIGA; LARROUY-CASTÉRA, 2010, pp. 904-907.

23 GAZZANIGA, LARROUY-CASTÉRA, 2010; BRUTAILS, 1888.

Sucedem que os modos de apropriação de bens que se foram cristalizando no Ocidente acabaram por conferir estatuto especial aos direitos de domínio, privados ou públicos. E, lamentavelmente, a água acaba por ser objeto de disputas de propriedade que, por vezes, incidem em detrimento dos grupos ou comunidades que se beneficiariam desses recursos, sem contar a perspectiva muito localizada e não integrada do direito. Exemplo disto é o problema atinente às bacias hidrográficas ou a outros corpos hídricos superiores aos limites geográficos regionais ou até mesmo nacionais. Os sistemas de direito respeitam o direito adquirido e a coisa julgada em matéria de propriedade, mas gradativamente cresce a consciência de que o direito de propriedade é condicionado ou limitado por interesses comuns ou interesses públicos que se configuram como direitos metaindividuais²⁴.

Incidem sobre a propriedade do direito das águas no Brasil elementos de diversas ordens e disciplinas, que vão desde preceitos constitucionais e dos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, passando por configurações de direito administrativo e urbanístico, e atingem a órbita do direito civil, penal e processual, o que torna a matéria bastante complexa e nem sempre convergente. A confluência de elementos de diversos matizes legislativos e jurídicos pressupõem abordagens extensas e, por vezes, pouco produtivas em termos de elucidação do direito. A terminologia e a hermenêuticas empregadas desfavorecem a emancipação em decorrência de discursos inextricáveis até para especialistas e de empecilhos de compreensão dos termos pelo cidadão comum, o que interrompe a clareza nos caminhos de interpretação jurisdicional²⁵.

Mas não se constitui exclusividade do sistema brasileiro. Em geral, as ordens jurídicas nacionais são bastante complexas em matéria do direito das águas e da expressão de seu domínio. As disputas incidentes são cada vez mais evidentes e incidem embates de várias ordens, que implicam acirrados conflitos em torno da apropriação de capitais econômicos, mas que são intimamente associados aos capitais simbólicos, culturais e sociais. Em países onde a participação, vigilância e monitoramento da sociedade civil são intensos também há problemas constatados na órbita da complexidade, clareza e dinâmica do direito das águas, que se afiguram desde disputas de competência administrativa, legislativa ou judiciária como igualmente

24 PONZILACQUA, 2011.

25 PONZILACQUA, 2010.

disputas de propriedade e de usos diversos. Na Europa ou no Norte da América, conflitos dessa natureza são recorrentes²⁶.

Com efeito, o legislador precisa estar atento à proteção jurídica dos ciclos e processos hídricos, sem o que a preservação dos sistemas hidrológicos estaria comprometida. O proprietário pode ver limitado o direito de propriedade em razão de configuração jurídica adequada dos ciclos d'água, a fim de imprimir realidade jurídica ao processo natural preexistente²⁷. É dizer: a compleição física dos sistemas hídricos, em seus ciclos e processos, é limitante natural da apreensão humana da água e, por consequência, precisam ser igualmente traduzidas para os sistemas de direito humanos em termos adequados, como condicionante intransponível do direito de propriedade, a fim de projetar nas ordens legislativas e jurídicas o que já sucede na natureza, sob pena de desastres ambientais e crises sucessivas e agravadas de abastecimento.

3. O direito das águas no Brasil

No Brasil, as águas não tiveram um tratamento analítico na Constituição Federal (CF) de 1988, mas foram inscritas na sistemática constitucional como objeto de regulação pelo Estado como recurso útil ao aproveitamento socioeconômico e como elemento do meio ambiente merecedor de proteção. A CF publicizou as águas: tornou-as domínio ou da União ou dos estados-membro. A atribuição de dominialidade aos entes federativos não lhes confere propriedade sobre a água, mas antes lhes institui a responsabilidade pela condução de seu gerenciamento²⁸.

Há controvérsia quanto à definição da natureza jurídica da água. De um lado, entende-se que as águas são um bem público de uso comum do povo, em interpretação literal e combinada do artigo 225, *caput*, CF, com o artigo 99, inc. I, do Código Civil²⁹. De outro, defende-se que constituem bem difusos como os bens ambientais *lato sensu*, posto que os bens ambientais, como definido na CF, são bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida, garantindo-lhes natureza jurídica privile-

26 GOLIARD, 2010, pp. 637-658; CALDERÓN, 2010, pp. 859-878.

27 GUDEFIN, 2016, p. 548.

28 GRANZIERA, 2014, pp. 67-68.

29 VIEGAS, 2005.

giada. As águas, assim, integram o macrobem meio ambiente e como este tem a natureza jurídica difusa. Esta concepção parece-nos mais alinhada à ideia de fundamentalidade ecossistêmica das águas.

No regime constitucional, ainda se destaca a distribuição de competências sobre a água e matérias relacionadas. Diferencia-se a competência legislativa da administrativa: a primeira concerne à competência dos entes federativos (União, estados, Distrito Federal e municípios) para editar normas jurídicas regulando determinadas atividades; a segunda, à competência de União, estados e Distrito Federal (uma vez que os municípios não têm domínio sobre as águas) para editar normas administrativas que viabilizem o gerenciamento das águas e seu aproveitamento socioeconômico.

No que atine à competência legislativa, a Constituição Federal atribuiu à União a competência de legislar privativamente sobre águas (art. 22, inc. IV), embora em sede de competência concorrente e comum também se definam matérias relacionadas e de fundamental importância para a gestão integrada do bem.

A competência legislativa respeita à criação e alteração de direito sobre as águas, notadamente os constantes no direito civil. O Código Civil de 2002 tem seção específica sobre as águas, inserida em capítulo sobre direito da vizinhança, no âmbito do direito da propriedade. A seção, em geral, apresenta normas que regulam a relação entre proprietários ou possuidores de prédios superiores e inferiores acerca do fluxo e do curso das águas e de sua utilização. Não atribui, e nem poderia, direitos particulares sobre as águas. É dizer: trata sobre os cursos d'água, estabelecendo regras sobre o seu fluxo no caso de este interferir na propriedade, não trata sobre a água em si.

Por sua vez, a competência administrativa está relacionada ao gerenciamento das águas, de acordo com a dominialidade dos corpos d'água. É exercida por meio das políticas públicas, planos e programas de gestão das águas. A CF estabelece que à União cabe “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso” (art. 21, inc. XIX), o que foi regulamentado pela Lei de Águas (Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997), e abriu caminho para que os estados, a partir da promulgação das constituições estaduais, organizassem os seus sistemas estaduais de gerenciamento.

Na Lei n. 9.433/1997, a água é definida como bem de domínio público e como recurso natural limitado, dotado de valor econômico. A gestão deve ser orientada para proporcionar os múltiplos usos, mas determina-se

que em situações de escassez o uso prioritário é para o consumo humano e a dessedentação de animais. Ademais, define-se uma gestão descentralizada e participativa, isto é, a bacia hidrográfica passa a ser considerada unidade territorial para aplicação da política e a gestão passa a contar com a participação do Poder Público, dos usuários de água e da sociedade civil. O lócus da gestão descentralizada e participativa dá-se nos comitês de bacia hidrográfica, considerados “parlamentos” da água por possibilitarem o envolvimento de todos os atores interessados na gestão comum do bem. Têm funções deliberativas, consultivas e propositivas.

A lei citada inscreve e delinea a política de águas no Brasil: com efeito, institui sistema de gestão, define os agentes, os objetivos e os instrumentos para a realização da política, orientada para o aproveitamento socioeconômico do recurso. Trata-se de lei de planejamento do uso do recurso: estabelece-se uma metodologia com a formulação de princípios gerais e de meios para atingir as metas propostas³⁰. De fato, trata-se de uma lei de gestão do recurso que aparentemente pouco contempla os aspectos ambientais/ecossistêmicos. Critica-se, por exemplo, que com edição da Lei n. 9.433/1997, as águas passaram da condição de elementos fora do mercado à condição de mercadorias, sem que as funções ambientais fossem consideradas³¹.

Há contra-argumentos. Alguns dos instrumentos da política de águas, como o enquadramento dos corpos d'água em classe, segundo os usos preponderantes, e a própria outorga e cobrança pelo uso, têm em seus procedimentos administrativos algumas exigências de cunho ambiental. Além disso, o art. 3º, inc. III, da Lei n. 9.433/1997, define que a integração da gestão das águas à gestão ambiental é diretriz geral de ação da política nacional. O inciso era sequer necessário; se considerarmos a fundamentalidade ecossistêmica das águas e sua natureza vital, é forçoso reconhecer que uma gestão ambiental que conserva e propicia a qualidade dos ecossistemas é imprescindível para a própria execução da política de águas, ainda que sob uma ótica utilitarista, já que a escassez de água em boas condições de qualidade e quantidade prejudica o desenvolvimento de quaisquer atividades humanas. Porém, explicitar a integração entre as citadas políticas públicas é adequado: dirige-se assim o olhar do intérprete para a compreensão das águas no âmbito da sistemática da legislação ambiental, para

30 GRANZIERA, 2014, pp. 114-115.

31 CAUBET, 2011, pp. 34-37.

além de sua normatização administrativa que, é de se reconhecer, é tímida no que concerne aos aspectos ambientais.

3.1 Política hídrica e direito: a situação brasileira ante a experiência internacional

São indissociáveis as questões atinentes à política hídrica e ao direito. As políticas públicas não se reduzem ao direito, por certo. Mas são impensáveis sem dimensão jurídica. É dizer: a compreensão dos elementos legislativos e judiciais que permeiam as políticas públicas é fundamental para a inteligibilidade e concreção de quaisquer políticas públicas.

Quando se analisam as políticas públicas, há alguns aspectos de necessária avaliação, a saber: 1) os atores ou agentes envolvidos – políticas públicas implicam necessidades e interesses, nem sempre convergentes – em geral conflitantes ou colidentes, razão por que é imprescindível consideração dos indivíduos e grupos sociais envolvidos, desde as demandas de base, passando pelos processos legiferantes até a execução e eventuais judicializações. Política pública é conceito humano, e como tal se perfaz mediante agentes humanos que precisam ser compreendidos em suas aspirações e reivindicações, bem como os movimentos ideológicos subjacentes. No caso da política hídrica, são múltiplos os atores ou agentes presentes e variam segundo a situação contemplada, mas em geral são desde os usuários e beneficiários, os gestores públicos e privados comprometidos com o problema e com a gestão do recurso, os legisladores, os operadores do direito, os demais profissionais responsáveis por projetos e avaliações, tais como engenheiros, assistentes sociais, educadores, políticos, profissionais da saúde, entre outros; 2) recursos disponíveis: tantos os recursos físicos, como a durabilidade, disponibilidade e escassez, que são patentes nas situações a envolver políticas hídricas, como os recursos econômicos: possibilidade de acesso e provisões orçamentárias, públicas e privadas; 3) objetivos e estratégias de ação e intervenção: que implicam objetivos claros, metodologias, planejamento, cronogramas, projetos e perspectiva global da política pública, em perspectivas gerais ou focalizadas, segundo as demandas de ação e intervenção; 4) tecnologias disponíveis: atentar para as tecnologias disponíveis e respectivos custos para se alcançar os objetivos e estratégias delimitados. As tecnologias compreendem não apenas o aparato físico-estrutural, mas igualmente a dimensão sociojurídica, o que implica

empregar os meios de avaliação aprofundada do fenômeno social implicado e, igualmente, de técnicas de aplicação e interpretação do respectivo campo jurídico. Mas não podem ser concebidas como análises dissociadas ou estanques. Exigem-se mutuamente, por isso demandam equipes interdisciplinares de elaboração e avaliação permanente.

No horizonte das políticas hídricas brasileiras e latino-americanas se pode dizer que nem sempre esses requisitos são tomados em horizontes complementares ou convergentes. Igualmente se pode dizer que as políticas e suas respectivas análises acabam por serem superficiais ou inócuas justamente por não abordarem esse conjunto de fatores, com olhar integrado: dialógico e holonômico.

O primeiro aspecto a ser verificado, quando se cuida de política hídrica, diz respeito à sua dimensão física: 1) quantificação - disponibilidade, durabilidade e quantidade; 2) qualificação: qualidade dos recursos hídricos. Não se pode falar de política de gestão da água sem a consideração física de sua presença e o modo como ela se dá. O rebaixamento gradativo e acelerado das águas subterrâneas, notadamente dos aquíferos, e o risco de diminuição, rarefação ou ressecamento de fontes de água superficiais, além de aspectos como poluição e contaminação vão demonstrar a cogência da observação desses elementos e necessária consideração do uso racional da água, e a necessidade de proteção ambiental dos ecossistemas e territórios a que estão vinculados às águas³².

Múltiplos são os aspectos físicos a serem considerados tais como: sistemas de mensuração de quantidade e qualidade, abrangência territorial, controle da qualidade da água, porosidade e drenagem do solo, afetação do solo, elementos contaminantes, controle de efluentes e interações ecossistêmicas. Os sistemas de direito internacionais, regionais e nacionais precisam ter em conta esses diversos aspectos para uma efetiva proteção da água.

Na União Europeia, desde o Tratado de Maastrich, de 1992, há alguns avanços consideráveis no que atine à política hídrica. Interessa por se tratar de direito comunitário, enquanto expressão supranacional.

Para o Corte de Justiça da União Europeia, a quantidade e a qualidade da água precisam ser vistas sob ângulos complementares. O monitoramento da quantidade é subordinado aos objetivos de boa qualidade d'água. Mas essa perspectiva é discutível segundo Theresa Calderón, para quem a

32 CALDERÓN, 2010, pp. 858-879.

“manutenção ou restauração da qualidade ambiental da água é praticamente impossível sem a consideração das necessidades quantitativas ecossistêmicas da água”³³. Assim, há subordinação recíproca, ou melhor dizendo, uma coordenação ou integração entre a qualidade e a quantidade.

Outro elemento de indispensável revisão no que concerne à política hídrica é a necessária integração dos ambientes urbanos e rurais. No Brasil, nem sempre isso sucede. Ao contrário, acabam sendo tomadas como realidades distintas e, por vezes, dissociadas. Mas a destruição ambiental e os problemas hídricos decorrentes, urbanos ou rurais, têm causa comum, a saber: a racionalidade exploratória e irresponsável dos modelos de acumulação capitalista, que se manifestam hoje tanto nos chamados países do liberalismo econômico explícito quanto naqueles que se intitulam socialistas. Ou seja, há uma destruição massiva dos recursos naturais em vista de ganhos excessivos de grupos econômicos privilegiados, que se apresentam como corporações internacionais em diversos âmbitos de mercado e de poder, como a indústria de agrotóxicos, de implementos agrícolas, os conglomerados industriais, as corporações profissionais, como dos advogados de mercado, os grandes consórcios para a construção de hidrelétricas, os potentes grupos de especulação imobiliária, creditícia e financeira.

As barragens para fins de obtenção de energia elétrica, instaladas em todo o globo, desde França, Portugal, Canadá, passando pela África, Ásia, América Latina, especialmente o Brasil, demonstram o poder desses consórcios internacionais, que se baseiam essencialmente na produção de energia elétrica para os parques industriais que a consomem em grande quantidade, como é o caso da produção dos metais pesados, mas sob a máscara do desenvolvimento urbano e o fomento ao acesso das populações de baixa renda. Os planos de gestão das bacias hidrográficas são em geral muito tolerantes, não consideram a complexidade dos ecossistemas e as populações atingidas – isso até mesmo em regiões desenvolvidas como Québec, onde a legislação mais rigorosa manifesta atraso considerável em relação à instalação das primeiras barragens. No Brasil, mais de um milhão de atingidos por barragens reivindicam a consideração de suas demandas e um olhar mais incisivo e coerente para a questão ecológica e da sociodiversidade implicados³⁴.

33 CALDERÓN, 2010, p. 876.

34 PONZILACQUA, 2007, pp. 239-304; CHOQUETTE; GUILHERMONT; NOËL, 2010, pp. 855-857.

De modo mais dramático, as barragens relativas a rejeitos de mineração assumiram notoriedade recente. E há potencial de devastação socioambiental consideravelmente ampliado. Os incidentes de Mariana e Brumadinho, ambos em Minas Gerais, que envolveram a empresa Vale e subsidiárias, publicizaram um problema que há décadas se arrasta no Brasil, e envolvem capitais nacionais e estrangeiros, por se tratar de empresa de capital aberto. Foram amplamente divulgadas negligências assombrosas relativas aos seres humanos e à natureza. Minas Gerais se tornou o epicentro dos debates em razão da dimensão das consequências dos descasos e dos danos causados, com sofrimentos incomensuráveis³⁵. Mesmo ante os indícios incontestáveis de seguidas negligências e irresponsabilidades, que apontam para crimes ambientais de enormes dimensões, pouco ou nada se tem feito em termos de responsabilização das pessoas jurídicas e físicas sobre as quais incidem os ônus da proteção humana e da natureza. O caso de Mariana revela que os processos penais e indenizatórios se arrastam e as soluções são precárias e provisórias. As omissões e inépcia do Estado, no âmbito de suas atribuições fiscalizatórias e de licenciamento ambiental, também se demonstram evidentes. E há muitas regiões afetadas cotidianamente por esses mesmos e gigantescos problemas. A Agência Nacional de Mineração (ANM) detectou quase duzentas barragens com alto potencial de dano espalhadas pelo Brasil. Mais exatamente, 197 barragens. Destas, 132 estão no estado de Minas Gerais. A empresa Vale e subsidiárias tem 59 barragens classificadas como de alto potencial de risco de dano³⁶!

Revela-se o desafio do olhar convergente também no que diz respeito aos modos de relação entre as comunidades humanas, as culturas desenvolvidas, as interações com a biodiversidade e as apropriações e disputas territoriais, que se convencionou chamar, no âmbito da geografia política, de “territorialidade”.

As dinâmicas transterritoriais são patentes no caso das barragens, mas também o são noutras situações igualmente complexas, como é o caso da distribuição urbana, da especulação imobiliária, das dinâmicas de distribuição e uso do solo urbano, e sua contrapartida, que são os desafios agrícolas, notadamente a resistência à agricultura ecológica propiciada pela ‘indústria’ de implementos, sementes e defensivos agrícolas, que fecham o

35 PÉRET, 2019a, 2019b.

36 VENTURA, 2019.

cercos em torno de projetos monoculturais em larga escala e com foco, no caso brasileiro, nos latifúndios. Nos países centrais, avançam propostas de agricultura ecológica e de contratos que contemplem o associativismo dos agricultores que a promovem, como é o caso da cidade de Munique, na Alemanha. Elas visam especialmente à proteção da água, do solo e da cobertura vegetal natural. E implicam numa feliz conjugação entre a legislação supranacional e a legislação local. Há prescrições contratuais claras, tais como sistemas de cotização, de distribuição equitativa da água, de interdição absoluta do uso de pesticidas, de obrigação de engajamento dos agricultores associados, entre outras³⁷.

Infelizmente, países que têm políticas hídricas adequadas nos seus territórios, com expressão oportuna de substrato normativo e jurídico, exportam para a periferia do mundo os seus problemas de contaminação das águas e outros abusos ambientais. O escândalo envolvendo os rejeitos da mineradora norueguesa nas nascentes amazônicas é emblemático. Além da já bastante grave contaminação das águas em decorrência dos rejeitos lançados pela gigante de alumínio norueguesa Norsk Hydro, há repercussões sérias sobre a vida e saúde das populações autóctones, com impactos notáveis e trágicos sobre a fauna e flora locais³⁸. Há denúncia de tráfico de água extraído de rios amazônicos também por sociedade norueguesa para países do Oriente Médio, Grécia, Ilha da Madeira e Caribe³⁹.

De modo semelhante, as grandes corporações produtoras de pesticidas ou que controlam o comércio mundial de sementes agrícolas, como a alemã Bayer, a americana Monsanto e a suíça Syngenta, com sede nos países centrais, são continuamente confrontadas com denúncias de contaminação de solo e da água, e, por vezes, recebem resistência em sociedades de monitoramento social mais estruturado, como a Europa, mas que encontram palco de atuação favorável no hemisfério sul, sobretudo na América Latina, por força de pressão econômica⁴⁰. O IBAMA constatou o uso do “agente laranja”, pesticida altamente tóxico para devastação de áreas da floresta amazônica, produzido pela Monsanto. É mais um trágico capítulo desta desastrosa política ambiental e hídrica. O “agente laranja” fora empregado

37 KRIMER, 2010, pp. 705-728.

38 ANGELO; TARGINO, 2018; SENRA, 2018; YOANN, 2018.

39 ARAÚJO, 2018.

40 FLEITOUR, 2017.

como arma de ataque pelos Estados Unidos durante a guerra do Vietnã, e foram registrados casos de deformação congênita em decorrência do uso do agente⁴¹.

4. Conclusão

A análise do direito das águas enseja tanto a consideração global como a local. As abordagens acima demonstram a complexidade do tema e, ao mesmo tempo, a cogência do estabelecimento de conexões, que considerem sob perspectiva comum o direito internacional e o direito nacional, em plano dialógico.

As articulações natural-ecossistêmicas das bacias hidrográficas e da continuidade das águas superficiais vão além das fronteiras humanas, com acentuada configuração artificial, ainda que elas, as fronteiras, tenham sido muitas vezes delineadas sobre a ancestralidade dos cursos e fonte d'água, das quais se valeram e se valem as populações locais. O direito concernente às águas é essencialmente metanormativo, isto é, implica considerações existenciais, como direitos fundamentais e preexistentes a todo e qualquer ordenamento humano, inclusive em sua acepção jurídica, e, por consequência, são direitos do conjunto da vida, aos moldes do que hoje se reivindica para a Terra em geral – os direitos da Mãe Terra.

Ao mesmo tempo, o regime jurídico das águas é a base de sustentação das políticas públicas, quaisquer sejam, haja vista seu caráter substancial para os serviços e desenvolvimentos da humanidade.

Nesse ponto, é preciso olhar para o direito das águas, nos âmbitos nacional e internacional e considerando as interconexões entre ambos, à luz das possibilidades jurídico-políticas que aquele enseja. No plano global, o princípio da cooperação deve despontar como fundamento das relações em questões que envolvem água, populações e Estados. Ademais, há bases legais suficientes para que a jurisprudência internacional cultive um ambiente de decisões que privilegie a água como direito humano, o que pode exigir certa coragem e arrojamento para enfrentar interesses econômicos.

No Brasil, o cenário é de uma complexa teia normativa e de relações institucionais entre os diferentes órgãos, nos três níveis de governo, implicados na gestão das águas. Há diversos desafios associados ao desenvol-

41 BRASIL, 2011; MESSENGER, 2011.

vimento das políticas públicas de águas nesse contexto, especialmente a efetivação do direito à água para as populações, com atenção às peculiaridades locais, e o cuidado com a dimensão ecossistêmica – o direito da água –, que envolve esforços conjuntos entre diversos setores de políticas, mais urgentemente o saneamento básico.

Portanto, o acesso à água é constitutivo dos direitos e garantias humanos fundamentais. Políticas hídricas precisam ser, a um só tempo, abrangentes e consistentes, donde nascem inúmeros desafios. O olhar micro e macrocósmico que orienta as relações vitais deve igualmente nutrir e sustentar a expressão jurídica para efeito de justiça socioambiental.

Referências

- ANGELO, Tiago; TARGINO, Rafael. Empresa norueguesa acusada de contaminação no Pará acumula mais de 2.000 processos ambientais no Brasil. *Opera Mundi*, 9 mar. 2018. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/48983/empresa-norueguesa-acusada-de-contaminacao-no-para-acumula-mais-de-2-000-processos-ambientais-no-brasil>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- ARAÚJO, Chico. Le trafic de l'eau des rivières de l'Amazonie. *Autres Brésils*, 5 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.autresbresils.net/Le-traffic-de-l-eau-des-rivieres-de-l-Amazonie>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BASLAR, Kemal. *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- BELAÏDI, Nadia. *La lutte contre les atteintes globales a l'environnement: vers un ordre public ecologique?* Bruxelles: Bruylant, 2008.
- BRASIL, Katia. Ibama flagra desmatamento com agrotóxico no Amazonas. *Folha de São Paulo*, Manaus, 28 jun. 2011. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/935857-ibama-flagra-desmatamento-com-agrotoxico-no-amazonas.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BRUTAILS, Jean-Auguste. *Étude historique sur la loi "Stratae": article 72 des Usages de Barcelone*. Paris: Larose et Forcel, 1888. Disponível em: <<http://1886.u-bordeaux-montaigne.fr/items/viewer/9540#page/n1/mode/lup>>. Acesso em: 9 abr. 2018.
- BRZEZINSKI, Maria Lucia Navarro Lins. O direito à água no direito inter-

- nacional e no direito brasileiro. *Confluências*, Niterói, v. 14, n. 1, pp. 60-82, dez. 2012.
- CALDERÓN, Teresa Elola. La politique de l'eau de l'Union européenne: vers une gestion quantitative des ressources hydriques? *Les Cahiers de droit*, Université Laval, v. 51, n. 3-4, pp. 859-878, dez. 2010.
- CARDENAS, Yenne Vega; VEGA, Nayive Biofanny. L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien. *Les Cahiers de droit*, Université Laval, v. 51, n. 3-4, pp. 771-800, dez. 2010.
- CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política... e o meio ambiente?* 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011
- CHOQUETTE, Catherine; GUILHERMONT, Édith; NOËL, Marie-Pier Goyette. La gestion du niveau d'eau des barrages-réservoirs au Québec: aspects juridiques et environnementaux. *Les Cahiers de droit*, Université Laval, v. 51, n. 3-4, pp. 827-858, dez. 2010.
- CORTE, Thais Dalla. *A (re)definição do direito à água no século XXI: perspectiva sob os enfoques da justiça e da governança ambiental*. 2015. 604f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DROBENKO, Bernard. Droit de l'eau (2015-2017). *Revue juridique de l'environnement*, [S.l.], v. 42, n. 4, pp. 749-770, dez. 2017.
- FLEITOUR, Gaëlle. Pourquoi l'Allemand Bayer a tant besoin de Monsanto. *L'Usine Nouvelle*, 23 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.usinenouvelle.com/article/pourquoi-l-allemand-bayer-a-tant-besoin-de-monsanto.N505949>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- GAZZANIGA, Jean-Louis; LARROUY-CASTÉRA, Xavier. Le droit de l'eau en France entre permanences et mutations. *Les Cahiers de droit*, Université Laval, v. 51, n. 3-4, pp. 899-922, dez. 2010.
- GOLIARD, François. Les cours d'eau: entre droit de propriété et droits d'usage. L'exemple français. *Les Cahiers de droit*, Université Laval, v. 51, n. 3-4, pp. 637-658, dez. 2010.
- GRANZIERA, Maria Luísa Machado. *Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.
- GUDEFIN, Julie. Le cycle de l'eau traduit par le droit. *Revue juridique de l'environnement*, [S.l.], v. 41, n. 3, pp. 521-528, set. 2016.
- HUMBY, Tracy; GRANDBOIS, Marise. The Human Right to Water in Sou-

- th Africa and the Mazibuko Decisions. *Les Cahiers de droit*, Université Laval, v. 51, n. 3-4, pp. 521-540, dez. 2010.
- KRIMER, Ingeborg. La protection de l'eau potable grâce à l'agriculture biologique: l'exemple de la Ville de Munich. *Les Cahiers de droit*, Université Laval, v. 51, n. 3-4, pp. 705-728, dez. 2010.
- MCCAFFREY, Stephen C. Water, Water Everywhere, But Too Few Drops to Drink :The Coming Fresh Water Crisis and International Environmental Law. *Denver Journal of International Law & Policy*, University of Denver, v. 28, n. 3, pp. 325-337, 2000.
- MCDOUGAL, Myres Smith; LASSWELL, Harold; CHEN, Lung-Chu. *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*. New Haven: Yale University Press, 1980.
- MESSINGER, Stephen. Lagent orange de Monsanto utilisé pour déboiser la forêt amazonienne. *Signs of the Times*, 5 jul. 2011. Disponível em: <<https://fr.sott.net/article/4469-L-agent-orange-de-Monsanto-utilise-pour-deboiser-la-foret-amazonienne>>. Acesso em: 15 abr.2018.
- PAQUEROT, Sylvie. Au-delà d'une ressource naturelle: quels critères faut-il privilégier pour doter l'eau douce et le cycle hydrologique d'un statut spécifique? *Les Cahiers de droit*, Université Laval, v. 51, n. 3-4, pp. 541-565, dez. 2010.
- PÉRET, Rodrigo. Barragens de Rejeitos que Matam em Silêncio – CBMM – MG. *Fala Chico*, 30 jan. 2019a. Disponível em: <http://www.falachico.org/2019/01/barragens-de-rejeitos-que-matam-em.html?m=1>. Acesso em 30 jan. 2019.
- PÉRET, Rodrigo. Barragens de Rejeitos que Matam em Silêncio – Kinross, Paracatu – MG. *Fala Chico*, 31 jan. 2019b. Disponível em: <<http://www.falachico.org/2019/01/barragens-que-matam-em-silencio-kinross.html?m=1>>. Acesso em 31 jan. 2019.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. Ética do discurso. In: CAMPI-LONGO, Calso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/144/edicao-1/etica-do-discurso>>. Acesso em: 9 abr. 2018.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. *Sociologia Ambiental do Direito*. Petrópolis: Vozes, 2015.

- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. *Conflitos socioambientais, Direito e ONGs*. Curitiba: Honoris Causa, 2011.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. *Chamando o direito às falas: linguagem do direito, cidadania e emancipação sociopolítica*. Franca: Editora da Unifran, 2010.
- PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. *As ONGs como mediação jurídico-política nas questões socioambientais ante o processo emancipatório das comunidades*. 2007. 342f. Tese (Doutorado em Política Social) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- SALMAN, Mohamed Ahmed Salman. Entry into force of the UN Watercourses Convention: why should it matter? *International Journal of Water Resources Development*, [online], v. 31, n.1, pp. 4-16, ago. 2014.
- SENRA, Ricardo. Mineradora norueguesa tinha 'duto clandestino' para lançar rejeitos em nascentes amazônicas. *BBC Brasil*, Washington, 23 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43162472>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- VENTURA, Manoel. Brasil tem 197 barragens de mineração com alto potencial de dano. *O Globo*, Brasília, 30 jan. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-197-barragens-de-mineracao-com-alto-potencial-de-dano-23415246>>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- YOANN. Brésil: une entreprise norvégienne a délibérément rejeté des eaux polluées dans une rivière. *Minute News*, 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.minutenews.fr/environnement/bresil-une-entreprise-norvegienne-a-deliberement-rejete-des-eaux-polluees-dans-une-riviere-306207.html>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Recebido em 06 de fevereiro de 2019.

Aprovado em 06 de março de 2020.

Política pública de cultura para o funk: entre incentivo, tutela e censura¹

Cultural public policies to funk: amongst incentive, tutelage and censorship

Pâmella Passos*

*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro,
Rio de Janeiro – RJ, Brasil*

Sandro Henrique Rosa**

Universidade Federal Fluminense, Niterói – RJ, Brasil

1. Introdução: O “edital de funk”

O *Edital para Baile e Criação Artística no Funk* foi lançado em 2013 pela Secretaria de Estado de Cultura do Rio de Janeiro (SEC/RJ), através de um programa da Coordenadoria de Cultura, Cidadania e Juventude, o Favela Criativa². Contando com um recurso total de R\$ 650.000,00 oriundo da

1 O artigo é produto do estágio de Pós-Doutorado realizado por Pâmella Passos no PPGAS/ Museu Nacional/UFRJ sob a supervisão da professora Dra Adriana Facina.

* Professora do quadro efetivo do Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro (IFRJ). Com estágio de Pós Doutorado pelo Programa de Pós graduação em Antropologia Social - Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em História Social pela Universidade Federal Fluminense (UFF), mestre em História, área de concentração História Política, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e graduada em História pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente realiza estágio de Pós Doutorado no Programa de Pós Graduação em Educação da UFF. E-mail: pamella.passos@ifrj.edu.br.

** Mestrando no Programa de Pós Graduação em Cultura e Territorialidades (PPCULT/UFF), graduado em Produção Cultural pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro (IFRJ), foi bolsista de Iniciação Científica da pesquisa que deu origem a este artigo. Produtor cultural com experiência em instituições como Secretaria Municipal de Cultura do Rio de Janeiro, Instituto Oi Futuro e SESC Rio. E-mail: sandrohn@gmail.com.

2 De acordo com o site oficial do programa, o Favela Criativa é um programa da SEC/RJ que tem como objetivos fortalecer, fomentar e dar visibilidade à produção cultural das favelas do estado.

SEC/RJ, o destino da verba foi definido em duas categorias de projeto: Produção de Baile Funk e Produção Artística no Funk.

Antes de iniciarmos a reflexão proposta, com ciência das variadas concepções existentes para Cultura e Política, vale destacar que, neste artigo, trataremos como políticas públicas de cultura os “programas e ações que intervêm de forma planejada na cultura”, destacando a atuação estatal³.

O referido edital previa contemplar cerca de dezesseis propostas com o valor máximo de R\$ 15.000,00 em Produção Artística no Funk⁴ e, ao final, contemplou dezenove. Para Produção de Baile, previa-se destinar o recurso máximo de R\$ 20.000,00 para cada um dos cerca de vinte projetos, sendo que, ao total, foram dezessete selecionados. Será, então, com base no estudo do caso de um dos projetos contemplados na categoria Bailes Funk, e também a partir do diálogo com produtores de bailes funk, que desenvolveremos as análises deste artigo.

A partir dos resultados e discussões de nossa pesquisa mais ampla sobre os impactos culturais provocados pelas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs)⁵ nos territórios onde são instaladas, identificamos nas políticas públicas de cultura uma forma de compreender o relacionamento do Estado com as práticas culturais de favela e os seus realizadores.

O edital aqui analisado declarava ter entre os seus objetivos:

- reconhecer o Baile Funk como importante expressão da cultura Funk;
- incentivar a participação de atores do Funk na elaboração e no desenvolvimento de projetos;
- capacitar novos agentes culturais e artistas dentro desse movimento;
- identificar e mapear esses atores para pensar as políticas públicas de cultura específicas para o segmento, dentre outros.

Lançado após um longo momento de proibições de bailes funks, principalmente nas favelas com UPP, o edital foi visto por muitos produtores como um possível caminho para o retorno dos bailes. Para eles, representava o Estado, através da SEC/RJ, reconhecendo o funk como cultura. A lei

3 LOPES, 2015, p. 22.

4 O edital declara reconhecer nessa categoria: produção musical, circulação artística, audiovisual, memória e comunicação.

5 As Unidades de Polícia Pacificadora correspondem a um programa de segurança pública implementado no estado do Rio de Janeiro em 2008 pela SEC/RJ, que, em seu discurso oficial, declarava se embasar nos princípios da Polícia de Proximidade.

“Funk é Cultura”, promulgada em 2009, finalmente sairia do papel. Entretanto, em entrevista concedida a nós, um produtor cultural participante do edital nos afirmou:

Aí veio a coisa do edital, e fomos fazer o edital. Sabe, aquilo foi uma esperança muito grande. Poxa, agora a gente vai entrar na lei, a decisão vai vir de cima, e a gente tava achando que ia ser assim: “Opa, se a Secretaria de Cultura autorizou, a Secretaria de Segurança vai abrir as pernas e vai deixar fazer...”. Esse era o nosso pensamento, então, escrevi o edital, sabe? Caprichei, passamos, entregamos todos os documentos. A pessoa tem que dar a certidão até da alma pra 20 mil reais só.⁶

A partir do que nos narra o entrevistado, podemos identificar que a burocracia, comum em tantas outras seleções do Poder Público, continuou a dificultar realizações também neste edital voltado aos agentes de favela, os quais não eram familiarizados com tal processo.

Assim, elegendo como referência o conceito de tutela militarizada⁷, conduziremos nossa reflexão problematizando o processo da Chamada Pública por meio da análise do Edital para Baile e Criação Artística no Funk, das resoluções 013/2007 e 135/2014 e dos nossos diários de campo. Além disso, basearemos nossas análises em entrevistas com proponentes do edital, com um integrante da banca de seleção, com representantes da SEC/RJ e Secretaria de Estado de Segurança do Rio de Janeiro (SESEG/RJ).

2. Discurso de segurança presente nas políticas de cultura

Durante o processo de seleção e execução de propostas contempladas do edital aqui analisado, o trabalho da SEC/RJ foi atravessado pela atuação da Secretaria de Segurança. Embora fosse essa uma chamada da pasta da Cultura e, vale ressaltar, com recursos de seu próprio orçamento, representantes dos órgãos de Segurança Pública tiveram participação decisiva na fase de seleção das propostas que ganhariam o incentivo público. Buscando compreender como se deu tal relação entre as duas pastas, entrevistamos um representante da gestão pública de Cultura, que nos apontou o seguinte:

6 Entrevista com produtor cultural no Complexo do Alemão e coautor do Projeto *Baile Chatuba* no Edital de 2013, concedida em 20 de fevereiro de 2015.

7 OLIVEIRA, 2014.

Tem como falar de funk hoje em comunidades pacificadas, ou no interior, ou em qualquer outro lugar que seja, sem falar com a Polícia Militar e com a Secretária de Segurança? Então, o que eu fiz? Vamos chamar a Secretaria de Segurança, vamos chamar a Polícia Militar para participar da segunda fase.⁸

A declaração acima é de um representante da SEC/RJ, atuante na coordenação do edital. Enquanto a etapa 1 denominada de “Pré-seleção (Análise técnica)” teve como banca cinco representantes da sociedade civil com notório saber e reconhecida atuação no Funk e dois membros da SEC/RJ, a etapa 2, chamada de “Encontro Presencial com a Comissão de Seleção” (Análise de Mérito) teve os mesmos participantes da fase 1, acrescidos de um representante da SESEG/RJ e um representante da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ).

A fala do membro da SEC/RJ acerca da participação de representantes da PMERJ reforça o que diz um reconhecido agente do funk, como cita Adriana Facina em seu artigo sobre a reivindicação do movimento pelo direito à cultura: “Como resume MC Leonardo em uma frase que ele sempre repete em suas palestras e falas públicas, ‘o funk sempre foi visto pelo Estado como assunto da Secretaria de Segurança, e não como tema das Secretaria de Cultura ou Educação’”⁹.

A nosso ver, ao incluir oficiais da PMERJ na composição da banca de seleção do edital, o poder público declara como procedimento aplicável às práticas culturais de favela a avaliação sujeita aos órgãos de segurança do Estado. Em artigo sobre tutela militar, João Pacheco de Oliveira compara o modelo de relação estabelecido pelo governo com os moradores das favelas cariocas ao modelo de relação pertinentes aos indígenas. O autor discute ainda o conceito de pacificação aplicado a ambos. Segundo ele, o modelo de gestão tutelar se constitui pela “atribuição a um grupo do poder de falar e agir no lugar de outro, instituindo entre ambos uma relação complexa de expectativas e trocas assimétricas”¹⁰.

Uma vez que à Secretaria de Cultura são oficialmente atribuídas as funções de elaborar e supervisionar a execução de ações e intervenções

8 Representante da SEC/RJ em entrevista realizada em 20 de maio de 2014, sobre a definição pela participação de representantes da Polícia Militar na banca de seleção do Edital para Bailes e Criação Artística no Funk – 2013.

9 FACINA, 2014, p.3.

10 OLIVEIRA, 2014, p. 144.

que compõem as políticas estaduais para a área cultural e, além disso, cabe à pasta a função de delimitar nortes e critérios para a gestão de recursos orçamentários a ela vinculados¹¹, podemos compreender que o campo das políticas culturais não deve ser o lugar de atuação dos agentes de segurança, como acontece com as ações culturais de favela.

Se nos quadros aqui narrados notamos fortes traços militarizados do Estado, sobretudo em função da presença de policiais na banca de um edital de cultura, também os encontramos nas reflexões de Alexandre Barbalho acerca do período ditatorial de regime militar e a relação Estado/Cultura praticada no momento:

O regime militar não pretendia se restringir a uma ação repressora na cultura. Havia o interesse em atuar na área, como forma de colocá-la sob sua orientação, justamente por perceber a dimensão e a força política da produção simbólica. Dessa forma, foi criado em 1966 o Conselho Federal de Cultura (CFC). O CFC reunia intelectuais renomados, de perfil conservador e escolhidos entre instituições consagradas como o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e a Academia Brasileira de Letras¹².

A formação de um conselho com tal perfil durante a ditadura militar servia para ser compatível aos planejamentos do governo para o campo cultural. Se compararmos tal fato com a inclusão de policiais militares na banca de seleção do edital para funk, é possível compreendermos a atuação do Estado nas questões de vida na favela sendo pautada pela militarização.

No caso das favelas cariocas, até para o fazer cultural se torna preciso estar de acordo com a lógicas da Segurança Pública. Após instalação das UPPs, o histórico de atravessamentos da SESEG/RJ apresenta também outros episódios, como veremos adiante.

3. As Resoluções 013 e 014

A Resolução N° 013 da SESEG/RJ foi publicada em 23 de janeiro de 2007, e a Resolução Conjunta N° 135 da Secretaria de Estado de Defesa Civil

11 As atribuições da SEC/RJ estão declaradas no endereço eletrônico oficial do órgão: <http://www.cultura.rj.gov.br>.

12 BARBALHO, 2008, pp. 66-67.

e Secretaria de Estado de Segurança tem como data de publicação 20 de fevereiro de 2014. Neste artigo, nós iremos, brevemente, avaliá-las e comparar suas formas de aplicação. Para tal, chamaremos a Resolução 135 de Resolução “014”, como ficou conhecida entre os agentes do movimento funk, devido a sua similaridade com a anterior.

De maneira geral, podemos dizer que se trata de resoluções que garantem a atuação dos aparelhos de segurança pública para a manutenção e preservação da ordem na realização de atividades e eventos culturais, sociais, esportivos, de cunhos religiosos ou de qualquer outro tipo que promova concentrações de pessoas, no estado Rio de Janeiro¹³.

Em suas Considerações, a 013, resolução já revogada, declara existir uma “necessidade de uniformizar a atuação conjunta dos órgãos da administração pública estadual na manutenção e preservação da ordem pública” para realização dos citados tipos de eventos¹⁴. Faz-se necessário também que os órgãos públicos sejam avisados previamente sobre essas realizações para que possam garantir segurança e determinada ordem pública e inibir atividades que possam contrapor a esses objetivos.

Para autorização de um evento, a 014 também reconhece a mesma necessidade de processos padronizados, de forma que determina a importância “dos órgãos públicos serem informados, previamente, sobre a realização de eventos em locais que demandem ações de prevenção contra incêndio e pânico, de atendimento pré-hospitalar, de policiamento ostensivo e de polícia judiciária”¹⁵.

O procedimento para um realizador obter dos devidos órgãos públicos a autorização para seu evento é composto pela entrega de uma série de documentos e formulários publicados anexos à Resolução. Se na 013 era preciso encaminhar o requerimento para realização à PMERJ e Polícia Civil (PCERJ), na 014, a autorização deveria ser solicitada também ao Corpo de Bombeiros (CBMERJ), como vemos no quadro abaixo.

13 Nesse aspecto há uma diferenciação entre as duas resoluções: a 013 se pronuncia sobre a realização de eventos artísticos, sociais e desportivos no estado do Rio de Janeiro; já a 014 considera, além desses, eventos do tipo religioso e de qualquer outra natureza que promova concentração de pessoas.

14 RIO DE JANEIRO (Estado), 2007.

15 RIO DE JANEIRO (Estado), 2014.

QUADRO 1 – Comparativo entre as Resoluções nº 013 e nº 135 (“014”)

| 013 | 014 |
|--|--|
| <p>1. São consideradas autoridades competentes pela SESEG/RJ para autorizar a realização de eventos artísticos, sociais e desportivos:</p> <p>a) O Comandante da OPM, da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – PMERJ, da Secretaria de Estado de Segurança – SESEG, responsável pelo policiamento da área onde se realizará o evento;</p> <p>b) E o Delegado-Titular da Unidade de Polícia Judiciária da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro – PCERJ, da Secretaria de Estado de Segurança – SESEG, da circunscrição policial onde será realizado o evento.</p> | <p>1. São considerados agentes públicos competentes para autorizar a realização de eventos culturais, sociais, desportivos, religiosos e quaisquer outros que promovam concentrações de pessoas:</p> <p>a) O Comandante da Organização Policial Militar (OPM), da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – PMERJ, da área onde se realizará o evento;</p> <p>b) O Delegado Titular da Unidade de Polícia Administrativa e Judiciária – UPAJ, da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro - PCERJ, em cuja circunscrição se realizará o evento;</p> <p>c) O Diretor de Diversões Públicas do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro – CBMERJ;</p> <p>d) O Comandante da Organização de Bombeiros Militar da área onde se realizará o evento.</p> |
| <p>2. Considerando a natureza e o tipo do evento a ser realizado, poderão as autoridades indicadas nesta Resolução exigir, motivadamente, outros requisitos que visem à prevenção da incolumidade das pessoas e do patrimônio e a repressão às atividades criminosas.</p> | <p>2. Para concessão da autorização solicitada deve ser levado em conta o tipo de local, a natureza do evento, a classificação etária, o público estimado, cujo quantitativo classifica o evento em pequeno, médio e grande porte, a duração e horário, além do cumprimento de requisitos estabelecidos por cada órgão autorizador.</p> |
| <p>3. A autorização para que o evento ocorra poderá ser revogada ou suspensa a qualquer tempo, desde que devidamente fundamentada pela autoridade que a concedeu.</p> | <p>3. A autorização para que o evento ocorra poderá ser revogada ou suspensa a qualquer tempo, desde que devidamente fundamentada pelo agente público que a concedeu.</p> |

Fonte: Elaborado pelos autores¹⁶

16 A partir de: RIO DE JANEIRO, 2007; 2014.

Distinguindo os portes de eventos, a 014 elenca diferentes documentos a serem entregues à PMERJ, PCERJ e ao CBMERJ para a autorização de realizações de pequeno, médio e grande portes, levando em conta especificidades do evento e seu local de realização para, então, discriminar os requisitos a serem cumpridos, o que a diferencia da 013.

Com a 014, a necessidade do controle policial fica mais explícita quando se trata de eventos de médio e grande porte, determinando que o realizador deve delimitar áreas para a permanência de agentes de segurança para policiamento ostensivo. De igual modo, devem ser tomadas, pelo produtor da atividade, providências para impedir a atuação de guardadores de carro não autorizados, bem como a prática de atividades entendidas como vandalismo. É preciso também planejar estratégias para a mobilidade de policiais, caso seja necessário, e solicitar serviços como iluminação ou poda de árvores para melhorar a vigilância policial.

No livro *Política Cultural com as Periferias*¹⁷, o artigo escrito pelo pesquisador Luiz Fernando Moncau e pelo advogado Guilherme Pimentel aborda a relação do funk carioca e a legislação, dando enfoque à resolução 013:

A resolução 013 não distingue eventos por tamanho e, dessa forma, eventos de menor porte acabam abarcados pela Resolução, ficando sujeitos à obediência deste extenso rol de exigências. Trata-se, evidentemente, de medida desproporcional e, portanto, inadequada aos fins que pretende atingir¹⁸.

Ignorando as variações dos portes de eventos, a Resolução N° 013 da SESEG/RJ ainda declarava em seu 2° artigo que:

Parágrafo único - Considerando a natureza e o tipo do evento a ser realizado, poderão as autoridades indicadas nesta Resolução exigirem, motivadamente, outros requisitos que visem à prevenção da incolumidade das pessoas e do patrimônio e a repressão às atividades criminosas. De igual modo, poderão as autoridades indicadas nesta Resolução, suprirem, motivadamente, determinados requisitos considerando o grau mínimo de risco à segurança pública e a natureza do evento artístico, social e/ou desportivo de pequena ou média monta em homenagem ao princípio da proporcionalidade.¹⁹

17 PASSOS, *et al.*, 2013.

18 MOUNCAU; PIMENTEL, 2013, p.70.

19 RIO DE JANEIRO (Estado), 2007.

São dispositivos como este que formam brechas para o não entendimento pleno da resolução por parte dos realizadores dos eventos e criam liberdade para que os agentes de segurança operem com critérios não previstos na regulamentação. Quanto a esse aspecto, Facina relata: “Como me disse um deputado da oposição à época, essa lei foi feita para alimentar a corrupção policial, pois ‘criava dificuldade para vender facilidade’, dando a entender que era preciso ‘comprar’ o nada opor dessas autoridades”²⁰.

Em seu artigo, Moncau e Pimentel também alertam para esse funcionamento que propicia o “aumento do nível de corrupção na administração pública”, concluindo que “a lógica da relação entre Estado e Produtores Culturais, que deveria ser de orientação e acompanhamento, passa a ser de informalidade e repressão”²¹.

Tal repressão recai sobre os produtores que não têm meios para cumprir todas as exigências do Estado, pois suas atrações atendem a um público que não tem dinheiro para pagar ingressos de custo elevado. Sendo assim, sem amplo orçamento, como é o caso das práticas culturais cotidianas de favela, tais eventos não se configuram como grandes produções.

Há ainda, em ambas as resoluções, a afirmação de que a liberação para o evento pode ser revogada em qualquer momento por qualquer um dos órgãos competentes, impossibilitando sua realização caso seja identificado risco à segurança pública, seja esse risco anterior ou consequente do decorrer do evento em questão.

O espaço para revogação certamente se faz necessário para casos em que seja real o risco à segurança do público e da população ao redor. Entretanto, ele é também facilitador do abuso de poder dos agentes de segurança, como nos foi relatado em pesquisa:

Eu, como produtor, me vi muitas vezes preso e com medo de fazer festa e ter problemas com a Polícia. Você faz um investimento enorme com bebida, com som, com DJ, com iluminação, com decoração e todos os custos de uma produção de uma festa e imagina você chegar lá e a Polícia falar assim: “Não vai ter!”²²

20 FACINA, 2014, p. 7.

21 MONCAU; PIMENTEL, 2013, p. 71.

22 Entrevista com produtor cultural no Complexo do Alemão e coautor do Projeto *Baile Chaturba* no Edital de 2013, concedida em 20 de fevereiro de 2015.

O caso acima relatado por um produtor cultural do Complexo do Alemão, infelizmente, é habitual em favelas com a experiência de pacificação. De acordo com suas palavras, quando os policiais estão em atuação, “querem se vingar da equipe, destroem toda a equipe de som”²³ para impedir que as festividades do território sejam realizadas.

A nosso ver, a arbitrariedade policial revela a perseguição do Estado às práticas culturais de origem popular, sobretudo o funk. Adotando como forma de castigo a proibição de eventos, a implementação das UPPs atua para além da segurança, ditando as regras para outros campos da vida na favela.

Em entrevista que é parte do acervo de nossa pesquisa, o Tenente Coronel da PMERJ, chefe da Coordenação de Ensino e Pesquisa da Polícia Pacificadora, diretor da Escola de Polícia de Proximidade, responsável pela formação dos policiais militares atuantes nas UPPs, falou sobre as exigências impostas para as realizações das produções culturais nas favelas. Indicando necessidades como saídas de emergência, extintores de incêndio e planejamento para mobilidade dos agentes de segurança em casos urgentes e inesperados, também apontou ser preciso pensar além dos padrões de segurança:

Aí acontece com segurança e tal, vamos pras outras questões: até que horas vai esse baile funk? Porque você não tem isolamento acústico. As pessoas vão ficar acordadas até que horas? [...] alguns bailes, em algumas localizações, não atingem só o pessoal da comunidade, atinge o pessoal do asfalto também. Por exemplo, o próprio Pavão-Pavãozinho atinge o pessoal do asfalto. O que que a gente pediu pra eles? Faça o baile o dia que vocês quiserem. O que a gente quer é só isso: segurança.²⁴

O representante das UPPs justifica que o órgão expressa em suas ações apenas preocupação com a realização dos eventos em segurança. Porém, não considera como função do Estado criar condições que possibilitem aos produtores culturais de favela desenvolverem suas atividades de acordo com as normas que lhe são exigidas.

Por exemplo, uma vez identificada a necessidade do isolamento acús-

23 Entrevista com produtor cultural no Complexo do Alemão e coautor do Projeto *Baile Chaturba* no Edital de 2013, concedida em 20 de fevereiro de 2015.

24 Entrevista com o Tenente Coronel da PMERJ concedida à pesquisa em 25 de julho de 2014.

tico para atender às normas de segurança pública, podem ser criados equipamentos culturais públicos. Nas favelas cariocas, há outros equipamentos implementados com participação do Estado, como bibliotecas, teatros e lonas culturais e, neste sentido, também é possível planejar novos espaços entregues à população com infraestrutura adequada e condizente com as regras exigidas para obtenção de liberação de eventos de maior porte, como os bailes funk. Ou ainda, podem ser efetivadas adequações na estrutura de espaços já existentes, como quadras esportivas e equipamentos culturais comunitários, para viabilizar a realização de atividades culturais e, dessa forma, construir uma relação de parceria do Estado com representantes dessas localidades, apoiando e reconhecendo suas práticas culturais.

Poderiam ser eficientes, ainda, a prestação de assessoria em planejamento para produtores através de um posto de atendimento permanente na SEC/RJ, e não apenas em períodos de inscrição em editais. Bem como a confecção de cartilhas que instruísem sobre as boas condições necessárias para produção segura de um evento, compartilhando as informações para que produtores, público e moradores em geral reconheçam as questões que envolvem a atividade.

Sob a luz de Oliveira, podemos perceber as práticas do Estado como dirigidas “por princípios contraditórios que envolvem sempre aspectos de proteção e de repressão, acionados alternativamente ou de forma combinada segundo os diferentes contextos e os distintos interlocutores”²⁵.

O mesmo Estado, que decreta lei de reconhecimento do funk como cultura e elabora programas de incentivo às suas linguagens artísticas, também age com repressão por meio de censura e proibições. O caráter incentivador aqui se contrapõe aos atos de repressão que engessam o desenvolvimento da produção cultural no território.

Recorrendo ao discurso oficial de preservação da segurança e à justificativa de manutenção da ordem pública, quando favorável, as práticas de pacificação seguem militarizando o território, interferindo na política de incentivo e transformando-a em uma prática naturalizada de tutela do Estado sobre a cultura de favela.

25 OLIVEIRA, 2014, p. 130.

4. Políticas de incentivo, censura e tutela

“Pô, cara, você tá há tanto tempo tentando, tentando e não dá em nada... Já ouviu falar no edital?” aí eu falei que não sei nem o que é isso, nem o que significava edital. Aí ele mandou uma página lá e eu fui ler, e li todinha, li tudo e não entendi nada. Li, li, li e são palavras que eram em hebraico, que não entendia nada disso.²⁶

A fala acima é de DJ Byano, residente do Baile da Chatuba e contemplado no edital 013/2013 como proponente do projeto de mesmo título. Localizado no bairro Penha, esse baile é referência e já recebeu o título de “Maracanã do Funk” por ter sido palco principal dessa manifestação cultural no Rio de Janeiro e por sua capacidade de, antes das proibições policiais, atrair bondes de outros estados do país, lotando a quadra e movimentando a economia local.

O trecho da entrevista ilustra a relação entre os proponentes alvos na seleção pública e o discurso eleito para compor as instruções do edital, tornando-o de difícil compreensão. Tendo como experiência um edital anterior também visando às práticas funkeiras, a SEC/RJ tinha traçado um plano de ações para alcançar seu público, que não é familiarizado com o seu processo excessivamente burocrático.

O edital anterior, publicado pela SEC/RJ em 2011, foi denominado Seleção Pública de Projetos de Criação Artística no Funk e não previa contemplar especificamente os bailes funk. Durante seu período de inscrições, foram realizadas caravanas de oficinas para explicação sobre o edital e esclarecimento de dúvidas sobre o processo para os candidatos.

Apesar da complexidade já poder ser identificada na linguagem utilizada pelo edital que, frente a tamanha dificuldade para compreensão, parecia ter sido escrito em um outro idioma, como nos diz o DJ Byano, a alternativa escolhida pela Secretaria de Cultura foi novamente as caravanas. Em 2013, a chamada pública recorreu às ações de oficinas de desenvolvimento e formatação de projetos para agentes do funk, e a instalação de um escritório de projetos para acompanhamento contínuo.

O auxílio aos produtores interessados em inscrever um projeto para ser submetido ao edital, prestado pelo escritório de projetos da SEC/RJ, a

26 Entrevista concedida à pesquisa em 07 de março de 2015.

nosso ver funciona como paliativo, na medida em que não busca eliminar na origem – na linguagem do edital, em si – os problemas de incompreensão textual. As dúvidas relacionadas à elaboração de um projeto cultural e as questões burocráticas buscavam ser sanadas pela equipe do escritório, porém, sabemos que a apropriação e domínio de determinadas formas linguísticas e gêneros discursivos requer uma temporalidade maior.

Todavia, para além das dificuldades de submissão de projeto, identificamos que o período posterior à divulgação dos resultados, que envolve os projetos selecionados para realização de bailes funk, também apresentou inúmeros percalços. Com regras que não haviam sido apresentadas no edital ou em qualquer outro documento oficial, a equipe da SEC/RJ passou a determinar aos proponentes contemplados condições como o horário de início e término, músicas que não deveriam ser tocadas, entre outros.

Somada às normas imprevistas pelos produtores e apresentadas pela Secretaria de Cultura, a necessidade de obter o aval do Comandante da UPP local para realização dos eventos era mais um impasse para os bailes acontecerem.

Com isso, houve atraso de um ano, que se arrastou da divulgação do resultado em 25 de abril de 2014, via Diário Oficial, até os primeiros bailes sendo realizados nos territórios. Significativa parte dos bailes selecionados sofreram adiamentos, uma vez que a maioria está em territórios sob comando de UPP, de acordo com o que indica o gráfico abaixo.

GRÁFICO 1 – Área dos Bailes Contemplados



Fonte: Elaborado pelos autores²⁷

27 O gráfico apresentado foi produzido pela equipe de pesquisa após levantamento de dados recolhidos em nossas entrevistas e contato com a Coordenadoria de Cultura, Cidadania e Juventude da SEC/RJ. Cabe ressaltar que a coluna “localidade não identificada” foi incluída em função da não disponibilidade de endereço dos projetos. Assim, em alguns casos, os títulos não possibilitavam a identificação de sua localidade.

Vale ressaltar que chegar a esses dados foi um processo confuso, pois até as informações publicadas sobre o resultado do edital se contradizem. A quantidade total de contemplados e nomes dos projetos são diferentes na referida publicação do resultado, no site oficial da SEC/RJ, em comparação à relação enviada a nossa equipe de pesquisa pela Coordenadoria de Cultura, Cidadania e Juventude, em novembro de 2015.

Considerando tal relação enviada após dois anos do lançamento do edital, formamos a seguinte relação:

- Dos dezessete projetos de bailes selecionados, treze realizaram as três edições;
- Um projeto de baile realizou apenas duas das três edições previstas;
- Três projetos de baile ainda não haviam realizado nenhuma edição até o segundo semestre de 2017.

Esses traços nos indicaram atrasos na realização de bailes, em sua maioria, provocados por burocracias e entraves apresentados por representantes de Segurança Pública, conforme podemos perceber na seguinte fala:

Ele sempre arranjava alguma coisa, e ele falava “Se for ter baile, eu posso até deixar ter baile, mas eu quero 30 responsáveis do baile, porque, se acontecer alguma coisa, não vou ser eu o responsável, vão ser todos os 30, abaixo assinado e tal...” Ele queria que eu fosse no Comando Geral do Corpo de Bombeiros, lá no Centro, pra eles poderem vir aqui, verificar a quadra. Pô, isso aqui é um empreendimento da prefeitura, cara.²⁸

Na fala acima, a figura “ele” é usada em referência a um ex-comandante da UPP da Chatuba, no Complexo da Penha, reconhecido por apresentar inúmeros impedimentos para as realizações de bailes, embora estes já contassem com o reconhecimento do Estado, por meio da SEC/RJ, e com recursos financeiros para a realização obtidos pelo Edital para Bailes e Criação Artística no Funk. Cabe destacar que, coincidentemente ou não, o baile somente foi realizado após a saída deste comandante.

Tais impedimentos não se findaram após a “volta dos bailes”, marcando a relação Produtor/Agentes do Estado pela contínua condição de negociação das atividades culturais pelas linhas de Segurança, como podemos perceber a seguir.

28 DJ Byano, Produtor Cultural contemplado no Edital para Baile Funk e Criação Artística em entrevista à pesquisa, em 07 de março de 2015.

5. Bem na fita com a polícia

Em seu texto *Unidade de Porrada em Preto*, Facina reflete sobre os impactos causados pela instalação das UPPs. Traduzindo o significado das UPPs na realidade cultural de uma favela, a antropóloga diz:

No mundo real, UPP significa não ter mais o baile funk, diversão barata, acessível e atividade expressiva da juventude favelada. UPP quer dizer também que você precisa “estar bem na fita” com a autoridade policial que comanda a unidade para poder realizar eventos culturais, sejam eles públicos ou privados²⁹.

Na Cidade de Deus, acontece o Baile do Coroado, que é apresentado pela SEC/RJ como um modelo a referenciar os demais. Uma classificação que desconsidera que cada baile, sendo uma atividade cultural, possui suas próprias características em relação aos dias, horários, dentre outros aspectos relacionados aos seus locais de realização³⁰.

O responsável pela realização do Baile do Coroado é Rodrigo Felha, produtor cultural, fundador do grupo *Arteiros*, cineasta e diretor do Grêmio Recreativo Escola de Samba Coroado de Jacarepaguá. Segundo ele, que vivenciou os atos de censura ao funk na Cidade de Deus, no início da implementação da UPP, a favela “sofreu muito”. Sofreu ao ponto de policiais invadirem a casa de moradores que estivessem ouvindo funk e ordenarem que desligassem o som.

A festa junina que normalmente dentro de qualquer favela toca-se funk também. Você não podia colocar nem a batida, nem a batida. Não tinha letra, só a batida. A polícia ia e mandava desligar o som também. Então foi uma ditadura esse início de UPP, que o funk passou³¹.

A mudança de posicionamento do comando local e a categorização da SEC/RJ do Baile do Coroado como um baile modelo decorrem, de acordo com Felha, da boa organização do evento e do bom diálogo que construíram com o Estado, representado, na favela, pelos agentes de Segurança Pública: “Então, é você ter um baile funk que dez minutos antes de acabar, tem dez, quinze

29 FACINA, 2013.

30 PASSOS; FACINA 2015, p. 9.

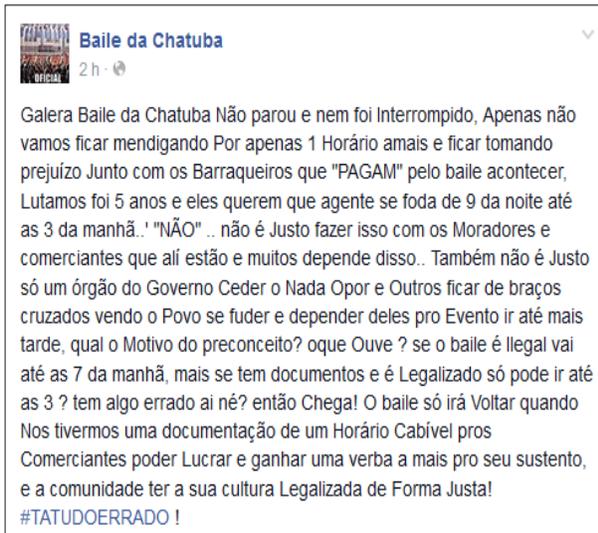
31 Rodrigo Felha em entrevista à nossa pesquisa em 25 de março de 2015.

seguranças fazendo a proteção da UPP. Aí, os caras [policiais]: Que baile é esse? Caralho. É... O baile antes de acabar manda quinze seguranças”.³²

A nosso ver, quando pensar a proteção da UPP passa a ser parte da produção de um evento é porque a tutela militarizada do Estado está tão naturalizada que aparenta ser necessário aceitá-la para dar continuidade a vida cultural da comunidade. Configura-se, assim, uma inversão de papéis nessa irregular relação entre Agente de Segurança Pública e Produtor Cultural. Afinal, o segundo passa a ser obrigado a pensar, além de nas demandas comuns à execução de uma atividade cultural, também nas logísticas de proteção à base de segurança da UPP. “Estar bem na fita” com a polícia significaria, então, viver em constante negociação com o Estado Armado e lidar não com as formas de incentivo para desenvolvimento de ações culturais, mas com a supremacia da política de Segurança Pública.

Em 24 de outubro de 2015, indo contra o exaustivo modelo de negociações com o comando local da UPP, a página oficial do Baile da Chatuba anunciou em uma rede social seu posicionamento frente às exigências policiais que estavam há semanas impedindo a realização dos bailes, conforme a imagem:

IMAGEM 1 – Publicação em rede social do Baile da Chatuba



Fonte: Acervo Pessoal, Registro de tela contendo postagem feita em rede social.

32 Rodrigo Felha em entrevista à nossa pesquisa em 25 de março de 2015.

As condições impostas pela SEC/RJ e SESEG/RJ e as consequentes caracterizações dos eventos provocadas pelas contínuas negociações despertam a insatisfação dos produtores. Tal sentimento se opõe ao estado esperançoso que se via com o início do edital, com a possibilidade de se trazer de volta a liberdade para o funk.

Esse dado também aponta para ausência de diálogo para atingir o declarado objetivo de capacitar os agentes e produtores do funk, uma capacitação que não atenta para o modelo de produção já existente nas favelas e tenta moldar suas práticas.

Integrante da banca de seleção do Edital para Bailes e Criação Artística no Funk, o produtor cultural Mateus Aragão, em entrevista à pesquisa, refletiu sobre a relação entre Estado e Produtores culturais de favela:

O que o Estado tem de fazer é ser sócio dos empreendimentos desses indivíduos, cara. Assim como ele é sócio de todos empreendimentos industriais e comerciais, né. O Estado é praticamente sócio de tudo [...] Qual o pecado do Estado ser sócio do indivíduo, né? Ser sócio do Byano na realização de um baile funk que vai gerar toda uma economia naquela comunidade?³³

Registros de nosso diário de campo ainda complementam a avaliação do produtor cultural sobre a assimetria dessa relação. Durante a entrevista com o produtor ele indicou que para o governo este edital fora muito vantajoso. O produtor propõe que avaliemos o cenário como um jogo, no qual o Governo do Estado estaria ganhando, entretanto, para o funk, que antes sequer estava jogando, o fato de entrar em campo poderia ser considerado como uma conquista³⁴.

Embora os eventos realizados representem a entrada do funk nesse jogo, deve ser continuamente repensada a política pública de incentivo aplicada à cultura de favela para que ela seja de desenvolvimento, e não instrumento de repressão por parte do braço armado do Estado, ou ainda, para que não sejam jogos cujas partidas já possuem resultados previamente estabelecidos.

33 Mateus Aragão, produtor cultural e um dos criadores dos eventos “Rio Parada Funk” e “Eu Amo Baile Funk”, em entrevista à pesquisa em 06 de maio de 2015.

34 Registo de Diário de Campo de Pâmella Passos em 06 de maio de 2015.

6. Considerações finais: agoniza mas não morre

A frase lembrada acima é trecho do samba de mesmo título. A composição que retrata trajetória do samba sob o olhar de Nelson Sargento faz-se similar à leitura do momento do funk no contexto deste edital, nos seguintes versos:

Mudaram toda a sua estrutura,
Te impuseram outra cultura,
E você nem percebeu³⁵

Quando a SEC/RJ ditou normas que, para se adequarem, os bailes precisaram se descaracterizar de sua cultura local, foi imposto um novo modelo no qual eles não estão sendo representados.

Falta nas políticas públicas voltadas às práticas culturais de favela a garantia de que haja desenvolvimento artístico, manutenção e preservação da identidade cultural local, e não apenas uma incorporação destas às lógicas e práticas hegemônicas no asfalto.

Faz-se necessário um olhar atento do Estado para elaborar políticas junto aos produtores de funk, como previa o Edital para Bailes e Criação Artística no Funk, em 2013. A exemplo do Baile do Coroado, temos um baile funk que conseguiu movimentar a economia da favela e fomentar a produção carnavalesca do G.R.E.S Coroado de Jacarepaguá. Esse é um fator importante na comprovação do quanto o funk pode potencializar a economia cultural local.

Desse modo, nos é revelada a importância de o Estado promover diálogo com a comunidade funkeira para criação de um programa de manutenção e trabalho continuado no funk, como já existem para outras linguagens artísticas, a exemplo, programas de manutenção de grupos e companhias de teatro.

Com o Edital de Funk 2013, a SEC/RJ passou a compreender como bonde os “grupos informais que agregam artistas atuantes no universo criativo do Funk Carioca, sejam eles DJs, MCs ou Dançarinos”. Sendo assim, um programa para manutenção de bondes de funk criaria condições para adequação do espaço onde o baile é realizado, um espaço que é ocupado

35 SARGENTO, 1979.

não só pelo funk, mas por outras expressões culturais do território. Além disso, permitiria investimento na profissionalização desses artistas.

A cultura na favela já existia e se sustentava antes do Estado pensá-la como ponto a ser incentivado. Sobrevivente, ela não precisa de moldes a que se adequar, mas de órgãos públicos que sejam seus parceiros para desenvolvimento. Enquanto é predominante a falta de sensibilidade do Estado para tais necessidades, os atores culturais da favela seguem com suas produções. Não morrem. Resistem cotidianamente por meio da arte como instrumento político.

Referências

- BARBALHO, Alexandre. *Textos Nômades: Política, Cultura e Mídia*. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 2008.
- FACINA, Adriana. Cultura como crime, cultura como direito: a luta contra a resolução 013 no Rio de Janeiro. In: REUNIÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 29., 03–06 ago. 2014, Natal. *Anais...* Natal: Campus Central da UFRN, 2014. Disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402015578_ARQUIVO_Culturacomocrimeculturacomodireito2.pdf. Acesso em: 06 mar. 2021.
- FACINA, Adriana. Unidade de Porra em Preto [Orelha do Livro]. BRITO, Felipe; OLIVEIRA, Pedro Rocha de. (Orgs.) *Até o Último Homem: Visões cariocas da administração armada da vida social*. Rio de Janeiro: Boitempo Editorial, 2013.
- LOPES, Guilherme. *O Cultura Vida e a Economia Criativa: ensaios sobre as políticas culturais no Brasil contemporâneo*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Produção Cultural) - Instituto de Arte e Comunicação Social, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2015.
- MONCAU, Luiz Fernando; PIMENTEL, Guilherme. O Funk Carioca e a Lei - problemas e recomendações. In: PASSOS, Pâmella; DANTAS, Aline; MELLO, Marisa S. (Orgs.) *Política Cultural com as Periferias: Práticas e Indagações de uma Problemática Contemporânea*. Rio de Janeiro: Instituto Federal do Rio de Janeiro, 2013, pp. 61-78.
- OLIVEIRA, João. Pacificação e tutela militar na gestão de populações e territórios. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, pp. 125-161, abr. 2014.
- PASSOS, Pâmella; FACINA, Adriana. Baile Modelo!: Reflexões sobre práti-

- cas funkeiras em contexto de pacificação. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS CULTURAIS, 6., 26-29 mai. 2015, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 27 mai. 2015.
- PASSOS, Pâmella; DANTAS, Aline; MELLO, Marisa S. (Orgs.) *Política Cultural com as Periferias: Práticas e Indagações de uma Problemática Contemporânea*. Rio de Janeiro: Instituto Federal do Rio de Janeiro, 2013.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Segurança do Rio de Janeiro. *Resolução SESEG nº 013 de 23 de Janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado de Segurança, 23 jan. 2007. Disponível em: https://seopniteroi.files.wordpress.com/2013/11/res-seseg-13_23-01-2007.pdf. Acesso em: 06 mar. 2021.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Segurança e Secretaria de Estado de Defesa Civil do Rio de Janeiro. *Resolução Conjunta SESEG/SEDEC nº 135 de 20/02/2014*. Rio de Janeiro: Diário Oficial, 21 fev. 2014. Disponível em: http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao_conjunta_sesegsedec_.htm. Acesso em: 06 mar. 2021.
- SARGENTO, Nelson. *Agoniza Mas Não Morre*. In: SARGENTO, Nelson. *Sonho de Um Sambista*. São Paulo: Gravadora Eldorado, 1979. CD. Faixa 4 (04:49).

Recebido em 03 de outubro de 2018.

Aprovado em 29 de julho de 2020.

Múltiplos sentidos de Direito e a busca do significado principal

Multiple senses of law and the search for the focal meaning

Renato José de Moraes*

Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis – RJ, Brasil

1. Introdução

A palavra “direito” é empregada de modos diversos, abarcando realidades distintas. Isso é reconhecido de maneira praticamente unânime¹. Neste artigo, iremos refletir sobre a polissemia dessa palavra ou termo, e esperamos obter luzes para a compreensão do jurídico. Tal reflexão será feita a partir de conceitos tomados da filosofia clássica, como a analogia e a predicação *ad unum* ou *proσ ev*.

Inicialmente, convém esclarecer que analogia aqui não é propriamente aquela prevista pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o Decreto-Lei n. 4.657, em seu art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Esta analogia estabelecida pela lei é um instrumento para a decisão judicial, fundando-se em uma comparação entre casos semelhantes, mas não iguais, para orientar a solução de um caso novo.

* Doutor em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito pela USP. Com estágio a nível de pós-doutorado na Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professor de direito e filosofia. Pesquisador do NTDH – Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos, da UFRJ. E-mail: renatojmoraes@gmail.com.

1 Cf. FERRAZ JÚNIOR, 2015, pp. 11-17; REALE, 2015, pp. 61-64; NINO, 2007, pp. 11-16; HART, 1994, pp. 1-6.

Ao contrário, a analogia a que nos referiremos no decorrer deste artigo refere-se à relação entre conceitos próximos, indicando que possuem uma raiz comum. Portanto, é uma noção muito mais ampla e complexa que a analogia prevista na LINDB e pode ser aplicada em inúmeros campos do saber, tanto teóricos quanto práticos. A analogia na decisão jurídica é uma das possíveis aplicações do conceito geral de analogia².

A expressão “direito” é empregada para denominar entes distintos. Logo, ela certamente não é um termo unívoco, ou seja, um daqueles que são empregados com o mesmo significado para diferentes sujeitos. Exemplos de termos unívocos são “ser humano”, quando predicado de qualquer indivíduo da espécie humana, ou “cadeira”, para determinados móveis nos quais as pessoas se sentam.

Os termos equívocos ou homônimos, por outro lado, apresentam a mesma expressão verbal ou escrita, sem que nada tenham em comum quanto ao conceito que representam nos vários contextos linguísticos. É o que sucede com as palavras “manga”, que serve tanto para a fruta quanto para o pedaço da camisa, ou “bala”, que é o doce e também o projétil de uma arma. A semelhança de palavras é mera coincidência, sem que haja qualquer ligação clara entre as duas realidades expressas por aqueles sinais escritos ou verbais³.

Se “direito” não pode ser classificado como unívoco, tampouco deverá ser considerado como equívoco. Afinal, notamos algo comum, uma base de significado compartilhada, ainda que não idêntica, nas diferentes aplicações que fazemos desse vocábulo. Isso nos leva a outras classificações, a respeito da relação entre conceitos expressos com os mesmos vocábulos ou fonemas, que estão entre a univocidade e a equivocidade.

Para os medievais, como Tomás de Aquino, Alberto Magno e Averróis, essas classificações intermediárias são tipos de analogias⁴. Outros autores, fundados em Aristóteles, consideram que nem todas as possibilidades entre univocidade e equivocidade sejam analogias. Haveria diferentes homonímias não fortuitas ao lado da analogia, como a chamada atribuição *ad unum*, ou relação a um termo único, que se dá quando uma mesma palavra é empregada

2 WEINREB, 2016, pp. 56-60; SUSTEIN, 1992, pp. 743-749.

3 ARISTÓTELES, Cat. c. 1; 1, a, 5 – 12.

4 TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Metaphysicae*, lib. 4, l. 1, nn. 7-9; LIBERA, 1989, em um texto primoroso.

em contextos diversos, sempre fazendo referência ao significado principal, do qual os demais sentidos derivam⁵.

No âmbito anglo-saxão, esta atribuição *ad unum*, ou *proσ ev* em grego, foi denominada de *focal meaning* por G. E. Owen, em um artigo de vasta influência⁶. Esta nomeação foi acolhida por autores latinos como Aubenque, que pretendeu aperfeiçoá-la trocando-a pela expressão *unité focale de signification*⁷. Assim, a analogia foi diferenciada da atribuição *ad unum* ou sentido focal.

Independentemente de admitirmos ou não essa diferenciação, várias dificuldades são solucionadas quando percebemos que o termo “direito” não é sempre idêntico, pois representa conceitos relativamente distintos – não totalmente – em diversos âmbitos. Em outras palavras, reconhecemos que se trata de um conceito que não é unívoco, nem equívoco. Discernir isso leva a um enriquecimento de entendimento, fundamental para a teoria e prática do direito.

Então, afirmações como a de Nino perdem parte considerável da sua razão:

*La palabra “derecho” es ambigua, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de “banco”), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí*⁸.

Não é uma ambiguidade prejudicial ou uma inexatidão lamentável. Trata-se de analogia, na linguagem dos medievais, ou de atribuição *ad unum*. Em qualquer desses casos, é um uso da linguagem que não deve ser evitado ou criticado, e sim assimilado e, posteriormente, controlado.

Autores relevantes reconheceram o caráter polissêmico do termo “direito”. Herbert Hart ressalta que “direito” é uma palavra empregada em uma série de casos que não estão ligados entre si por mera uniformidade, mas acham-se vinculados por relações menos diretas a um caso central (*central case*), relações essas que podem ser de analogia de forma ou de conteúdo⁹.

5 AUBENQUE, 1962, pp. 198-206; 1978; 1989; OWENS, 1978, pp. 107-128; BERTI, 2011, pp. 380-383; PELLEGRIN, 2007, pp. 26-27.

6 OWEN, 1960, pp. 163-90.

7 AUBENQUE, 1989, p. 294.

8 NINO, 2003, p. 14.

9 HART, 1994, p. 81.

Além disso, ele critica duramente a tendência, na filosofia do direito, de considerar que um termo geral deva ser aplicado apenas em situações que compartilhem “qualidades comuns”, sem levar em consideração que há diferentes modos de se empregar um termo universal em distintas situações. Muito tempo e ingenuidade teriam sido desperdiçados na busca dessas “qualidades comuns”, na intenção de chegar a conceitos unívocos. Para fundamentar sua postura, Hart recorre justamente à analogia e à atribuição a um caso central em Aristóteles¹⁰.

Por sua vez, John Finnis refere-se frequentemente ao “significado focal” (*focal meaning*) de um conceito, que é o principal ou central, a partir do qual significados derivados surgem e são utilizados¹¹. Assim, “Estado de Direito” apresentaria, em seu significado primário, uma série de características; se apenas algumas delas estiverem presentes, talvez o Estado de Direito não ficasse descaracterizado pelas notas faltantes, mas essa noção seria aplicada de maneira derivada, fora do *focal meaning*¹².

Assim, estudar os sentidos distintos do direito não é uma novidade¹³. Pelo contrário, eles serão aqui analisados aproveitando-se de autores medievais e clássicos. No entanto, esse recuo no tempo não visa conduzir-nos para uma espécie de arqueologia jurídica, mas fazer recordar-nos de verdades que continuam sugestivas e fecundas.

Inicialmente, examinaremos o que são a analogia e o significado focal, para estabelecer a base teórica na qual nos moveremos. A seguir, vamos relacionar essas noções aos distintos sentidos da palavra “direito”, que é o que nos interessa especificamente.

2. A analogia e o sentido focal ou principal

De acordo com a filosofia clássica e medieval, conforme vimos, uma expressão empregada analogicamente em múltiplas situações tem um significado em parte comum a todas elas. Ou seja, um núcleo de notas presente em todas suas utilizações, o que afasta a equivocidade. Ao mesmo tempo, apresenta elementos distintos, que a separam da mera univocidade. Palavras como

10 HART, 1994, pp. 279-280.

11 FINNIS, 2011, pp. 9-11; 2013, pp. 109-110.

12 FINNIS, 2011, pp. 270-273.

13 ENDICOTT, 2013, pp. 57-60.

“saudável”, “belo”, “bom”, são empregadas cada uma em distintos contextos e expressando conteúdos desiguais, mas sempre mantendo algo conceitualmente próximo nesses sentidos diferentes¹⁴.

Dizemos que uma ação é bela, assim como uma paisagem, um rosto ou uma peça fabricada artificialmente. Igualmente serão saudáveis o animal, o ar que ele respira, a comida que ele ingere, bem como sua fisionomia. Esse tipo de utilização das palavras é bastante comum, e traz à linguagem uma riqueza de sentidos que não existe em uma codificação meramente matemática ou unívoca.

A linguagem é um elemento essencial para a correta apreensão do mundo que nos rodeia e para a interação entre os seres humanos¹⁵. De certo modo, podemos afirmar que a linguagem “fala” por si mesma através dos sujeitos, que por ela somos educados e conduzidos¹⁶.

A analogia pode complicar a comunicação, porque a torna frequentemente menos exata, com significados imediatos ou indiretos se misturando. Por outro lado, essa plasticidade da linguagem, que se mostra na analogia, é um elemento enriquecedor. Ela nos permite descobrir relações reais escondidas por trás dos termos verbais, fazendo com que notemos aproximações existentes entre situações e sujeitos, que são flagradas pelo uso da mesma palavra para tratar deles, sem que haja uma mera coincidência, mas um fundamento comum que se torna patente.

Na filosofia medieval, foram estabelecidas distinções entre tipos de analogias. Porém, não há unanimidade entre os autores quanto à melhor classificação desses tipos, nem quanto ao seu número¹⁷. Para nossos propósitos, é suficiente assinalar três espécies de analogia, que nem sempre se distinguem perfeitamente: a de proporcionalidade, a de proporção e a de atribuição.

A primeira se funda em uma comparação entre duas aproximações ou predicções distintas: do modo como A é semelhante a B, também C é semelhante a D. A relação entre os termos análogos, na proporcionalidade, não é estreita. Por exemplo, se afirmarmos que um ser humano é “leão” por dominar os outros, usaremos um sentido derivado, metafórico, fundado em

14 ARISTÓTELES, *Met*, l. 4, c. 2; 1003, a, 3 – b, 10; TOMÁS DE AQUINO, S. T., I^a q. 13 a. 6 co.

15 PIEPER, 1992, pp. 14-16.

16 HEIDEGGER, 2003, pp. 8-11.

17 FORMENT, 2010, pp. 61-4; PORRO, 2012, pp. 53-61.

que, assim como o leão toma a frente dos outros animais, aquele ser humano se impõe aos demais. Também podemos dizer que o pai se comportou como um leão para proteger seus familiares, porque apresentou uma fortaleza semelhante à força do felino.

Não há, nessa analogia, uma igualdade real, na essência dos elementos envolvidos. Há uma proporcionalidade em relação a uma qualidade, que se manifesta de modo bastante distinto nos envolvidos na analogia, ainda que preservando a ligação de sentido que permite descobrir a similitude que afasta a mera equivocidade¹⁸.

Na analogia de proporção, o que existe em comum entre os elementos é real, com uma igualdade nos entes analógicos superior à encontrada na proporcionalidade. Desse modo, a inteligência é a visão da alma, assim como os sentidos são a visão do corpo; ou seja, ambas são visões, mas não em sentido idêntico. Um animal é dócil de modo análogo a como um ser humano o é, não absolutamente diferente ou igual.

Em certas situações, a distinção entre a analogia de proporção e a de proporcionalidade é dificilmente perceptível¹⁹, o que tira a exatidão da classificação. De qualquer maneira, pode-se dizer que, em ambas as analogias, as comparações se dão entre os conceitos analógicos, *unius ad alterum*, de um a outro, sem que um deles represente a causa pela qual a característica em questão esteja nos demais conceitos.

Por sua vez, a analogia de atribuição apresenta um sentido primário e original daquele termo, a partir do qual derivam os outros sentidos análogos. Por isso, é uma analogia *duorum ad tertium*, de dois a um terceiro. Nesse sentido, “marcenaria” é primordialmente o conjunto de objetos de madeira trabalhados. Por derivação, também nomeamos “marcenaria” a técnica pela qual tais objetos foram produzidos, bem como o local essa arte é exercida. Os instrumentos usados pelo marceneiro são igualmente denominados “de marcenaria”, devido à finalidade a que estão destinados. Portanto, a partir de um sentido primário, conceituamos várias outras realidades pela sua relação com aquele primeiro sentido²⁰.

Para os medievais, a atribuição *ad unum*, chamada de *focal meaning* no âmbito anglo-saxão, seria esta analogia de atribuição. Além disso, vários

18 FABRO, 2010, pp. 220-221.

19 PORRO, 2012, p. 60.

20 FABRO, 2010, pp. 219-20.

deles consideravam que Aristóteles teria a predicação $\text{pro}\sigma\ \text{ev}$ como uma analogia. De acordo com o citado acima, há discussões relevantes e sutis sobre a existência ou não da analogia de atribuição em Aristóteles²¹. Decidir a esse respeito ultrapassa o objeto deste texto.

De qualquer modo, parece razoável reconhecer que existem argumentos robustos para as duas posições. De fato, não é claro que Aristóteles tenha considerado que a atribuição *ad unum* fosse um tipo de analogia. Porém, ainda que seja assim, é possível entender que a interpretação dos medievais foi um desenvolvimento legítimo da doutrina aristotélica²², não apresentando contradição com os princípios dela. Juristas importantes empregaram a analogia nesse sentido, referindo-se à concepção de Tomás de Aquino e seus contemporâneos, como fez Kaufmann, que chega a afirmar: “O direito é originariamente analógico”²³.

A partir dessas considerações, vamos agora examinar como se dá a analogia de atribuição ou, se preferirem, o *focal meaning*, ou predicação *ad unum*, em relação ao termo “direito”. Veremos agora se cabe falar de analogia a respeito dos empregos da palavra “direito”. Ou seja, se há neles um elemento comum, ao lado de aspectos diferentes, que afastem a univocidade e a equívocidade e apontem para a analogia. Também é importante verificar se existe, em relação ao direito, um significado primário e originário, do qual os outros derivam, e quais são as aplicações derivadas ou secundárias mais comuns do termo “direito”.

3. O direito como objeto da justiça

Conforme vimos, na analogia de atribuição ou na atribuição $\text{pro}\sigma\ \text{ev}$ é possível identificar o sentido originário de um termo, a partir do qual surgem os sentidos derivados. No caso do direito, porém, essa tarefa é especialmente difícil, porque tal significado primário praticamente se perdeu. Contudo, ele continua perceptível na linguagem comum e no trabalho cotidiano dos juristas, ainda que consista em uma significação quase desconhecida nos dias de hoje. Para chegar a ela, será preciso retornar aos romanos e comprovar sua atualidade.

21 BERTI, 2011, pp. 380-96; PELLEGRIN, pp. 25-7; FABRO, 2010, p. 207; OWENS, pp. 1978, pp. 107-28.

22 TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Metaphysicae*, lib. 4 l. 1 n. 8; LIBERA, 1989.

23 KAUFMANN, 1976, pp. 56-62.

3.1 As lições do direito romano

Dentre as mais influentes e citadas definições de justiça, está a do jurista romano Ulpiano. Para ele, justiça seria a “vontade constante e perpétua de dar a cada um seu direito”²⁴. Em latim como em português, fica clara a função sintática de objeto direto da palavra “direito”. Na língua original, *ius* é uma palavra no caso acusativo, que é exatamente aquele que indica a função do objeto direito. Portanto, direito é aquilo que é entregue em um ato de justiça, o que é devido para uma das partes; o objeto da justiça. Não se trata de uma função sintática causal, ou instrumental, que em latim corresponderia ao caso ablativo, como se o direito fosse a regra que me obrigasse a entregar a coisa, e não o próprio bem entregue.

O sentido do direito – *ius* – como objeto da justiça, presente no direito romano clássico, pode ser encontrado com anterioridade em Aristóteles, que sustenta ser a justiça o estado que dispõe a fazer o justo, o correto, o direito, o *dikhaion*²⁵. O próprio da justiça é realizar o justo, o direito.

O objeto da justiça, ao contrário das demais virtudes, é algo ajustado não apenas ao agente, mas a uma relação externa a ele, na qual estão envolvidos outros sujeitos. Por isso, podemos verificar se a proporção devida foi ou não observada a partir de fora, de maneira objetiva²⁶.

Como ordena uma relação externa, a justiça tem como objeto algo que está externo às partes envolvidas, no sentido de que está além da sua intimidade²⁷. Ou seja, alguma coisa que é entregue de um para outro, podendo esta coisa ser material ou imaterial, inclusive um bem como a honra e a vida, mas sempre, ao menos de certa forma, mensurável e apreensível pelos sentidos ou pela razão.

Esse juízo de adequação de uma conduta exterior frequentemente é difícil de ser feito em relação às virtudes que dizem respeito aos apetites sensíveis ou mesmo a razão – como a prudência, a coragem, a temperança –, porque regulam algo interior do agente, isto é, seus sentimentos e seus raciocínios.

24 D. 1.1.10 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (JUSTINIANO, 1928, p. 30).

25 ARISTÓTELES, *Ethic.*, l. 5, c. 1; 1129, a, 9 – 10.

26 VILLEY, 2008, pp. 71-2.

27 TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Ethic.*, lib. 5 l. 1 n. 2.

O que permanece apenas no interior do sujeito não tem ainda razão de justiça. Pode em um segundo momento levar a que o agente faça algum mal ou pratique algum bem externamente, surgindo então a injustiça ou a justiça, respectivamente. Porém, enquanto se restringe a algo interno, no âmbito dos pensamentos e dos sentimentos, não se tornou justiça ou injustiça.

Portanto, as coisas exteriores podem ser objeto da justiça. Logo, elas são os direitos. Por exemplo, a casa é o direito do proprietário, que pode usá-la, dispô-la e fruí-la, porque ela lhe foi atribuída por uma razão de justiça. Provavelmente, ele a adquiriu por meio de um contrato: entregou algo para receber a casa. O que ele entregou, era o direito do vendedor, que por isso passou a ter o dinheiro ou outro bem como seu. Por sua vez, o vendedor transferiu a casa, que se torna a partir disso direito do proprietário.

Com relação à propriedade, é fácil descobrir qual é o direito. Também os contratos têm por função determinar qual será o direito de cada um no seio das transações, nas quais uma parte entrega algo para receber em troca um bem. A interpretação e aplicação de qualquer negócio jurídico visará exatamente descobrir a intenção das partes e as relações de equilíbrio, que devem culminar em uma justa distribuição, pela qual cada um recebe o seu direito, o que lhe é devido.

Por sua vez, em um cargo público, o direito será aquela função específica, que traz consigo uma série de poderes, competências, atribuições e obrigações, previstos nas leis que organizam o exercício da função. Portanto, uma posição determinada na sociedade – paternidade, cidadania, magistratura, cargo policial ou fiscal, categoria estudantil – representa um direito que traz em seu bojo vários elementos relativos ao desfrute e aos deveres inerentes àquela posição (por exemplo, estar submetido a alguém, no direito romano, era ser *sub alieno iure*²⁸).

Em várias das relações da vida social, que são aquelas reguladas pela justiça, teremos necessariamente que descobrir e reconhecer os direitos das partes envolvidas. A justiça apenas poderá se estabelecer depois que os direitos tenham sido discernidos e atribuídos, sabendo-se o que é devido a cada um.

28 GAIO, Inst., 1, 48.

3.2 O direito como algo neutro

No sentido que estamos aqui explorando, não cabe conceber o direito como algo positivo ou negativo. Simplesmente é o devido, seja para que alguém o receba, seja para que outrem o atribua. O que se busca é a justiça, que, uma vez alcançada, representa um bem para todos que nela estejam envolvidos. Não tem sentido afirmar, então, que é uma desvantagem pagar a dívida; antes, é exatamente o que quero fazer, por ser o bom, o correto, o justo, o direito. O fato de sentir ou não prazer ao realizar essa ação é outro problema, relacionado à existência ou não da virtude da justiça em meu interior. Do mesmo modo, receber o que é devido não é uma vantagem, mas o ajustado, o equilibrado, o que é melhor para todas as partes²⁹.

Na linguagem atual, porém, o termo direito traz consigo uma conotação de regalia, de poder, de fruição, enquanto o dever representaria a face negativa do direito, na acepção de sujeição, obrigação, desvantagem. Assim, receber a dívida seria um direito, e pagá-la, um dever. O proprietário usufruir do seu bem seria um direito; os que têm que respeitar o direito de propriedade de outrem, seriam sujeitos a um dever.

A linguagem contemporânea não causa grandes males, sendo que alguns a consideram inclusive superior à antiga³⁰, ainda que seu fundamento seja provavelmente uma concepção utilitarista ou hedonista da realidade, o que não é muito consistente em termos filosóficos. Esse vocabulário traz a ideia de que a dívida representaria uma diminuição do patrimônio ou aumento das responsabilidades e dos ônus de quem as deve cumprir, e por isso não seria propriamente um direito, que em princípio significaria uma melhora da situação de quem o possui.

Seu maior problema, contudo, é que ela é uma explicação incompleta de certos aspectos da vida quotidiana. Frequentemente, queremos pagar o quanto antes nossas dívidas, tanto para nos vermos livres de uma futura penalidade, como porque teremos uma vantagem se o fizermos, ou simplesmente para sentir o alívio por eliminar uma pendência. Como desejo avidamente uma obra de arte, busco entregar o valor combinado ao vendedor o quanto antes; ou seja, quero satisfazer minhas obrigações, porque assim

29 VILLEY, 2008, p. 70; FINNIS, 2011, pp. 205-210.

30 FINNIS, 2011, p. 209.

alcançarei um bem. O aspecto negativo da dívida no mínimo não fica tão claro nessas circunstâncias.

Seja como for, o sentido inicial de direito representaria apenas a coisa devida, tanto do lado de quem a recebe, como do lado de quem a outorga. É algo externo aos envolvidos, e por isso não apresenta tanta relevância compreender como, psicologicamente, eles entendem aquele dar o que é devido: se um o faz com prazer, e o outro com tristeza, ou se os dois ficam satisfeitos, ou nenhum dos dois gosta daquele resultado final. O que importa é que a proporção devida entre as partes, o justo, foi mantido ou promovido³¹.

3.3 O sentido originário de direito

Para os romanos, conforme examinado acima, o direito (*ius*) recebia seu nome por sua relação com a justiça (*iustitia*). Inclusive etimologicamente, vemos como ambos os termos são próximos, o que serve para indicar a relação íntima que existe entre eles também conceitualmente, como significado. Por isso, Isidoro de Sevilha escreveu, em uma obra que representa uma espécie de enciclopédia da antiguidade: *ius autem dictum, quia iustum*, isto é, “chamado de direito, porque justo”³².

Na evolução da linguagem, em vários idiomas houve um afastamento da palavra *ius* e o emprego cada vez mais frequente de outras ligadas a *rectum*, *directum*, isto é, reto, direito. Isso aconteceu, evidentemente, em português, e em francês (*droit*), italiano (*diritto*), alemão (*recht*), espanhol (*derecho*) e inglês (*right*). Seja como for, o sentido é essencialmente o mesmo de *ius*, apesar da separação etimológica³³.

Em português, continuamos a usar vários termos derivados de *ius*, como jurídico, juízo, jurisprudência, jurisdicional, e assim por diante. Nas outras línguas, sucede algo similar, de modo que se pode afirmar que a raiz *ius* permanece presente em todos os idiomas ocidentais.

Analisaremos a seguir outros significados do termo “direito”. Mas convém reafirmar que seu sentido primeiro, como foi empregado pelo direito romano e pelos juristas que formaram a arte jurídica europeia, é o mesmo de *ius*, que é a própria coisa justa (*ipsa res iusta*), isto é, aquilo que é devido

31 TOMÁS DE AQUINO, S. T., II^a-II^{ae} q. 58 a. 8 co.

32 ISIDORO DE SEVILHA, 1911, Ety., l. 5, c. 3.

33 FERRAZ JÚNIOR, 2015, pp. 12-13.

a alguém em uma relação de justiça, o objeto de um ato dessa virtude. Desta acepção vão derivar todas as demais³⁴.

4. O direito como arte ou técnica

A técnica ou arte, na concepção clássica, é a reta razão no fazer³⁵. Ela é uma virtude intelectual, porque aperfeiçoa a razão humana, quando esta se volta para fazer produtos ou artefatos, que são a finalidade do conhecimento técnico³⁶. Medimos a qualidade da técnica pelo resultado obtido, e não pelas disposições – boas ou ruins – de quem realizou os objetos.

Tendo isso em conta, cabe agora examinar a relação entre o sentido originário do direito e a técnica jurídica.

4.1 O caráter prático e contingente do direito

O direito precisa ser discriminado, descoberto. A partir das circunstâncias, tendo em conta as normas jurídicas aplicáveis, a vontade das partes, elementos fáticos, intenções, expectativas e vários outros aspectos, que têm maior ou menor importância em um caso ou noutro, é necessário determinar o que é justo na relação entre as partes.

Há casos juridicamente semelhantes, o que facilita uniformizar as soluções e descobrir padrões que terminam por ser satisfatórios. Ao mesmo tempo, os envolvidos na busca do direito devem estar sempre abertos a possíveis exceções e matizes, que mudam a configuração de uma causa concreta. Um detalhe simples – por exemplo, a data em que uma prestação deveria ser realizada, ou um defeito na forma do instrumento público, ou a alteração de uma palavra no testamento – pode levar a que se produza um efeito totalmente diferente do anteriormente imaginado ou querido.

É assim porque o direito, a coisa justa, é uma realidade mutável, pertencente ao âmbito do contingente. Portanto, não é possível sustentar sempre afirmações universais e necessárias sobre os casos concretos em que o justo se realiza, exatamente porque estão sujeitos a inúmeras variáveis. Isso é conhecido desde os romanos, como comprova o texto do jurista Javoleno,

34 TOMÁS DE AQUINO, S. T., II^a-IIae q. 57 a. 1 ad 1.

35 ARISTÓTELES, *Ethic.*, l. 6, c. 4; 1140, a, 1 – 6.

36 TOMÁS DE AQUINO, S. T., I^a-IIae q. 57 a. 3 co.

recolhido no Digesto: “Toda definição no direito civil [o direito da cidade] é perigosa: há muito pouco que não possa ser subvertido”³⁷.

Ademais, as características de cada sociedade influem no que seria justo entre as partes, porque a repartição dos bens e das cargas dá-se em um corpo político, com padrões de comportamento, tolerâncias e exigências diferentes dos encontrados em outros agrupamentos sociais organizados. Exatamente por isso existe um direito convencional, positivo, que explicita o que é considerado correto naquele ambiente político ou estado.

O jurista deve saber controlar essa constante perfectibilidade do direito, o fato de ele não ser perfeito nem definitivo. Ao mesmo tempo, isso não significa que ele seja irracional ou fruto do capricho. Não se pode aqui cair na dicotomia, que tantos danos causou, entre um conhecimento científico, universal, dedutível e perfeito, de um lado, e a simples opinião ou preferência psicológica, sem qualquer fundamento na razão ou em aspectos objetivos, do outro. Há uma série de intermediários entre os dois extremos, todos com sua racionalidade própria, existindo tanto raciocínios dedutíveis quanto dialéticos³⁸. O direito encontra-se na posição de um saber ordenado, sério, em que há um enriquecimento contínuo, um estudo profundo, sem que se possa atingir – em quase todos os casos – o grau de certeza do que é universal.

Além disso, a justiça não tem uma função especulativa, de descrição da realidade. A finalidade precípua dos juristas não é o saber especulativo, teórico, ainda que este também tenha sua relevância para a compreensão e aprimoramento do jurídico. De fato, alguém pode estudar quais as regras que regulamentam o imposto de circulação de mercadorias no Rio Grande do Sul, sem que tenha um interesse imediato em aplicar esse conhecimento. Porém, essas regras foram promulgadas, têm validade para regulamentar relações reais, e não consistem em um mero exercício intelectual. Na maior parte das vezes, quem as conhece procura empregá-las para influenciar no mundo real, para produzir algo, para decidir conflitos e orientar comportamentos.

Sem dúvida, podemos analisar as regras de qualquer arte motivados por adquirir conhecimento e só; porém, isso não modifica o caráter prático de todas as técnicas. É importante ressaltar que, normalmente, estudamos

37 Dig., l. 50, 17, 202: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit.*

38 ARISTÓTELES, *Top.*, l. 1, c. 1; 100, a, 25 – 101, a, 4.

as regras a partir das suas aplicações, não de maneira abstrata. Podemos aprender como são as pinceladas de Van Gogh ou de Picasso, e o fazemos a partir de quadros em que eles utilizaram sua forma peculiar de pintar. O bom artista aprende isso também para aprimorar a sua técnica, que desembocará em coisas bem feitas – no caso, pintadas.

4.2 O direito e sua necessidade na justiça e na política

A justiça é a virtude que regulamenta as relações exteriores dos indivíduos entre si, e destes com o corpo social³⁹. Ela versa sobre as operações, as distribuições dos bens e das cargas dentro da sociedade. Para haver a distribuição, é preciso que se saiba antes o que cabe a cada qual, o que lhe é devido. Se esse conhecimento está obscurecido, ou é pouco trabalhado, ou simplesmente é desprezado pelos poderosos, então não se consegue uma sociedade harmônica.

Portanto, o direito é um pressuposto da ação; no caso, de uma ação virtuosa, que será regulada pela justiça e na qual também participarão a prudência e as demais virtudes, ainda que de forma secundária⁴⁰. É difícil exagerar a importância da tarefa dos juristas, e a necessidade de que se mantenham íntegros e conhecedores da sua arte. O interesse social depende em grande parte do adequado exercício da função deles. Por isso, não estranha que, historicamente, os conhecedores do direito tenham sido figuras importantes no governo e na administração dos Estados.

Mesmo em sociedades pouco organizadas, sempre houve ao menos resquícios de direito, do entendimento técnico sobre o que era devido ou não nos relacionamentos humanos. Às vezes, esse discernimento cabia apenas ao rei, que decidia as causas surgidas entre seus súditos. Posteriormente, os soberanos passaram a usar um grupo de pessoas que exercessem, no nome do monarca, essa função.

Porém, foi em Roma que surgiu uma corporação dedicada profissionalmente à tarefa de distinguir o justo do injusto, de modo estável e permanente⁴¹. Os romanos tinham em alta conta esse trabalho de juristas. Ulpiano, por exemplo, escreveu sobre a sua arte: “A jurisprudência é o conhecimento

39 TOMÁS DE AQUINO, S. T., II^a-IIae q. 58 a. 2 co.

40 HERVADA, 2008, pp. 108-110; PIEPER, 1966, p. 45.

41 SCHULZ, 1946, pp. 41-5.

das coisas divinas e das humanas, a ciência do justo e do injusto⁴². Ele não hesita em considerar-se um sacerdote, pela nobreza da função que exercia⁴³.

Aprimorar a arte do direito, que tem por função discernir o que é o justo em cada situação concreta, torná-la algo estudado seriamente e exercido por pessoas talentosas e aplicadas, foi um enorme ganho civilizacional. Seu efeito é duradouro e profundo, porque mudou a mentalidade e a maneira com que as relações sociais eram regulamentadas, aperfeiçoando-as.

A política, se a entendemos como a busca de um governo bom para a cidade, isto é, que vise o bem comum e o desenvolvimento do todo social e dos cidadãos, sem dúvida pôde avançar muito a partir do momento em que foi dedicada maior atenção ao direito. Este representa um limite para o poder do soberano, que não pode fazer arbitrariamente o que desejar, atropelando o que é devido aos seus súditos. Evidentemente, a força muitas vezes se sobrepõe ao direito, como ocorre também nos dias de hoje. Porém, se não houvesse direito, e se ele não fosse separado do poder de fato, nem poderíamos dizer que determinado ato foi arbitrário ou injusto, porque não teríamos uma regra, uma proporção pela qual medi-lo além da mera força bruta.

4.3 O direito arte e o direito objeto da justiça

Para descobrir o que é o direito, temos a arte denominada direito. O nome da arte é derivado do objeto para o qual ela está voltada. Esse tipo de derivação linguística é comum, como sucede com a escultura (arte que trata das esculturas), a pintura, a costura etc. Isso sucede provavelmente porque a arte é definida pela sua finalidade, isto é, uma técnica diferencia-se das outras pelo fim que se busca com ela. Por conseguinte, é natural que o fim acabe por nomear, em vários casos, a arte; e o fim é o produto, algo que é realizado por meio do conhecimento prático que é a técnica ou a arte.

No direito, o que se realiza é a determinação daquilo que é justo. Não corresponderá a uma criação a partir de uma matéria informe, como se dá no campo das belas artes ou da produção de instrumentos materiais. Antes, será o argumentar, o indicar, o descobrir e mostrar o que é devido para cada

42 Dig. 1.1.10.2: *Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*

43 Cf. Dig. 1.1.1.1.

um na distribuição de bens. Muitas vezes, o jurista necessitará ser criativo, aberto para novidades, atento para o que pode aprimorar o descobrimento do justo e a conseqüente decisão sobre o que cabe para cada parte envolvida em uma disputa. Enfim, capacitado para melhorar a descoberta do que é devido nas variadas situações que surgem no seio da sociedade, ela mesma sendo sempre mutável e complexa. Como qualquer praticante de uma arte, o jurista deve sempre almejar uma excelência maior no exercício dela⁴⁴.

A prática do direito não é o mesmo que o ato da virtude da justiça. Tal como foi repetido várias vezes, a justiça depende do direito para se realizar. No entanto, o fato de descobrir o que seja o justo em dada relação não significa que ele será colocado em prática ou respeitado pelo agente; apenas se ele o fizer, teremos uma ação materialmente justa.

Logo, o direito não é uma virtude, ainda que intimamente ligado à justiça. Ele é uma técnica, que visa produzir algo, realizar alguma coisa. Nesse sentido, ele não depende da intenção com o que o jurista, o estudioso do direito, o exerce. Uma pessoa com desejos torpes pode, mesmo assim, ser eficaz e competente para discernir o justo, o direito. Como sucede em todas as técnicas, a bondade do fazer está no objeto realizado, e não nos motivos ou perfeição interior do agente⁴⁵. Para ser justo e realizar a ação justamente, porém, a intenção terá que ser reta, o que entra no âmbito da virtude.

5. O direito e as normas jurídicas

Atualmente, para parcela considerável dos estudiosos, o direito corresponderia primordialmente ao conjunto de normas obrigatórias vigentes em um determinado grupo politicamente organizado. O modo como se entende essa afirmação pode ser mais ou menos forte. Para alguns, o direito é apenas a norma posta, e saber quais são as normas válidas em um país, em determinado momento, consistiria na finalidade última da chamada ciência do direito⁴⁶. Outros consideram que a norma representa a concretização do valor justiça, ou a opção política que regulamenta a sociedade.

Em todos esses casos, independentemente da compreensão que se tenha das normas e de sua relação com a justiça e com a política, podemos

44 MACINTYRE, 2007, pp. 187-188.

45 ARISTÓTELES, *Ethic.*, l. 6, c. 4; 1140, a, 10 – 17.

46 NINO, 2007, p. 37; RAZ, 1979, pp. 41-45.

pressupor que poucos duvidariam, nos dias de hoje, que o direito seja fundamentalmente as normas jurídicas e seu estudo. A forma de compreender o que são essas regras pode variar; porém, elas representarão o sentido principal com que empregamos a palavra “direito”⁴⁷.

A partir do que examinamos até agora, procuraremos verificar até que ponto essa afirmação, que se tornou uma “evidência”, é verdadeira. Bem como em que medida ela talvez seja insuficiente e míope.

5.1 A função das regras no seio das artes

O direito representa, primordialmente, uma igualdade, uma proporção na divisão dos bens e cargas exteriores no seio de uma sociedade. Por isso, ele é o objeto da justiça. Dessa noção, derivou-se outro sentido analógico de direito, que é o da arte cuja função é exatamente descobrir, apresentar qual é esse justo concreto em cada caso. Neste segundo sentido, o direito é uma técnica, algo que leva a uma produção exterior ao sujeito que a realiza, e cuja bondade independe da intenção com que o produtor a levou a cabo.

Em qualquer arte, há regras. Através dela, os artistas ou técnicos podem alcançar a finalidade que almejam. Há um aprendizado, frequentemente longo, para dominar uma técnica qualquer, no qual se congregam o conhecimento do particular e do universal⁴⁸.

Normalmente, o aprendizado de uma arte é realizado junto a um especialista, alguém que domina plenamente aquele campo do saber e do fazer, e que transmite ao aprendiz os segredos daquela arte. Para isso serviam as corporações de ofício na Idade Média, os ateliês dos artistas renascentistas, os grupos de literatos que trabalhavam juntos na época moderna, e assim por diante.

A regra é aprendida melhor na prática, observando e tentando imitar. É assim que agem os grandes artistas, que demoram até conseguir alcançar um estilo pessoal, um modo próprio de realizar as coisas. Há alguns que jamais alcançam originalidade ou um grande talento, mas podem ser excelentes produtores, copiando e inspirando-se em outros. Para tanto, sabem como preparar os instrumentos que utilizarão, os materiais que manusearão, a maneira de conduzir a produção, para então chegar ao resultado visado.

47 BOBBIO, 1993, pp. 3-4.

48 ARISTÓTELES, *Met.*, l. I, c. 1; 981, a, 17 –18.

Sem o conhecimento das regras, uma arte não pode ser exercida. Não porque as regras representem algo autoritário, ou sejam limitações indesejadas e impostas por quem veio antes. Na realidade, as regras são condensações da sabedoria naquele campo artístico ou técnico, algo que serve de norte para seguir pelo caminho que os melhores trilharam, e assim chegar longe⁴⁹. Se não houvesse regras nos vários ofícios, cada pessoa teria sempre que começar de novo; descobrir por si só as melhores práticas; aprender o que dá certo e o que prejudica na produção de algo. Concretamente, isso impediria que ocorresse um progresso sustentado e consistente.

Basta que pensemos na grande evolução da tecnologia dos últimos séculos. Todo novo inventor ou técnico apoia-se no que outros aprenderam, seja para demonstrar que algo era eficiente, seja para alertar que era um caminho equivocados. Com isso, vai havendo um acúmulo de conhecimentos – muitas vezes não universais ou especulativos, mas práticos e de alcance relativamente limitado –, que ajudam o aperfeiçoamento daquela técnica.

As regras, em certo sentido, são a descrição das boas práticas, do que se mostrou funcional e útil, levando a um resultado satisfatório, belo ou simplesmente bom. Não significa que elas sempre servirão para todos os casos, nem que elas tiram sua força do fato de haverem sido prescritas pelo melhor artista ou técnico. Por representarem algo efetivo, elas se cristalizam; pode-se afastá-las, em certa situação, mas isso deve ser feito com cautela, com o risco de se chegar a um resultado defeituoso, por não se levar em conta a experiência comprovada anteriormente. Esquecer-se disso leva a que muitos artistas, por desconhecerem os princípios de sua técnica, sejam incapazes de realizar algo significativo e criativo, mas se limitem ao chocante e escandaloso, quando não simplesmente medíocre.

Pode-se afirmar que as regras preexistem na inteligência do artista ou técnico, que as aplicará quando exercer seu ofício. Quem ganha experiência e passa a ter um controle maior sobre sua arte, passa a entender cada vez melhor o sentido das várias regras, as suas limitações, acertos e finalidades. Mais do que simplesmente enunciá-las, ele as entende intimamente; consegue sopesá-las e ir além do que lhe foi ensinado, do que está no sentido literal das normas.

49 ELIOT, 1932, pp. 13-16.

5.2 O direito e as normas

Sendo o direito uma técnica, uma prática para alcançar determinada produção – que no caso é o discernimento do justo, do devido –, ele também possui as suas regras. Isto é, procedimentos que se mostram convenientes, padrões a serem seguidos, soluções que costumam servir na maior parte das vezes.

Há uma razão na mente do artista, que orienta o seu fazer. No direito, de modo similar, existe uma razão, uma proporção, que podemos descobrir através da experiência e da reflexão em torno dela. Assim, poderemos identificar qual a medida correta a ser aplicada no caso concreto, de forma a que a ação que for realizada seja justa, ao menos em seu aspecto externo. Então, cabe afirmar que seguir a regra levará ao justo, porque nela se condensa a experiência e a instrução adequadas à situação particular. Estudamos jurisprudência em parte por isso; e a doutrina é, do mesmo modo, o acúmulo de um saber prático da parte dos juristas.

Aqui podemos recorrer a um jurista romano, Paulo:

O direito não é obtido [tomado] da regra, mas do direito que a regra é feita. Portanto, pela regra é entregue uma breve narração das coisas, e, como diz Sabino [outro jurista romano], como é uma conexão de causa, uma vez em que esteja viciada em algo, perde a sua função⁵⁰.

Quando a regra é escrita, ela é chamada de lei. Conforme uma tradição antiga, a lei é a constituição escrita. Porém, há outras espécies de normas, muitas delas não escritas. De qualquer modo, todas as normas têm seu aspecto de regra, de direcionamento, de previsão, de algo que deve estar na mente do artista – do jurista – de modo a orientar seu trabalho e auxiliá-lo a alcançar o fim almejado em sua arte.

Coerente com essa concepção é o surgimento das normas no direito romano. No início, não havia em Roma uma lei nem um direito exatos ou certos, antes que eles fossem determinados pelos reis que governavam⁵¹. Posteriormente, surgiu a chamada Lei das Doze Tábuas, porque era escrita

50 Dig. 50.17.1: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

51 Dig. 1.2.2.1.

em doze tábuas e havia sido formulada por um conjunto de dez homens, que estudaram as normas das cidades gregas⁵².

Conforme explica o jurista Pompônio, o direito civil estabeleceu-se quando o conteúdo e o significado das leis escritas passaram a ser disputados, e a autoridade dos prudentes foi necessária para a interpretação dessas leis. Surge um direito composto, formulado pelos especialistas, sem que esse direito seja inicialmente escrito ou promulgado por um órgão estatal. Tal direito termina por se constituir o direito comum, e por isso é chamado de direito civil⁵³. Como vemos, é um direito que surge do exercício da técnica, da busca pelas soluções justas e pela melhor interpretação das normas.

Por isso, em Roma, o direito ou é constituído pela lei, ou é o próprio direito civil, o qual consiste na interpretação dos jurisprudentes. Ao lado deste direito legal e daquele dos juristas, há também as leis das ações, que contêm a maneira como as ações processuais são exercidas; o plebiscito, que vem das decisões populares; os editos dos magistrados, que geraram o direito honorário; os decretos do senado, que não seriam propriamente leis; finalmente, as constituições do rei, que este mesmo determina que vigore como lei⁵⁴. São várias fontes de normas, sendo que a principal delas foi obra dos jurisconsultos, isto é, dos prudentes.

É importante reconhecer que, século depois, os vários códigos modernos são em grande parte uma formalização de conhecimentos doutrinários⁵⁵. Os exemplos mais significativos e influentes disso são os códigos civis francês (1804) e alemão (1900), sem desmerecer tantos outros diplomas notáveis. Ou seja, as conclusões dos jurisconsultos, dos estudiosos e práticos do direito terminaram por se cristalizar em normas legais, de forma parecida ao que se deu com os romanos e as suas normas.

A origem dessas leis escritas e gerais não é um ato estatal solto no espaço, uma ordem que viesse como uma mera manifestação de vontade. Ao contrário, são preparadas pelo trabalho de comissões compostas por juristas muitas vezes renomados. Depois, recebem a sanção estatal, que é um aspecto próprio da época contemporânea, que não sucedeu em Roma ou nos países da *common law*. Portanto, a própria lei estatal lança mão do trabalho

52 Dig. 1.2.2.4.

53 Dig. 1.2.2.5.

54 Dig. 1.2.2.12.

55 CAENEGEM, 1999, pp. 8-10; WIEACKER, 1980, pp. 536-544.

dos juristas, de modo especial nos grandes códigos dos vários campos do direito: civil, penal, processual, tributário etc. Há uma arte prévia, que permite distinguir as melhores regras, que posteriormente foram consagradas pelos poderes legislativos.

Além dessa função de concretização e estabelecimento das melhores práticas, as regras no direito determinam aspectos que poderiam ser decididos de maneiras diversas, mas precisam receber uma uniformidade. Tal uniformidade é importante para a segurança e por garantir que se levem em conta, nas decisões, os vários aspectos envolvidos, que poderiam ser esquecidos ou jogados de lado diante das circunstâncias muitas vezes candentes de um caso concreto.

A determinação do direito pelas regras deve sempre ser fundada nas observações e conhecimentos da melhor doutrina. Ainda assim, muitas vezes sobra um campo aberto para a discricionariedade do legislador; a este, então, caberá escolher a solução que lhe parecer melhor, sabendo que esta sempre será perfectível, limitada e talvez necessite de ajustes, maiores ou menores, no momento da sua aplicação pelos juízes e demais operadores do direito.

5.3 A confusão do direito com as normas

Devido a um movimento iniciado de maneira mais fundamentada e consistente no século XIV, que é o legalismo moral⁵⁶, houve a progressiva tendência de confundir o direito com a norma, escrita ou não. Neste ponto de vista, as normas visam ordenar a conduta humana, a fim de organizar a vida em sociedade. O direito compreenderia aquelas normas que são tornadas obrigatórias pelo poder do Estado, enquanto outras normas – morais, religiosas, costumeiras – teriam uma força distinta e em princípio mais fraca do que as jurídicas.

Empregando os sentidos analógicos, conforme fizemos no decorrer deste artigo, pode-se concluir que a norma não é propriamente o direito, mas a regra do direito. O direito é a coisa justa, a *ipsa res iusta*, que na maior parte das vezes é encontrada por meio das regras, escritas ou não. Com frequência, as normas chegam a determinar o que é direito, quando estabelecem, por exemplo, um prazo para contestar uma ação, ou uma forma a ser seguida no contrato, ou os poderes que competem a um governante. No entanto,

56 ABBÀ, 1996, pp. 75-83.

como explicado antes, não são o direito em sentido primário, mas a regra, a forma, a indicação do direito.

A consideração de que o direito são as normas ganhou força quando se passou a supor que não há certo ou errado, justo ou injusto, em si mesmo. Então, apenas o que fosse determinado pela norma – seja ela procedente de um déspota, de um parlamento democrático, de um rei justo ou de um grupo homicida – seria direito⁵⁷. De fato, isso aparentemente traria uma simplificação no tratamento do jurídico, cuja característica seria apenas ser o efeito de uma norma válida em determinado ordenamento.

No entanto, por um lado, essa suposta facilidade não se comprovou. Veja-se a dificuldade para decidir a validade de uma norma, que termina por demandar questões valorativas, sociológicas e psicológicas. Além disso, é uma limitação da compreensão do direito, porque desemboca em considerar jurídico aquilo que é estabelecido por quem detém o poder político e consegue mantê-lo. É uma conclusão insuficiente, porque o direito visa exatamente regular e legitimar esse poder.

O direito tem uma relação estreita com a realidade, com as coisas. Não corresponde a um conjunto de normas formais, nas quais pouco importaria o conteúdo para estabelecer ser algo é ou não jurídico. Ao contrário, as normas apareceram para satisfazer necessidades práticas, e a partir disso podem e devem ser ponderadas, utilizadas, julgadas e assimiladas. Diferente do que poderia parecer à primeira vista, este entendimento das normas fortalece-as; não as diminui nem a relega a um segundo plano. Apresenta um motivo justificável para obedecê-las, porque não são uma mera arbitrariedade, o resultado da imposição do governante do momento, mas algo necessário e importante para a vida social. Assim, as normas são fundadas em algo além da vontade dos poderosos, e por isso podem ser justificadas, aplicadas e estudadas de maneira plenamente racional.

Enfim, as normas podem ser chamadas direito, sem problema algum. Isso é correto, não apenas porque se tornou corrente, mas por representar a realidade e estar teoricamente bem fundado. Simplesmente é preciso frisar de que se trata de um sentido derivado, por ser a regra que estabelece o *ipsa res iusta*, o direito objeto do ato de justiça.

57 KELSEN, 1998, pp. 54-55.

6. Conclusão

A consideração de que o direito é um conceito analógico ou com um significado central, com sentidos distintos, mas dependentes entre si, pode ser aprofundada. Isso certamente trará resultados relevantes, para estabelecer o papel da técnica jurídica e das normas na realização da distribuição dos bens, das atribuições, das cargas e das penas no interior do corpo social.

Esse uso analógico, ainda que possa nos tirar precisão e clareza ao tratar dos conceitos, representa uma necessidade para explicar linguisticamente uma realidade complexa e multifacetada como a jurídica. Esquecer-se disso leva a conclusões equivocadas, por não se perceberem matizes e nuances importantes.

Terminemos com a citação de um pensador medieval, que conhecia bastante bem a filosofia grega e o direito romano. Tomás de Aquino expressou com precisão e síntese o exposto neste artigo, mostrando a relação entre os sentidos do direito. Escreveu ele:

Pois também o nome direito foi primeiro empregado para significar a própria coisa justa (*ipsam rem iustam*); posteriormente, foi derivado para a arte pela qual é conhecido o que seja justo; a seguir, para significar o local em que o direito é reconhecido, quando se diz que se deve comparecer no tribunal (*in iure*); e a seguir é também chamado de direito quando é estipulado por aquele cujo ofício é fazer justiça, mesmo que aquilo que ele tenha decidido seja iníquo⁵⁸.

A seguir, referindo-se ao direito como lei, ele sustenta:

Assim como preexiste certa razão na mente do artífice, que é chamada de regra da arte, daquelas coisas exteriores que são feitas por arte; também daquelas obras do justo, que a razão determina, preexiste certa razão na mente, como certa regra de prudência. E se é colocada em escrito, é chamada de lei, pois a lei, segundo Isidoro, é a constituição escrita. Por isso a lei não é o direito mesmo, falando propriamente, mas alguma razão de direito⁵⁹.

58 S.T., II^a-IIae q. 57 a. 1 ad 1.

59 S.T., II^a-IIae q. 57 a. 1 ad 2.

Portanto, já os medievais, fundando-se na sabedoria grega e romana, perceberam a ligação íntima entre os distintos sentidos do direito. Preservaram as diferenças, ao mesmo tempo em que reconheceram o que havia de comum entre eles. Recuperar essa linguagem parece um ganho fundamental, inclusive por explicar a função das normas dentro da técnica, e desta para resolver as situações concretas e chegar ao direito.

Referências

- ABBÀ, Giuseppe. *Quale impostazione per la filosofia morale?* Roma: LAS, 1996.
- ARISTÓTELES. *Aristoteles graece: ex recensione Immanueles Bekkeri*. Berolini: Academia Regia Borussica, 1831.
- ARISTÓTELES. *Metafísica: ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovanni Reale*. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2002.
- ARISTÓTELES. *The complete works of Aristotle: the revised Oxford translation*. Edited by BARNES, Jonathan. Princeton: Princeton University Press, 1991.
- AUBENQUE, Pierre. *Le problème de l'être chez Aristote: essai sur la problématique aristotélicienne*. Paris: PUF, 1962.
- AUBENQUE, Pierre. Les origines de la doctrine de l'analogie de l'être: sur l'histoire d'un contresens. *Les Études philosophiques*, Paris, n. 1, pp. 3-12, jan./mar. 1978.
- AUBENQUE, Pierre. Sur la naissance de la doctrine pseudo-aristotélicienne de l'analogie de l'être. *Les Études philosophiques*, Paris, nn. 3 / 4, pp. 291-304, jul./dez. 1989.
- BERTI, Enrico. A analogia em Aristóteles. In: IDEM. *Novos estudos aristotélicos II: Física, antropologia e metafísica*. Tradução de Silvana Cobucci Leite, Cecília Camargo Bartalotti e Élcio de Gusmão Verçosa Filho. São Paulo: Loyola, 2011. pp. 379-96.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1993.
- CAENEGEM, Raoul Charles van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- ELIOT, Thomas Stearns. *Selected Essays*. London: Faber and Faber, 1932.
- ENDICOTT, Timothy. The generality of Law. In: L. D. D'ALMEIDA; J. EDWARDS; A. DOLCETTI (ed.). *Reading HLA Hart's The concept of law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013. pp. 32-68.
- FABRO, Cornelio. *Partecipazione e causalità secondo San Tommaso d'Aquino*. 2. ed. Roma: Edivi, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, John. *Reason in action: collected essays*, v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- FORMENT, Eudaldo. "Analogía". In: GONZÁLEZ, Ángel Luis (ed.). *Diccionario de filosofía*. Navarra: EUNSA, 2010. pp. 61-64.
- GAIO. *Institutionum commentarius*. With a translation and commentary by Edward Poste. Oxford: Clarendon Press, 1904.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law: with a postscript* edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. <https://doi.org/10.1093/he/9780199644704.001.0001>
- HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.
- HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- ISIDORO DE SEVILHA. *Etymologiarum sive originum*. Recognovit W. M. Lindsay. Oxford: Oxford University Press, 1911.
- JUSTINIANO. *Digesta*. In: *Corpus Iuris Civilis*. Recognovit Theodore Mommsen et Paulus Krueger. 15. ed. Berolini: Weidmannos, 1928.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogía y "naturaleza de la cosa"*. Hacia una teoría de la comprensión jurídica. Tradução de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.
- LIBERA, Alain de. Les sources gréco-arabes de la théorie médiévale de l'analogie de l'être. *Les Études philosophiques*, Paris, nn. 3 / 4, pp. 319-45, jul./dez. 1989

- MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: A study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- OWEN, G. E. L. Logic and metaphysics in some earlier works of Aristotle. In: DÜRING, I.; OWEN, G. E. L. (ed.). *Aristotle and Plato in the mid-fourth century*. Papers of the Symposium Aristotelicum held at Oxford in August, 1957. Goteborg: Elander, 1960.
- OWENS, Joseph. *The doctrine of being in the Aristotelian "Metaphysics"*. 3. ed. Toronto: Pontifical Institute of Medieval Studies, 1978.
- PELLEGRIN, Pierre. *Dictionnaire Aristote*. Paris: Ellipse Édition, 2007.
- PIEPER, Josef. *Abuse of language. Abuse of power*. Tradução de Lothar Kraut. San Francisco: Ignatius Press, 1992.
- PIEPER, Josef. *Four cardinal virtues: prudence, justice, fortitude, temperance*. Tradução de Lawrence E. Lynch & alii. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1966.
- PORRO, Pasquale. *Tommaso d'Aquino: un profilo storico-filosofico*. Roma: Carocci Editore, 2012.
- RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.
- SCHULZ, Fritz. *History of Roman legal science*. Oxford: Oxford University Press, 1946.
- SUSTEIN, Cass. On analogical reasoning commentary. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 106, n. 741, pp. 741-91, 1992.
- TOMÁS DE AQUINO. *Scriptum super Sententiis*. Textum Parmae 1856 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit. Disponível em: www.corpusthomisticum.com, editado por ALARCÓN, Enrique. Último acesso em 8 de agosto de 2017.
- TOMÁS DE AQUINO. *Sententia libri Ethicae*. Textum Taurini 1950 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit. Disponível em: www.corpusthomisticum.com, editado por ALARCÓN, Enrique. Último acesso em 8 de agosto de 2017.

- TOMÁS DE AQUINO. *Sententia libri Metaphysicae*. Textum Taurini 1950 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit. Disponível em: www.corpusthomicum.com, editado por ALARCÓN, Enrique. Último acesso em 8 de agosto de 2017.
- TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. São Paulo, Loyola, 2001-2006.
- TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae*. Textum Leoninum Romae 1888 editum ac automato translatum a Roberto Busa SJ in taenias magneticas denuo recognovit Enrique Alarcón atque instruxit. Disponível no sítio www.corpusthomicum.com, editado por ALARCÓN, Enrique. Último acesso em 8 de agosto de 2017.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: Definições e fins do direito. Os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- WEINREB, Lloyd L. *Legal reason. The use of analogy in legal argument*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.

Recebido em 06 de setembro de 2018.

Aprovado em 25 de julho de 2020.

Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF¹

Out of the spotlight: an empirical study on the impartiality control of STF's justices

Rubens Glezer*

Fundação Getúlio Vargas, São Paulo – SP, Brasil

Lívia Gil Guimarães**

Universidade de São Paulo, São Paulo – SP, Brasil

Luíza Pavan Ferraro***

Fundação Getúlio Vargas, São Paulo – SP, Brasil

Ana Laura Pereira Barbosa****

Fundação Getúlio Vargas, São Paulo – SP, Brasil

1. Introdução

A realização de julgamentos imparciais é um dos pilares da legitimidade do Supremo Tribunal Federal (STF). Isso porque um dos componentes cru-

1 A pesquisa foi conduzida no Supremo em Pauta da FGV Direito SP. Gostaríamos de agradecer a Thales Coimbra, ex-pesquisador do projeto, pelo auxílio na construção do banco de dados deste estudo na sua fase inicial.

* Professor da FGV Direito SP. Doutor em Teoria do Direito (USP), Mestre em Direito e Desenvolvimento (FGV-SP). E-mail: rubens.glezer@fgv.br.

** Doutoranda e Mestra em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora CAPES/PROEX. E-mail: liviagilguimaraes@gmail.com.

*** Pesquisadora da FGV Direito SP. Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. E-mail: luiza.pferraro@gmail.com.

**** Pesquisadora da FGV Direito SP. Mestra em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Email: analaura.barbosa7@gmail.com.

ciais para a legitimidade e autoridade do STF é a confiança na instituição², e uma das condições para a confiabilidade das decisões judiciais, conforme testes empíricos, é a percepção de que essas decisões são tomadas após um processo justo³. Estudos empíricos⁴ e normativos⁵ indicam que essa percepção de justiça do processo corresponde em grande parte a uma percepção de imparcialidade dos processos de decisão. A imparcialidade de magistrados e especialmente de ministros do STF é fomentada por uma série de garantias, como a vitaliciedade e inamovibilidade, bem como por mecanismos processuais que visam à inércia do Judiciário e o princípio do juiz natural. Contudo, mesmo diante dessas garantias, um determinado magistrado pode ter a sua imparcialidade comprometida ou, pelo menos, sob suspeita de estar comprometida. Para lidar com tais casos, existem os mecanismos de arguição de impedimento e arguição de suspeição⁶. É por meio desses incidentes processuais que as partes podem discutir no processo a imparcialidade de quem julga seu caso.

Diante disso, seria natural imaginar a existência de um corpo razoável de estudos empíricos sobre a efetividade desses mecanismos de controle da imparcialidade, especialmente em um contexto de progressiva queda de confiança no Judiciário⁷. Contudo, a produção de estudos empíricos sobre os institutos do impedimento e da suspeição judiciais na literatura jurídica nacional é rara⁸.

2 FRIEDMAN, 2009.

3 TYLER; MITCHELL, 1993, p.786.

4 Ver: TYLER, 2006, pp. 57-60.

5 “Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia – especialmente o valor do justo” (DINAMARCO, 2013, p. 205).

6 Tanto o impedimento quanto a suspeição dizem respeito à quebra de imparcialidade do magistrado. Embora neste trabalho a diferença entre os dois conceitos não seja crucial, cabe aqui um pequeno esclarecimento sobre suas particularidades. Os motivos que justificam ambas as alegações estão previstos em diferentes artigos do Código de Processo Civil (CPC) e do Código de Processo Penal (CPP), sendo as causas de impedimento dadas pelo art. 252, do CPP, e arts. 144 e 147, do CPC, e as causas de suspeição previstas pelos art. 254, CPP, e art. 145, do CPC. A diferença crucial entre eles é que “o impedimento tem caráter objetivo, enquanto que [sic] a suspeição tem relação com o subjetivismo do juiz. A imparcialidade do juiz é um dos pressupostos processuais subjetivos do processo. No impedimento há presunção absoluta (*juris et de jure*) de parcialidade do juiz em determinado processo por ele analisado, enquanto na suspeição há apenas presunção relativa (*juris tantum*)”, em: BRASIL, 2009.

7 CUNHA, 2017.

8 Afirmação feita a partir de pesquisa no banco de dados RVBI, Banco de Teses da CAPES, Banco de Teses da USP, Biblioteca Digital da FGV, realizada em junho de 2018.

No geral, artigos científicos e livros dedicados aos temas do impedimento e da suspeição tendem a abordar abstratamente a aplicação do instituto a alguma situação processual específica⁹, propõem-se a uma reflexão a respeito da noção de imparcialidade¹⁰, oferecem um panorama da regulação desses institutos¹¹, ou mesmo realizam a comparação do modelo brasileiro perante diretrizes internacionais ou de outros países¹². No campo das investigações empíricas sobre a imparcialidade judicial, merecem destaque as pesquisas sociológicas de Bárbara Gomes Lupetti Baptista¹³, bem como a pesquisa jurisprudencial de Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho¹⁴.

A pesquisa de Zaidan de Carvalho realiza o único levantamento empírico que encontramos sobre arguições de impedimento e suspeição no STF¹⁵. Seu principal achado é que nenhuma das arguições de impedimento e suspeição foi levada ao julgamento do plenário do Supremo e que, portanto, os ministros não tiveram a oportunidade de controlar a imparcialidade de seus pares. Diante desse dado, o pesquisador concluiu que vigora uma espécie de lei do silêncio entre os ministros, que compromete a percepção de imparcialidade do tribunal:

O fato de nenhuma das arguições ter sido levada ao plenário revela que o STF não parece disposto a discutir a parcialidade de seus ministros e que o questionamento da imparcialidade na Corte não tem encontrado espaço adequado nos instrumentos processuais postos à disposição dos jurisdicionados. Os dados sugerem que a avaliação dos ministros sobre a própria imparcialidade e de seus colegas assume uma condição naturalizada, sequer discutida na forma juridicamente estabelecida, o que fragiliza a condição imparcial do Tribu-

9 Ver: LINDOSO, 2010, pp. 743-746; TAVARES, 2016, pp. 132-151; CARNEIRO, 2016; FRANCO, 2011.

10 ÁVILA, 2010, pp. 147-172; REICHEL, 2014, pp. 105-122; PAMPLONA FILHO et. al., 2011. POZZEBON, 2013, pp. 116-120.

11 GAJARDONI, 2009, pp. 82-112; SCHAVI, 2007, pp. 1303-1307.

12 MATZENBACHER, 2011.

13 Sobre o trabalho da docente da Universidade Federal Fluminense (UFF) destacamos: LUPETTI BAPTISTA, 1991, pp. 301-314.

14 As diversas publicações recentes do docente da Universidade Católica de Salvador (UCSal) a esse respeito parecem ser derivadas de seu doutorado: CARVALHO, 2016.

15 Recente monografia de Isabella Cristino teve por enfoque todos os casos em que os próprios ministros se declararam impedidos ou suspeitos fora das arguições de impedimento e suspeição durante o ano de 2017, ver: CRISTINO, 2018.

nal. Outra hipótese é a de que esse padrão decisório, que mantém o silêncio sobre as arguições, constituiu uma espécie de autoproteção dos ministros em relação à desconfiança externa. Pode-se cogitar que, de forma deliberada ou não, os ministros teriam criado um ambiente de cumplicidade entre si como mecanismo de preservação de suas próprias biografias e da imagem do Tribunal como tentativas de desvelar alguma motivação pessoal para as decisões¹⁶.

Para Zaidan de Carvalho, essa lei do silêncio impera principalmente pela função exercida pela Presidência do tribunal, já que nenhuma arguição ultrapassa a barreira do arquivamento, seja sob argumentos de manifesta improcedência, irregularidades formais ou prejudicialidade. Entretanto, nossa pesquisa apresenta conclusões diversas; tanto porque avança nas análises quantitativas feita pelo autor, quanto porque aprofunda suas conclusões também com base em análise qualitativa documental.

Em primeiro lugar, é preciso realizar um esclarecimento factual em relação aos dados levantados por Zaidan de Carvalho. A rigor, o plenário do Supremo Tribunal já deliberou coletivamente sobre o impedimento ou suspeição de ministros, em ocasiões nas quais as decisões monocráticas de arquivamento tomadas pela Presidência do Supremo foram questionadas por meio de agravos de instrumento e embargos de declaração¹⁷. Diante desse dado, o achado do pesquisador pode ser requalificado da seguinte maneira: nenhuma arguição de impedimento ou suspeição foi levada ao colegiado do tribunal para ser discutida em seu mérito, considerado o trâmite ordinário desses incidentes processuais. Recolocando o dado dessa maneira, a conclusão de Zaidan de Carvalho se mantém inteligível, como uma “lei do silêncio” que se manifesta na extensão e limites do poder da Presidência do STF. Mesmo sob uma nova ótica, o presente artigo questiona essa conclusão.

16 CARVALHO, 2016, pp.12-13.

17 Houve interposição de recurso interno (agravo regimental ou embargos de declaração) contra a decisão monocrática da presidência em 24 das 111 arguições analisadas. Em 11 destas, o recurso foi efetivamente julgado pelo plenário (AIMP 4, AIMP 21, AIMP 28, AIMP 44, AS 19, AS 36, AS 38, AS 46, AS 61, AS 75, AS 86). Em todos os casos, a decisão foi unânime e negou provimento ao recurso. Os dez acórdãos disponíveis para análise contam somente com o voto do relator, que reafirma argumentos presentes na decisão recorrida. Nos poucos casos em que os recursos questionavam decisões materiais, as razões apresentadas para negar provimento foram consistentes com a jurisprudência. Esse achado não é propriamente objeto da pesquisa, mas reforça a constatação de que a hipótese da “lei do silêncio” pode ser refinada.

Nossa pesquisa contesta a conclusão de Zaidan de Carvalho, porque consideramos que, na ampla maioria dos casos, não é possível imputar os arquivamentos de arguição de impedimento e de suspeição a uma conduta protetiva da Presidência do Supremo sobre a atuação dos ministros do tribunal. No geral, as arguições não são levadas para a deliberação colegiada porque não poderiam ou não precisariam ser conduzidas a esse espaço de controle coletivo. Há um número elevado de arguições que não preencheram as condições formais para serem processadas.

Além disso, há um número significativo de ministros que declaram seu impedimento ou suspeição ao serem notificados da existência de arguição questionando sua imparcialidade. Há também uma parcela relevante de casos que é manifestamente inadmissível perante a jurisprudência do STF a respeito de impedimento e suspeição. Há, todavia, raras exceções em que as arguições deveriam ser remetidas ao plenário e não o foram e, em tais casos, o papel da Presidência do STF foi central para que não houvesse deliberação coletiva.

As conclusões de nossa pesquisa são quatro. A primeira é que no geral as declarações de impedimento e suspeição tendem a ocorrer nos casos em que o questionamento é adequado. A segunda é que a Presidência não confrontou os ministros que se declararam imparciais perante casos com margem razoável sobre a existência de impedimento e suspeição; dando prevalência à vontade do ministro ao invés do controle em Plenário. A terceira é que o controle da imparcialidade do impedimento e suspeição é recorrente, mas é realizado com baixa transparência e controlabilidade. A quarta é que os ministros não prezam pela integridade e rigor desses processos de arguição. Portanto, as interações e decisões tomadas nas arguições de impedimento e suspeição não parecem ser organizadas em torno de uma “lei do silêncio”. Ao contrário, há uma alta efetividade no controle da imparcialidade, mas ela ocorre sem constrangimentos e com pouca adesão à formalidade e ritos processuais; ela ocorre “fora dos holofotes”.

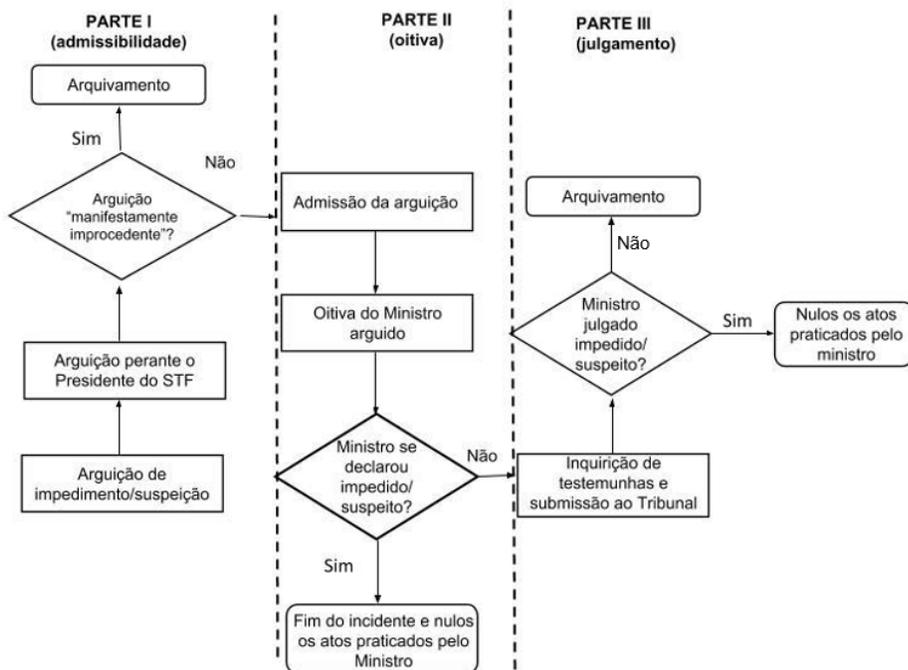
A grande diferença entre as pesquisas está no método. Enquanto Zaidan de Carvalho se concentrou na resposta final que o STF deu às arguições de impedimento e suspeição, nós incluímos em nossa análise a qualidade das razões jurídicas oferecidas para que o processo chegasse a tais resultados. Em outras palavras, ao invés de considerar o ponto final dos processos, foram levantados os argumentos das partes, as respostas dos ministros arguidos, a tramitação processual e as decisões da Presidência do Supremo.

Para apresentar esses dados de forma adequada, estruturamos o artigo da seguinte maneira: 1) na primeira seção, oferecemos uma descrição de como as arguições deveriam funcionar e um panorama sobre o que ocorreu concretamente com todas elas até hoje; 2) na segunda seção, detalhamos os casos nos quais a improcedência do processo se constitui em questão basicamente burocrática; 3) na terceira seção, exploramos os casos nos quais a atuação da Presidência do tribunal foi de fato decisiva para o resultado de improcedência; 4) na quarta seção, apresentamos reflexões e críticas ao mecanismo de arguição de impedimento e de suspeição a partir dos dados levantados, bem como sua implicação sobre a percepção de imparcialidade do Tribunal, para em seguida oferecer nossa conclusão.

2. O rito e a prática das arguições de impedimento e suspeição

Os processos de arguição de impedimento e de suspeição estão previstos entre os artigos 277 e 287 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). Em nossa leitura, o RISTF estabelece três etapas para essas arguições: (i) admissibilidade da arguição, (ii) oitiva do ministro arguido, e (iii) encaminhamento do caso para plenário e julgamento. A princípio, o ministro arguido pode se declarar impedido ou suspeito em qualquer momento anterior ao julgamento, implicando a perda de objeto do processo que questiona a sua imparcialidade. A Figura 1, a seguir, ilustra o processo:

Figura 1. Trâmite regimental das arguições de impedimento e suspeição analisadas



Fonte: elaborado pelos autores.

A arguição deve ser direcionada para a Presidência do STF e acompanhada de documentos e das testemunhas que poderão ser arroladas no processo. Caso a impugnação seja contra o Presidente¹⁸, a arguição deve ser direcionada ao Vice-Presidente do Supremo¹⁹.

18 Utilizaremos neste artigo a linguagem no que se refere a ministros e ministras no masculino universal, isso porque do universo de 111 casos analisados, apenas em 10 deles houve questionamento da imparcialidade das ministras do tribunal. O baixo número de questionamentos às ministras mulheres pode estar ou não relacionado com o baixíssimo número de ministras que o tribunal já possuiu/possui.

19 O RISTF ainda estabelece outros dois pontos importantes, não relacionados diretamente com o fluxo processual. O primeiro deles é a disposição de que as impugnações à imparcialidade são individuais, podendo os ministros, mesmo que também arguidos na mesma ação, apreciar o pedido feito em relação aos seus colegas (art. 284). O segundo é a proibição de divulgação de peças da arguição antes que ela tenha sido declarada pelo tribunal ou pelo próprio arguido, a não ser que sejam destinadas às partes desta ação (art. 286).

Com o ajuizamento da arguição²⁰, o Presidente poderá arquivá-la se considerar que a ação é manifestamente improcedente, por força do artigo 280, que é o espelhamento da regra geral prevista também no artigo 21, §1º, do RISTF, a qual possibilita ao relator de uma ação negar seguimento a pedido ou recurso quando eles forem manifestamente inadmissíveis, improcedentes ou contrários à jurisprudência ou súmula do STF²¹.

Caso a arguição seja admitida, inicia-se a etapa de oitiva do ministro arguido. O Presidente remete os autos ao arguido para que possa se manifestar sobre a acusação de imparcialidade. Diante da comunicação, o ministro poderá reconhecer sua condição de impedido/suspeito ou oferecer as razões pela qual se considera habilitado a julgar. Caso reconheça seu impedimento ou suspeição, a arguição deve ser arquivada e todos os atos praticados por ele no processo devem ser declarados nulos. Caso o ministro arguido não se considere impedido ou suspeito para julgar, o caso continuará a correr normalmente sob a condução (ou com participação) do arguido.

A princípio, caso o ministro arguido opte por permanecer atuando no processo, deveria ter início a etapa de encaminhamento do caso para plenário e julgamento. Caberia ao Presidente ouvir as testemunhas arroladas e encaminhar o caso para julgamento colegiado, o qual, em caso de

20 O RISTF faz referência ao prazo de 5 dias para que a parte suscite a suspeição ou impedimento (art. 279), mas o CPC/2015 passou a prever o prazo de 15 dias (art. 146, §1º). O tribunal parece ter adotado a nova regra do CPC, mas os resultados até o momento são inconclusivos, porque o número de casos após a vigência do CPC/2015 ainda é pequeno. No universo analisado na presente pesquisa, 19 arguições envolviam situações consolidadas sob a vigência do CPC/2015. Destas, em cinco houve o ajuizamento da arguição após o prazo de 5 dias e, apesar disso, a decisão monocrática não apontou a existência de intempestividade (ou seja, pode-se pressupor que houve a aplicação do prazo do CPC/2015). Em dois casos ajuizados após o prazo de cinco dias, mas dentro do prazo de 15 dias previsto no CPC/2015, a decisão fez referência expressa art. 279 do RISTF e considerou a arguição intempestiva. Das demais arguições, não foi possível inferir o posicionamento sobre o prazo, seja porque a arguição respeitaria ou ultrapassaria qualquer um dos prazos, seja porque o arguido não era relator ou porque a decisão arquivou o processo por outras razões formais.

21 São casos de manifesta improcedência, por exemplo, a intempestividade, regulada pelo artigo 279, RISTF. O prazo para ingresso da arguição é de 5 dias após a distribuição da ação, caso o arguido seja o relator, ou de 5 dias após a conclusão, caso o arguido seja o revisor. Contudo, poderá ser ajuizada até o início do julgamento da ação, quando se tratar do questionamento de qualquer outro ministro. Além dessa questão, pode-se ainda mencionar outras situações formais que justificam o imediato arquivamento da arguição, como a falta de legitimidade do arguente, por não figurar como uma das partes da relação processual principal, ou ainda falta de capacidade postulatória, quando não existe advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil representando a parte.

procedência da arguição, implicaria o afastamento do ministro arguido e nulidade de seus atos no processo. No caso de improcedência, a arguição deveria ser arquivada. Nesse ponto, contudo, já encontramos uma grande diferença entre a teoria e a prática do processo de arguição.

Após a etapa de notificação do ministro arguido, a Presidência do STF tem realizado uma nova rodada de controle da admissibilidade e de avaliação com referendo dos argumentos trazidos pelo arguido, ao invés de instruir o processo e remetê-lo a julgamento. Esse é um achado relevante da pesquisa, pelo qual se constata que o Presidente do STF desrespeita o RISTF, criando uma nova etapa processual que evita a remessa das arguições para julgamento pelo plenário.

A princípio, esse dado – da criação de uma etapa de admissibilidade diferida, que viola o regimento interno – pareceria corroborar a hipótese de um tribunal autoprotetivo por uma espécie de “lei do silêncio”. Há, contudo, duas objeções que impedem a realização desse salto argumentativo. Em primeiro lugar, essa nova etapa de admissão é realizada em uma porção razoavelmente pequena do universo pesquisado de arguições²². Em segundo lugar, especificamente nesses casos, a presidência poderia ter arquivado quase todos, mesmo sem ter ouvido o ministro arguido, com amparo na jurisprudência do STF. Na verdade, nossos dados indicam que o objetivo de bloquear a atuação dos ministros impedidos ou suspeitos tende a ser bem-sucedido na ampla maioria dos casos, desde que cumpridos os requisitos legais e jurisprudenciais da objeção.

Ao longo das próximas seções, apresentaremos os dados que fundamentam as duas objeções elencadas no parágrafo anterior, bem como a assertiva sobre a efetividade do controle sobre ministros suspeitos e impedidos. Apenas após esses passos enfrentaremos o que parece ser a real complexidade e fragilidade desses mecanismos de controle da imparcialidade.

3. Como e por que as arguições não foram remetidas a julgamento?

O primeiro desafio na avaliação do funcionamento do mecanismo de impedimento e suspeição no STF é identificar o universo de casos pertinentes à análise. Pesquisa análoga já anteriormente mencionada, que se debruçou

22 Vide Figura 2, na qual se apresenta que essa nova etapa está presente em apenas 21 dos 111 casos.

sobre o tema de impedimento e suspeição no STF²³, havia partido do universo de 133 arguições então ajuizadas até o fechamento da pesquisa. À data de fechamento da presente pesquisa, havia 139 arguições autuadas²⁴.

Do total de 139 arguições, foi necessário excluir ações inexistentes e aquelas que tiveram a autuação cancelada. As primeiras sequer apareciam na busca do site²⁵, enquanto as segundas haviam sido erroneamente autuadas como arguição, quando na verdade tinham classe processual distinta²⁶. Foram também excluídas do universo de análise as ações que não se dirigiam contra ministros do STF²⁷ e seis casos sem informações suficientes para análise²⁸. Após as devidas exclusões, chega-se ao universo da pesquisa, composto por 111 arguições, das quais 43 são arguições de impedimento e 68 são arguições de suspeição. O percurso desses 111 casos pode ser apreciado de forma mais clara na Figura 2²⁹.

23 CARVALHO, 2016, pp. 12-13

24 A coleta de dados da pesquisa foi encerrada em 6 de outubro de 2017. A seleção dos casos que compõem o universo para a etapa da análise da jurisprudência também ocorreu nesta data. O status desses processos foi atualizado em 1 de outubro de 2018, a fim de alimentar a seção que descreve o universo.

25 Portal do STF, na seção Processos -> Acompanhamento Processual. Os casos foram individualmente pesquisados a partir da busca em ordem numérica crescente (iniciando pela AIMP 1 e pela AS 1, até o último número que levasse a uma arguição existente). A página pode ser acessada no seguinte endereço: <http://stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>.

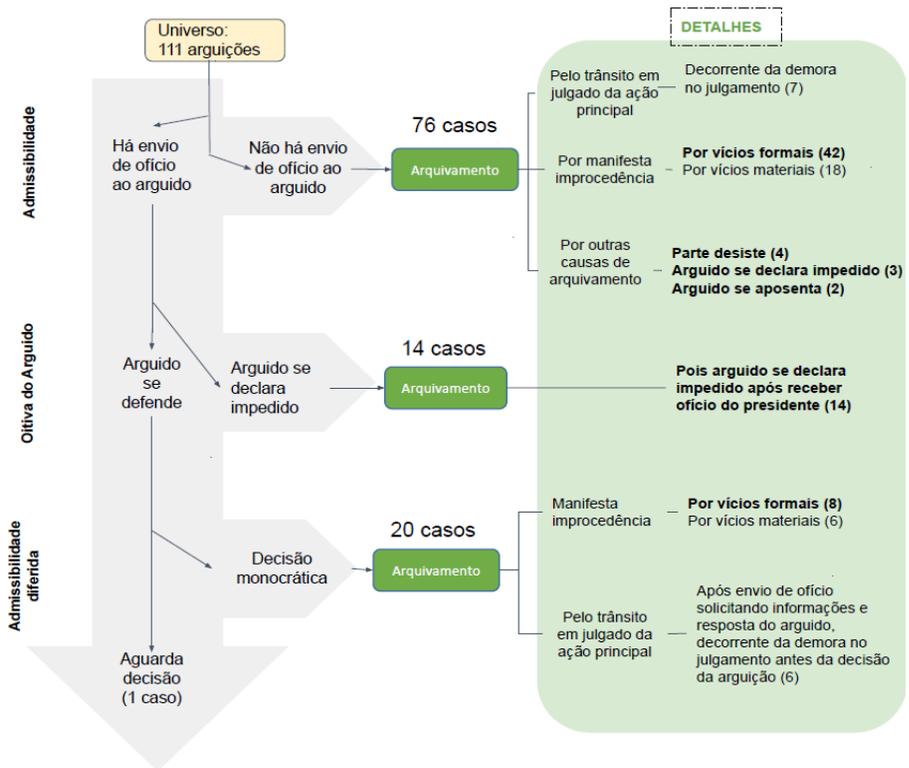
26 Do total de 90 arguições de suspeição (AS) e de 49 arguições de impedimento (AIMP) autuadas, 16 não são válidas. Duas AS e três AIMP tiveram a autuação cancelada por erro de autuação, isto é, porque o objetivo era autuá-la com outra classe processual (AIMP 2, 3 e 33 e AS 41 e 72). As outras nove AS e duas AIMP são, em verdade, inexistentes, pois nesses casos a busca no site do STF não resulta em qualquer registro sob esse número na base do STF (AIMP 12 e 27; AS 1,2,3,4,5,6,7,57,58).

27 AIMP 26, contra o ministro do STJ Hamilton Carvalhido; AS 79, contra a Procuradora Geral da República Ela Wieko; AS 81, 82 e 83, contra o ministro do STJ Luis Felipe Salomão; e AS 89, contra o Procurador Geral da República Rodrigo Janot.

28 AS 8, 9, 10, 11, 12 e 13 são ações antigas nas quais o único andamento presente no acompanhamento processual é a indicação “baixa de arquivo”.

29 Os casos do universo analisado, cujo percurso é ilustrado na figura 2, distribuem-se da forma como segue: Fase de admissibilidade – casos arquivados pelo trânsito em julgado da ação principal em decorrência da demora no julgamento (7): AIMP 5, AIMP 13, AS 51, AS 53, AS 62, AS 64 e AS 70; casos arquivados por manifesta improcedência por vícios formais (42): AIMP 7, AIMP 8, AIMP 9, AIMP 19, AIMP 22, AIMP 28, AIMP 43, AIMP 46, AS 14, AS 15, AS 16, AS 19, AS 20, AS 21, AS 22, AS 23, AS 24, AS 25, AS 26, AS 27, AS 29, AS 31, AS 33, AS 36, AS 38, AS 40, AS 42, AS 43, AS 44, AS 52, AS 60, AS 61, AS 63, AS 66, AS 76, AS 77, AS 80, AS 84, AS 85, AS 86, AS 87, AS 88; casos arquivados pela desistência da parte (4): AIMP 29, AIMP 30, AS 65, AS 69; casos arquivados porque o arguido se declara impedido (3): AIMP 11, AIMP 34 e AS 30; casos arquivados pela aposentadoria do arguido: AS 17, AS 18. Fase de otiva do arguido – casos arquivados pois o arguido se declara impedido após receber ofício do

Figura 2. Trâmite real das arguições de impedimento e suspeição analisadas



Fonte: elaborado pelos autores.

Como indicado, o trâmite real das arguições subdivide-se em três fases: a admissibilidade, a oitiva do arguido e a fase que denominamos admissibilidade diferida. A maior parte dos casos não ultrapassa as duas primeiras etapas regimentais, seja por vícios formais ou pela manifesta improcedência. Já os 20 casos que ultrapassam a etapa de oitiva do arguido não foram remetidos ao plenário por conta da criação de uma nova etapa de controle processual, que não tem parâmetro no regimento interno.

Contudo, os detalhes do percurso das ações também revelam que em poucos casos o arquivamento decorreu de um juízo avaliativo ou postura ativa por parte da Presidência. Em 59 dos 111 casos analisados, o arquivamento ocorre por razões burocráticas, que independem de uma análise propriamente qualitativa da Presidência, seja na fase de admissibilidade

ou na etapa de admissibilidade diferida³⁰. Na maioria desses 59 casos, o arquivamento ocorre por intempestividade da arguição (34), falta de capacidade postulatória (7), ilegitimidade do arguente (5) ou do arguido (2), ausência de material comprobatório (1) ou inadequação da via processual (1). Há ainda eventos ocorridos antes da arguição chegar ao exame de admissibilidade, que prejudicam a ação, como a declaração de impedimento pelo arguido (3), desistência da ação (4) e aposentadoria do arguido (2). Em tais casos, seria imprópria a continuidade da ação, de modo que não é possível contabilizar esse resultado como um tipo de “lei do silêncio” entre os ministros.

A ausência de juízo por parte da Presidência também está presente nos casos em que os próprios ministros arguidos concordam com a alegação e se declaram impedidos após notificação da Presidência. Essa declaração de impedimento mediante provocação ocorreu em 14 dos 35 casos³¹ em que houve oitiva do arguido.

Com isso, 73 dos 111 casos³² (identificados em negrito na Figura 2) foram arquivados por motivos que independem de qualquer juízo avaliativo ou atuação ativa por parte da Presidência do STF. Dentre os 38 casos restantes³³, a intervenção da Presidência se deu de duas formas: (i) pelo

30 Trata-se dos 42 casos arquivados por vícios formais na fase de admissibilidade (AIMP 8, AIMP 9, AIMP 19, AIMP 22, AIMP 28, AIMP 43, AIMP 46, AS 14, AS 15, AS 16, AS 19, AS 20, AS 21, AS 22, AS 23, AS 24, AS 25, AS 26, AS 27, AS 29, AS 31, AS 33, AS 36, AS 38, AS 40, AS 42, AS 43, AS 44, AS 52, AS 60, AS 61, AS 63, AS 66, AS 76, AS 77, AS 80, AS 84, AS 85, AS 86, AS 87, AS 88); dos nove casos arquivados por outras causas (AIMP 29, AIMP 30, AS 65, AS 69 – parte desiste; AIMP 11, AIMP 34 e AS 30 – arguido se declara impedido; AS 17, AS 18 – aposentadoria do arguido); e dos oito casos arquivados na fase de admissibilidade diferida por vícios formais (AIMP 17, AIMP 18, AIMP 31, AIMP 32, AS 32, AS 55, AS 74, AS 75).

31 Os 14 casos em que o ministro se declara impedido são: AIMP 14, AIMP 15, AIMP 16, AIMP 21, AIMP 23, AIMP 24, AIMP 25, AIMP 35, AIMP 39, AIMP 40, AIMP 41, AIMP 42, AS 59, AS 73.

32 São eles: AIMP 7, AIMP 8, AIMP 9, AIMP 11, AIMP 14, AIMP 15, AIMP 16, AIMP 17, AIMP 18, AIMP 19, AIMP 21, AIMP 22, AIMP 23, AIMP 24, AIMP 25, AIMP 28, AIMP 29, AIMP 30, AIMP 31, AIMP 32, AIMP 34, AIMP 35, AIMP 39, AIMP 40, AIMP 41, AIMP 42, AIMP 43, AIMP 46, AS 14, AS 15, AS 16, AS 17, AS 18, AS 19, AS 20, AS 21, AS 22, AS 23, AS 24, AS 25, AS 26, AS 27, AS 29, AS 30, AS 31, AS 32, AS 33, AS 36, AS 38, AS 40, AS 42, AS 43, AS 44, AS 52, AS 55, AS 59, AS 60, AS 61, AS 63, AS 65, AS 66, AS 69, AS 73, AS 74, AS 75, AS 76, AS 77, AS 80, AS 84, AS 85, AS 86, AS 87, AS 88.

33 AIMP 1, AIMP 4, AIMP 5, AIMP 6, AIMP 10, AIMP 13, AIMP 20, AIMP 36, AIMP 37, AIMP 38, AIMP 44, AIMP 45, AIMP 47, AIMP 48, AIMP 49, AS 28, AS 34, AS 35, AS 37, AS 39, AS 45, AS 46, AS 47, AS 48, AS 49, AS 50, AS 51, AS 53, AS 54, AS 56, AS 62, AS 64, AS 67, AS 68, AS 70, AS 71, S 78, AS 90.

posicionamento jurídico e (ii) pelo controle do tempo. O posicionamento jurídico levou ao arquivamento das arguições por considerar que sua fundamentação jurídica era manifestamente inadmissível. O controle do tempo fez com que as arguições fossem arquivadas por perda do objeto. As subseções seguintes tratarão de cada uma dessas formas de intervenção da Presidência.

3.1 Arguições manifestamente inadmissíveis – a jurisprudência do STF

A Presidência arquivou arguições de impedimento ou suspeição por considerar que os fundamentos dos pedidos eram manifestamente inadmissíveis em 24 casos. Com sua decisão monocrática, extinguiu 18 arguições sem ouvir o arguido (etapa de admissibilidade)³⁴ e 6 arguições após a oitiva (na etapa de admissibilidade diferida)³⁵. Isso representa um pouco mais de um quarto do total dos casos levados ao Supremo (24 de 111) e mais da metade dos casos nos quais a intervenção da Presidência foi relevante (24 de 38). Portanto, compreender a qualidade dessa intervenção é crucial para testar a hipótese de uma eventual “lei do silêncio”, ou seja, de fracasso desse mecanismo de controle da imparcialidade, ao menos nessa esfera.

Para avaliar a qualidade da atuação da Presidência foi preciso verificar a qualidade da justificativa fornecida para o arquivamento. Nesta pesquisa, ao invés de realizar nossa própria avaliação sobre o mérito da decisão, testamos a consistência externa das decisões, ou seja, se havia alguma contradição ou incoerência no conjunto de decisões que inadmitiram as arguições por questões materiais³⁶.

A reconstrução dessa espécie de jurisprudência³⁷ do impedimento e suspeição no STF, contudo, possui dificuldades adicionais em relação à

34 São eles: AIMP 1, AIMP 6, AIMP 36, AIMP 37, AIMP 38, AS 34, AS 35, AS 37, AS 39, AS 45, AS 46, AS 47, AS 48, AS 49, AS 50, AS 54, AS 67, AS 68.

35 AIMP 4, AIMP 20, AIMP 44, AS 28, AS 56, AS 78.

36 MACCORMICK, 2008.

37 Utilizamos aqui o termo “jurisprudência” de forma menos criteriosa, vez que usamos a sua compreensão a partir de decisões monocráticas da Presidência do tribunal, única forma de decisão até hoje havida em arguições de impedimento e suspeição. Optamos, todavia, em manter a utilização do termo por ser de fácil entendimento quanto à ideia que se pretende passar: a de um conjunto de entendimentos acerca dos argumentos que não são capazes de ensejar a suspeição ou o impedimento do ministro.

reconstrução da jurisprudência do STF em casos ordinários³⁸. No geral, há poucas considerações nos despachos presidenciais de inadmissão das arguições. Por isso, para construir essa jurisprudência, tivemos que considerar o que seria a decisão construída a partir da negativa da pretensão do arguente. Logo, a reconstrução da jurisprudência foi realizada *a contrario sensu*³⁹.

Para a construção da jurisprudência levamos em conta 37 arguições de impedimento e suspeição⁴⁰. Esse número é mais alto do que as arguições que arquivaram por inadmissibilidade do mérito, porque foram incluídos na análise os casos em que o arquivamento foi por vício formal, mas nos quais a Presidência se manifestou também pela improcedência do mérito⁴¹. Isso significa que incluímos na análise qualquer caso em que a Presidência tenha realizado alguma consideração sobre as razões que levariam ao questionamento da imparcialidade do ministro.

A partir desse universo, criamos algumas súmulas⁴² que agrupam e sintetizam essas questões. Elas foram elaboradas a partir da expectativa

38 Para uma breve retomada desses problemas, ver: VIEIRA, 2008; bem como VOJVODIC et. al., 2009, pp. 21-44.

39 O que queremos dizer como uma “construção a contrario sensu” é que partimos de decisões de negativa de seguimento do pedido de impedimento e suspeição, ou seja, que afastavam o pedido dos arguentes sobre quebra de parcialidade do ministro, para elaborar entendimentos de quais seriam as causas que levariam ao afastamento de um ministro do caso.

40 Desse total, 14 são arguições de impedimento (AIMP 1, AIMP 4, AIMP 6, AIMP 8, AIMP 9, AIMP 10, AIMP 17, AIMP 18, AIMP 20, AIMP 36, AIMP 37, AIMP 38, AIMP 43, AIMP 44) e 23 são arguições de suspeição (AS 14, AS 28, AS 34, AS 35, AS 37, AS 39, AS 42, AS 43, AS 45, AS 46, AS 47, AS 48, AS 49, AS 50, AS 52, AS 54, AS 55, AS 56, AS 61, AS 67, AS 68, AS 78, AS 85).

41 Em 13 casos, a decisão reconheceu vício formal, mas também fez considerações materiais (AIMP 8, 9, 10, 17, 18, 43 e AS 14, 42, 43, 52, 55, 61 e 85). Por isso, esses casos foram levados em conta para a composição do acervo jurisprudencial, apesar de terem sido categorizados nesta pesquisa como decisões de manifesta improcedência por vício formal.

42 O termo não se confunde com o conceito técnico-jurídico de súmula. Utilizamos o termo “súmula” para designar as proposições que elaboramos a partir da análise das decisões monocráticas de arquivamento das arguições de impedimento e suspeição. Construídas a contrário sensu (ver supra nota 39), as súmulas buscam enunciar de modo universalizável os entendimentos presentes nas ações de referência. Esse esforço foi necessário, pois, em várias das ações analisadas, a decisão teve por enfoque tão somente as circunstâncias do caso concreto. Como o universo de arguições de impedimento e suspeição é pequeno, algumas das súmulas foram elaboradas a partir de uma ou duas ações de referência. Ainda que isso não permita uma afirmação categórica de que se trata de um entendimento cristalizado no tribunal, a situação concreta de fundo, por vezes muito específica, não surgiu em outros casos para que esse entendimento viesse a ser testado repetidas vezes. Mesmo nesses casos, portanto, é possível dizer que a súmula reflete a interpretação do tribunal nas arguições que a ele já chegaram, sem inconsistências.

de captar a essência do entendimento criado pelo tribunal, por isso não correspondem literalmente ao que foi dito nas decisões, mas a uma reconstrução racional da decisão como uma regra universalizável⁴³. Fogem a esse exercício de racionalização as súmulas 72 e 252 do STF, efetivamente construídas dessa maneira pelo tribunal.

Agrupamos essas súmulas em cinco grandes categorias de decisão⁴⁴: (i) cabimento das arguições; (ii) relações de amizade ou de inimizade; (iii) relação de parentesco; (iv) atuação profissional anterior ou paralela de ministro; e (v) considerações tendenciosas. As 37 arguições, então, foram divididas conforme quadro abaixo.

Quadro 1. Súmulas jurisprudenciais sobre impedimento e suspeição no STF

| Tema | Súmula | Ações referência |
|------------------------------------|--|--|
| (i) Cabimento das arguições | <i>Eventual impedimento de juiz auxiliar não gera impedimento do ministro que o tenha no gabinete.</i> | AIMP 43 |
| | <i>Não cabe arguição de suspeição em ação de controle concentrado de constitucionalidade, por inexistir partes. Excepcionalmente, cabe arguição de impedimento.</i> | AIMP 1, AIMP 44, AIMP 44, AS 34, AS 37, AS 54, AS 34, AS 37, AS 54 |
| | <i>As hipóteses de impedimento e suspeição são apenas aquelas expressamente previstas no CPC e CPP.</i> | AIMP 4, AIMP 6, AIMP 20, AIMP 44, AS 14, AS 35, AS 42, AS 43, AS 45, AS 46, AS 47, AS 48, AS 78, AS 85 |
| (ii) Amizade ou Inimizade | <i>Encontros oficiais do Presidente do STF ou do TSE para atender a eventos oficiais ou extraoficiais meramente protocolares não configura relação de amizade íntima com visitados ou outros visitantes.</i> | AS 52, AS 61 |
| | <i>Críticas à atuação profissional do advogado não caracterizam inimizade, sendo necessária a existência de ato que indique parcialidade na condução da causa.</i> | AS 50 |

43 MACCORMICK, 2008.

44 Ressaltamos que algumas decisões acabaram por discutir mais de um tópico, por isso a arguição contempla mais de uma súmula.

| | | |
|---|--|---|
| (iii) Relações de parentesco ⁴⁵ | <i>Relação de parentesco apenas constitui causa de impedimento quando o familiar do magistrado atua diretamente na causa, ou seja, é indiferente se integra escritório ou instituição.</i> | AIMP 17, AIMP 18 |
| | <i>O impedimento por mero pertencimento de parentes em escritórios de advocacia não se estende ao setor público.</i> | AIMP 36 |
| (iv) Atuação profissional anterior ou paralela de ministro | <i>Exercício pretérito da advocacia não é causa para a declaração de impedimento em relação a ex-cliente.</i> | AS 55, AS 56 |
| | <i>O impedimento por atuação pretérita, como parte ou magistrado, se dá por processo e não por tema. Ainda que os temas sejam idênticos ao caso no qual houve atuação, não há impedimento.</i> <i>Súmula 252 do STF: “Na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo”.</i> <i>Súmula 72 do STF: “No julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os Ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário”.</i> | AIMP 8, AIMP 10, AIMP 37, AIMP 38, AS 28, AS 78 |
| | <i>A assistência jurídica na elaboração de diploma legal ou ato de governo, em razão de função pretérita, não é causa de impedimento para avaliação da constitucionalidade dessa norma ou ato.</i> | AIMP 1, AIMP 9, AIMP 20, AIMP 44, AS 14 |
| | <i>A ocupação de assento no Conselho Nacional de Justiça, não é, por si só, causa para impedimento de análise de norma do próprio CNJ.</i> | AS 42, AS 43 |

45 Ressaltamos que a primeira súmula foi criada ainda na vigência do CPC/1973 e a segunda já na vigência do CPC/2015. Esse dado é importante porque houve uma mudança trazida pelo novo código que, além da hipótese de quebra da imparcialidade do juiz quando seu cônjuge ou parente estivesse postulando como advogado da parte ou quando ele (cônjuge ou parente) próprio fosse uma das partes do processo, passou a prever como impedimento, ao lado das hipóteses anteriores, a situação de quando uma das partes fosse cliente do escritório de advocacia de cônjuge, companheiro ou parente, ainda que esses não atuem diretamente na causa (art. 144, III c/c §3º) ou ainda que na ação específica a parte esteja sendo patrocinada por outro escritório (art. 144, VIII).

| | | |
|--|--|--|
| (v) Considerações tendenciosas | <i>Manifestação pública sobre a tese jurídica não é causa de impedimento, tanto por não ser hipótese legal expressa, como por não se confundir com comentário sobre caso concreto.</i> | AIMP 6, AS 47, AS 48 |
| | <i>Não são causas de impedimento ou suspeição as manifestações em etapas processuais que possivelmente indiquem a tendência de convencimento do ministro, como recebimento de denúncia, reconhecer outro juízo prevento depois de ter se manifestado, ou realizar de ofício ato que deveria ser solicitado pela parte.</i> | AIMP 4, AIMP 6, AS 35, AS 37, AS 39, AS 45, AS 46, AS 49, AS 67, AS 68 |

Fonte: elaborado pelos autores.

A criação desses enunciados não partiu diretamente das hipóteses legais presentes no CPC e no CPP, na medida em que tentamos compreender os entendimentos construídos pelo próprio Tribunal, buscando testar a consistência externa das decisões, conforme dito anteriormente. Contudo, o que observamos é que em geral eles reforçam a tese de taxatividade das hipóteses legais de impedimento e suspeição de magistrados, além com conferir especificações a essas previsões.

A partir da coleta de dados, observamos a construção de uma jurisprudência consistente que, em geral, tem sido aplicada aos ministros. A criação da etapa diferida – a nova rodada de controle de admissibilidade feita pelo Presidente após a oitiva do ministro arguido, evitando a remessa da arguição para julgamento em Plenário – não gerou irregularidades, pois sempre que houve arquivamento na etapa diferida, o entendimento que o justificava estava embasado em uma das súmulas já criadas na etapa regular.

Porém, em dois casos a jurisprudência foi criada após a oitiva de ministro arguido, criando uma distorção que poderia ter favorecido a perda do controle de imparcialidade. O primeiro enunciado nessa condição é o de que “exercício pretérito da advocacia não é causa para a declaração de impedimento em relação a ex-cliente”, que foi baseado exclusivamente no argumento do ministro arguido (AS 55 e AS 56). O segundo enunciado problemático é o de que “o impedimento por atuação pretérita, como parte ou magistrado, se dá por processo e não por tema. Ainda que os temas sejam idênticos ao caso no qual houve atuação, não há impedimento”;

no qual o precedente foi criado em etapa de admissibilidade diferida (AS 28), mas aplicado posteriormente em diversos casos para arquivamento em etapa regular de admissibilidade (AIMP 8, AIMP 18, AIMP 37, AIMP 38 e AS 78).

Como dito, o primeiro caso problemático se deu nas AS 55 e 56, que, embora propostas por sujeitos distintos, questionavam igualmente a participação do Ministro Dias Toffoli no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636.359. O RE tratava do registro de candidatura de João Alberto Rodrigues Capiberibe, nas eleições de 2010, que havia sido indeferido pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), diante da aplicação da Lei da Ficha Limpa. Os arguentes alegavam que o ministro seria amigo íntimo do recorrente por ter sido seu advogado durante anos e que teria, portanto, interesse no julgamento da ação.

O arguido se manifestou no sentido de negar qualquer relação de amizade com a parte, afirmando que houve apenas uma atuação “estritamente profissional” quando participou como advogado de “João Alberto Rodrigues Capiberibe e como colaborador eventual junto à Procuradoria Geral do Estado do Amapá”, o que não prejudicaria a sua imparcialidade em participar do julgamento. Chega a alegar, na AS 55, que inclusive já chegou a proferir voto em outra ação contra os interesses de João Capiberibe e em favor do arguente. Tal posicionamento foi acolhido pelo Presidente Cezar Peluso, que indeferiu o pedido.

Na AS 28, questionava-se a parcialidade do ministro Gilmar Mendes para relatar uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) sob a justificativa de que teria defendido constitucionalidade da Lei Federal nº 9.882/1999, que justamente dispõe sobre processo e julgamento de ADPF perante o STF, quando da sua atuação como Advogado Geral da União (AGU). Os arguentes baseavam sua alegação no art. 134, II, do CPC/1973 (vigente à época do pedido), que proíbe o juiz de atuar em processo no qual “interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha”.

Em sua manifestação, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, de fato, defendeu a constitucionalidade da lei e que com certeza esse não teria sido o único caso ao longo de sua atuação como AGU, já que, conforme dispõe o artigo 103, §3º, da Constituição Federal, diante da apreciação da inconstitucionalidade de uma norma, o AGU será citado para fazer a defesa do

ato impugnado. Além disso, mencionou precedentes do Tribunal, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 55 em que ficou assentado que não existe impedimento de ministros, no julgamento de ADIs, que na condição anterior de Ministros de Estado tiverem referendado lei ou ato que figurar como objeto da ação. No mais, ainda ressaltou que tal justificativa o impediria de participar de qualquer julgamento de ADPF perante o STF e que apenas caberia algum questionamento de sua imparcialidade se estivessem a julgar a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.882/1999.

A decisão do Presidente, Ministro Marco Aurélio, foi de afastar a alegação de parcialidade do ministro arguido, entendendo que o impedimento se limita a processo no qual atuou, não sendo possível presumir a parcialidade diante de uma atuação anterior. Além disso, ressaltou que o ministro pode ser convencido de tese diversa daquela defendida e mudar seu posicionamento sobre o tema.

3.1.1 Resultados preliminares sobre o controle de mérito pela Presidência

A análise da Jurisprudência do STF revela que a Presidência do STF é geralmente consistente no arquivamento de arguições de impedimento e de suspeição por manifesta inadmissibilidade. Em primeiro lugar, porque essas decisões formam um corpo coerente entre si. Em segundo lugar, porque esses entendimentos foram aplicados de modo uniforme entre todos os casos semelhantes.

Além disso, verificamos que o fato de a Presidência violar o regimento interno, ao criar uma etapa de admissibilidade diferida, gerou poucos efeitos práticos para o resultado das arguições. Em 22 dos 24 casos de manifesta improcedência por questões materiais, a Presidência poderia ter realizado o arquivamento com amparo na jurisprudência criada em condições em condições normais, ou seja, sem violação regimental.

O problema, contudo, são os dois casos⁴⁶ para os quais não havia resposta na jurisprudência anterior nas arguições de impedimento e sus-

46 Trata-se do caso envolvendo a AS 28 e também a AS 56. Vale ressaltar que, embora tratemos da AS 56 em conjunto com a AS 55, já que tratam da mesma questão de suspeição, a AS 55 padecia de um vício formal, de ilegitimidade da parte arguente, e, por isso, poderia ter sido julgada improcedente independentemente do juízo de mérito. Por isso dizer que apenas a AS 56 seria problemática no sentido de inaugurar uma jurisprudência em etapa diferida.

peição. Nessa ausência de orientação prévia, há espaço para uma dúvida razoável se a conduta questionada fere os deveres de imparcialidade. Quando há essa dúvida razoável, o caso deve ser remetido para o Plenário do STF, ao invés de arquivado.

Esses dados enfraquecem a hipótese de que existe uma “lei do silêncio” que mina sistematicamente o controle da imparcialidade dos ministros, mas indica que a Presidência do STF consegue impedir a remessa de arguições em Plenário, utilizando-se de uma violação regimental. Revelam também uma complexidade na relação entre ministros que merece aprofundamento.

Essa relação entre a Presidência e os ministros será explorada na terceira seção do presente artigo. Antes disso, porém, é preciso verificar se a hipótese de uma “lei do silêncio” não ganha forças ao se examinar o possível uso estratégico do tempo processual na condução das arguições de impedimento e suspeição que são arquivadas por perda de objeto. Esse é o objeto da seção 3.2, abaixo.

3.2 Avaliação dos arquivamentos por perda de objeto

A conclusão de que não há uma “lei do silêncio” a respeito do controle da imparcialidade no STF não implica a ausência de problemas no processamento dessas ações. Há um conjunto de 12 casos nos quais é possível identificar que o STF falhou em razão da demora na apreciação das arguições de impedimento ou suspeição.

Todos esses casos têm em comum o fato de que o ministro alegadamente impedido acaba por proferir decisão de mérito na ação principal e a arguição transita em julgado sem que antes tenha havido um afastamento definitivo de todas as suspeitas de sua parcialidade. Englobam, especificamente, as seguintes situações: (i) ações que tiveram a perda de objeto pelo trânsito em julgado da ação principal antes mesmo de qualquer movimentação da arguição pelo Presidente⁴⁷; (ii) ações que perderam objeto após o envio de ofício ao arguido e resposta deste se defendendo⁴⁸.

47 AIMP 5, AIMP 10, AIMP 13, AS 51 e AS 53, AS 62 e AS 70. Os autos da AS 70 não puderam ser acessados porque a ação tramita em segredo de justiça, mas foi possível inferir as circunstâncias fáticas do caso a partir da narrativa dos fatos da decisão monocrática.

48 AIMP 10, AIMP 45, AIMP 47, AIMP 48 e AS 90.

Nenhuma das ações em que houve perda do objeto antes mesmo de qualquer movimentação pelo Presidente era apta a suscitar impedimento ou suspeição⁴⁹. A verificação do quórum da decisão da ação principal coloca em dúvida a influência do arguido no resultado final, já que todas as decisões ocorreram por unanimidade ou por maioria. Isso pode indicar que, numericamente, a participação do ministro arguido na decisão não foi determinante para a contagem dos votos e determinação do resultado⁵⁰.

Já a maior parte das arguições que perderam objeto após a resposta de ofício pelo arguido não encontram solução clara na jurisprudência monocrática. São casos inéditos nos quais a inércia do tribunal fez com que se perdesse a oportunidade de levar um caso novo à decisão do colegiado. O Quadro 2 sintetiza a análise comparativa realizada:

Quadro 2. Comparação da situação fática envolvida no caso com os entendimentos consolidados nas monocráticas

| Ação | Alegação da parte | Entendimento sumular | Na ação principal |
|--------|---|---|-------------------------------------|
| AIMP 5 | Atuação profissional pretérita em julgamento correlato à ação principal (que é uma reclamação). | O impedimento por atuação pretérita, como parte ou magistrado, dá-se por processo e não por tema. Ainda que os temas sejam idênticos ao caso no qual houve atuação, não há impedimento. | Decisão Colegiada (Pleno) – maioria |

49 Chegamos a essa conclusão comparando o substrato fático do caso e a Jurisprudência do STF exposta ao longo da seção anterior. Identificou-se, ainda, a peculiar situação de 4 ações que foram julgadas manifestamente improcedentes quando, na ação principal, decisão de mérito já havia sido proferida pelo ministro alegadamente suspeito ou impedido ou com sua participação. Nesses casos, à data da decisão monocrática de arquivamento da arguição, a ação principal aguardava julgamento de recurso, e por isso não havia transitado em julgado (AIMP 20, com autos remetidos ao relator, e AS 12, AS 45 e AS 49, sem autos enviados ao relator). Esses casos também representam uma falha decorrente da demora no julgamento da arguição. Porém, a situação fática desses casos não foi analisada neste tópico porque esses casos fazem parte do acervo jurisprudencial que é coeso e, portanto, sabidamente não representam uma situação fática desconhecida ou discrepante dos entendimentos anteriormente detalhados.

50 Isso não significa necessariamente que a participação do arguido tenha sido indiferente ao resultado final. Trata-se de uma simplificação que pode ser realizada em grande medida porque o STF sabidamente possui diversas deficiências no modo como delibera e, em razão disso, muitas vezes a decisão acaba sendo uma agregação de votos individuais que pouco dialogam entre si (ver: SILVA, 2013, pp. 557–584). É possível e desejável, ainda assim, que a mera participação na deliberação tenha consequências sobre o resultado final. Nesse sentido, ver: MENDES, 2013.

| Ação | Alegação da parte | Entendimento sumular | Na ação principal |
|---------|--|---|-------------------------------------|
| AIMP 13 | Atuação corporativista ao não conhecer da ação principal. | Manifestações em etapas processuais que possivelmente indiquem a tendência de decisão do ministro não suscitam impedimento ou suspeição. | Decisão monocrática |
| AS 51 | Alegado prejulgamento por declarações anteriores em que elogiou ministro cuja nomeação questionava-se. | Manifestação pública sobre a tese jurídica não é causa de impedimento, tanto por não ser hipótese legal expressa, como por não se confundir com comentário sobre caso concreto. | Decisão monocrática |
| AS 53 | Alegado prejulgamento por manifestações abstratas à mídia sobre caso. | Manifestação pública sobre a tese jurídica não é causa de impedimento, tanto por não ser hipótese legal expressa, como por não se confundir com comentário sobre caso concreto. | Decisão colegiada (Pleno) – maioria |
| AS 62 | Ministro não passava confiança à parte em razão de suas afirmações polêmicas e sua exposição à mídia. | Manifestação pública sobre a tese jurídica não é causa de impedimento, tanto por não ser hipótese legal expressa, como por não se confundir com comentário sobre caso concreto. | Decisão colegiada (Turma) – unânime |
| AS 64 | Erros na decisão da ação principal em prejuízo da parte. | Manifestações em etapas processuais que possivelmente indiquem a tendência de decisão do ministro não suscitam impedimento ou suspeição. | Decisão monocrática |
| AS 70 | Alegado prejulgamento manifestado em atos praticados no processo, contrários à parte. | Manifestações em etapas processuais que possivelmente indiquem a tendência de decisão do ministro não suscitam impedimento ou suspeição. | Decisão colegiada (Turma - Unânime) |

| Ação | Alegação da parte | Entendimento sumular | Na ação principal |
|-------------------|---|---|---|
| AIMP 10 | Atuação profissional pretérita do arguido em órgão que é uma das partes na ação principal. | O impedimento por atuação pretérita, como parte ou magistrado, dá-se por processo e não por tema. Ainda que os temas sejam idênticos ao caso no qual houve atuação, não há impedimento. | Decisão monocrática e posterior colegiada (Turma) - unânime |
| AIMP 45 | Interesse do escritório de cônjuge do ministro. | Inconclusivo (situação nunca enfrentada sob o CPC/2015). | Decisão colegiada (Turma) – unânime |
| AIMP 47 e AIMP 49 | Interesse de escritório de cônjuge – o escritório não defende a parte na ação principal, mas o defende em outras ações cautelares correlatas e, por isso, teria interesse na causa. | Inconclusivo (situação nunca enfrentada sob o CPC/2015). | Decisão colegiada (Turma) – unânime |
| AIMP 48 e AS 90 | Interesse do escritório de cônjuge e relação de amizade com a parte. | Inconclusivo (situação nunca enfrentada sob o CPC/2015). | Decisão colegiada (Turma) – unânime |

Fonte: elaborado pelos autores.

Ao analisar o conteúdo dos argumentos e pedidos dos arguentes, foi possível verificar que a perda de objeto da arguição pela conclusão do processo em que foi levantada a suspeita de parcialidade não tinha efeito prático para a ampla maioria dos casos.

Num total de 13 casos de perda de objeto, 8 poderiam ser arquivados por manifesta inadmissibilidade nos termos da jurisprudência levantada na seção 2.1 e reunida no Quadro 1. Com isso, a perda de objeto se mostrou realmente problemática em cinco arguições (AIMP 45, 47, 48, 49 e AS 90), nos quais não havia precedente claro e que, portanto, poderia resultar em uma declaração de impedimento ou suspeição pelo Plenário.

Todos os casos inéditos que perderam objeto sem uma decisão têm como arguido o ministro Gilmar Mendes e foram ajuizadas pela Procuradoria Geral da República (PGR) para questionar sua relação, respectivamente, com Eike Batista, Lelis Marcos Teixeira e Jacob Barata Filho. Essas arguições não possuem resposta clara na jurisprudência, em especial porque são os primeiros casos em que a parte alega a existência de impedimento do arguido com fundamento no dispositivo do CPC/2015, que passou a prever, em sua literalidade, que é causa de impedimento a existência de interesse na causa do escritório em que trabalha a esposa do arguido (art. 144, VIII, c/c §3º CPC). Além desse dispositivo, também houve, em um dos casos, alegação de impedimento por relação de amizade (art. 254, I, CPP c/c 112, CPC) e vínculos pessoais com o paciente.

Esses casos se diferenciam dos demais nos quais houve perda de objeto porque a análise da arguição foi prejudicada após o envio de solicitações ao arguido. A decisão que reconhece a perda de objeto nesses casos faz questão de justificar a demora no julgamento que ocasionou essa perda; diferentemente do que ocorreu em outros casos com arquivamento por perda de objeto. A então Presidente, ministra Cármen Lúcia, justifica a demora atribuindo à PGR a responsabilidade pela demora na resposta aos ofícios recebidos. A incomum opção da Presidência pelo reenvio dos autos para que a PGR complementasse seu parecer, contudo, também contribuiu para a inércia. Em resposta ao último ofício, a PGR indicou, auxiliada pela descrição das datas dos atos processuais, que o pedido de complementação do parecer não seria necessário, pois a questão já estava prevista na petição inicial.

3.2.1 Resultados preliminares sobre o controle de tempo pela Presidência

A análise revela que a perda do objeto teve pouco efeito prático para a maioria dos casos. No geral, as arguições que deixaram de ser julgadas se enquadravam perfeitamente em casos em que as arguições foram negadas e arquivadas como manifestamente inadmissíveis. A perda de objeto, porém, foi problemática nos casos em que não houve julgamento colegiado mesmo após a oitiva do ministro arguido, ou seja, quando o processo ficou paralisado na etapa de admissão diferida.

Esse achado enfraquece a hipótese de que existe uma “lei do silêncio” que mina sistematicamente o controle da imparcialidade dos ministros,

mas indica que há um espaço relevante para que a Presidência do STF bloqueie a remessa de casos para o julgamento do Plenário, mesmo quando não há aparente razão legal para tanto.

Para que essa conclusão avance, contudo, ela precisa ser combinada com uma análise qualitativa de como a Presidência agiu em relação aos ministros arguidos. É o que se explora na seção abaixo.

4. Interação cordial entre ministros, desorganização e opacidade no procedimento

A despeito de não haver nenhuma ação de impedimento ou suspeição que tenha chegado a julgamento pelo plenário do STF⁵¹, é possível observar qualitativamente as interações procedimentais existentes entre o ministro arguido e o ministro ou ministra que ocupa a Presidência do Tribunal. Uma análise documental qualitativa se justifica para que se possa buscar melhor entendimento a respeito dos mecanismos constitucionais de controle de ministros no que tange ao procedimento de remessa da Presidência ao ministro arguido, bem como para avaliar se esta interação é capaz de exercer algum constrangimento.

Entender *como* esses mecanismos funcionam nos ajuda a investigar com maior precisão e detalhes *se* esses mecanismos funcionam. A despeito de não haver um resultado conclusivo sobre a utilização do envio de ofício ao arguido como ferramenta de constrangimento, chamaram-nos atenção outros achados ao longo da análise desses documentos.

Nesta seção da pesquisa, analisamos os 19 casos⁵² em que os ministros se declararam impedidos após serem notificados pela Presidência do Tribunal a respeito da existência de arguição de impedimento ou suspeição sobre determinada ação. Nesse âmbito, constatamos uma ampla variação na conduta e modo de interação entre esses atores no que diz respeito ao fluxo de informações das arguições.

51 Vide nota de rodapé nº 15.

52 Foram 16 AIMP e 3 AS. As AIMP são: 25, 29, 30, 31, 32, 11, 14, 21, 23, 24, 34, 35, 39, 40, 41, 42. As AS são: 30, 59 e 73. Nas AIMP 15 e 16, há indícios de que os ministros também se declararam impedidos, mas nós não conseguimos acesso aos autos do processo. Nesse universo, também foram incluídos casos em que houve decisão por manifesta improcedência, mas o arguido se declarou impedido após o fim da arguição.

Há casos em que o ministro arguido simplesmente não responde ao ofício da Presidência do STF. Enquanto há casos em que o arguido responde prontamente ou mesmo com algum atraso ao ofício, há outros em que o ofício é ignorado a ponto de haver a expedição de uma Certidão de Ausência de Manifestação (como no caso da AIMP 35). Essa ausência de manifestação, contudo, não é necessariamente uma completa inércia ou paralisação da arguição. Em certos casos o ministro manifesta seu impedimento ou suspeição nos autos da ação principal e acaba por ignorar a necessidade de se manifestar na respectiva arguição. Na maioria das vezes, o arguido avisa ou notifica o Presidente do tribunal sobre a sua manifestação nos autos da ação principal, mas em algumas ele simplesmente fica silente sobre a ocorrência dessa manifestação.

A demora na comunicação entre os gabinetes dos ministros arguido e do Presidente pode ser inclusive um dos motivos pelos quais uma parte dos julgamentos monocráticos do ministro ou ministra Presidente sobre perda de objeto da ação (porque, o ministro declarou seu impedimento) também demora a acontecer. Se o fluxo comunicativo tivesse um rigor em seus processamentos internos, é possível que o grau de transparência e controle em relação aos ministros arguidos também aumentasse⁵³.

Além disso, notamos que é recorrente que os ministros declarem seu impedimento ou suspeição sem justificativas claras ou evidentes sobre a natureza do comprometimento de sua imparcialidade, alegando motivos de “foro íntimo”, por exemplo. O ministro ou ministra Presidente, por sua vez, ao atestar a perda de objeto da ação de impedimento ou suspeição, acaba por ratificar com vagueza os termos do arguido. Em certa medida, isso intensifica a falta de transparência que há em relação às atividades dos ministros.

Também foi possível perceber que a comunicação oficial entre o ministro Presidente e o arguido é fundada em cordialidade excessiva e deferência do primeiro em relação ao segundo. Isso porque há casos em que, nos ofícios enviados ao arguido, o ministro Presidente abre a possibilidade de o arguido optar por não se manifestar a respeito do questionamento de sua imparcialidade.

53 Pode-se dizer, inclusive, que há uma confusão entre as datas de expedição de ofício, do despacho e das respostas dos ministros arguidos. A desorganização no procedimento se reflete, inclusive, na ausência de clareza na identificação desse fluxo de comunicação procedimental interna entre ministros.

Esse fato gera, inclusive, a dúvida sobre a verdadeira função da expedição do ofício ao ministro arguido. Ela serve para que realmente o arguido apresente justificativas para se manter ou para se afastar do caso – garantindo maior transparência sobre sua imparcialidade enquanto julgador, ou ela funciona tão somente como um alerta cordial da parte do ministro Presidente de que existem questionamentos referentes ao arguido? Por quê, por vezes, há a expedição de ofícios e, em outras vezes, também há a expedição de despachos? Há alguma diferença entre ambas as comunicações processuais?

Essas dúvidas ratificam mais uma vez que o desenho institucional dessas ações previstas para controlar os ministros e gerar *accountability* institucional é desorganizado e confuso. Assim, excesso de cordialidade e deferência entre os pares do Tribunal parecem funcionar como desincentivos para o controle da parcialidade de ministros. A impressão⁵⁴ que fica é que o ministro Presidente, competente para conduzir os processos de suspeição e impedimento, sente-se constrangido de ter de questionar o seu par e prefere evitar uma posição mais contundente e zelosa do processo de questionamento da imparcialidade de ministros⁵⁵.

Essas dificuldades identificadas em *como* esses instrumentos funcionam revelam a urgência na necessidade de reformas desses instrumentos, inclusive para diagnósticos mais precisos sobre *se* eles funcionam.

54 A análise qualitativa dos documentos possui a sua limitação neste ponto, pois, para além da observação de que há uma linguagem e uma redação deferente e cordial por parte do ministro Presidente em relação ao arguido, não é possível produzir inferências causais sobre as suas motivações para atuar assim. Um método qualitativo de entrevistas com ministros, por exemplo, talvez pudesse se aproximar e aprofundar mais esse ponto da análise.

55 Sobre esse ponto, é interessante o ocorrido na AIMP 34, em que o ministro Marco Aurélio teve sua imparcialidade questionada pelo fato de possuir relação conjugal com desembargadora que participou de julgamento do caso em fase anterior. No caso, em embargo ao seu despacho, o ministro Ricardo Lewandowski, à época Presidente do Tribunal, respondeu que ele não poderia julgar todo e qualquer caso vinculado ao “processo-mãe” em que a desembargadora esposa do ministro Marco Aurélio havia atuado, pois a avaliação de impedimento é algo subjetivo de cada arguido em cada processo. Essa resposta foi dada a despeito de inúmeros questionamentos ao tal “processo-mãe” em que o ministro Marco Aurélio já havia anteriormente se pronunciado como impedido. Vê-se que o cuidado em processos de impedimento e suspeição está em garantir o respeito ao ministro julgador da causa e menos em averiguar potenciais parcialidades.

5. Discussão dos resultados: opacidade, desorganização, deferência e transparência relativizada

O Supremo Tribunal Federal controla de maneira bastante adequada a imparcialidade de seus ministros que são questionados por arguições de impedimento e suspeição. A hipótese de que vigora uma “lei do silêncio” entre os ministros (para impedir que sejam efetivamente questionados) não tem como ser mantida após a leitura qualitativa dos dados quantitativos a respeito de como atua o Tribunal.

Isso porque, se é verdade que o Plenário do STF nunca julgou nenhuma arguição⁵⁶, também é verdade que a vasta maioria desses casos não tinha fundamentos para ser levado ao Plenário. Em 45% dos casos (50 de 111)⁵⁷, o arquivamento se deu por vícios formais, como a intempestividade da arguição ou ilegitimidade passiva. Em outros 15,3% dos casos (17 de 111)⁵⁸, os ministros arguidos declararam seu impedimento ou suspeição logo no início do processo ou logo que foram intimados a prestarem informações. Já em 5,4% dos casos (seis de 111)⁵⁹, o processo foi arquivado por ações das partes, como desistência da arguição ou aposentadoria do arguido. Desse modo, em 65,7% dos casos, o arquivamento foi realizado por razões meramente burocráticas, ou seja, sem qualquer juízo substantivo por parte da Presidência do STF.

Esses dados levantam um questionamento natural sobre a interferência da Presidência nos casos em que se declarou a manifesta inadmissibilidade da tese da arguição. Contudo, uma reconstrução das teses jurisprudenciais que embasaram os arquivamentos por vícios materiais evidenciou que essa atuação não é problemática.

56 Para as devidas contextualizações dessa informação, vide nota de rodapé nº 16.

57 AIMP 7, AIMP 8, AIMP 9, AIMP 17, AIMP 18, AIMP 19, AIMP 22, AIMP 28, AIMP 31, AIMP 32, AIMP 43, AIMP 46, AS 14, AS 15, AS 16, AS 19, AS 20, AS 21, AS 22, AS 23, AS 24, AS 25, AS 26, AS 27, AS 29, AS 31, AS 32, AS 33, AS 36, AS 38, AS 40, AS 42, AS 43, AS 44, AS 52, AS 55, AS 60, AS 61, AS 63, AS 66, AS 74, AS 75, AS 76, AS 77, AS 80, AS 84, AS 85, AS 86, AS 87, AS 88.

58 Trata-se dos três casos em que o ministro se declarou impedido antes mesmo do juízo de admissibilidade inicial (AIMP 11, AIMP 34, AS 30), ao lado dos outros 14 em que ele se declarou impedido após ser instado a se manifestar (AIMP 14, AIMP 15, AIMP 16, AIMP 21, AIMP 23, AIMP 24, AIMP 25, AIMP 35, AIMP 39, AIMP 40, AIMP 41, AIMP 42, AS 59, AS 73).

59 Desistência das partes: AIMP 29, AIMP 30, AS 65 e AS 69. Aposentadoria de ministros: AS 17 e AS 18.

Esses arquivamentos, que correspondem a 21,6% dos casos (24 de 111)⁶⁰, tiveram fundamento em interpretações restritivas e literais das hipóteses legais previstas no CPC e no CPP e, no geral, foram aplicados de maneira consistente. Isso significa que nenhuma tese jurisprudencial contradiz outra, bem como que os casos semelhantes receberam o mesmo tratamento.

Com isso, 87,4% dos casos⁶¹ (97 dos 111) são arquivados sem qualquer indício razoável de que isso ocorra pela vigência de algum tipo de “lei do silêncio” entre os ministros, pelo uso regular e consistente do arquivamento por questões formais e materiais. Todo o restante foi arquivado por perda de objeto (13 casos)⁶² ou aguarda julgamento (um caso)⁶³. Mas mesmo nessa atividade da Presidência há uma parcela relevante de razoabilidade.

Para além do caso pendente de julgamento, em apenas cinco casos (4,5% do total) a perda do objeto é problemática por obstaculizar a apreciação da causa de impedimento e suspeição pelo Plenário⁶⁴. No restante dos casos, os elementos fáticos permitem inferir que poderiam ter sido arquivados regularmente com base na jurisprudência que a presente pesquisa levantou.

Esse baixo percentual de casos que deveriam ter sido levados ao Plenário não deve ser ignorado. Ele permite o início da explicação sobre o problema existente em como efetivamente ocorre o controle de impedimentos e suspeições no STF. Contudo, os dados acima já servem para descartar a hipótese de que o Supremo se mobiliza nessa esfera por uma “lei do silêncio”. A leitura aprofundada nos dados qualitativos permite a elaboração de outras hipóteses mais robustas para tentar explicar a conduta dos ministros.

Ao examinar a natureza dos argumentos jurídicos e o desenvolvimento dos processos de arguições, pudemos identificar dois outros tipos de problema na atividade do Supremo. O primeiro problema é a recorrência da violação do rito previsto no Regimento Interno do STF, pela qual a Presidência realiza algo que chamamos de *etapa de admissibilidade diferida*, na

60 São eles: AIMP 1, AIMP 6, AIMP 36, AIMP 37, AIMP 38, AS 34, AS 35, AS 37, AS 39, AS 45, AS 46, AS 47, AS 48, AS 49, AS 50, AS 54, AS 67, AS 68.

61 A somatória das porcentagens possui a diferença de 0,1% por conta do arredondamento das casas decimais.

62 AIMP 5, AIMP 10, AIMP 13, AIMP 45, AIMP 47, AIMP 48, AIMP 49, AS 51, AS 53, AS 62, AS 64, AS 70 e AS 90.

63 AS 71.

64 AIMP 45, AIMP 47, AIMP 48, AIMP 49 e AS 90.

qual a Presidência tem nova oportunidade de arquivar a arguição ao invés de simplesmente remetê-la ao Plenário. O segundo problema diz respeito a uma certa fragilidade dos ritos e procedimentos perante o personalismo e voluntarismo dos ministros. Cada um deles, contudo, possui sua complexidade.

Não é imediatamente clara a efetiva gravidade do problema da criação de uma etapa de admissibilidade diferida. Há, nesse espaço, uma clara violação do processo regimental e um potencial para arbitrariedades pela Presidência: nesse espaço, o Presidente poderia arquivar uma arguição que ele não considerou manifestamente inadmissível no momento processual adequado, para assim fazer, por exemplo, após uma insistência do ministro arguido em sua imparcialidade. Ocorre que esse não tende a ser o modo pelo qual essa etapa de admissibilidade diferida é utilizada.

É preciso retomar que apenas 18% dos casos (20 de 110)⁶⁵ foram resolvidos na etapa de admissibilidade diferida. Desse universo, 70% das monocráticas de arquivamento (14 de 20) foram por motivos formais ou por perda de objeto. Com isso, sobrou apenas a oportunidade de seis casos nos quais o arquivamento se deu por motivos materiais. Contudo, nossa pesquisa indica que apenas em dois deles⁶⁶ (10% das decisões em admissibilidade diferida e 1,8% da amostra total de arguições) os casos não se ajustavam perfeitamente à jurisprudência do STF e, por esse motivo, pela existência de uma dúvida razoável, ser remetido a Plenário. Nesse sentido, ocorreu algo similar com as causas arquivadas pela declaração de perda de objeto: na maioria dos casos (oito de 13 com perda de objeto), os casos se ajustavam perfeitamente à jurisprudência como condutas que não geram impedimento ou suspeição. Havia, assim, uma inércia problemática em cinco casos (38,5% dos casos em que houve perda de objeto e 4,5% da amostra total de arguições) nos quais a dúvida razoável sobre o caso con-

65 Dos casos resolvidos na etapa de admissibilidade diferida, foram seis julgados improcedentes por vícios materiais (AIMP 4, AIMP 20, AIMP 44, AS 28, AS 56, AS 78), oito arquivados por vícios formais (AIMP 17, AIMP 18, AIMP 31, AIMP 32, AS 32, AS 55, AS 74, AS 75) e seis arquivados pelo trânsito em julgado da ação principal (AIMP 10, AIMP 45, AIMP 47, AIMP 48, AIMP 49 e AS 90).

66 Trata-se do caso envolvendo a AS 28 e também a AS 56. Vale ressaltar que, embora tratemos da AS 56 em conjunto com a AS 55, já que tratam da mesma questão de suspeição, a AS 55 padecia de um vício formal, de ilegitimidade da parte arguente e, por isso, poderia ter sido julgada improcedente independente do juízo de mérito. Por isso dizer que apenas a AS 56 seria problemática no sentido de inaugurar uma jurisprudência em etapa diferida.

creto, indicava a necessidade de uma apreciação pelo Plenário antes do julgamento da causa principal.

O que significa então essa falha da Presidência de remeter as arguições ao Plenário em 6,3% do total de casos? Certamente não significa uma “lei do silêncio” entre os ministros. Contudo, apesar de uma alta taxa de regularidade no controle das arguições de impedimento e suspeição, é preciso fornecer algum tipo de hipótese para explicar as facetas problemáticas desses mecanismos.

Para isso, vale a pena refletir que sentido existe na criação de uma violação procedimental pela Presidência (admissibilidade diferida) se ela não é utilizada estrategicamente de modo geral. Possivelmente, a relação entre os ministros permite gerar uma hipótese adequada.

Como narrado ao longo desta pesquisa, o Presidente interage com os demais ministros com um alto grau de deferência, sem que exista um rigor no cumprimento de prazos, na alimentação de dados no sistema, chegando até a casos em que o ministro arguido se declara impedido na ação principal e deixa de se manifestar na arguição, ou mesmo, em que a Presidência precisa de uma certificação sobre o silêncio do arguido.

Diante desse cenário, o que parece dirigir a relação entre a Presidência do STF e os ministros arguidos é uma atividade de controle sem sinais de coerção ou de constrangimento. Pelo contrário, há uma cordialidade abundante nas manifestações. A vigência desse sistema pode estar ligada à ideia de deferência ou corporativismo entre os pares – afinal, não há motivos processuais para que um caso que pode ser indeferido (e, portanto, arquivado) de pronto na primeira fase de admissibilidade, seja encaminhado ao ministro arguido, para, posteriormente ser arquivado por razões ligadas à sua inadmissibilidade novamente. Encaminhar a arguição ao ministro que tem a sua imparcialidade colocada em dúvida, pode, por isso, ser considerado um ato de deferência em relação àquele que é o juiz natural de uma dada ação judicial dentro de uma ideia de corporativismo da magistratura, de forma a pontuar que não existe hierarquia dentro do Supremo.

Há aí, portanto, uma ambiguidade no modo como o STF tutela a imparcialidade de seus ministros. Por um lado, há um alto nível de controle das imparcialidades e impedimentos, com base em uma jurisprudência redigida e aplicada de forma consistente, que parece estar ancorada em uma boa-fé relevante entre os ministros, de com frequência se declararem impedidos ou suspeitos nos termos dessa jurisprudência. Por outro lado,

os processos são administrados com opacidade e generalidade no oferecimento de razões para o impedimento ou suspeição, bem como com uma falta de rigor, que denotam uma ausência de preocupação em colher algum tipo de capital político com essa atividade: não há publicidade sobre os recorrentes casos de tutela da imparcialidade. Com isso, o sistema possui um grau relevante de controle, mas um baixíssimo grau de controlabilidade.

Esse binômio gera efeitos graves para o Supremo e, possivelmente, em cascata, para o restante do Judiciário. Isso porque um desenho e comportamento institucionais que conferem aos atores pouca transparência nos atos processuais e que tolera a discricionariedade⁶⁷ dos seus atores, em especial daquele que é o responsável por conduzir e zelar pelo procedimento, falha em garantir noções de imparcialidade, neutralidade, segurança jurídica e de justiça na condução dos processos. Esse cenário dá amplas condições para que a população tenha a percepção de que não há controle algum; especialmente se houver algum tipo de atenção para os casos excepcionais em que o controle não funciona. Isso porque, ainda que a percepção de neutralidade não seja o único componente da legitimidade, ele é um dos fatores fundamentais, como resumem Tyler e Mitchell:

Se as percepções de justiça processual forem geradas, os perdedores em um resultado específico podem justificar este resultado como justo e podem esperar um resultado justo no futuro. [...] O que é que leva especificamente a um senso de justiça processual? O componente mais significativo dos julgamentos de justiça processual em relação à Suprema Corte envolve percepções de neutralidade. Os juízes que são vistos como honestos, imparciais e deliberativos, baseando suas decisões em informações relevantes ao caso, em vez de serem motivados por pressões políticas e opiniões pessoais, estão atuando legitimamente aos olhos do público. Além disso, na medida em que os Ministros são vistos como respeitando os direitos dos cidadãos em geral, eles são vistos de forma mais positiva⁶⁸.

67 Não se está aqui afirmando que o desenho institucional da ferramenta confere maior discricionariedade aos atores, mas sim que ele tolera que o STF ignore os procedimentos nele previstos, visto que não há sanção ou coibição intra pares para o restabelecimento da normalidade processual. O mecanismo de controle externo de ministros, o impeachment, até hoje não foi efetivamente utilizado pelo Senado brasileiro. Para um maior detalhamento sobre impeachment de ministros, ver BALBI, 2017.

68 TYLER; MITCHELL, 1993, p. 786, tradução nossa. No original: “If perceptions of procedural justice are engendered, losers in a specific outcome can justify this outcome as fair and can expect a fair

Ao final, a ausência de seriedade com os ritos e processos de constrangimento, possui o potencial de atingir severamente a reputação do Supremo Tribunal Federal. Pouco importa que a ampla maioria dos casos de impedimento e suspeição prosperem ou sejam interrompidos com base em uma jurisprudência razoável. Esse espaço para a conduta voluntarista dos ministros envolvidos no processo abre, em primeiro lugar, um potencial para abusos e arbítrios (que são mínimos, se existentes, até o fechamento desta pesquisa) e, principalmente, abre potencial para que se espalhe a percepção de que o Tribunal não tem mecanismos de controle sobre seus ministros; e basta essa percepção de “lei do silêncio” para que o Tribunal sinta a mesma repercussão que teria se essa de fato fosse a conduta em questão. A estratégia ou hábito de tratar dessas questões fora dos holofotes, tende a ser prejudicial para o STF no médio e longo prazo.

6. Conclusão

Se é verdade que nenhuma arguição de impedimento ou suspeição foi levada ao Plenário pelas mãos do Presidente do STF⁶⁹, a presente pesquisa revela que 93,7% dos casos não possuíam condições jurídicas para serem levados a Plenário. Isso, contudo, não permite qualquer conclusão de que o julgamento dessas arguições é perfeitamente ou majoritariamente regular.

No que diz respeito às arguições de impedimento e suspeição, o Supremo Tribunal Federal se coloca em uma situação ambígua. De um lado, o Tribunal utiliza uma jurisprudência consistente e razoável para negar os pedidos de impedimento e suspeição, mas, de outro, os ritos e processos são conduzidos com tons de deferência, com violações aos ritos e etapas processuais, sem transparência sobre os fatos e argumentações jurídicas para afastamento ou manutenção do ministro no caso, bem como com espaço para ações oportunistas por parte da Presidência do Supremo.

outcome in the future. [...] What is it specifically that leads to a sense of procedural justice? The most significant component of judgments of procedural justice with regard to the Supreme Court involves perceptions of neutrality. Justices who are viewed as honest, impartial, and deliberative, basing their decisions on case-relevant information, rather than as driven by political pressures and personal opinion, are performing legitimately in the eyes of the public. Moreover, to the degree the Justices are viewed as respecting citizens' rights in general, they are viewed more positively”.

69 Sobre qualificações desse dado, vide nota de rodapé nº 16.

Os resultados trazem três reflexões. A primeira é que as arguições tendem a funcionar para retirar dos processos os ministros que a jurisprudência do STF considera suspeitos ou impedidos, com ampla colaboração dos ministros arguidos. Porém, o Supremo tende a não impor o controle dos pares a ministros que se consideram imparciais para julgar casos nos quais a jurisprudência do Tribunal ainda não foi estabelecida. Em tais casos (excepcionais), a complacência da Presidência foi crucial para a prevalência da vontade desses ministros. Com isso, temos um sistema de controle que tende a funcionar, mas que poderá fracassar se for estressado, ou seja, pode não ser capaz de conter ministros que não queiram colaborar com a imagem de imparcialidade do Tribunal.

A segunda reflexão é que não é possível concluir o porquê de os ministros agirem dessa maneira. É possível afastar a hipótese de que vigora uma “lei do silêncio” entre os ministros, e talvez apresentar duas hipóteses alternativas em seu lugar. A primeira hipótese explicativa seria a de displicência, isto é, os ministros simplesmente não acham tão relevante as ações de arguição para lhe prestar seriedade nos procedimentos e transparência das razões de afastamento ou prosseguimento na ação principal. A segunda hipótese é de que o controle entre pares no STF se dá sem elementos de coerção e de constrangimento, mas com indicações e sinalizações para a colaboração. Os dados não nos permitem afirmar se alguma das hipóteses, ou as duas conjuntamente, estão corretas, mas sem dúvida abrem espaço para que sejam testadas em pesquisas mais amplas sobre as interações de controle recíproco no Tribunal.

A terceira reflexão se concentra sobre os prejuízos institucionais que o STF sofre por lidar com os processos de arguição dessa maneira. Se o controle da imparcialidade é relevante, sobretudo para transmitir a percepção de que os processos são conduzidos com justiça, o STF deixa de realizar sua principal tarefa. Esse modo de conduzir as arguições, fora dos holofotes, gera resultados de controle, mas sem a transparência e publicidade suficiente para a controlabilidade dos atos. Com isso, o Supremo não recebe os benefícios reputacionais correspondentes à sua atuação e permanece frágil às acusações de parcialidade em face das ocasiões excepcionais em que ministros insistem em julgar casos nos quais há dúvida razoável sobre sua imparcialidade.

Referências

- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no Civil Law. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre, n. 24, 2010.
- BALBI, Guilherme. *Controlando o Moderador: impeachment de ministros do STF à luz do controle disciplinar do CNJ*. Monografia entregue à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), 2017. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Guilherme-Balbi-D.-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Estado-e-Federalismo.pdf>. Acessado em 25 de outubro de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Entenda as diferenças entre impedimento e suspeição*, 16 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=103393>. Acesso em: 23 nov. 2011.
- CARNEIRO, Gevalmir Faciolo. *Impedimento e suspeição no CPC/15: a amplitude do artigo 148, III do CPC/15 para alcançar assessores e estagiários à luz do processo civil constitucional* (Trabalho de Conclusão de Curso). Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2016.
- CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Imagens da imparcialidade entre o discurso constitucional e a prática judicial* (Tese – Doutorado em Direito). Brasília: Universidade de Brasília, 2016.
- CRISTINO, Isabella Caroline. *É possível fiscalizar a imparcialidade do STF? uma pesquisa sobre o grau de transparência das declarações de impedimento e suspeição dos ministros*. São Paulo, Monografia de Aperfeiçoamento/Especialização em Escola de Formação – SBDP. 2018.
- CUNHA, Luciana Gross *et al.* Índice de Confiança na Justiça. *Relatório ICJ Brasil - 1 semestre 2017*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>. Acesso em: 30 outubro de 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FRANCO, Enio Eduardo Ferreira. *Suspeição e Impedimento nos processos objetivos de Controle de Constitucionalidade Concentrado*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel. Rio de Janeiro, 2011.
- FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. 1ª ed. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Recentes notas sobre o impedimento no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, Brasília, v. 34, n. 174, pp. 82-112, ago. 2009.
- LINDOSO, Alexandre Simões. Limites da incidência das regras atinentes ao impedimento e à suspeição do magistrado no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 74, n. 6, pp. 743-746, jun. 2010.
- LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. A minha verdade é a minha justiça? Dilemas e paradoxos sobre o princípio da imparcialidade judicial. *Revista USP Cadernos de Campo*. São Paulo, pp. 301-314, 1991. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9133.v22i22p301-314>
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2008.
- MATZENBACHER, Guilherme Petry. *Da imparcialidade à Luz da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.
- MENDES, Conrado. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Reino Unido: Oxford University Press, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670451.001.0001>.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 77, no 3, jul/set 2011.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A imparcialidade do juiz criminal enquanto ausência de causas de impedimento ou de suspeição. *Direito & Justiça*, São Paulo, v. 39, n. 1, pp. 116-120, jan./jun. 2013.
- REICHEL, Luis Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. *Revista de processo*, Brasília, v. 39, n. 227, p. 105-122, jan. 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 11, n. 3, pp. 557-584, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>.
- SCHAVI, Mauro. Aspectos polêmicos das exceções de impedimento, suspeição e incompetência no processo do trabalho à luz da CLT, do TST e do CPC. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 71, n. 11, pp. 1303-1307, nov. 2007.

- TAVARES, Inês Ferreira Dias. Inclusão de impedidos e suspeitos na base de cálculo do quórum de votação em procedimento administrativo disciplinar: análise crítica da jurisprudência do STF e do CNJ. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, v.2, n.1, pp. 132-151, Brasília, Jan/Jun. 2016.
- TYLER, Tom R. *Why people obey the law*. Princeton: Princeton University Press, 1ª ed, 2006.
- TYLER, Tom R.; MITCHELL, Gregory. Legitimacy and the empowerment of discretionary legal authority: The United States Supreme Court and abortion rights. *Duke Law Journal*, Durham, v. 43, 1993. DOI: <https://doi.org/10.2307/1372774>.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/s1808-24322008000200005>.
- VOJVODIC, Adriana et. al. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, pp. 21-44, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/s1808-24322009000100002>.

Recebido em 21 de dezembro de 2018.

Aprovado em 16 de outubro de 20

Um Direito Administrativo de Transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930)

*A Transition Administrative Law: the concept of administrative
law in the Brazilian First Republic's legal culture (1889-1930)*

Walter Guandalini Junior*

Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira**

Centro Universitário Internacional, Florianópolis – SC, Brasil

1. Introdução: a recepção do direito administrativo pela cultura jurídica brasileira

As mais recentes pesquisas sobre a história do direito administrativo brasileiro têm contribuído para uma revisão geral do papel desempenhado pela disciplina no processo de formação do Estado nacional. Tradicionalmente a doutrina administrativista se limitava a transpor para a realidade brasileira a história do direito administrativo europeu, encontrando na jurisprudência do Conselho de Estado francês as suas origens remotas¹; mesmo

*Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), professor de História do Direito na Faculdade de Direito da UFPR e no Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Advogado na Companhia Paranaense de Energia. E-mail: prof.walter.g@gmail.com.

**Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (Uninter). E-mail: liviasolana@gmail.com.

1 É o que fazem, apenas para citar alguns dos mais notórios administrativistas brasileiros, BANDEIRA DE MELLO, 2007, CRETELLA JR., 1989, DI PIETRO, 2005, GASPARINI, 1993 e MEIRELLES, 2008.

estudos mais recentes, ainda que declaradamente dedicados a um esforço de compreensão histórica do processo de formação da teoria do direito administrativo, têm sua visão limitada pela falta de atenção ao contexto social em que circulava o discurso científico, o que as leva à insuficiente conclusão de que as nossas primeiras obras “se inspiram no pensamento francês” mas produzem análises meramente “pessoais e descritivas” quando se trata de examinar o direito brasileiro².

Contrariando as conclusões encontradas pelas perspectivas excessivamente focadas na da dogmática jurídica, as pesquisas jus-históricas³ têm descoberto a originalidade da tradução realizada por nossa cultura jurídica durante o trabalho de recepção do conceito importado da Europa. Como se tem demonstrado⁴, o esforço de adaptação do conceito exógeno às peculiaridades da realidade local no século XIX leva a doutrina brasileira à construção de uma nova concepção de direito administrativo, dotada de características peculiares e apta a desempenhar uma função distinta da que cumpria em seu ambiente de formação: obrigada a construir um conceito científico sem qualquer referência jurisprudencial, e assim a extrair a sua autonomia da caracterização de um objeto de estudo específico consistente na organização da estrutura administrativa do Estado e das suas relações com particulares; atenta às circunstâncias da realidade local, e por isso consciente da impossibilidade de exigir autonomia absoluta da administração em relação aos demais poderes; e obrigada a enfrentar o problema da legitimidade do governo imperial no contexto de ruptura com a ordem política tradicional após a independência, a doutrina brasileira produz um conceito de direito administrativo voltado ao cumprimento de uma *função constituinte*, atuando como elemento de fundação do Estado brasileiro, e contribuindo com o direito constitucional no trabalho de fortalecimento da autoridade central como alicerce legítimo para a edificação e a conservação do Estado nacional. O resultado dessas pesquisas foi sintetizado no quadro transcrito abaixo⁵:

2 ALMEIDA, 2015, p. 214.

3 GUANDALINI JR., 2015, 2016, 2018a, 2018b; TEIXEIRA, 2019.

4 GUANDALINI JR., 2018a, p. 33.

5 GUANDALINI JR., 2018a, p. 34.

Quadro 1: Diferenças entre o conceito europeu e o conceito brasileiro de direito administrativo no século XIX

| Conceito Europeu | Conceito Brasileiro |
|---|--|
| origem jurisprudencial | origem científica |
| competência judicial específica | objeto de estudo específico |
| autonomia absoluta da administração | interferência da justiça e da política na administração |
| finalidade de disciplinamento urbano para o atendimento do interesse coletivo | finalidade de satisfação das necessidades populares para a conservação do governo imperial |
| função administrativa | função constituinte |
| objetivo econômico e militar | objetivo político de legitimidade |
| fortalecimento dos Estados europeus no contexto de competição internacional | fundação do Estado brasileiro no contexto de ruptura da ordem política tradicional |

O presente estudo pretende dar continuidade às pesquisas realizadas sobre o período imperial, buscando avaliar os resultados do diálogo estabelecido pela cultura jurídica brasileira da Primeira República com a doutrina administrativista europeia do período. A transposição dos limites cronológicos da pesquisa para o início do século XX gera algumas complexidades adicionais em relação à pesquisa anterior, que deverão ser levadas em consideração para a adequada compreensão do seu objeto: em primeiro lugar, a complexidade decorrente do fato de que no início do século XX a cultura jurídica brasileira não se relacionava somente com a ciência europeia do direito administrativo, mas também com a própria tradição jurídica nacional, fosse para reiterar, fosse para desautorizar as conclusões adotadas no século anterior. Em segundo lugar, também a complexidade decorrente do fato de que a própria doutrina europeia sobre o direito administrativo já tinha uma longa história e havia passado por profundas transformações na etapa final do século XIX, o que obrigou a cultura jurídica local a se relacionar tanto com o pensamento jurídico então vigente na Europa, quanto com o de seus antepassados, reavaliando os limites das suas dívidas para com os pais fundadores da disciplina.

Para além dessas dificuldades, permanecem aquelas identificadas no estudo que precede este trabalho⁶: a limitação da pesquisa aos textos produzidos com pretensão de cientificidade sobre o direito administrativo na Primeira República Brasileira, o que impede que as suas conclusões sejam estendidas à prática jurídica, administrativa e política dos operadores jurídicos, agentes públicos e cidadãos em geral⁷; a necessidade de que a ciência do direito administrativo não seja tratada como tradução exterior de uma realidade jurídico-administrativa preexistente, mas como campo discursivo autônomo, que produz ininterruptamente os conceitos de que necessita para constituir e ressignificar a realidade a que se refere; e a necessidade de tomar em consideração o contexto histórico em que circula esse discurso abstrato, sob pena de se deixar de compreender as múltiplas ressignificações a que o conceito pode ser submetido durante o processo de tradução.

Para isso, iniciamos com uma análise do processo de desenvolvimento do conceito de direito administrativo produzido pela doutrina jurídica europeia do século XX, avaliando o contexto em que circulava e as funções políticas que desempenhava; em seguida examinamos a tradução que a doutrina brasileira realizou do conceito no século XX, levando em consideração as suas relações com a doutrina brasileira e a doutrina europeia do século XIX, mas também as funções concretas que desempenhou ao ser rearticulado no contexto local; ao final concluimos com uma análise sintética das principais características e resultados desse esforço de tradução.

6 GUANDALINI JR., 2018a, p. 2.

7 É pertinente reiterar que a pesquisa não pretende deduzir, da doutrina administrativa, a realidade prática do direito administrativo no período. Considera-se, contudo, que a adequada compreensão do modo como o saber jurídico da Primeira República reformula o conceito de direito administrativo herdado do Brasil do século XIX e da Europa do século XX constitui um primeiro passo fundamental para a adequada compreensão do modo como este campo do direito, como um todo, se desenvolve no período – a ser necessariamente complementado por pesquisas específicas sobre os temas debatidos, a jurisprudência, a ação regulamentar e administrativa do Estado, a estrutura do serviço público, etc. De qualquer modo, a opção por concentrar o trabalho no discurso acadêmico não foi tomada por acaso: é que a gênese do direito administrativo no Brasil tem caráter eminentemente acadêmico, como demonstram os trabalhos de GUANDALINI JR., 2015, 2016, 2018a e 2018b.

2. O desenvolvimento do conceito de direito administrativo na Europa (1870-1920)

2.1 O contexto

Como já se explicou⁸, um conceito científico de direito administrativo começa a se desenvolver na Europa a partir de meados do século XIX. Somente após a Revolução Francesa é que vem a ser definitivamente superado o Estado de Justiça típico do antigo regime: a destruição completa dos corpos intermediários que ordenavam a vida social permitiu à nova unidade da Nação avocar a integralidade das tarefas que até então eram atribuídas às autoadministrações inferiores, o que passou a exigir a constituição de uma organização apta a assumir essas responsabilidades. Aos poucos o vazio criado pela supressão da ordem antiga é preenchido pela presença permanente de um Estado ativo, que realiza o trabalho incessante de reconstrução da ordem social.

Em 1800 a lei transfere as competências administrativas de órgãos eleitos para funcionários monocráticos nomeados diretamente pelo executivo, ao mesmo tempo em que subtrai a ação do Estado ao controle do Judiciário, instituindo um órgão puramente administrativo para controlar a legalidade de seus atos – o Conselho de Estado. Nas primeiras décadas do século XIX a doutrina organiza compilações sistematizadoras das decisões proferidas pelo conselho, e com base nelas desenvolve lentamente, entre os anos 30 e 70, um conceito científico de direito administrativo: concebido inicialmente como um campo da ciência do direito criado por inspiração jurisprudencial, fundado nos princípios da independência entre administração e justiça e da autoridade da administração para agir de forma ininterrupta na proteção dos interesses gerais da coletividade, com base em um regime de legalidade específico dedicado a regular as relações entre administração e cidadãos e o funcionamento dos órgãos administrativos.

Forma-se durante esse período um *regime administrativo do direito*, em substituição ao antigo *regime judicial da administração*. A passagem corresponde à transição da antiga ordem do Estado Jurisdicional para o Estado de Polícia, e é acompanhada de profundas críticas por parte dos teóricos

8 Por exemplo em BIGOT, 2002; BURDEAU, 1995; GUANDALINI JR., 2018a; MANNORI; SORDI, 2006; MEDAUAR, 2003; MESTRE, 1985; RENAUT, 2007; STOLLEIS, 2008, etc.

liberais. Mannori e Sordi⁹ recordam as reclamações de Constant e Tocqueville, para quem uma Justiça Administrativa incorporada à estrutura do próprio Estado que teria de julgar encarnava um despotismo inaceitável, que violava a separação de poderes e a necessária independência do campo jurisdicional. A crítica se reforçava pela constatação de que o modelo francês não era universal; outros países da Europa já haviam afirmado o princípio da unidade de jurisdição, atribuindo à justiça comum a competência para julgar as ilegalidades praticadas pelo Estado Administrativo – era o caso da Constituição Belga de 1831, da Constituição Imperial Alemã de 1849, e da Lei nº 2.248 de 20 de março de 1865 sobre a unificação administrativa do Reino da Itália.

As críticas e os exemplos estrangeiros produzem efeitos na França a partir dos anos 70, após a derrota de Napoleão III na Guerra Franco-Prussiana e sua deposição. A proclamação da Terceira República restaura o princípio da soberania da lei, encerrando o regime imperial e limitando o arbítrio das autoridades. Embora não chegue a instituir a unidade de jurisdição, a Lei francesa de 24 de maio de 1872 consagra a autonomia do Conselho de Estado em relação ao Executivo ao reorganizá-lo como justiça delegada, dispensando-o da obtenção de sanção para a eficácia dos acórdãos proferidos. A essência da transfiguração é formalizada no art. 9º da lei, que atribui ao Conselho a competência para julgar definitivamente os recursos em matéria contenciosa administrativa e as demandas de anulação de atos administrativos por excesso de poder. A conquista da última palavra em matéria contenciosa e a invenção de um “contencioso de anulação” por excesso de poder promovem a ampliação dos espaços de controle da legalidade, contribuindo para a superação do modelo do Estado Administrativo e a instituição definitiva do Estado de Direito. O modelo se espalha na mesma época por toda a Europa continental, com a introdução dos tribunais administrativos na Prússia e na Áustria e a criação da Quarta Seção do Conselho de Estado italiano¹⁰.

Na França a nova lei criou as condições institucionais de desenvolvimento do direito administrativo, mas não foi suficiente para que ele desabrochasse completamente. Embora date de 1873 o célebre *arrêt Blanco*¹¹,

9 MANNORI; SORDI, 2006, p. 323.

10 MANNORI; SORDI, 2006, p. 356.

11 Segundo Burdeau, a Escola do Serviço Público que se desenvolveu no início do século XX

é somente nos últimos anos do século XIX que ocorre verdadeiramente uma revolução na disciplina. Como explica Burdeau¹², as três décadas que precedem a revolução do século XX se limitam a restaurar o princípio da supremacia da lei, reiterando a jurisprudência anterior pela afirmação da autoridade do legislador e da competência administrativa do Conselho de Estado, com a correspondente restrição da liberdade atribuída tanto ao administrador quanto ao juiz de direito comum.

É compreensível a autocontenção do Conselho de Estado, apesar das condições institucionais favoráveis: o modelo da justiça retida que caracterizava o Conselho do Segundo Império havia permitido maior ousadia no controle dos atos administrativos irregulares, já que ele agia sob o abrigo do poder hierárquico do soberano de quem era órgão. A consagração do modelo da justiça delegada na Terceira República retirava do órgão o amparo do imperador, o que o levava a uma postura mais cautelosa com relação à inovação jurisprudencial¹³. Nessas condições o Conselho de Estado oitocentescos não consegue progredir na censura dos atos administrativos irregulares; pelo contrário, limita-se a corrigir imprecisões da doutrina desenvolvida pelo Conselho de Napoleão III, contribuindo para uma ciência mais rigorosa em termos jurídicos, mas às custas de uma proteção menos efetiva dos cidadãos diante do arbítrio administrativo.

É somente no início do século XX que o Conselho de Estado francês consegue usufruir plenamente da liberdade que lhe havia sido concedida pela Lei de 24 de maio de 1872, dando origem à era de ouro na qual são produzidos os grandes julgados fundadores do direito administrativo¹⁴. A hiperpolitização da República e a instrumentalização da administração na disputa partidária provocam um esforço de controle cada vez mais firme

atribuiu ao arrêt Blanco uma importância maior do que ele efetivamente teve, considerando-o fundador da autonomia do direito administrativo, vinculando-o à noção de serviço público e consagrando a responsabilidade civil do Estado. A doutrina contemporânea ao julgado lhe concedeu uma atenção discreta, considerando que, no essencial, ele se inscreve em uma razoável tradição jurisprudencial e não altera substancialmente o fundamento da competência administrativa. 1995, p. 233.

12 BURDEAU, 1995, p. 220.

13 BURDEAU, 1995, p. 243.

14 Segundo MANNORI; SORDI, 2006, p. 253: Arrêt Prince Napoléon (1875), arrêt Cadot (1889), arrêt Casanova (1901), arrêt Nérès-les-Bains (1902), arrêt Chabot (1903), arrêt Tomaso Grecco (1905), arrêt Chemin de Fer de l'Est (1907), arrêt Gomel (1914), arrêt Camino (1916), arrêt Dame Cachet (1922), arrêt Couiteas (1923).

por parte do Conselho; esse controle mais rigoroso, aliado à desvalorização da lei no contexto de crítica da Escola da Exegese pelas novas tendências antiformalistas¹⁵, contribui para uma ampliação da autoridade dos magistrados, que se sentem à vontade para buscar com mais criatividade, às margens da legislação, as soluções jurídicas mais adequadas para o efetivo controle da administração em cada caso concreto. O resultado é a afirmação definitiva da autoridade do juiz administrativo e uma dilatação progressiva da esfera submetida à jurisdição administrativa e dos direitos por ela protegidos, com importantes impactos na doutrina.

A doutrina francesa logo se torna referência para todo o pensamento jurídico europeu; mas em todo o continente a conquista da autonomia científica do direito administrativo é um caminho longo e cheio de dificuldades: na Alemanha, na Áustria, na Itália e na Península Ibérica, é somente ao final do século que a identidade disciplinar do direito administrativo será consolidada de modo definitivo, através de um processo de especialização científica que autonomiza o discurso juspublicístico e lhe permite construir uma problemática e uma dogmática próprias. A partir dos anos 1890, as grandes obras de síntese começam a ser produzidas nas Universidades, o que contribui para a valorização científica do direito administrativo; multiplicam-se os periódicos especializados e publicam-se os primeiros escritos dos grandes mestres – franceses e não franceses¹⁶. Apesar das profundas divergências conceituais entre os integrantes da nova geração, os juristas franceses lideram o trabalho de sistematização teórica do direito administrativo, construído sobre a base de uma concepção jurídica de ato administrativo¹⁷, praticado por uma administração pública persona-

15 As escolas antiformalistas e anticonceitualistas que se formam na Europa da virada do século adotam uma postura radicalmente crítica do voluntarismo legislativo que caracterizava o movimento codificador. Influenciadas pelo desenvolvimento das ciências sociais e do positivismo empirista, tendem a enxergar o direito mais como resultado espontâneo do modo como se organizam naturalmente as sociedades que como produção racional de um legislador soberano. Com isso, pensamentos como o da Jurisprudência Teleológica, da Jurisprudência dos Interesses, do Positivismo Sociológico e da Escola do Direito Livre tendem a valorizar a autonomia do juiz e do doutrinador em face da lei, para investigarem livremente, no tecido da realidade social, as regras que devem conformar a melhor organização da vida em sociedade. HESPANHA, 2005, pp. 119-159.

16 Entre os “não franceses” se destacam GIANQUINTO, 1877; ORLANDO, 1891; MAYER, 1895; POSADA, 1897.

17 LAFERRIÈRE, 1887.

lizada¹⁸, e dedicado à realização de serviços públicos para a satisfação dos interesses da coletividade¹⁹.

A intensificação da produção doutrinal universitária modifica também o equilíbrio relativo entre doutrina e jurisprudência. Se é verdade que na França a jurisprudência recupera a sua liberdade de criação das regras limitadoras do arbítrio estatal, a função teórica tende a ser monopolizada por um grupo de profissionais especializados, mais claramente diferenciado dos juizes administrativos; a ampliação do volume de litígios submetidos ao Conselho de Estado exige maior dedicação e profissionalização, o que afasta os julgadores da atividade teórica e da produção literária e científica. Se durante o século XIX a doutrina havia desempenhado uma função de divulgação e sistematização das regras produzidas com relativa liberdade pela jurisprudência do Conselho de Estado, a partir do século XX esse papel meramente informativo viria a se mostrar cada vez menos satisfatório para os professores especialistas, que passam a criar por conta própria as soluções teóricas exigidas pela nova realidade²⁰.

A partir de então a tarefa atribuída à ciência jurídica será a de “libertar a administração do domínio histórico do direito privado”²¹. Sobre a base da tradição pandectista a ciência do direito alemã transplanta para o direito administrativo institutos e categorias civilistas, em um processo de transposição transformadora que modifica a sua racionalidade e lhe atribui uma nova natureza. É somente a partir desse momento que se institui verdadeiramente uma clara distinção entre a horizontalidade do direito privado e a verticalidade das relações de *imperium* que caracterizam o direito público; o ato administrativo se torna ato de autoridade no exercício das funções estatais, e os poderes atribuídos à administração no curso do desenvolvimento do Estado de Polícia são convertidos em princípios de caráter geral e natural²². Em torno desses princípios será construído o novo conceito europeu de direito administrativo.

18 HAURIU, 1892.

19 DUGUIT, 1901.

20 BURDEAU, 1995, p. 356; MANNORI; SORDI, 2006, p. 375.

21 OTTO MAYER, apud MANNORI; SORDI, 2006, p. 379.

22 MANNORI; SORDI, 2006, p. 385.

2.2 O conceito de direito administrativo na Europa²³ (1872-1920)

Nas primeiras décadas do século XIX se forma lentamente um conceito científico de direito administrativo, durante muito tempo empregado unicamente para designar o conjunto da legislação administrativa, mesmo nas obras doutrinárias. Somente a partir dos anos 40 a expressão passa a ser compreendida como conceito, referindo-se a um ramo do direito público específico e dotado de características próprias. Esse conceito será desenvolvido com base na jurisprudência por juristas como Firmin Laferrière, Alfred Trolley, Louis-Antoine Macarel, Paul Pradier-Foderer, Louis Cabantous, Theodore Ducrocq, Anselme Batbie e Léon Aucoc até a década de 70²⁴, quando se apresenta em sua versão mais completa como o conjunto de regras que “determina a constituição e as relações dos órgãos da sociedade encarregados do cuidado dos interesses coletivos [...] e as relações das autoridades administrativas com os cidadãos”²⁵. A partir de então começa a se desenvolver um conceito científico, focado nas noções de verticalidade e *imperium*, concebidas como atributos de uma Administração personalizada e dedicada à prestação dos serviços públicos necessários à satisfação do interesse coletivo. Passemos à sua análise, com base nas obras mais citadas pelos juristas brasileiros da Primeira República²⁶.

23 O título exige uma explicação: é claro que qualquer referência a algo como um conceito “europeu” de direito administrativo só pode existir como simplificação. Afinal, dificilmente se poderia afirmar a existência de um conceito idêntico de direito administrativo a circular de forma homogênea em culturas jurídicas tão distintas como a polonesa, a austríaca, a inglesa e a portuguesa. Sob os mesmos critérios, tampouco seria possível pressupor a existência de um conceito único de direito administrativo em circulação na cultura jurídica de um país continental como o Brasil – do Recife a Porto Alegre, do Rio de Janeiro a Cuiabá. Não é impossível, contudo, identificar a ordem geral do discurso e as regras de produção do saber sobre o direito administrativo em uma determinada cultura, que delimitam o campo disciplinar e identificam as modalidades discursivas que dele fazem parte. Nessa perspectiva, ainda que o direito administrativo produzido pelos autores franceses, italianos, alemães e espanhóis citados neste capítulo não possa ser tomado como representante do que se fazia em todas as regiões da Europa durante o período, indubitavelmente desempenhavam um papel de liderança na produção e circulação do conceito de direito administrativo empregado no continente e, principalmente, como tais eram percebidos pelos juristas brasileiros que os citavam – o que é, afinal, o foco da presente pesquisa.

24 Como demonstram: MANNORI; SORDI, 2006, p. 278; RENAUT, 2007, p. 49; GUADALINI JR., 2018a, p. 14.

25 AUCOC, 1869, p. 14.

26 A identificação das obras mais citadas pelos juristas brasileiros da Primeira República foi obtida pela informação obtida pela contagem manual das citações realizadas pelos autores bra-

Ainda em meio à transição o conselheiro de estado Édouard Laferrière publica o seu *Traité de la Juridiction Administrative et des recours contentieux* (1887). Pouco citado pela geração republicana de administrativistas brasileiros, o autor é sempre mencionado pela historiografia europeia como importante elemento de conexão entre a tradição jurisprudencial francesa e as inovações doutrinárias da virada para o século XX. Logo na introdução Laferrière já explica considerar que o conceito de direito administrativo se refere simultaneamente às ideias de “administração”, concebida como organização, e de “direito”, concebido como contencioso²⁷. Sobre essa base estabelece a tripla referência do direito administrativo: à pessoa da administração; à função de interesse público por ela desempenhada; e aos conflitos que podem surgir do desempenho dessas funções nas relações com os particulares. Ao direito administrativo incumbe, então, regular as relações entre administração e particulares, assegurando o respeito à lei e aos direitos individuais por atos de *imperium* praticados pela administração no seu esforço de satisfação do interesse geral²⁸.

Dez anos antes a doutrina italiana já chegava a conclusões semelhantes. Em seu *Corso di Diritto Pubblico Amministrativo* Giovanni de Gioannis Gianquinto (1877) apresenta a transição de um conceito de direito administrativo concebido como conjunto de leis especiais para um conceito que o define pelo poder de agir na realização do interesse geral mesmo contra as vontades dos particulares. Assim o funda sobre o triplice alicerce da organização estatal, da execução de serviços de interesse geral e da regulação dos conflitos advindos dessa atividade em relação aos direitos dos cidadãos – de onde extrai, como Laferrière, a tripartição clássica do seu objeto: pessoas, matérias, jurisdição²⁹.

No mesmo sentido caminha Vittorio Emanuele Orlando, que nos seus *Principii di Diritto Amministrativo* (1882, aqui consultados na edição de 1891) reivindica a autonomia da ciência em relação ao “critério exegético”, criticando com rigor os conceitos até então empregados pela doutri-

sileiros analisados de juristas estrangeiros realizadas pelos autores brasileiros do período ao apresentarem em suas obras o conceito de direitos administrativo. Foram analisadas as obras de CRUZ, 1910; MASAGÃO, 1926; OLIVEIRA SANTOS, 1919, PORTO CARREIRO 1916; REIS, 1923 e VIVEIROS DE CASTRO, 1906.

27 LAFERRIÈRE, 1887, p. XI.

28 LAFERRIÈRE, 1887, p. 8.

29 GIANQUINTO, 1877, p. 8.

na administrativista. Em seu lugar propõe uma definição “rigorosamente científica” e sistemática³⁰, concebendo o direito administrativo como “o sistema dos princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para a realização das suas finalidades”³¹, relativas à conservação da ordem pública e ao desenvolvimento do bem-estar físico, econômico e espiritual do povo. Apesar das censuras a Gianquinto e Laferrière, chega a conclusões bastante semelhantes ao defender que o estudo das atividades do Estado deve considerar os diversos aspectos em que se manifestam: como organização, como função e quando entra em conflito com os direitos dos cidadãos³².

Em 1892 Maurice Hauriou publica na França o clássico *Précis de Droit Administratif* (aqui consultado na quarta edição, de 1900). Após uma extensa Primeira Parte dedicada à reflexão sobre o direito público em geral, Hauriou se debruça, na Segunda Parte da obra, sobre o direito administrativo em particular: o conceito é apresentado no “capítulo preliminar”, e os livros primeiro a quarto o examinam em seus vários aspectos – os atos de administração, a organização das pessoas administrativas, os direitos das pessoas administrativas e o contencioso administrativo. A própria repartição da obra já indica a filiação do autor à concepção em circulação na Europa do *fin-de-siècle*, o que se confirma na análise do conceito apresentado, construído sobre a base de um conjunto de regras especiais que constituem a personalidade jurídica da Administração, as suas prerrogativas para a execução dos serviços públicos e a proteção dos direitos dos cidadãos:

Em uma primeira definição, que pode ser considerada resultado de um ponto de vista objetivo, o direito administrativo é o conjunto das regras relativas à administração na medida em que ela promove o funcionamento dos serviços públicos e a aplicação das leis³³. [...]

Em uma segunda definição, que pode ser considerada resultado de um ponto de vista subjetivo, o direito administrativo é o conjunto das regras relativas:

30 ORLANDO, 1891, p. 15.

31 ORLANDO, 1891, p. 17, tradução livre. No original: “il sistema di quei principii giuridici che regolano l'attività dello Stato pel raggiungimento dei suoi fini”.

32 ORLANDO, 1891, p. 45.

33 HAURIOU, 1900, p. 204, tradução livre. No original: “Dans une première définition que l'on peut considérer comme répondant au point de vue objectif, le droit administratif est l'ensemble des règles relatives à l'administration en tant que celle-ci préside au fonctionnement des services publics et à l'application des lois”.

1º Às pessoas administrativas, aos seus direitos, e ao exercício dos seus direitos na medida em que interessem à execução dos serviços públicos e à aplicação das leis; 2º Às pessoas dos administrados, aos seus direitos e aos seus interesses, na medida em que são afetados pelo exercício dos direitos das pessoas administrativas³⁴.

Enquanto isso Otto Mayer publica, na Alemanha, a primeira edição do seu *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895), que ele mesmo traduz para o francês como *Le Droit Administratif Allemand* (1903). A tradução recebe um prefácio de Henry Berthélemy e outro do próprio Otto Mayer, que reconhece a sua dívida para com o direito francês sem deixar de ressaltar as especificidades do direito administrativo alemão, marcado pela diversidade de direitos particulares submetidos a graus distintos de influência estrangeira³⁵. Apresenta a sua obra como um esforço teórico de sistematização dessa ordem jurídica fragmentada, e por essa razão a introduz com a definição dos conceitos de administração e direito administrativo. Definida a administração como o poder atribuído ao Estado para realizar seus objetivos sob sua ordem jurídica³⁶, o direito administrativo é conceituado como o ramo do direito público responsável pela regulação das relações verticais que se estabelecem entre uma administração personalizada e indivíduos portadores de direitos – confirmando a concepção tripartite de seus vizinhos³⁷.

A principal referência ibérica dos autores brasileiros é o *Tratado de Derecho Administrativo* de Adolfo Posada (1897). Mais analítico, dedica quase um quarto do seu primeiro volume (mais de 100 páginas) à ordenação sistemática e à definição do direito administrativo. Seguindo o exemplo de seus contemporâneos, inclusive no hábito de criticar os antecessores, Posada também recusa uma definição exegética fundada na descrição da legisla-

34 HAURIUO, 1900, p. 205, tradução livre. No original: “dans une seconde définition, que l'on peut considérer comme correspondant au point de vue subjectif, le droit administratif est l'ensemble des règles relatives: 1º Aux personnes administratives, à leurs droits, et à l'exercice de leurs droits en tant que cela intéresse l'exécution des services publics et l'application des lois; 2º Aux personnes des administrés, à leurs droits et à leurs intérêts, en tant qu'ils sont touchés par l'exercice des droits des personnes administratives”.

35 MAYER, 1903, p. XIII.

36 MAYER, 1903, p. 13, tradução livre. No original: “L'administration est l'activité de l'État pour la réalisation de ses buts et sous son ordre juridique”.

37 MAYER, 1903, p. 15; MAYER, 1895, pp. 13-14.

ção administrativa existente; em seu lugar propõe uma definição científica, que leve em consideração as perspectivas da filosofia e da sociologia do direito³⁸ para identificar o direito administrativo como atividade do Estado voltada à realização do interesse geral³⁹, conceituando-o em sentido amplo como “a ordem ou sistema dos serviços que a Administração impõe à pessoa para que seja como deve, levando em consideração as exigências racionais que deve satisfazer”⁴⁰, e em sentido específico como “a ordem jurídica da atividade política – ou do Estado – voltada a procurar e tornar efetiva a boa disposição – formação, conservação, aperfeiçoamento – das instituições mediante as quais o Estado cumpre seus fins”⁴¹. Também aí se percebe a personalização da administração e sua supremacia vinculada à prestação de serviços de interesse geral, embora não se preste atenção aos direitos dos administrados.

Por fim, a última grande referência dos administrativistas brasileiros é o *Manuel de Droit Public Français* de Léon Duguit (1907), obra colossal organizada em dois tomos sobre o direito constitucional e o direito administrativo. Ainda no primeiro volume, ao tratar das divisões do direito público, o autor define o direito administrativo como “o conjunto de regras que regem as relações nascidas entre o Estado e outra pessoa em razão de um ato administrativo”⁴², ressaltando a sua crescente importância em razão da intervenção cada vez mais frequente e ativa do Estado sobre todos os domínios da vida social, necessária para o adequado cumprimento da sua missão. Essas características são posteriormente desenvolvidas na obra quando, ao discutir a natureza da função administrativa, o autor conclui que ela corresponde a um “ato jurídico de intervenção do Estado no domínio do direito subjetivo dos indivíduos”⁴³. Reitera, assim, a relação de

38 POSADA, 1897, p. 4.

39 POSADA, 1897, p. 34.

40 POSADA, 1897, p. 21, tradução livre. No original: “*derecho administrativo [...] viene a ser el orden ó sistema de los servicios que la Administración impone á la persona, para que aquella sea como debe, habida cuenta las exigencias racionales que la misma satisface*”.

41 POSADA, 1897, p. 66, tradução livre. No original: “*orden jurídico de la actividad política – ó del Estado – encaminada á procurar y á hacer efectiva la buena disposición – formación, conservación, perfeccionamiento – de las instituciones, mediante las cuales el Estado cumple sus fines*”.

42 DUGUIT, 1907, p. 61, tradução livre. No original: “*A l'exercice de la fonction administrative correspond le droit administratif, comprenant l'ensemble des règles qui régissent les rapports nés entre l'Etat et une autre personne à la suite d'un acte administratif*”.

43 DUGUIT, 1907, p. 182, tradução livre. No original: “*Si par la fonction législative l'Etat inter-*

verticalidade mediada pelo direito entre Estado e indivíduos, tão característica do período.

Em suma, como explicam Mannori e Sordi⁴⁴, o século XX dá origem a uma nova tipologia de atividade administrativa: constitui-se uma administração personalizada, chamada a entregar serviços, não apenas jurídicos, mas também econômicos e sociais. Forma-se o moderno “Estado Social de Direito”, desenvolvendo-se uma administração de prestação ao lado das tradicionais tarefas de regulação e administração imperativa.

A nova realidade social exige um conceito mais completo e preciso de direito administrativo, suficiente para simultaneamente descrever a realidade e regulá-la, assegurando a submissão do Estado à lei. O resultado é uma sofisticação do conceito criado no período anterior: não mais construído sobre a exegese legislativa e jurisprudencial, mas elaborado por uma reflexão abstrata de caráter científico, que extrai a sua especificidade de uma ontologia dos atos praticados pelo Estado. Parte, assim, de uma Administração Pública concebida como pessoa, a estabelecer relações de *imperium* com sujeitos titulares de direito que, apesar de terem a sua proteção assegurada, devem ceder em seus interesses para que o Estado possa cumprir as suas funções, no interesse da coletividade. E ao direito administrativo cabe regular o novo campo de relações.

Percebe-se, então, apesar de uma continuidade geral em relação ao conceito desenvolvido no século XIX, que na virada para o século XX o conceito de direito administrativo europeu adquire novas características. A medida da absorção dessas transformações pela doutrina brasileira do século XX é o tema do próximo capítulo.

Quadro 2: Conceito científico de direito administrativo na Europa (1798-1920)

| 1798-1870 | 1870-1920 |
|---------------------------------|-------------------------------|
| inspiração jurisprudencial | inspiração científica |
| exegese do direito posto | conceitos jurídicos abstratos |
| regime de legalidade específico | natureza específica |

vient dans le domaine du droit objectif, il est à présumer que par la fonction administrative il intervient dans un autre domaine juridique, qui ne peut être naturellement que le domaine du droit subjectif”.

44 MANNORI; SORDI, 2006, p. 407.

| | |
|---|---|
| formação e relação dos órgãos administrativos | personalização da Administração |
| ação ininterrupta | serviço público |
| autoridade da Administração | <i>imperium</i> da Administração |
| proteção dos interesses gerais da coletividade | desenvolvimento do bem-estar físico, econômico e espiritual do povo |
| regulação das relações entre Administração e cidadãos | regulação dos conflitos entre Administração e cidadãos |
| preservação dos direitos dos cidadãos | preservação dos direitos dos cidadãos |
| independência entre Administração e Justiça | Independência entre Administração e Jurisdição Administrativa |

3. O desenvolvimento do conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930)

3.1 Contexto

A cultura jurídica brasileira começa a refletir sobre o conceito de direito administrativo em meados do século XIX. Em 1851 o Decreto nº 608 autoriza o governo a criar novos estatutos para as faculdades de Medicina e Direito, e inclui as disciplinas de Direito Romano e Direito Administrativo no currículo de Direito. Os estatutos são editados em 1854, e as novas disciplinas passam a fazer parte da formação dos juristas em São Paulo e Recife. A inovação curricular motiva a publicação de obras nacionais, para o debate entre juristas, mas também para fornecer compêndios aos estudantes da disciplina.

Entre 1857 e 1884 são publicados seis livros sobre a matéria⁴⁵, que contribuem para a construção de um conceito de direito administrativo original: embora mantenham os alicerces fundamentais do conceito que então circulava na Europa (a especificidade da ação administrativa em relação à atividade política e jurisdicional; os objetivos de preservação dos

45 Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, de Vicente Pereira do Rego (1857); Direito Administrativo Brasileiro, de Prudêncio Giralde Tavares da Veiga Cabral (1859); Ensaio sobre o Direito Administrativo, de Paulino José Soares de Sousa (1859); Excerto de Direito Administrativo Pátrio, de Francisco Maia de Souza Furtado de Mendonça (1865); Direito Administrativo Brasileiro, de Antônio Joaquim Ribas (1866); e Epítome de Direito Administrativo segundo o programa do curso de 1884, de José Rubino de Oliveira (1884).

interesses coletivos e regulamentação das relações entre Estado e cidadãos; a preocupação com a organização das repartições e serviços do Estado), constroem sobre essa base um conceito novo, deformado pelos sucessivos esforços de sua adaptação às peculiaridades locais: assim, observando a realidade nacional pelos filtros do saber acadêmico, relativizam a autonomia do novo campo jurídico, reconhecendo a possibilidade de interferências recíprocas entre Administração, Justiça e Política, e atribuindo ao direito administrativo a tarefa de estabelecer uma direção unitária, central e uniforme para o país, com o objetivo de assegurar a manutenção do contentamento popular a garantir a legitimidade do Estado⁴⁶. Nem as transformações na ciência europeia do direito administrativo a partir de 1870, nem a reforma do ensino jurídico ameaçada em 1865 e realizada em 1879⁴⁷ modificam o panorama até o final do Império.

A Proclamação da República começa a alterar as circunstâncias. Em janeiro de 1891 o Decreto 1232-H promove a Reforma Benjamin Constant, que acrescenta um terceiro curso, de Notariado, às Faculdades de Direito. Nos cursos de Notariado e Ciências Sociais a disciplina de direito administrativo recebia um tratamento bastante distinto do que lhe era dado no curso de Direito: voltado à formação de futuros integrantes da burocracia de Estado, o curso de Ciências Sociais já havia incluído em seu currículo desde a Reforma do Ensino Livre, em 1879, as novas disciplinas de Economia Política, Finanças e Contabilidade do Estado, Estatística e Higiene Pública; e os cursos paralelos complementam o Direito Administrativo⁴⁸ com tópicos específicos sobre a intervenção do Estado na vida urbana⁴⁹. Quando a Lei 314/1895 outra vez reorganiza o ensino jurídico, abolindo os cursos de Ciências Sociais e Notariado, os novos temas dos cursos laterais são inseridos no currículo padrão do Curso de Ciências Jurídicas, o que representa uma importante ruptura com o discurso jurídico-administrativo brasileiro do século XIX. Não foi apenas consequência imprevista, mas política cons-

46 GUANDALINI JR., 2018a, p. 32.

47 O Decreto 3454/1865 propõe a divisão das Faculdades de Direitos em duas seções, de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais, mas não chega a ser implementado; o Decreto 7247/1879 promove a Reforma do Ensino Livre, que instaura a liberdade de frequência, de ensino e de organização, e finalmente divide as Faculdades em um Curso de Direito e um Curso de Ciências Sociais.

48 Ciência da Administração e Direito Administrativo, no curso de Ciências Sociais; e Explicação sucinta do Direito Pátrio Constitucional e Administrativo, no curso de Notariado.

49 Relativos ao estudo das populações, da saúde pública, da economia, da estatística, etc.

ciente de transformação dos conteúdos ensinados aos futuros juristas; a interpretação é confirmada pela posterior edição do Decreto 3909/1901, que inclui no currículo a disciplina de Medicina Pública.

Outra novidade da Reforma foi a autorização concedida a estados e particulares para a criação de instituições de ensino superior, promovendo a federalização do ensino jurídico e desmontando a hegemonia de São Paulo e Recife. Em 1891 é fundada a Faculdade Livre de Direito da Bahia; no mesmo ano a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais e a Faculdade Livre de Direito, no Rio de Janeiro; em 1892 a Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais; em 1900 a Faculdade de Direito de Porto Alegre; em 1902 a Faculdade Livre de Direito do Pará; em 1903 a Faculdade Livre de Direito do Ceará; em 1909 a Faculdade de Direito do Amazonas; em 1912 a Faculdade de Direito de Niterói; e no mesmo ano a Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, primeiro passo para a posterior permissão, pelo Decreto 16782-A/1925, para a criação de universidades no Rio de Janeiro, Pernambuco, Bahia, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul⁵⁰.

Esse grande conjunto de mudanças não é fruto do acaso, mas reflete uma nova necessidade social, decorrente de novos padrões de exercício da autoridade pública na virada para o século XX. A modernização republicana alterou profundamente a vida nas grandes cidades, e demandou a atribuição de novos poderes ao Estado para promover, organizar e reagir às transformações que vinham ocorrendo. Embora a historiografia ainda discuta o caráter do desempenho econômico do Brasil na Primeira República⁵¹, o fato é que se trata de um período de intensa transformação: “as cidades começaram a crescer, a industrialização se impôs, imigrantes mudaram a feição do país e novas formas de cidadania foram sendo implementadas”⁵². Com as reformas modernizadoras realizadas a partir de 1890

50 VENÂNCIO FILHO, 2004, p. 217.

51 Apenas a título de exemplo, enquanto Franco e Lago consideram que “o desempenho da economia brasileira não poderia deixar de decepcionar os que esperavam que as tendências liberalizantes desses anos pudessem acelerar o crescimento do país” (2012, p. 219), para Caldeira “o padrão de crescimento da economia brasileira mudou com a República. Comparada com o passado imperial, a economia deixou para trás a estagnação ao iniciar o desenvolvimento capitalista. E, comparado com o mundo, o Brasil deixou a posição de atraso crônico, mostrando uma economia não só vigorosa, mas das que mais cresceu no período. [...] Mais do que buscar novas explicações, trata-se de recolocar o problema. Em vez de ser uma continuidade do atraso, cabe explicar a ruptura e o desenvolvimento capitalista que marcam o período, associados à exportação agrícola”. 2017, p 514.

52 SCHWARCZ, 2012, p. 81.

o governo renuncia ao papel de interventor, criando as condições institucionais para que a sociedade civil atuasse com mais liberdade no campo econômico e político. Mas a “sociedade civil” a que os republicanos brasileiros se referem no início do século XX deve ser compreendida em seus próprios termos, no espírito do liberalismo conservador que caracteriza o pensamento da época. Como explica Christian Lynch, o termo abrange somente os “excelentes”, as elites econômicas e intelectuais que governavam de fato a nação desde o século XIX⁵³.

Essa visão elitista e oligárquica da ordem republicana permite compreender os fenômenos aparentemente contraditórios de descentralização das competências do governo central para os estados federados simultaneamente à manutenção de uma visão hierárquica da sociedade, influenciada pelo darwinismo social e por teorias higienistas que atribuem às elites políticas a responsabilidade pela reconstrução da ordem social. Afinal, se a descentralização é necessária para assegurar a liberdade dos agentes econômicos e o desenvolvimento do país, o processo de industrialização e urbanização traz consigo novas ameaças – a camada das “classes perigosas” de pobres, negros e imigrantes que põem em risco as conquistas do novo regime e exigem uma intervenção ativa do Estado no seu controle. Segundo Schwarcz, eugenia, higienismo e exclusão social se combinavam no esforço de superação da subcidadania do homem brasileiro, que seria provocada pela falta de saúde entre as populações rurais e pobres⁵⁴. Ao assumirem a responsabilidade pela alteração desse estado de coisas, as elites políticas aparelham a administração pública dos instrumentos necessários para a execução da tarefa, aumentando a quantidade de funcionários públicos e ampliando os poderes das administrações estaduais e municipais, de modo a viabilizar a implementação de todas as medidas necessárias⁵⁵.

Não fossem suficientes as novas necessidades, o fortalecimento das administrações locais também foi parte importante do mecanismo de funcionamento do regime oligárquico. Afinal, o federalismo rompeu o sistema de relação direta entre os detentores do poder local e o centro de poder

53 LYNCH, 2014, p. 94.

54 SCHWARCZ, 2012, p. 53.

55 Modernização dos portos, saneamento, vacinação, reformas urbanas, códigos de posturas, desapropriações, abertura de novos bairros elegantes, demolição de casebres e favelas, etc. SCHWARCZ, 2012, p. 79.

nacional que vigia desde o império⁵⁶, e levou as autoridades locais a estruturarem novas relações de poder, sob a forma de “uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras”⁵⁷. Entre esses proveitos se encontram, inevitavelmente, os cargos públicos ocupados por apadrinhados, que proliferam de modo a fornecer a moeda de troca necessária ao apoio dos coronéis locais aos candidatos nas eleições estaduais e federais.

Desenvolve-se, então, uma nova concepção de direito administrativo, mais ajustada às novas necessidades sociais. O fortalecimento das administrações locais, tanto em termos de pessoal quanto de prerrogativas, dá origem a um direito administrativo menos preocupado com a legitimação e a construção de um Estado Nacional, e mais atento aos instrumentos de intervenção sobre a esfera da vida privada dos indivíduos. Forma-se, então, um direito administrativo cada vez mais *moderno*, e cada vez mais *administrativo*.

3.2 O desenvolvimento do conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930)

Um hiato de mais de vinte anos separa a última obra de direito administrativo do império e a primeira obra de direito administrativo da República. Após a publicação da *Epítome de Direito Administrativo segundo o programa do curso de 1884* por José Rubino de Oliveira (1884), ocorrerá somente em 1906 a publicação do *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo* de Augusto Viveiros de Castro⁵⁸. Na altura da publicação Viveiros de Castro atuava como Diretor do Tribunal de Contas, e já no ano seguinte,

56 RESENDE, 2017, p. 95.

57 LEAL, 2012, p. 44.

58 Augusto Olímpio Viveiros de Castro nasceu em São Luís, no Maranhão, em 27 de agosto de 1867, e faleceu no Rio de Janeiro, em 14 de abril de 1927. Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito do Recife (1889). Foi nomeado juiz Municipal em Santa Maria Madalena, Rio de Janeiro, juiz federal substituto em sua terra natal, durante curto período, ministro do Tribunal de Contas da União. Professor de Direito Civil, Direito Administrativo e Direito Internacional da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro (desde 1907). Pelo presidente Venceslau Brás foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal, em 1915. Suas principais obras são: *A Questão Social*, Rio de Janeiro, 1920 – Estudos de Direito Público, RJ, 1914 – *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1906 – *Esboço Coreográfico do Maranhão*, Rio de Janeiro, s/d. BRASIL, 2020.

em 1907, viria a se tornar professor na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro. Apesar de graduado na Escola de Recife, a sua vinculação à academia carioca já indica a tendência de “federalização” do saber jurídico administrativo, confinado por todo o império ao eixo acadêmico São Paulo-Recife⁵⁹.

Os dezessete anos transcorridos desde a ruptura política são suficientes para a absorção das intensas transformações do período pela obra. Viveiros de Castro se esforça para demarcar com clareza as diferenças entre a doutrina desenvolvida pelos juristas do século XIX e o seu próprio pensamento, indicando, por clara influência da crítica que vinha sendo realizada pelos juristas europeus, a necessidade de superação de uma abordagem meramente exegética por uma concepção *científica* e, portanto, *criativa* do direito administrativo:

A obra de Ribas foi no seu tempo um bom compêndio; mas, atualmente, já não satisfaz, mesmo porque o abalizado escritor não podia prever a modificação profunda que o Direito Administrativo tem sofrido, graças aos admiráveis trabalhos dos publicistas alemães e italianos. Em vez de um conjunto de regras áridas e enfadonhas que explicavam o movimento da pesada organização burocrática, há uma ciência administrativa, cujos importantes problemas são da maior utilidade na vida prática. É a exposição dessa doutrina, segundo a lição dos mais notáveis publicistas, que eu me proponho fazer neste trabalho⁶⁰.

A visão reflete as críticas antiformalistas que vinham sendo feitas à Escola da Exegese desde o final do século XIX, e haviam sido incorporadas ao direito administrativo europeu por autores como Orlando, Posada e Mayer. É curioso observar que a crítica se aplicava ao direito europeu do século XIX, mas não ao próprio direito brasileiro do período, que de fato havia se desenvolvido em uma perspectiva essencialmente científica. De qualquer modo essa tese “cientificista” volta a aparecer mais tarde na obra, quando, durante as discussões sobre o conceito de direito administrativo, o autor argumenta não ser possível uma definição legislativa do direito administrativo sem uma concepção teórica prévia acerca da sua natureza – “se assim não fosse, como orientar a crítica para discernir, dentro do direito

59 GUANDALINI JR., 2018b, p. 57.

60 VIVEIROS DE CASTRO, 1906, p. 11.

positivo dum povo, a lei administrativa distinguindo-a da lei civil e da lei política?”⁶¹. Desse modo, vincula o conceito de direito administrativo à natureza das funções por ele desempenhadas, afirmando tratar-se do “direito político especial da função administrativa do Estado”⁶².

Tais funções são descritas nos capítulos V, VI e VII (de um total de quinze), dedicados respectivamente às ações do Estado quanto às necessidades físicas da sociedade (segurança pública, saúde pública, polícia sanitária, higiene pública, assistência pública), à intervenção do Estado no domínio econômico (produção da riqueza, tutela do trabalho, corporações, aprendizado, obras públicas, indústria, comércio, meios de comunicação e transporte, preços, sindicatos, caixas econômicas e de socorros) e à ação do Estado quanto às necessidades culturais da sociedade (instrução primária, técnica e superior, desenvolvimento científico, literário e artístico). Essas ações deveriam ser praticadas com o objetivo de “auxiliar eficazmente o desenvolvimento da vida social”⁶³, o que dependia de uma ampliação das prerrogativas da administração que lhe permitisse intervir com eficácia na reorganização das condições da vida urbana. Viveiros de Castro apresenta, assim, uma visão de Estado conservador da ordem e promotor do progresso, antagonizando com um indivíduo egoísta e incapaz de viver em sociedade sem a sua presença apaziguadora.

Poucos anos depois, em 1910, publicam-se as *Noções de Direito Administrativo* de Alcides Cruz⁶⁴, que confirmam a tendência de afastamento do pensamento jurídico-administrativo do império: a começar pelo fato de que não atuava no eixo São Paulo-Recife, tendo sido fundador e professor

61 VIVEIROS DE CASTRO, 1906, p. 94.

62 VIVEIROS DE CASTRO, 1906, p. 104.

63 VIVEIROS DE CASTRO, 1906, p. 120.

64 Segundo informações do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul, na homenagem ao centenário de morte do autor, Alcides de Freitas Cruz era pardo, oriundo de uma família presente nas campanhas da Cisplatina e da Revolução Federalista, presente também na consolidação da República. Nascido em 14 de maio de 1867, em Porto Alegre, estudou na Escola Militar da Província de São Pedro do Rio Grande do Sul, alcançando o grau de agrimensor em 1885. Depois, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1891, colando grau de bacharel em Direito, tornando-se um dos fundadores e lente da Faculdade de Direito de Porto Alegre, hoje unidade da UFRGS, onde lecionou Direito Administrativo e Filosofia do Direito, sendo também membro correspondente do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo. Em 1910 lançou a obra “Noções de Direito Administrativo Brasileiro”, ora estudada, e em 1914 lança sua segunda edição então intitulada “Direito Administrativo Brasileiro”. Também foi deputado estadual entre 1891 e 1916. Faleceu aos 48 anos, no auge de suas atividades políticas, acadêmicas e docentes. 2016.

da Faculdade de Direito de Porto Alegre; além disso, a sua formação prévia em agrimensura o distancia do perfil bacharelesco que caracterizava os administrativistas do século XIX, aproximando-o do perfil técnico típico do período republicano. Crítico das obras do império, que considera ultrapassadas, mas também do *Tratado* de Viveiros de Castro, que julga pouco didático, excessivamente focado na ciência da administração e no direito constitucional, e pobre em termos bibliográficos, apresenta a sua obra como um ensaio destinado a jovens estudantes.

Em uma aproximação preliminar Cruz conceitua o direito administrativo como “o complexo de princípios de direito público, que regulam o exercício da atividade do Estado nas suas relações entre a administração pública e os seus administrados”. Apesar da simplicidade inicial, a definição é apresentada em seguida à sua crítica à concepção normativa-exegética, que considera “evidentemente acanhada” e limitada pelo “absoluto desprezo das sedutoras teorias que enriquecem o direito público moderno”⁶⁵, defendendo que a disciplina seja objeto de uma abordagem teórica e científica.

Nas páginas seguintes volta a complementar o conceito inicial ao estabelecer uma relação indissociável entre o direito administrativo e a atividade interventiva do Estado, realizada “no sentido de promover o melhoramento das suas condições econômicas, morais e intelectuais”. Quando dessa ingerência resultem efeitos jurídicos decorrentes das relações que o Estado estabelece com os particulares deverá incidir sobre ela o direito administrativo, como instrumento de sua regulação⁶⁶. Atribui, assim, grande importância à atividade interventiva do Estado na vida social; não é por outra razão que após examinar as questões preliminares (na Introdução) e discorrer sobre a estrutura organizacional da administração pública brasileira (na Parte Primeira), Cruz dedica metade da sua obra (toda a Parte Segunda) à análise das diversas espécies de “ações administrativas” passíveis de serem executadas pelo Estado – relativas às finanças públicas e impostos, polícia, defesa nacional, domínio público, expropriação, comunicação e transporte, instrução pública e assistência pública. Também aqui se manifesta a natureza essencialmente científica e interventiva atribuída ao direito administrativo durante a Primeira República.

65 CRUZ, 1910, p. 9.

66 CRUZ, 1910, p. 11.

Em 1918 são publicadas as *Lições de Direito Administrativo* de Carlos Porto Carreiro⁶⁷, apresentadas como “resumo estenográfico das aulas proferidas pelo Dr. Carlos Porto Carreiro na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro”, coligidas e organizadas por “um aluno”, e posteriormente revisadas e autorizadas pelo professor. A obra dá acesso ao conteúdo do ensino ministrado nas Faculdades de Direito, e permite perceber como o ensino oral adapta o saber teórico dos livros às necessidades práticas do ensino jurídico.

Após uma longa “introdução histórica” que dura dez lições (de um total de cinquenta), Porto Carreiro inicia na Lição 11 a sua análise teórica da disciplina, adotando a definição dos *Principii* de Orlando, para quem “o direito administrativo é o sistema dos princípios jurídicos que regulam a atividade específica do Estado para a realização dos seus fins”. O conceito é esclarecido pelas explicações de que: a expressão “sistema de princípios jurídicos” indica que “o direito administrativo contém em si verdades científicas e ordem geral decorrentes de fatores naturais (físicos e humanos)”, não se tratando de mero “complexo de leis positivas”; a expressão “atividade específica do Estado” se refere ao fato de que a administração “aplica as leis de ordem pública” e procede por “meios de execução geral e providências gerais”, gozando de “certa latitude discricionária”; e a referência à “realização dos fins” indica a sua função de “tornar efetivos os fins do Estado”, relacionados na sequência: conservação do domínio público, percepção das rendas, gestão da fazenda pública, distribuição da riqueza, indenizações e reparações, construção de obras públicas, fornecimentos, requisições, contratos, concessões, operações destinadas ao cuidado, vigilância e tutela física e moral da sociedade, provimento dos cargos públicos, direção do corpo administrativo, etc⁶⁸.

Porto Carreiro se filia assim, como os demais autores do período, a uma concepção *teleológica* do direito administrativo, vinculada à realização das finalidades do Estado. Curiosamente essa preocupação não transpare-

67 Nascido em 1865 na cidade de Recife, capital do Estado de Pernambuco, Carlos da Costa Ferreira Porto Carreiro cursou a Faculdade de Direito de Recife, tornando-se depois professor do seu curso anexo. Filho de tabelião, dedicava-se também à literatura, especialmente a escrita de poemas, além de ter exercido também a função de tradutor. Participou da fundação da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro em 1891, onde foi professor de direito administrativo. No auge de sua carreira como escritor, ocupou a quarta cadeira da Academia Pernambucana de Letras. Faleceu em 1932. A PALAVRA, 1911.

68 PORTO CARREIRO, 1916, p. 87.

ce com tanta clareza na estrutura da obra, que tem apenas nove capítulos dedicados à análise das funções administrativas (lições 38 a 46), apesar de quinze dedicados à história e teoria do direito administrativo (lições 1 a 15) e vinte e cinco (lições 16 a 37, e 47 a 50) dedicados à estrutura e organização da administração brasileira. A aparente deficiência deve ser adequadamente compreendida: o mero fato de se dedicar alguns capítulos às funções administrativas do Estado já é digno de nota, e representa uma ruptura em relação ao saber jurídico-administrativo desenvolvido no Brasil do século XIX; no entanto, é notável também que os juristas brasileiros do início do século XX não parecem dedicar ao assunto quantidade de páginas compatível com a relevância que lhe atribuem. A contradição indica alguma dificuldade, por parte da doutrina, em concluir a superação do século XIX, talvez em virtude da permanência da necessidade de reconstrução da estrutura administrativa do Estado brasileiro após a Proclamação da República e a instituição do federalismo. A hipótese é sugerida pelo próprio Porto Carreiro, que atribui a deficiência do direito administrativo brasileiro a dois fatores: a imperfeição da adaptação do sistema francês ao nosso direito, realizada durante o império, e a adoção da forma de governo federativa, que obrigou os estados federados a recomeçarem do zero a organização administrativa do país:

Multipartida a Administração do país em várias administrações autônomas, além da Federal cujo círculo de competência *ratione materiae* muito se restringiu, houve mister de construção nova em cada um dos novos departamentos da atividade do Estado. No que respeita à Administração Federal [...], como a respectiva jurisprudência ainda não seja pacífica na maioria dos casos em que se trata de questões administrativas, não houve também lugar para se firmar a feição especial do nosso regime administrativo⁶⁹.

Características semelhantes também podem ser percebidas em *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, publicada no ano seguinte por Manoel de Oliveira Santos⁷⁰ (1919). Organizada como compêndio para a

69 PORTO CARREIRO, 1916, p. 108.

70 Manoel Porfírio de Oliveira Santos nasceu em 1851 no Rio Grande do Norte. Defensor da monarquia, foi magistrado, oficial de gabinete do império, inspetor fiscal do governo e jornalista, tendo chegado ao posto de redator principal do primeiro jornal diário da capital potiguar, o “Diário do Natal”. Chegou a ser candidato à deputado nas eleições de 1889, elegendo a “au-

cadeira de direito administrativo do Curso Administrativo e Financeiro da Academia de Altos Estudos do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro⁷¹, a obra é dividida em dezoito lições dedicadas à teoria e história do direito administrativo (quatro capítulos), à estrutura e organização do Estado (dez capítulos) e à sua atividade administrativa (quatro capítulos sobre socorros públicos, organização econômica, instrução pública e domínio público).

Merece atenção, em primeiro lugar, o fato de que se trata da primeira obra brasileira de direito administrativo não dedicada especificamente a juristas, pois destinada ao ensino especializado no Curso Administrativo e Financeiro do IHGB⁷². A “federalização” que caracterizara as obras da República já desde o *Tratado* de Viveiros de Castro é agora complementada por outra forma de expansão do saber jurídico-administrativo, que passa a incluir administradores e financistas, prováveis integrantes da burocracia de Estado.

Quanto ao conteúdo, apesar da semelhança de estrutura e desenvolvimento em relação aos demais autores do período, o autor parece ter uma consciência mais explícita, e até favorável, das heranças monárquicas no discurso jurídico do século XX. Se já havíamos percebido uma continuidade nas preocupações com a estrutura e organização da Administração Pública em detrimento das suas funções interventivas na sociedade, que tendem a aparecer de forma marginal, na obra do monarquista Oliveira Santos essa continuidade é abertamente defendida, e a pequena ruptura criticada.

Assim, conceitua o direito administrativo como “um complexo de leis destinadas a regular as relações dos direitos e deveres recíprocos da administração e dos administrados”⁷³, descartando o “critério teleológico” defendido por seus contemporâneos para adotar integralmente o conceito

tonomia provincial” como uma das questões centrais do seu programa de governo. Integrou a Academia de Altos Estudos do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e faleceu em 1933. BUENO, 2016, p. 85.

71 Fundada em 1915 pelo IHGB, surgiu como iniciativa de promoção de estudos científicos nas áreas de Política, Sociologia e História. Em 1919 foi reformulada para a formação de professores secundários, sendo renomeada Faculdade de Filosofia e Letras. MELO, 2015, p. 1.

72 Segundo o próprio Oliveira Santos, os estudantes do seu curso não são “aspirantes ao curso secundário como preparo para estudos mais elevados”, mas “homens instruídos e cultivados”, muitos deles já diplomados, que o frequentam para adquirirem “conhecimentos não compreendidos em estudos anteriores, e, portanto, complementares de sua educação científica” 1919, p. 13.

73 OLIVEIRA SANTOS, 1919, p. 29.

que havia sido desenvolvido pelos juristas do império. Em defesa da continuidade argumenta que “a nova constituição, tão liberal quanto a monárquica, manteve, em seus princípios fundamentais, todos os preceitos e regras que antes consubstanciavam esse ramo do nosso direito público e constitucional”⁷⁴, concluindo que o nosso direito administrativo não sofreu a influência dos ideais positivistas que então circulavam na Europa, por ele criticados:

Quer isto dizer, que, pelo menos no ponto de vista da teoria e da lei, o nosso direito administrativo ainda não sofreu a influência das ideias positivistas, da nova escola a que pertencem Duguit, Hauriou e outros, cujo princípio é o da prevalência dos direitos do Estado sobre os do indivíduo.

Nada justifica essa estranha doutrina, pura revivescência do antigo predomínio do Estado, posto em evidência no tempo do imperialismo romano, como mais de uma vez tive ocasião de demonstrar em anteriores lições⁷⁵.

Cópia em negativo do pensamento de Oliveira Santos é o de Aarão Reis⁷⁶, personagem peculiar de nossa história jus-administrativista: engenheiro formado pela Escola Politécnica do Rio de Janeiro, urbanista responsável pelo planejamento e construção da nova capital de Minas Gerais, autor de obras relacionadas à prestação de serviços públicos nas áreas de educação, energia, água, transporte e gás⁷⁷, tradutor da filosofia positivis-

74 OLIVEIRA SANTOS, 1919, p. 213.

75 OLIVEIRA SANTOS, 1919, p. 213.

76 Aarão Leal de Carvalho Reis nasceu em 1853 em Belém do Pará, província da qual seu pai foi presidente em 1860 (Fábio Alexandrino de Caralho Reis). Formou-se engenheiro geógrafo (1872) e engenheiro civil (1874) na Escola Politécnica do Rio de Janeiro, e recebeu o grau de bacharel em ciências físicas e matemáticas. Atuou como professor de matemática elementar e desempenhou várias funções públicas em ministérios e secretarias nas áreas de transporte, saneamento, energia e construção. Fez parte da primeira geração de urbanistas do país, tendo chefiado a comissão de construção de Belo Horizonte (1894-1897) e planejado o município de Soure, na ilha de Marajó. Foi professor da Escola Politécnica do Rio de Janeiro, nas cadeiras de economia política, finanças, direito constitucional, direito administrativo e estatística. Dirigiu o Banco do Brasil e o Lloyd Brasileiro, foi eleito deputado federal (1911 e 1927), e senador (1927), e faleceu em 1936. URBANISMO BRASIL, ENCICLOPÉDIA ITAU CULTURAL DE ARTE DE CULTURA BRASILEIRAS, 2020.

77 Como por exemplo A Instrução Superior no Império, 1875, A Transmissão e a Distribuição Elétricas de Força, 1884, A Estrada de Ferro de Sobral, 1888, A Societé Anonyme du Gaz de Rio de Janeiro, 1890, Obras novas contra as secas, 1918, etc.

ta⁷⁸, sintetiza em sua biografia de forma hiperbólica as características do direito administrativo do novo século. Se Oliveira Santos representa, no extremo conservador do espectro de autores analisados, o esforço consciente de preservação do direito administrativo bacharelesco criado para o Brasil do século XIX, Reis representa, no oposto polo progressista, o direito administrativo tecnocrático que a sociedade brasileira propunha para o seu futuro.

Redigido para servir de guia aos seus discípulos na Faculdade de Engenharia da Escola Politécnica, o seu livro é apresentado como obra “modesta e despretensiosa”, produzida com o objetivo de preencher lacunas na formação do engenheiro obrigado a assumir responsabilidades na administração pública sem poder contar com o apoio técnico necessário:

Nem sempre pode o engenheiro consultar – sobre o bom desempenho, corrente e normal, dos seus respectivos encargos, um advogado, cuja amizade pessoal o leve a prestar-se como mentor quotidiano de minúcias renascentes; e, nem todos os advogados dispõem das habilitações especiais que exigem as soluções prontas de variadíssimos casos concretos que surgem a cada instante. E, então, carece o engenheiro – agindo, frequentemente, em localidades afastadas dos grandes centros de cultura intelectual – de resolver, por si próprio, casos tais, cuja solução afeta a própria honorabilidade profissional, para o que mister lhe é achar-se, previamente, habilitado para consultar, diretamente, expositor apropriado.

Demais, cumpre iniludivelmente, em todas as circunstâncias, ao engenheiro, responsável direto por trabalhos importantes e serviços públicos de relevância, acompanhar, com pleno conhecimento de causa, processos que, com serem de administração, não deixam de correr sob sua responsabilidade diretora⁷⁹.

Apesar da “modéstia e despretensão” do autor, trata-se de obra riquíssima do ponto de vista jurídico, travando intenso diálogo com a melhor doutrina nacional e estrangeira e tendo sido elogiada por Clóvis Bevilacqua e Augusto Tavares de Lyra, que a prefaciam⁸⁰. Redigida em 638 páginas, após uma breve introdução geral à teoria do direito e ao direito constitucional, dedica mais de 500 páginas à análise do direito administrativo

78 A Ideia de Deus segundo a Filosofia Positiva, de Émile Littré, 1876.

79 REIS, 1923, p. VIII.

80 REIS, 1923, p. XII; XV.

“com aplicação especial à engenharia”, divididas em três partes: a primeira composta por seis capítulos dedicados à apresentação dos conceitos fundamentais; a segunda por quatro capítulos dedicados à organização administrativa do Brasil; e a terceira por quinze capítulos, que correspondem a mais da metade do livro, dedicados ao funcionamento da atividade administrativa no Brasil – orçamento público, domínio público, defesa, polícia, justiça, saúde, medidas, moeda, aposentadorias, indústria, comércio, instrução, etc.

As prioridades aparentes no sumário são confirmadas pela definição de direito administrativo elaborada pelo autor, não mais preocupada com as “relações recíprocas de um soberano e seus respectivos súditos”, mas em compreender “o melhor funcionamento [...] dos múltiplos, variados e complicados serviços públicos imprescindíveis [...] à crescente prosperidade da nação, fundada na integridade, na tranquilidade e na garantia do amplo condicionamento da vida coletiva comum”⁸¹. Para Reis o direito administrativo não é comando dotado de *imperium*, devendo ser compreendido em seu aspecto funcional, como regra impessoal instrumental à satisfação do interesse público.

A última obra monográfica de direito administrativo publicada na Primeira República é o *Conceito de Direito Administrativo* de Mário Masagão⁸² (1926). Único administrativista do período vinculado às tradicionais faculdades do império, redige a mais breve obra do período sobre o tema – breve brochura de quarenta páginas, dividida em dezoito capítulos dedicados à definição do direito administrativo. Logo na apresentação já esclarece pretender superar o “empirismo” em que mergulhava o direito administrativo antes do trabalho dos juristas alemães e italianos, desejando contribuir

81 REIS, 1929, p. 122.

82 Mário Masagão nasceu em São Carlos em 1899. Formou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1919, e a partir de então passou a exercer a advocacia. Tornou-se professor de direito administrativo na mesma faculdade em 1928, tendo ministrado também economia política e ciência das finanças. Foi nomeado desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo em 1930. Foi eleito deputado constituinte pela UDN em 1945 e tornou-se novamente membro do Tribunal de Justiça de São Paulo em 1947. Aposentou-se em 1956 e faleceu em 1979. Publicou *Conceito do direito administrativo* (1925), *O projeto do código de processo* (1926), *Em face da Constituição, não existe no Brasil o contencioso administrativo* (1927), *Natureza jurídica da concessão do serviço público* (1933) e *Curso de direito administrativo* (2v., 1959), além de artigos para a *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo* e a *Revista dos Tribunais* (DICIÔNÁRIO BIOGRÁFICO CPDOC).

para uma sistematização rigorosa da disciplina⁸³. Assim, conceitua o direito administrativo como “o conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado, e a constituição dos órgãos e meios de sua ação, em geral”⁸⁴, enfatizando o caráter científico dessa definição e vinculando-a, assim, às atividades exercidas pelo Estado para o cumprimento das suas finalidades⁸⁵.

Dessa definição decorrem os três ramos principais da teoria do direito administrativo: aquele relacionado à atividade jurídica e não contenciosa do Estado (ação legislativa, polícia, forças armadas); aquele relacionado aos meios de ação do Estado (atos administrativos e finanças públicas); e aquele relacionado à organização da administração do Estado (funções administrativas, órgãos administrativos, fiscalização administrativa e distribuição das funções pelos órgãos)⁸⁶. A obra é concluída por uma breve reflexão sobre a responsabilidade do Estado e o contencioso administrativo.

Apesar do caráter sintético do opúsculo, percebem-se também nele as tendências identificadas nas obras anteriores: o esforço para superar as definições legalistas do século XIX em prol de uma concepção mais abstrata e científica do direito administrativo, que fosse capaz de abarcar o conjunto de atividades promovidas pelo Estado para a realização dos seus fins.

Como se vê, na passagem para o século XX a doutrina jurídica brasileira promove importantes adaptações ao conceito de direito administrativo que havia sido elaborado durante o regime monárquico. Influenciada pelos desenvolvimentos doutrinários da Europa positivista, mas também pelas novas necessidades políticas do Brasil republicano, deformam novamente o direito administrativo para ajustá-lo cada vez mais às atividades de intervenção da administração pública sobre a vida social urbana.

É importante compreender, no entanto, que esse esforço de adaptação não levou a uma transformação completa. Os problemas que haviam dirigido a formação do direito administrativo no império, relacionados à construção de uma estrutura administrativa para o Estado nascente, e que demandavam o reconhecimento de uma função constituinte ao direito administrativo, continuam presentes. Agora, não mais em razão da novidade

83 MASAGÃO, 1926, p. 4.

84 MASAGÃO, 1926, p. 21.

85 MASAGÃO, 1926, p. 7.

86 MASAGÃO, 1926, p. 31.

do Estado brasileiro e da necessidade de se lhe atribuir legitimidade, mas em razão da novidade do modelo de organização federativo, e da consequente necessidade de se edificarem as estruturas administrativas dos estados federados e dos municípios. As circunstâncias levam a uma metamorfose incompleta, que, se por um lado modifica explicitamente a concepção vigente de direito administrativo para enfatizar a sua vinculação às finalidades do novo Estado interventor, por outro permite implicitamente a conservação da principal característica do discurso jus-administrativista do século XIX – a sua vinculação à necessidade de organização administrativa do Estado nacional.

Essas forças divergentes bem podem ser representadas pelos mais típicos dentre os autores examinados: de um lado Oliveira Santos, monarquista, bacharel, explícito defensor da continuidade da concepção de direito administrativo desenvolvida no império, a sustentar a sua função constituinte e reguladora das relações entre administração e administrados; do outro Aarão Reis, urbanista republicano, engenheiro, a enfatizar as rupturas existentes entre o antigo regime imperial e as necessidades interventivas do novo regime, dependente de um direito instrumental à satisfação das finalidades do Estado.

Entre esses polos extremos a doutrina brasileira desenvolve uma concepção de direito administrativo atento às novas necessidades de intervenção do Estado sobre a sociedade, mas também cauteloso em relação à indispensável preservação de sua função constituinte e estruturadora; empolgado com as novas teorias positivistas, mas também precavido contra os seus excessos autoritários; federalizado por personagens que atuavam em diversos estados, mas que haviam recebido sua formação inicial em São Paulo e Recife; aberto a técnicos e engenheiros, mas ainda reconhecendo a precedência dos juristas como seus guardiões; cada vez mais desenvolvido por burocratas da administração pública, mas que não haviam por isso perdido o seu vínculo científico com a academia. Trata-se, em suma, de um direito administrativo de transição, talvez antecipador de algumas das profundas transformações que a disciplina viria a sofrer a partir da década de 30.

Quadro 3: *Conceito científico de direito administrativo no Brasil (1890-1930)*

| | |
|-------------------------------|---|
| direito administrativo | abordagem científica |
| | produzido por juristas e técnicos |
| | diversificação dos centros de produção |
| | direito político especial |
| | sistema de princípios jurídicos |
| | complexo de leis |
| | regula a atividade administrativa do Estado |
| | relações entre administração e administrados |
| | constituição dos órgãos e meios de ação do Estado |
| | prerrogativas especiais de intervenção |
| | realização das finalidades do Estado |
| | funcionamento dos serviços públicos |
| | objetivo de promover o desenvolvimento da vida social |

4. Conclusão: um direito administrativo de transição

O conceito de direito administrativo desenvolvido pela cultura jurídica da Primeira República Brasileira é um conceito de transição, resultado de múltiplas traduções: em primeiro lugar, a tradução do conceito de direito administrativo cunhado pelos juristas do Império para as novas necessidades do século XX, e a nova estrutura administrativa federalizada e republicana; em segundo lugar, a tradução do conceito de direito administrativo desenvolvido pelos juristas franceses da Terceira República, após o reconhecimento da autonomia do Conselho de Estado e de uma esfera de liberdade aos cidadãos diante das intervenções do antigo regime imperial; e em terceiro lugar, a tradução jurídica das novas necessidades de intervenção estatal diante de uma sociedade em rápida transformação, a exigir novos serviços públicos e um papel mais ativo do Estado na ordenação da vida urbana e na promoção do desenvolvimento econômico e social. Esse conjunto de traduções é realizado no contexto de um regime elitista, oligárquico e coronelista, que atribui às elites políticas o papel de vanguardas na modernização do Estado e da sociedade e lhes demanda a sua proteção das ameaças provenientes das classes populares, conferindo-lhes o poder necessário para essas tarefas. Isso conduz a um direito administrativo con-

cebido essencialmente como instrumento de exercício das prerrogativas estatais sobre os particulares em seu trabalho de reorganização da vida em sociedade.

Tratando-se, porém, de um conceito de transição, até o período delimitado para a presente pesquisa essa tradução nunca se realiza de forma completa. Há uma série de sobrevivências e continuidades que contaminam o direito administrativo moderno desejado pelos positivistas com resquícios e impurezas do antigo regime imperial, e limitam as possibilidades de inovação: a preocupação com a organização da estrutura administrativa do Estado, mesmo quando apenas de forma implícita; seu funcionamento como elemento regulador das relações entre administração e administrados; e a sua apresentação como saber científico, que apesar de percebida como ruptura pelos juristas brasileiros do século XX (por influência da doutrina francesa, que de fato rompe com a sua tradição exegética) na verdade representa a continuidade de tendências percebidas no direito administrativo brasileiro desde a sua formação na década de 1850.

É claro que isso não significa que não existam diferenças entre os conceitos de direito administrativo em circulação na doutrina jurídica brasileira dos séculos XIX e início do XX; mas que essas diferenças não podem ser exageradas, sob pena de se perder de vista a complexidade e as sutilezas do processo de transição, e as tendências de longa duração que marcam a cultura jurídica brasileira desde o regime imperial. O quadro abaixo as sintetiza:

Quadro 4: Conceito científico de direito administrativo no Brasil (1854-1930)

| Século XIX (1854-1889) | Século XX (1889-1930) |
|------------------------------------|--|
| abordagem científica | abordagem científica |
| produzido por juristas | produzido por juristas e técnicos |
| concentração em São Paulo e Recife | diversificação dos centros de produção |
| objeto de estudo específico | natureza específica |

| | |
|--|--|
| teoria e exegese legislativa | sistema de princípios jurídicos abstratos e complexo de leis |
| interferência da justiça e da política na administração | independência entre justiça e administração |
| satisfação das necessidades populares para a conservação do governo imperial | realização das finalidades do Estado para a promoção do desenvolvimento da vida social |
| organização da estrutura do Estado | organização da estrutura do Estado |
| função constituinte | função interventiva |
| objetivo político de legitimidade | funcionamento dos serviços públicos |
| fundação do Estado brasileiro no contexto de ruptura da ordem política tradicional | transição de um direito administrativo constituinte para um direito administrativo interventor e estruturação da nova administração pública federativa |

Forma-se, então, na cultura jurídica brasileira do início do século XX, uma concepção de direito administrativo mais moderna e disciplinar, mais próxima das concepções em voga na Europa, voltada à regulação da atividade interventiva do Estado sobre a organização da vida urbana. Mas essa modernização é obrigada a conviver com as tendências e preocupações do antigo regime imperial, o que faz com que o direito administrativo da Primeira República, apesar de todas as transformações, ainda não esteja livre da sua tarefa inicial de promover a estruturação administrativa do Estado nacional, e por essa razão deva ser compreendido como um direito administrativo de transição

Referências

- A PALAVRA. Dr. Carlos da Costa Ferreira Porto Carreiro. A Palavra, Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, p. 1, 30 de outubro de 1911. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/227714/per227714_1911_00001.pdf. Acesso em: 03 mar. 2020.
- AUCOC, Léon. *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites a l'école impériale des ponts et chaussées*. Paris: Dunod, 1869.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BIGOT, Gregoire. *Introduction Historique au Droit Administratif depuis 1789*. Paris: PUF, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministros: Augusto Olympio Viveiros de Castro*, 2020 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ver-Ministro.asp?periodo=stf&id=109>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- BUENO, Almir de Carvalho. *Visões de República: ideias e práticas no Rio Grande do Norte (1880-1895)*. Natal: EDUFRN, 2016.
- BURDEAU, François. *Histoire du Droit Administratif*. Paris: PUF, 1995.
- CALDEIRA, Jorge. *História da Riqueza no Brasil: cinco séculos de pessoas, costumes e governos*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.
- CRETELLA JR., José. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CRUZ, Alcides. *Noções de Direito Administrativo Brasileiro – exposição sumária e abreviada*. Porto Alegre: Germano Gundlach & Comp, 1910.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DICIONÁRIO BIOGRÁFICO CPDOC. *Mário Masagão*. Disponível em <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/masagao-mario>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- DUGUIT, Léon. *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing, 1901.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Public Français*. Paris: Félix Moreau, 1907.
- ENCICLOPÉDIA ITAÚ CULTURAL DE ARTE E CULTURA BRASILEIRAS. *Aarão Reis*. São Paulo: Itaú Cultural, 2020. Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/pessoa4987/aarao-reis>. Acesso em: 03 mar. 2020

- FRANCO, Gustavo H. B.; LAGO, Luiz Aranha Corrêa. O Processo Econômico/ A Economia da Primeira República, 1889-1930. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz (org.). *História do Brasil Nação: 1808-2010*, vol. 3 – *A Abertura para o Mundo, 1889-1930*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- FURTADO DE MENDONÇA, Francisco Maria de Souza. *Excerto de Direito Administrativo Pátrio*. São Paulo: Typographia Alemã de Henrique Schroeder, 1865.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GUANDALINI JR., Walter. Espécie Invasora: história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 268, p. 213-247, jan./abr. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.
- GUANDALINI JR., Walter. *História do Direito Administrativo Brasileiro: formação (1821-1895)*. Curitiba: Juruá, 2016.
- GUANDALINI JR., Walter. A Tradução do Conceito de Direito Administrativo pela Cultura Jurídica Brasileira do século XIX. *Culturas Jurídicas em Movimento*. Curitiba: Juruá, no prelo, 2018a.
- GUANDALINI JR., Walter. *Raízes Históricas do Direito Administrativo Brasileiro*. Curitiba: Prismas, no prelo, 2018b.
- GIANQUINTO, Giovanni de Gioannis. *Corso di Diritto Pubblico Amministrativo*. Firenze: Tipografia Editrice dela Associazione, 1877.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif contenant le droit public et le droit administratif*. Paris: L. Larose & Forcel, 1900.
- HESPANHA, António M - O direito administrativo como emergência de um governo activo (c.1800-c.1910). *Revista de História das Ideias*. Vol. 26. 2005, pp 119-159.
- INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO DO RIO GRANDE DO SUL. *Homenagem a Alcides Cruz no centenário de sua morte*, 2016. Disponível em: <https://www.ihgrgs.org.br/fragmentos/Biblioteca%20-%20Homenagem%20Alcides%20Cruz.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- LAFERRIÈRE, Édouard-Louis-Julien de. *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1887.
- LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o Município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da Monarquia à Oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Alameda, 2014.

- MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del Diritto Amministrativo*. 4ª ed. Milano: Laterza, 2006.
- MASAGÃO, Mário. *Conceito do Direito Administrativo*. São Paulo: Escolas profissionais do Liceu Coração de Jesus, 1926.
- MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.
- MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELO, Thaís. Um projeto de ensino superior: a Academia de Altos Estudos do IHGB (1915-1922). In: XXVIII Simpósio Nacional de História. *Anais*. Florianópolis: ANPUH, 2015.
- MESTRE, Jean Louis. *Introduction Historique au Droit Administratif Français*. Paris: PUF, 1985.
- ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Principii di Diritto Amministrativo*. Firenze: G. Barbèra, 1891.
- OLIVEIRA SANTOS, Manoel Porfírio. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.
- PORTO CARREIRO, Carlos. *Lições de Direito Administrativo (resumo estenográfico das aulas professadas pelo Dr. Carlos Porto Carreiro na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro)*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1916.
- POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1897.
- REGO, Vicente Pereira. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império*. 2ª Ed. Recife: Tipografia Comercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860.
- REIS, Aarão. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas Villas-Boas & C, 1923.
- RENAUT, Marie-Hélène. *Histoire du Droit Administratif*. Paris: Ellipses, 2007.
- RESENDE, Maria Efigênia Lage. O processo político na Primeira República e o liberalismo oligárquico. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (orgs.). *O Brasil Republicano: o tempo do liberalismo*

excludente – da proclamação da República à Revolução de 1930. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968.

RUBINO DE OLIVEIRA, José. *Epítome de Direito Administrativo Brasileiro segundo o Programa do Curso de 1884*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884.

SCHWACZ, Lilia Moritz. População e Sociedade. In: SCHWACZ, Lilia Moritz (org.). *História do Brasil Nação: 1808-2010, vol. 3 – A Abertura para o Mundo, 1889-1930*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

SOUSA, Paulino José Soares. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

STOLLEIS, Michael. *Storia del Diritto Pubblico in Germania: pubblicistica dell'impero e scienza di polizia (1600-1800)*. Milano: Giuffrè, 2008.

TEIXEIRA, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima. *Discursos sobre o interesse público na Primeira República: análise da doutrina de Direito Administrativo entre 1889-1930*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Internacional, Curitiba, 2019.

URBANISMO BRASIL. *Aarão Reis*. Disponível em: <http://www.urbanismobr.org/bd/autores.php?id=1269>. Acesso em: 03 mar. 2020.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.

Recebido em 16 de janeiro de 2019.

Aprovado em 03 de março de 2020.

O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin?

Law as a branch of morality: detour or peak of Ronald Dworkin's theory?

Ziel Ferreira Lopes*

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

1. Introdução

A obra de Ronald Dworkin despontou no debate com os positivistas sobre as relações entre Direito e Moral. Desenvolveu-se para fazer frente às suas defesas e contra-ataques. Inicialmente, o jusfilósofo americano levantou focos de contestação à tese que separava os dois sistemas, então bem estabelecida teoricamente por Herbert Hart. Contudo, Dworkin termina com uma pretensão bem maior: mudar a própria configuração do debate, passando a visualizar o Direito como Moral. Nesse novo marco, deveriam passar a se mover até mesmo os positivistas, condenados a uma forma bem diferente de defesa de sua teoria.

Vendo agora, a visão unissistemática, apresentada em *A Raposa e o Porco-espinho*¹, pode parecer uma decorrência natural de tudo aquilo que Dworkin tinha defendido ao longo dos anos. Mas, como confessa Jeremy

* Doutor (bolsista CNPq) e Mestre (bolsista Capes/PROEX) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na linha de pesquisa em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. É integrante do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica, vinculado ao CNPq, do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos, e do Historiar! Núcleo de Estudos Hermenêutico-Constitucionais. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. E-mail: zf.lopes@hotmail.com

1 DWORKIN, 2014a, pp. 612-635.

Waldron², a tese pegou muitos de surpresa. Ademais, caso precedente, ela faria boa parte de um debate de décadas simplesmente perder seu objeto.

Por isso, é intrigante que essa tese ainda não tenha gerado maior repercussão na literatura jurídica, sobretudo no Brasil³, onde Dworkin se tornou referência fundamental nas questões mais polêmicas sobre a atuação judicial, atraindo tantos defensores quanto críticos. Ocorre que a tese do Direito como ramo da Moral é o momento decisivo em um debate de mais de 50 anos, o ataque mais radical de todos ao positivismo. Aqui Dworkin se expõe como nunca, abrindo oportunidades a seus críticos, e podendo levar até mesmo dworkinianos a hesitar em acompanhá-lo.

É preciso deixar claro quais os riscos e as vantagens que estão em jogo. Boa parte do que foi construído sobre a autonomia do Direito, sobretudo na separação entre o Direito e a moralidade pessoal do juiz perante o debate público, poderia submergir agora numa intrincada confusão acadêmica. Some-se a isso a aposta – crescente ao longo de sua obra⁴ – numa complexa objetividade moral e na capacidade dos juízes acessarem-na, para despertar em muitos juristas o medo de teorias paternalistas e que absolutizam uma moral ligada a uma determinada posição de poder.

Teria Dworkin exagerado no seu combate ao positivismo, traído seus pressupostos interpretativistas e se desviado para um novo tipo de jusnaturalismo? Na pior das hipóteses, alguém poderia ver nessa tese até mesmo a ruína do interpretativismo. Se todas as premissas que Dworkin estabeleceu ao longo dos anos levarem mesmo a essa conclusão, e se ela se mostrar uma má compreensão da relação entre Direito e Moral, a teoria de Dworkin ficaria comprometida, mesmo em suas versões anteriores. Assim, o interpretativismo morreria ao ir longe demais na sua tentativa de provar que o Direito não pode ser questão de pura convenção.

Por outro lado, a inovação radical nos termos da discussão pode desbloquear uma agenda que já tomou muito tempo e energia da comunidade

2 2013.

3 Registre-se a existência de excelentes trabalhos discutindo a tese. Contudo, o que se procura destacar aqui é que ainda não se formou uma agenda de discussão nesse sentido, mobilizando-se uma comunidade de juristas a trocar razões continuamente em torno dela. As primeiras fases da teoria dworkiniana, sobretudo a questão dos princípios, ainda são as mais discutidas. Mesmo na literatura de língua inglesa, a tese do Direito como um ramo da Moral tem chamado mais atenção na filosofia moral, deixando-se de lado suas interessantes repercussões por quem pensa a operacionalidade do Direito.

4 DWORKIN, 1996.

jurídica. A abordagem conceitual poderia ser deixada de lado, abrindo-se discussões bem mais produtivas sobre o que o Direito deveria ser e como pôr isso em prática, sob um novo marco de racionalidade.

Por isso, a grande questão que colocamos neste artigo é se a tese do Direito como um ramo da Moral é um desvio ou o ápice da teoria de Ronald Dworkin. Para respondê-la, é importante entender por que Dworkin chegou à visão unissistemática de *A Raposa e o Porco-espinho*. Depois, é preciso analisar criticamente essa tese e avaliar se ela se sustenta, sem comprometer a autonomia do Direito. Por fim, resta saber qual a nova agenda de pesquisa que ela colocaria para o debate jurídico contemporâneo.

2. O debate com o positivismo e suas “fugas”

Depois da Segunda Guerra Mundial, o pensamento jurídico entrou numa grande crise do fundamento. A questão era como enfrentar o ceticismo que se instalara, sem reincidir no seu oposto ingênuo, isto é, a defesa de fundamentos últimos e absolutos para o conhecimento. No primeiro extremo, situam-se os que consideram que direitos e deveres são meros mitos inventados pelos juristas, com os quais nem deveríamos perder tempo na busca de nossos objetivos sociais; no outro, situam-se os que pressupõem um encaadeamento perfeito de normas prontas, atemporais, estocadas em algum depósito conceitual, apenas esperando para serem descobertas (“formalismos”, “jurisprudência mecânica”, “jusnaturalismos”⁵ etc.).

O positivismo de Herbert L. A. Hart⁶ tentou fugir desse dilema, mostrando de que maneira o Direito operaria entre um e outro extremo, pela existência de regras jurídicas que já são socialmente reconhecidas. Na prática, as regras jurídicas desempenham um papel efetivo, sendo usadas pelas pessoas com um sentido compartilhado. Hart assim as sistematiza: regras primárias prescrevem algum direito/obrigação. As sociedades simples só têm regras desse tipo, cuja fonte social é a aceitação. Já sociedades complexas desenvolvem regras secundárias que validam estas regras primárias, disciplinando sua identificação, modificação e aplicação. Aqui entra a legislação criada por um Parlamento, a Constituição e etc. E aqui

5 Referidos aqui na sua acepção mais corrente, sem adentrar no sofisticado debate do jusnaturalismo contemporâneo, paralelo a essas discussões entre positivismo e interpretativismo.

6 2009 [edição original de 1962].

surge propriamente o Direito, fundamentado nesses critérios de normatividade socialmente reconhecidos. Com isso, Hart escapa também da dependência que versões anteriores do positivismo tinham da categoria do Soberano como fonte de comandos a ser obedecidos.

Contudo, estaca diante dos chamados casos difíceis, nas zonas de penumbra da linguagem, que também afetariam o direito. Onde a regra não está clara, relega-se a decisão à discricionariedade do juiz, que atuaria como se fosse um legislador intersticial. É nesse ponto em que Hart para, que Dworkin começa.

Dworkin lança seu primeiro ataque ao positivismo num artigo de 1967, intitulado originalmente *É o Direito um sistema de regras?*⁷. Aponta algumas grandes características gerais no positivismo, em suas diferentes versões: o Direito é um sistema de regras; sua validade se dá por um simples teste de origem (*pedigree*), e não de conteúdo (separando-se as regras jurídicas das morais); nos casos difíceis, em que não fica claro se o fato está ou não acobertado por uma regra, o juiz decide discricionariamente, atuando como um legislador intersticial; e, dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em alguma regra jurídica válida.

Como o título do artigo antecipa, sua crítica a Hart parte da constatação de que o Direito não é esse sistema de regras – ao menos, não nos termos que Dworkin atribui ao positivismo. Haveria padrões normativos que: não se validam por um mero teste de origem, mas se sustentam em razões substanciais; determinam a decisão judicial mesmo nos tais casos difíceis; e geram obrigações jurídicas na medida das razões que as sustentam.

Segundo Dworkin, estes padrões normativos já operam na prática jurídica. Para demonstrá-los, seu exemplo central foi o famoso caso *Riggs versus Palmer*, de 1889⁸. O chamado “caso Elmer” se refere a um processo judicial americano do final do século XIX. Elmer Palmer, juntamente com suas tias, Mrs. Riggs e Mrs. Preston, era beneficiário do testamento de seu avô, Francis Palmer. Temendo que seu avô pudesse excluí-lo do testamento, Elmer planejou e executou seu assassinato, por envenenamento. Contudo, no que se refere ao testamento, não havia previsão específica no

7 2010a, pp. 23-72. Tradução livre do título original do artigo, republicado como Modelo de Regras I (por ter escrito uma sequência), no terceiro capítulo de *Levando os direitos a sério*.

8 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1889.

direito estatutário nova-iorquino impedindo o assassino de um testador de receber o que este lhe destinara no testamento. Mesmo assim, suas tias tentaram impugná-lo judicialmente, sob argumentos de equidade, além de argumentarem que permitir que Elmer se beneficiasse do testamento seria permitir que ele se beneficiasse de seu próprio malfeito. Foram derrotadas inicialmente e apelaram.

A Corte de Apelações de Nova Iorque então se dividiu, mas desta vez as irmãs foram vitoriosas. A minoria, liderada pelo Juiz Gray, votou contrariamente ao pedido, alegando que não cabia àquela Corte alterar o testamento feito por uma pessoa depois de sua morte, quando o legislador tinha determinado as condições em que isso poderia ser legitimamente feito sem considerar essa hipótese. A maioria, liderada pelo Juiz Earl, reconheceu que pelos estatutos nova-iorquinos Elmer tinha direito de receber o que lhe fora destinado. Contudo, apelou a vários argumentos para negar-lhe esse direito. Falou-se de vários casos em que interpretações estritas levam a situações absurdas, citando desde o decálogo, até Aristóteles, Blackstone e etc. Invocaram-se precedentes sobre fraude e estelionato em testamentos, chamando atenção para o absurdo que seria se Elmer se beneficiasse juridicamente de seu crime. Por fim, apesar do reconhecimento da limitação dos estatutos, apelou-se para o conjunto do *Common Law*.

Dworkin se concentrou no fundamento da decisão que impedia alguém de se beneficiar de seu próprio malfeito, um princípio, padrão normativo que surge da interpretação do todo coerente do Direito. Eis aí uma espécie de norma diferente das regras, e que comprometeria as grandes teses positivistas. Entenda-se por regra, aqui, o tipo de norma jurídica que Dworkin acha abarcável pela teoria do direito positivista – por exemplo, que um testamento precisa de duas testemunhas para ser válido.

Uma objeção preliminar deve ser afastada: esse tipo de norma não pode ter sua existência negada por contraexemplos. No caso do princípio de que ninguém pode se beneficiar de seu próprio malfeito, um contraexemplo notório é o instituto da usucapião – alguém ocupa propriedade (mesmo sabendo ser de outrem), e termina adquirindo-a ao fazê-lo durante determinado tempo. Para o jusfilósofo, esses contraexemplos não derrubam o princípio como norma integrante de nosso sistema jurídico, pois ele não segue a lógica de regra, que necessita de uma enumeração exaustiva das hipóteses de exceção à sua validade. No caso em questão, há um padrão interpretativo inegável de que ninguém pode se beneficiar de seu próprio

malfeito, mas um rol exaustivo de suas exceções soa impossível. Seu sentido e normatividade parece vir das razões substantivas que o sustentam e que possuem um peso relativo no caso⁹.

Cabe, então, desdobrar teoricamente as diferenças entre as espécies normativas. Nas primeiras formulações dworkinianas, princípios diferiam de regras na aplicação, no modo de entrar em conflito e na validação/referência às fontes.

Regras se aplicam no “tudo-ou-nada”, enquanto um princípio apenas “enuncia uma razão que conduz um argumento em certa direção”. As primeiras se enunciam de uma maneira categórica em relação aos fatos que estipulam. Já os princípios não podem ser capturados em hipóteses prévias de aplicação ou exceção.

No conflito entre regras, ou uma revoga a outra ou se estabelece uma exceção. Já os princípios possuiriam uma dimensão de peso e, quando se cruzam, tem que se levar em consideração o peso relativo de cada um para o caso. Ao longo do desenvolvimento de sua teoria, Dworkin irá apontar duas dimensões que tem que ser simultaneamente consideradas nesse peso: ajuste institucional (*fit*) e justiça substantiva (*value*). Os princípios remetem à história institucional. Não podem ser simplesmente inventados. Mas o processo de sua reconstrução pressupõe sua justificação, uma busca por razões que assume também um sentido prospectivo.

Por fim, chegamos à questão das fontes. As regras, como até então concebidas no positivismo hartiano, extraíam suas forças da validação por uma regra secundária ou da aceitação social. Na leitura que Dworkin¹⁰ faz do positivismo, elas remetem a convenções, que poderiam ser verificadas como uma simples questão de fato (*plain fact*).

É preciso realizar uma parada aqui para refletir melhor sobre essa questão da facticidade. Vale lembrar todo o histórico que envolve a afirmação de “fatos sociais” como objeto científico. A reivindicação positivista avança nesse sentido, para dizer que tais convenções normativas podem

9 É verdade que a referência a princípios estava longe de ser algo inédito na Teoria do Direito. O próprio Dworkin reconhece que os manuais jurídicos já estavam cheios de referências a eles. Há uma longa tradição jurídica em invocá-los. A novidade de Dworkin estaria em desenvolvê-los teoricamente e utilizá-los para um ataque maior às grandes teses positivistas, numa disputa pelas próprias bases do que seria o Direito.

10 Desde seu primeiro ataque ao positivismo (2010a, pp. 23-72), consolidando-se em sua obra mais sistemática (2014b). Curiosamente, o próprio Dworkin não disputou o caráter convencional das regras até chegar na visão unissistemática (2014a, pp. 612-635).

ser objetificadas, e tratadas de modo puramente descritivo, de modo neutro e desengajado, sem avaliação do jurista. Mais do que isso: no positivismo, questiona-se a própria possibilidade de se fazer avaliações sobre o Direito com racionalidade científica, ou mesmo com qualquer reivindicação de verdade. Por isso, o papel da Teoria do Direito para os hartianos seria apenas refletir conceitualmente os jogos de linguagem que já são jogados na práxis jurídica cotidiana, explicitar sua gramática oculta, sem dizer se o resultado era bom ou mal.

Dworkin vai buscar algo mais. Nos exemplos que invoca, fica claro que os princípios se sustentam em razões substanciais que não podem ser separadas de um componente avaliativo, não podem ser tratados como simples questão de fato. Eles não existem como fatos brutos, “desinvestidos” de valor. Valem na medida dessas razões substanciais, das justificações morais que podem ser reconstruídas para sua normatividade.

Pois bem. Mesmo com tudo isso, os positivistas conseguiram se recompor e assimilar os princípios, de várias maneiras¹¹: uma ala passou a afirmar que eles influenciam a decisão judicial sem se tratar propriamente de direito, mas de fatores extra-jurídicos que adentram na prática; outros aceitam sua inclusão no Direito desde que o próprio ordenamento jurídico o tenha previsto, etc. Em alguns casos, a nova categoria normativa parece ter sido objetificada, tratada apenas como uma espécie mais complexa de convenção, sem que isso implicasse num maior comprometimento dos juristas com o conteúdo do Direito. A reação dos positivistas seria uma espécie de fuga arquimediana, subindo para um ponto de vista externo à questão, para poder falar dela sem se comprometer.

Só que Dworkin também não parou por aí. Em *Modelo de Regras II*¹² ele continua os debates desse primeiro artigo. Nesse momento, Dworkin começa a elaborar um argumento mais sistêmico sobre a conexão entre direito e moral, recusando se ater a uma disputa pontual sobre tipos de normas. Insiste que a identificação do direito não depende apenas de critérios fáticos, mas também de um certo “estado normativo de coisas”¹³ cujo acesso está ligado a juízos avaliativos. Por desenvolver essa tese, ele passa

11 Apesar das várias objeções que Dworkin já tinha antecipado contra várias dessas saídas positivistas (DWORKIN, 2010a, p. 56-72).

12 DWORKIN, 2010a, pp. 73-125.

13 DWORKIN, 2010a, p. 81.

a estudar cada vez mais o tipo de controvérsias na interpretação jurídica, que mostram o quanto o direito vai além de convenções.

A fase mais intensa de seu debate com os positivistas ainda estaria por vir. Dworkin lançaria mão de uma outra grande ofensiva para mostrar as conexões entre as normas jurídicas e seu conteúdo, trazendo os positivistas para o debate engajado. Para tanto, passa a focar na incapacidade de os positivistas darem sentido ao que ele chama de “divergências teóricas” sobre o Direito.

[...] podemos distinguir duas maneiras pelas quais advogados e juízes poderiam divergir a propósito da verdade de uma proposição jurídica. Eles poderiam estar de acordo sobre os fundamentos do direito - sobre quando a verdade ou falsidade de outras proposições mais conhecidas torna uma proposição jurídica específica verdadeira ou falsa, mas poderiam divergir por não saberem se, de fato, aqueles fundamentos foram observados em um determinado caso. Advogados e juízes podem concordar, por exemplo, que a velocidade-limite na Califórnia é de 90 quilômetros por hora se a legislação desse estado contiver uma lei nesse sentido, mas podem divergir quanto ao fato de ser este o limite de velocidade, por discordarem quanto à existência de tal lei na legislação estadual vigente. Poderíamos dar a isso o nome de divergência empírica sobre o direito. Ou eles poderiam discordar quanto aos fundamentos do direito, sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica. Podem concordar, empiricamente, quanto àquilo que os repertórios de legislação e as decisões judiciais precedentes têm a dizer sobre a indenização por danos provocados por companheiros de trabalho, mas discordar quanto àquilo que a lei das indenizações realmente é, por divergirem sobre a questão de se o corpus do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito. Poderíamos dar a isso o nome de divergência “teórica” sobre o direito¹⁴.

O argumento é complexo. Para um primeiro contato do leitor, podemos formulá-lo provisoriamente de uma maneira didática¹⁵, e acrescentarmos aos poucos as camadas de discussão que ele provoca. O ponto

14 DWORKIN, 2014b, p. 7-8.

15 Parte dessa explicação se inspira em comentários feitos por SHAPIRO, 2011, p. 282-306.

de Dworkin é: caso se adote o modelo teórico positivista, a consequência seria dizer que somente há direito quando há regras claras compartilhadas pelos juízes de maneira convencional; quando essas regras acabam e surgem zonas de penumbra, os juízes atuam como legisladores intersticiais, aplicando padrões extrajurídicos na resolução do caso. Contudo, essa visão não dá conta de aspectos importantes do fenômeno jurídico. Mesmo quando as regras claras se esgotam, os juízes não agem como se não houvesse mais direito a ser aplicado, como se cada um deles estivesse propondo uma espécie de solução legislativa para o caso, ou como se aquele fosse um momento em que cada um pudesse escolher livremente um resultado a partir de critérios extrajurídicos. Na verdade, os juízes se comportam como se ainda houvesse direito a ser aplicado, a partir de padrões normativos mais complexos, que demandam um exercício de interpretação construtiva – tentam dizer o que o direito “deve ser” a partir da melhor interpretação do que o direito “já é”¹⁶. E eles discordam entre si sobre qual é essa melhor interpretação que o direito requer. Seus desacordos são genuínos, e não um engano sobre quais são os critérios convencionais aplicáveis ao caso, ou um mero fingimento dos juízes de que estão decidindo a partir do direito, quando na verdade estão legislando no caso concreto a partir de seus poderes discricionários. Ao se limitarem a explicar o direito a partir de testes fáticos, os positivistas não conseguiriam explicar uma parte fundamental da fenomenologia das decisões judiciais: os desacordos não empíricos, sobre a melhor interpretação construtiva do direito. Negar que o direito envolve esse tipo de juízo avaliativo é negar racionalidade a uma prática fundamental, tratando os desacordos “teóricos” como *nonsense*.

A partir daí, Dworkin se volta contra aqueles que concebem o que o Direito é como algo totalmente independente do que ele *deveria ser*. Eles só poderiam dar conta de divergências empíricas no Direito. Não poderiam explicar com racionalidade uma divergência teórica genuína sobre o Direito. Ela seria uma falsa divergência teórica, motivada pelo erro empírico de algum juiz ou advogado sobre a lei ou precedente corretamente aplicável ao caso – puramente, o que é o direito, no sentido de conjunto de decisões institucionais. Ou seria uma disputa de poder pelo que eles acham que deveria ser o direito, criando-o a partir do zero (e não interpretando-o). No

16 Como bem sintetizou André Luiz Souza Coelho em palestra sobre o tema, no interpretativismo de Dworkin: “o que o direito ‘deve ser’ é aquilo que ele já ‘é’ interpretado sob a melhor luz”.

primeiro caso, tenta-se descobrir o direito; no segundo, tenta-se inventá-lo.

A versão leiga da visão do Direito como simples questão de fato seria a torcida por tribunais “conservadores” ou “progressistas”. Num caso, os juízes têm uma fidelidade cega ao que “é” o direito. No outro, uma liberdade para aperfeiçoá-lo segundo o que acham que ele deveria ser. Em nenhum dos casos há engajamento numa prática interpretativa-argumentativa genuína sobre a norma. Com liberdade, poderíamos dizer: ou o direito já está posto e os atores jurídicos não o perceberam, ou vai ser posto agora por eles. Basta que alguém descubra ou invente a convenção.

O positivismo seria apenas uma versão acadêmica mais sofisticada dessa mesma visão do direito como simples questão de fato. Como vimos, na caracterização que Dworkin faz do positivismo, não se vai muito além de uma justaposição dessas fidelidades ao direito nos casos fáceis (sistema de regras) com zonas de discricionariedade judicial, nos casos difíceis. Não existe uma conexão interpretativa operando continuamente em todos os casos. Assim, não se diverge sobre os fundamentos (*grounds*) do próprio direito, sobre a melhor interpretação que eles exigem no caso concreto, buscando a resposta correta.

Contudo, chama atenção que, na prática jurídica, os juízes costumam apresentar a fundamentação das suas decisões como leitura sob a melhor luz do que o Direito já é, não como uma invenção sua, ou como uma convenção de uma sociedade antiga que não nos diz respeito, mas que continuamos arbitrariamente aplicando hoje. A dificuldade de dar racionalidade a essa prática em curso é um problema para o positivismo. O caso Elmer seria um exemplo bastante representativo. Para o jusfilósofo, foi este tipo de divergência que dividiu os juízes da corte nova-iorquina¹⁷.

O interpretativismo proposto por Dworkin mostra que, apesar de não compartilharmos critérios convencionalmente prontos sobre o Direito (como queriam os positivistas), compartilhamos *conceitos essencialmente contestados* que tentamos interpretar da melhor maneira. E esse componente avaliativo faz parte da norma, que nunca é moralmente neutra.

Diante de um conceito interpretativo (como justiça), estamos imediatamente convocados a justificá-lo, a atribuir-lhe um propósito e nos engajarmos nele para disputar que interpretação o colocaria sob a melhor luz. Nesse ponto, veja-se como os conceitos com que os juristas trabalham dife-

17 DWORKIN, 2014b, p. 25.

rem de conceitos naturais. Por exemplo: se um grupo de cientistas se reúne em uma sala para discutir o que é um tigre, buscarão discutir sua estrutura física, sua morfologia, DNA etc. Não se coloca a questão do propósito nem a busca de um tigre¹⁸ “sob sua melhor luz”. Num outro exemplo sobre diferentes tipos de desacordo, discutir o julgamento de um crime é diferente de discutir se um amontoado de papel é um livro, uma brochura ou um folheto, este sim um problema moralmente neutro, resolvido a partir de critérios convencionais¹⁹.

Podemos dizer que os antigos positivistas tratavam os conceitos jurídicos como conceitos naturais, cujos critérios de uso estariam fundamentados em fatos empíricos – numa espécie de fiscalismo jurídico²⁰. Já os positivistas mais sofisticados parecem tratar os conceitos jurídicos como se eles fossem baseados em critérios convencionais, cujo compartilhamento os permitiria identificar se uma norma é ou não jurídica. Já para Dworkin os conceitos jurídicos são conceitos interpretativos: a identificação de uma norma jurídica exigiria um exercício de interpretação construtiva, analisando-se o material jurídico básico, reconstruindo os princípios que o justificam e, a partir daí, buscando a resposta correta que mais os promovesse.

Por isso, seria equivocada uma teoria que buscasse oferecer um conceito de Direito sem reconhecer essa dinâmica de contínuo apelo a conteúdos morais na identificação das normas. De certa forma, os positivistas estariam naturalizando o que alguém um dia achou ser o Direito, transformando-o numa convenção morta e empalhada.

Apesar de reconhecerem o potencial desse ataque, os positivistas tentaram se esquivar dele com uma nova fuga arquimediana. Por todos, veja-se Scott Shapiro²¹, para quem “desacordos teóricos seriam simplesmente um produto das disputas sobre quais os propósitos são de fato os objetivos do sistema ou sobre qual metodologia melhor harmoniza com aqueles objetivos”. Sendo assim, tais desacordos explicam-se por ideologias dos *designers* do sistema jurídico, com recurso a fatos sociais; não se justificam por razões substantivas. Dito de outro modo: é possível explicar as diver-

18 DWORKIN, 2010b, p. 16.

19 A classificação de conceitos é mais bem explicada em: DWORKIN, 2014a, pp. 239-290.

20 MICHELON JÚNIOR, 2004, pp. 114-138.

21 2007, p. 43, tradução livre. No original: “*Theoretical disagreements would simply be a product of disputes over which purposes are in fact the objectives of the system or about which methodology best harmonizes with those objectives*”.

gências entre os atores jurídicos como ideologias entrando em choque, sem que o jurista precise reconhecer que aquela prática social só faz sentido se pressupusermos uma racionalidade jurídica sobre a interpretação da lei, muito menos a busca de uma resposta correta. Mais uma vez, os positivistas contornaram as tentativas de Dworkin atraí-los para um plano de discussão sobre o conteúdo do direito.

Vendo desta maneira a evolução do debate, é compreensível a irritação de Dworkin com os rumos que os novos positivismos tomaram, e sua tentativa de achar um agendamento mais produtivo, que forçasse os positivistas a discutirem conteúdo e lhes impedisse uma nova fuga arqui-mediana. Ele já tateia essa ideia em *Justiça de Toga*²², ao falar que talvez devêssemos ver o Direito como um ramo da Moral. Mas é em *A Raposa e o Porco-espinho* que a desenvolverá plenamente, numa grande integração de sua teoria, amarrando seus aspectos ético, moral, político e jurídico sob a tese da unidade do valor.

3. A tese final de Dworkin: Direito como um ramo da Moral

Para Dworkin, não precisamos discutir o que torna proposições morais verdadeiras ou não, em termos de uma causa profunda ou de algo “lá fora” que as legitime. Não só no Direito, mas na vida como um todo, já operamos com verdades valorativas. Torturar bebês por diversão é errado, por exemplo. E podemos descobrir mais sobre o que é certo e errado coerindo nossos demais valores, partindo das convicções que possuímos. Aliás, não fazê-lo seria irresponsabilidade, um pluralismo valorativo preguiçoso. Esse é o ponto mais alto a que Dworkin eleva sua tese/abordagem integracionista, culminando na unidade do valor em *A raposa e o porco-espinho*²³.

22 DWORKIN, 2010b, p. 51.

23 Sobre a metáfora do título, o autor explica: “Este livro defende uma tese filosófica ampla e antiga: a unidade do valor. Não é um apelo em favor dos direitos dos animais nem pela punição de administradores financeiros gananciosos. Seu título se refere a um verso de Arquíloco, antigo poeta grego, que Isaiah Berlin tornou famoso entre nós. A raposa sabe muitas coisas; o porco-espinho sabe uma só, mas muito importante. O valor é uma coisa muito importante. As verdades do bem viver, do ser bom e de tudo o que há de maravilhoso não apenas são coerentes entre si como também se reforçam mutuamente: o que pensamos sobre cada uma dessas coisas tem que resistir, no fim, a qualquer argumento referente às demais que nos pareça convincente. Vou tentar ilustrar pelo menos a unidade dos valores éticos, e morais: apresento uma teoria do bem viver e do que precisamos fazer para as outras pessoas e do que não podemos fazer com elas se quisermos viver bem.” (2014a, p. 3).

[...] Pretendo submeter cada uma das concepções políticas por mim descritas ao teste da convicção. Não me baseio no pressuposto de que uma teoria é sólida simplesmente porque se harmoniza com outras teorias que também achamos convincentes. Tenho a esperança de desenvolver concepções integradas que pareçam todas corretas em si mesmas, pelo menos depois de alguma reflexão. Proponho, entretanto, uma tese independente e muito forte. Ao longo de todo o livro, defendo a ideia de que, na moral política, a integração é uma condição necessária de verdade. Não é possível sustentar concepções definitivamente persuasivas dos diversos valores políticos a menos que essas concepções de fato se encaixem entre si. Quem ganha fácil demais é a raposa: é sua vitória aparente, hoje tão celebrada, que é oca²⁴.

A coerência de nossas convicções aparece aqui como aquilo que possibilita a cognoscibilidade, a veracidade e a demonstrabilidade no campo dos valores. O modelo coerentista seria mais consistente do que as alternativas, como o fundacionalismo, que deriva todo um sistema moral a partir de crenças básicas tomadas como axiomas, ou o relativismo, que diminui o caráter racional e universalizável dos juízos morais.

Chegando ao Capítulo 19, dedicado ao Direito, Dworkin decide revisar seu debate com os positivistas a partir dessa grande tese. Ocorre-lhe, então, que o Direito não poderia ser “um sistema rival de regras que podem conflitar com a moral”²⁵.

Com efeito, seus primeiros ataques davam uma impressão de que, de alguma maneira, havia um espaço de mera convencionalidade no Direito que era perturbado pelos princípios. Isso seria meio-positivismo. Como ele mesmo diz, a “falha fatal” de todos (inclusive dele) foi pressupor que Direito e Moral constituem sistemas normativos separados, porque aí “já não há nenhum ponto de vista neutro a partir do qual o vínculo entre esses dois sistemas supostamente separados possam ser avaliado”²⁶. A recusa a esse ponto de vista neutro, arquimediano, nos leva a ver que o Direito já está, desde sempre, incrustado na Moral.

A nova compreensão de Dworkin aloja o Direito dentro da Moral, como um ramo especial dela. Nada no Direito é deixado à convenção, pois

24 DWORKIN, 2014a, p. 12.

25 DWORKIN, 2014a, p. 19.

26 DWORKIN, 2014a, p. 616.

não há norma valorativamente neutra. É importante esclarecer que a Moral aparece aqui num sentido bem mais amplo do que o comum. O termo pretende destacar toda a esfera do “dever-ser”, para além dos conhecimentos estritamente empíricos. Desse modo, a moral seria o sistema normativo mais amplo, abarcando (numa estrutura de árvore) o direito, a política, a ética e até a estética. Dworkin também não trata a moral como algo pessoal ou idiossincrático, mas ligada a uma intersubjetividade sobre o certo/errado, bom/mau, justo/injusto.

Mas qual a especificidade que o Direito mantém com relação à Moral, nesse novo arranjo? O centro dessa resposta é o grau de institucionalização que revestirá suas normas. As normas puramente morais não são dotadas de coerção oficial. Numa sociedade complexa há meios institucionalizados para a criação do Direito. Os direitos legislativos são normas que tratam de garantir esse poder legiferante da comunidade. Já os direitos jurídicos são aqueles imediatamente exigíveis por seus titulares nas instituições judiciais. É importante reparar que essa institucionalização não dilui o conteúdo moral do Direito. Ela própria tem um valor, que é visível em todo o histórico de lutas para construção das democracias contemporâneas.

Essa visão unissistemática faz sentido, ao evitar os conflitos entre Direito e Justiça:

[...] Devemos, portanto, nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido²⁷.

Contudo, teria Dworkin ido longe demais na sua empreitada, comprometendo o Direito com uma espécie de nova teologia? Para Alexandre Araújo Costa²⁸, Dworkin “não apresenta propriamente uma filosofia moral, mas uma teologia moral, ou seja, uma dogmática que esclarece as exigências que nos são impostas pela virtude moral pressuposta pelo autor”. Tais virtudes absolutizadas seriam as de matriz liberal norte-americana, lugar de fala em que Dworkin se insere.

27 DWORKIN, 2014a, p. 635.

28 2014, p. 204.

Essa crítica é extremamente relevante e merece reflexão. Diante dela, devemos perguntar: como manter o controle público sobre esses fundamentos morais do Direito, evitando o risco de dogmatismo e de um paternalismo dos juízes, como agentes morais privilegiados para asserir tais verdades?

Com efeito, há momentos do livro em que a defesa dworkiniana da objetividade moral “independente da mente” parece se desviar para um tipo de realismo pesado. Ele nega, zomba daqueles que tratam a objetividade da moral como adequação das normas a espécies de partículas morais (*mórons*), mas não oferece uma explicação mais precisa de sua posição.

Talvez a dificuldade de delinear uma posição se deva às gavetas filosóficas que se formaram sobre o tema, como ele mesmo adverte no início do livro²⁹. Dworkin não é um subjetivista, nem um realista moral, e sua posição termina não sendo bem acomodada pelas grandes classificações metaéticas³⁰. O que é importante reter é que já realizamos juízos valorativos no dia a dia, orientamos nossa vida por eles, e a veracidade nas práticas valorativas não é algo à livre disposição dos agentes morais – chame-se isso como quiser. Já operamos com elas e devemos tirar consequências disso, assumindo uma atitude responsável. Se isso é dogmatismo, qualquer alternativa o será bem mais: o cético será totalmente dogmático em sua irresponsabilidade moral, ao negar racionalidade a seus juízos morais. Ao invés disso, Dworkin desafia o cético a abandonar a busca por um fundamento “lá fora”, assumir que já fazemos juízos morais continuamente, que eles são passíveis de justificação e controle intersubjetivo, e, assim, decidir de modo responsável o que fazer.

Para não depender desses fundamentos transcendentais, Dworkin trabalha com um método (coerentista) que parte de nossas convicções e práticas efetivas para inferir princípios mais abstratos que as justificam de maneira integrada³¹. Com isso, postula alguns princípios gerais da mora-

29 DWORKIN, 2014a, p. 20.

30 A metaética é uma disciplina da filosofia que estuda os pressupostos da ética normativa. Enquanto esta última discute o que é bom/mau, justo/injusto, certo/errado, a metaética discute as condições de cognoscibilidade, veracidade e demonstrabilidade do conhecimento no campo valorativo.

31 Esse método na sua epistemologia moral já é antecipado na sua teoria do direito, quando fala numa “ascensão justificadora”. DWORKIN, 2010b, pp. 77-82. Aqui Dworkin se refere à eventual necessidade de um juiz deixar o entorno imediato de fontes jurídicas relacionadas a um caso, e partir para uma interpretação mais abrangente, em busca de princípios justificatórios da própria área jurídica analisada e suas áreas correlatas.

lidade, como “igual consideração” e “responsabilidade pessoal”. Sob perspectiva mais cética, sua argumentação para chegar até estes princípios daria passos muito largos, com os quais muitos poderiam discordar. E aí poderia estar presente o problema do dogmatismo, ou de se impor a todos princípios que são caros apenas a uma determinada tradição. Mas, há de se convir, trata-se de princípios difíceis de recusar justificadamente, sendo sustentados pelos testes de convicção e coerência. Ademais, é procedimento corrente entre Filósofos do Direito, Moral e Política elaborar teorias normativas com essa mesma generalidade a partir de condições que defendem já operar na prática – por sinal, até mesmo autores que inspiraram várias críticas a Dworkin elaboram os grandes princípios de suas teorias de uma maneira semelhante³². Arthur Maria Ferreira Neto³³ chama de “recognitivo” este projeto (meta)ético que parte de uma descrição das práticas efetivas para elaborar princípios normativos sobre o que ela deveria ser. Trata-se de um lugar teórico limítrofe, frequentemente visto como muito dogmático pelos os filósofos e muito especulativo pelos juristas.

Mas, o mais importante de tudo é que: se no resto do livro temos dúvidas, o capítulo 19 reassegura que Dworkin não abandonou seu chão fenomenológico, não o absolutizou, pelo menos não no Direito:

[...] Não há nada de misterioso ou de metafísico nessa maneira de inserir o direito na nossa estrutura: ela não pressupõe nenhuma força emergente, nem tampouco – e isto é crucial – nega a tipicidade acerca do que é o direito e do que ele deve ser³⁴.

Para ilustrar sua posição, ele dá o exemplo de uma briga familiar, em que um pai tem que “julgar” uma disputa entre dois filhos. Para tanto, ele não poderia julgar com justiça a partir do nada, ou ignorando todas as decisões que já tomou com relação aos filhos. Deverá seguir princípios estruturadores que criam a “moral característica da família”. Assim, “[sua decisão] será injusta a menos que uma interpretação nova e melhor dos mesmos princípios mostre porque ela não é injusta”³⁵. Mesmo num caso

32 Por exemplo: HABERMAS, 1997.

33 2015.

34 DWORKIN, 2014a, p. 623.

35 DWORKIN, 2014a, p. 626.

eminentemente moral, Dworkin continua mostrando a importância de se identificar as práticas sociais já existentes e justificá-las numa rede integrada de valores, de modo a fazer dessas práticas o melhor que puderem ser de acordo com o propósito que se lhes atribui. Em um caso jurídico, soma-se aos critérios de decisão todo um filtro institucional, que exige um ajuste às normas democraticamente produzidas.

Veja-se que essas duas etapas, de identificação e justificação, são passíveis de controle público, que as práticas sociais já existentes aliviam os riscos de um direito “encontrado no céu, em tabuinhas transcendentais”³⁶, mas não se absolutizam numa teologia moral. Funcionam como uma base de conservação de direitos (pois é preciso começar por algum lugar) e como alavanca de transformações, na medida em que cada prática é revista à luz do todo.

Aqui não há uma determinação historicista, como em determinado momento acusa Araújo Costa³⁷, mas certamente há uma circularidade em que valores são renovados a partir de outros valores, como Dworkin reconhece³⁸, numa herança gadameriana tal que a crítica à tradição é levantada a partir de elementos da própria tradição³⁹.

4. Uma nova agenda para o debate jurídico

Durante muito tempo, o debate entre positivistas e interpretativistas colocou a questão metodológica no centro das preocupações da Teoria e Filosofia do Direito⁴⁰. A própria divisão das disciplinas vem se sustentando nessa questão⁴¹. Agora, com o novo quadro sugerido por Dworkin, com o Direito como um ramo da Moral, ficaria inviável uma nova fuga positivista do tipo “estou apenas descrevendo como é o Direito, sem me comprometer com seu conteúdo”. Mais do que nunca, ganha força a objeção de Dworkin de

36 DWORKIN, 2014a, p. 7.

37 2014, p. 207.

38 Cita Gadamer em: DWORKIN, 2014b, p. 75. Enfatizando essas conexões: STRECK, 2013; MOTTA, 2012.

39 GADAMER, 2012.

40 MACEDO JÚNIOR, 2013.

41 No cenário jurídico de língua inglesa: entre *Legal Theory* e *Jurisprudence* (falando-se, por vezes, em *Applied Legal Philosophy*).

que só descrever já é prescrever alguma coisa (o *status quo*) por omissão⁴².

Isso põe fim à velha agenda metodológica⁴³, em que se debatiam as condições científicas de descrição e/ou prescrição no Direito, e nos leva a um reagendamento moral-político da pesquisa jurídica.

Ainda haveria espaço para um positivismo mais estreito, que não nega de maneira geral o papel que a Moral desempenha no Direito. Ele reconheceria esse papel, e desceria para o debate normativo, sobre a melhor maneira de realizar o Direito. Poderia defender que uma sociedade seria mais democrática se as interpretações do Direito se ativessem a uma espécie de novo textualismo, ou à intenção documentada dos legisladores eleitos, ou à coerência formal com decisões passadas, porque isso seria melhor do que confiar na sensibilidade moral dos juízes. Com efeito, a defesa de um textualismo sob tais justificativas é o que propõe o positivismo normativo de Jeremy Waldron⁴⁴, que, não por acaso, celebra a tese do Direito como ramo da Moral.

Claro, Dworkin ainda seguiria sustentando seu interpretativismo, sem abrir mão de uma interpretação mais profunda, da superação da intenção do autor em matéria de interpretação, e do valor (moral e epistêmico) do tribunal como *fórum de princípios*. Contudo, já admite que, ao se colocar o positivismo de uma maneira normativa e engajada, a discussão jurídica ficaria mais relevante e interessante.

Em todo caso, a indagação sobre se os juízes agem ou não com paternalismo moral é uma questão moral sobre o valor dos critérios de decisão judicial ou legislativa, evidenciando o novo enquadramento em que se coloca o debate jurídico, menos conceitual e mais propositivo. Essa constatação reconecta a Filosofia do Direito com os desenhos institucionais, como o debate sobre Jurisdição Constitucional, criando um espaço intermediário ao que antes era entregue à polarização entre convencionalismo e pragmatismo (ou pior: entre conservadorismo e progressismo).

Dito de outro modo: a Teoria passa a ter algo a dizer sobre como devem ser nossas instituições, assumindo a troca de argumentos racionais

42 DWORKIN, 2010b, p. 233.

43 A reflexão sobre o agendamento do debate jurídico por Dworkin é feita por MACEDO JÚNIOR, 2013, tendo em vista os primeiros rounds de seu debate com os positivistas (pp. 17-50 e 157-196). Aqui, tento especular que nova agenda surgiria depois de *A raposa e o porco-espinho* (2014a).

44 2013.

sobre o que é justo à luz da nossa Constituição, ao invés de recuar para meras descrições das convenções, ou ao avançar para um atropelamento do Direito por prescrições consequencialistas sobre o que seria melhor a cada momento – segundo critérios pretensamente neutros como “eficiência”, mas que, inegavelmente, trazem consigo uma teoria moral. Com isso, admitir um reagendamento do debate jurídico a partir dessa tese abre aplicações interessantes para a Teoria do Direito.

5. Conclusão

Buscamos oferecer aqui uma interpretação de porque Dworkin chegou à tese do Direito como um ramo da Moral, não só pelas justificativas que ele deu explicitamente, mas considerando toda sua teoria e também o que seus comentadores disseram a respeito.

O interpretativismo começa por uma categoria normativa negligenciada, os princípios, sobe para disputar o próprio conceito de Direito, especialmente o tipo de controvérsia que o Direito envolve, chegando então a rever o arranjo de todas as disciplinas normativas (Ética, Moral, Direito, Política...). Numa ilustração didática, podemos dizer que Dworkin tentou arrombar a fortaleza positivista que separava o Direito da Moral, primeiro pela porta, depois pelo muro, para, enfim, declarar que nunca houve muro.

Como vimos, o positivismo de Hart surge para enfrentar o ceticismo, trazendo os céticos para o mundo, para as práticas efetivas, os sentidos normativos que já reconhecemos socialmente. Para muitos, o que Dworkin fez foi aprofundar esse movimento hartiano⁴⁵, levando a sério essas práticas efetivamente existentes e o investimento de sentido que fazemos nelas. Assim, o movimento dworkiniano revelou a dimensão moral do raciocínio jurídico. A resposta dos positivistas foi, por várias vezes, recuar para um ponto de vista desengajado, e conseguiram fazê-lo com segurança até aqui. Contudo, esta última ofensiva de Dworkin foi a mais radical de todas e não deixa espaço visível para novas fugas arquimedianas. O Direito está lançado nas práticas valorativas sociais, incrustado na moralidade. Sua própria institucionalização, os procedimentos que o diferenciam das normas morais em geral, tem em si um valor substantivo.

Se há dúvidas filosóficas quanto à grande unificação das disciplinas

45 MACEDO JÚNIOR, 2013.p. 280.

normativas, em especial quanto aos princípios unificadores que Dworkin rapidamente estabelece, sua incursão no Direito parece consistente. Mantendo o chão fenomenológico da identificação das práticas sociais e da sua integração numa rede de valores, corrige-se um antigo enquadramento em que o Direito ficava sendo um sistema de regras que conflitavam com a Moral.

O Direito seria um ramo da moralidade, que mantém sua autonomia pela institucionalização das normas jurídicas nas sociedades complexas. Assim, a produção das leis, a identificação dos materiais jurídicos básicos e sua melhor interpretação, de acordo com o propósito que se lhes atribui, são todos processos abertos ao controle público, favorecendo a responsabilidade social e pessoal dos agentes morais. Afinal, numa evolução coerente de seu interpretativismo, marcando seu verdadeiro seu ápice, Dworkin não parece deixar saídas para os positivistas a não ser a via do positivismo normativo. Longe de se tratar de um desvio, a tese do direito como um ramo da moral seria o corolário do interpretativismo.

Referências

- ARAÚJO COSTA, Alexandre. Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 198-219, jan. 2014.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF, 2014a.
- DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. *Philosophy & Public Affairs*, [S.l.], vol. 25, n. 2, p. 87-139, primavera 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações de Nova Iorque. *Riggs vs Palmer*. Nova Iorque, Corte de Apelações de Nova Iorque, out. 1889. Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 30 dez. 2018.

- FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Metaética e a Fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I e II. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sete- Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MICHELON JÚNIOR, Cláudio. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed. *U of Michigan Public Law*, working paper n. 77, mar. 2007. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>
- SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- WALDRON, Jeremy. Jurisprudence for Hedgehogs. *NYU School of Law, Public Law Research Paper* n. 13-45, jul. 2013. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2290309>.

Recebido em 31 de dezembro de 2018.

Aprovado em 02 de outubro de 2020.

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de agosto a dezembro de 2020 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Aluno: Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida Santos
(Doutorado)

Título do Trabalho: Violando regras: uma investigação experimental do conceito de regra

Data da defesa: 04/12/2020

Banca: Noel Struchiner (Orientador), Ivar Allan Rodriguez Hannikainen, Fabio Carvalho Leite, Fábio Perin Shecaira, Joshua Knobe e Walter Sinnott-Armstrong

Resumo: Compreender regras é central para entender o direito. Porém, várias questões envolvendo o conceito de regra permanecem disputadas. Uma delas esteve no centro de um debate importante na filosofia do direito do século XX. Será que regras são fundamentalmente uma função de seus textos, como pensava HLA Hart? Ou será que os objetivos morais perseguidos por regras estão embutidos no próprio conceito – uma posição assumida por Lon Fuller? Apesar de muitas décadas de debate contínuo, as duas posições ainda encontram defensores e detratores. Nessa tese, argumento que isso é em parte o resultado de um conflito entre os apelos à intuições que embasam cada posição. Hart e Fuller invocaram experimentos mentais que elicitaram intuições conflitantes em cada um deles. A ideia de que essas reações aos experimentos mentais seriam compartilhadas por uma população alvo está implícita no apelo que cada autor faz. Em outras palavras, os autores apostam que membros da população alvo têm certas crenças e atitudes. Porém, não há nenhuma evidência a respeito do sucesso dessas apostas. A filosofia experimental oferece as ferramentas necessárias para enfrentar essa falta de evidência. Ao precisar exatamente quais afirmações empíricas subjazem o debate filosófico, é possível conduzir experimentos que testam o sucesso desses apelos. Nessa tese, eu aplico essas ferramentas para tentar resolver o empasse entre Hart e Fuller sobre os papéis de texto e propósito no conceito de regra. Após reformular o debate como dois pares de teses conflitantes que fazem previsões empíricas, eu reviso artigos experimentais recentes que investigam as intuições de juristas e leigos a respeito de regras. Esses estudos envolveram milhares de participantes em diversos países e trazem implicações importantes para a análise do conceito de re-

gra. Eles mostram que texto e propósito são prevalentes sob circunstâncias diferentes. Além disso, eles revelam diferenças importantes entre as intuições de juristas (que são mais textualistas) e leigos (que usam propósitos de forma mais frequente). Essas diferenças também se manifestam na variação das intuições entre pessoas de culturas diferentes. Leigos de culturas diferentes apresentam diferenças em seus julgamentos a respeito de regras, enquanto juristas do mundo inteiro convergem. Os resultados também sugerem perguntas de pesquisa inteiramente novas para a teoria geral do direito a respeito da natureza precisa dos propósitos e sobre as diferenças interpessoais em estilo de tomada de decisão. Eu avalio a forma como cada um desses achados se relaciona com os temas mais amplos que dividem Hart e Fuller (como o debate a respeito das conexões entre direito e moral), assim como as limitações da evidência existente. Finalmente, argumento que o modelo da filosofia experimental do direito pode ser aplicado de forma frutífera a outros debates longevos em teoria do direito.

Aluno: Guilherme Madeira Martins (Doutorado)

Título do Trabalho: Ruído total: analogia e interpretação extensiva

Data da defesa: 21/12/2020

Banca: Noel Struchiner (Orientador), Adrian Sgarbi, Lucas Miotto Lopes, Sergio Nojiri e Fernando Galvão de Andréa Ferreira

Resumo: A presente tese é primordialmente um trabalho de teoria do direito cujo objeto de pesquisa é a relação entre duas estratégias que o jurista pode utilizar para solucionar problemas de ausência e/ou insuficiência normativa: a analogia e a interpretação extensiva. A doutrina brasileira é unânime ao compreender que, apesar da proximidade, a analogia e a interpretação extensiva são estratégias distintas. O objetivo da presente tese é questionar essa unanimidade; para tanto, busca aprofundar o estudo dessas estratégias e investigar a relação existente entre elas. Apesar da diferença conceitual existente e da distinção presente no âmbito do direito penal – que admite a utilização da interpretação extensiva, mas não a analogia (exceto para benefício do réu) –, a linha limítrofe que demarca o âmbito

de aplicação de ambas é fluída e de difícil aplicação prática. Os estudos sobre essas estratégias acabam priorizando as diferenças, negligenciando a proximidade existente entre elas. A hipótese da tese: a chave para a compreensão da relação entre analogia e interpretação extensiva reside naquilo que elas têm em comum. Essa proximidade é evidenciada com o apoio das recentes descobertas no campo das ciências cognitivas, em especial nos estudos sobre o raciocínio analógico.

Aluno: Hamilton Gonçalves Ferraz (Doutorado)

Título do Trabalho: Diferença, exclusão e neutralização: Uma investigação crítica da inimputabilidade etária e por sofrimento psíquico no Direito Penal Brasileiro

Data da defesa: 22/09/2020

Banca: Joao Ricardo Wanderley Dornelles (Orientador), Davi de Paiva Costa Tangerino, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, Mariana de Assis Brasil e Weigert, Salo de Carvalho e Patricia Mothé Glioche Béze

Resumo: A presente tese tem por objetivo analisar como o direito penal brasileiro, enquanto discurso, contribui para legitimar as formas peculiares de operacionalidade violenta do sistema penal sobre adolescentes e portadores de sofrimento psíquico autores de infrações penais. Imbricados a esse problema empírico estão os problemas normativos e dogmáticos das inconsistências e fragilidades da imputabilidade e da sua negativa, razão pela qual a tese também busca verificar se é possível repensar a teoria do delito em função da garantia de direitos humanos e fundamentais desses sujeitos; e, em caso positivo, em que termos. Os referenciais teóricos adotados são o realismo jurídico-penal marginal, o funcionalismo teleológico-redutor, a antipsiquiatria e os movimentos de reforma psiquiátrica em geral, e a criminologia crítica latino-americana. Assim, primeiro, investiga-se o desenvolvimento histórico das construções discursivas da inimputabilidade por idade e por sofrimento psíquico no Brasil, bem como da edificação dos seus respectivos sistemas tutelares de medidas correccionais

e terapêuticas desde o Império até os dias atuais. Na sequência, analisam-se as principais alternativas e inovações formuladas na teoria do delito, em especial, no âmbito da imputabilidade. Ao final, conclui-se pela defesa da imputabilidade enquanto elemento autônomo da estrutura analítica do delito, dotada de fundamentos materiais, conceituação e posição sistemática próprias, o que implica em alterações na teoria do delito e no sistema de penas e medidas.

Aluno: Rafael Felgueiras Rolo (Doutorado)

Título do Trabalho: Mídia digital e geopolítica da nuvem: Soberania em meio às virtualidades da computação moderna

Data da defesa: 01/09/2020

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (Orientadora), Mauricio de Albuquerque Rocha, Florian Fabian Hoffmann, Caitlin Sampaio Mulholland, Rodrigo Guimarães Nunes, Ernani Pinheiro Chaves e Sergio Vieira Branco Júnior

Resumo: A presente tese problematiza o papel da mídia digital na (con) formação da geopolítica contemporânea, em especial sobre os conceitos de soberania e emancipação. Entendida como estrutura nômica, a mídia digital opera na condição de agente de repartição do espaço e regulação dos fluxos de forças, matéria, forma e informação. Computação e Internet são responsáveis pelo desenho e conformação tanto do espaço físico da terra, como do espaço virtual da rede, a chamada “nuvem”. Um materialismo radical opera entre a desintegração do analógico no digital, passando pela axiomática maquínica dos protocolos, até chegar à sobrecodificação semântica da plataforma, na qual o denominado “nomos da nuvem” toma sua forma mais aparente. Esse nomos desenha uma geometria não-euclidiana (fractal), desafiadora da lógica causal e é pressuposto das novas dimensões de World-design. Nele, o arquivo deixa de simplesmente funcionar como mera representação do mundo, pois o próprio mundo se torna arquivo-Mundo. Os níveis ontológico e epistemológico passam a ser condicionados pela dimensão política. A mídia digital tece um diagrama que estabelece novos regimes de visibilidade (interface, expressão) e de

enunciação (endereçamento, conteúdo), perante o qual, para ser ou saber no âmbito da Computação em geral e da Internet em especial, é exigida a submissão às idiosincrasias do a priori técnico-tecnológico à disposição. Um novo agenciamento de corpos e de signos é implicado. A nova mídia desintegra as fronteiras subjetivas e objetivas associadas à soberania, concebida tradicionalmente como um atributo do Estado-nação, instituindo outra topologia/topografia de corpos e agências em seu lugar. Com a nova era midiática, portanto, tanto o território se desdobra em uma dimensão hiperbólica, com a possível sobreposição de diversas soberanias sobre uma específica transmissão ou circuito, como o substrato sobre o qual o poder pode exercer e ser exercido deixa de ser “humano” e, ademais, deixa de pressupor uma “subjetividade” para ser exercido de facto. Coloca-se o problema a respeito de como definir uma tal condição soberana no contexto da nova era midiática e da derrocada do modelo “westfaliano” de Estado-nação. Aliado à questão relativa à soberania, questiona-se como estabelecer a (dia)gramática das lutas emancipatórias nesse contexto. A partir do anúncio de eventos recentes, propõe-se que a nova era midiática é fincada sobre duas passagens, quais sejam, a passagem do analógico para o digital e a passagem do a-significante dos bits para a semântica dos regimes de interface e endereçamento. Essas duas passagens se consomem no conceito de plataforma, entendida como diagrama rígido no qual uma assimetria bem característica é estabelecida entre sistema e usuário. Segundo essa relação assimétrica, o usuário não pode acessar o arkanum do código-fonte, ou melhor, as entranhas do sistema são protegidas da ação de um usuário qualquer. Com o reconhecimento dessa relação, é propriamente possível a análise dos conceitos de soberania e emancipação. Enquanto a soberana é entendida a priori como a condição daquele (humano ou não) capaz de agenciar as potências do código fonte em uma determinada relação com o sistema, a emancipação no âmbito da atual era midiática perpassa necessariamente por uma reivindicação dessa soberania.

Aluno: Victor Freitas Lopes Nunes (Doutorado)

Título do Trabalho: Democracia e formas de governo em Espinosa e Maquiavel: outra perspectiva sobre a Modernidade

Data da defesa: 29/10/2020.

Banca: Francisco de Guimaraens (Orientador), Adriano Pilatti, Renato de Andrade Lessa, Thais Florencio de Aguiar e Alexandre Pinto Mendes

Resumo: Democracia formas de governo em Espinosa e Maquiavel: outra perspectiva sobre a Modernidade” analisa os meios através dos quais a tradição espinosano-maquiaveliana, uma alternativa a outras vertentes teóricas da Modernidade, compreende os fundamentos jurídico-constitucionais que sustentam as formas de governo e, particularmente, a democracia, bem como suas estratégias de conservação. Pretende-se responder ao seguinte questionamento: em que medida esta tradição oferece alternativas para a compreensão dos alicerces das formas de governo e, em particular, da democracia, de modo permitir o entendimento dos meios necessários à conservação daqueles princípios constitucionais que sustentam o Estado de Direito? Acredita-se, como hipótese, que a duração de uma forma de governo instituída exige a incorporação da dinâmica conflitiva dos afetos às estruturas que promovem a gestão dos assuntos comuns do Estado, o que permitiria a canalização da potência constituinte e, conseqüentemente, ofereceria meios para o aperfeiçoamento da própria forma de governo. Este estudo alinha-se à vertente das pesquisas de caráter eminentemente compreensivo, uma vez que se volta a um exame qualitativo dos conceitos traçados a partir da teoria crítica da fortuna. Ante a variação das circunstâncias, a conservação da dinâmica afetiva de um governo democrático requer um retorno aos princípios para promover a reintrodução do desejo de liberdade, uma vez que a república deve estar aberta à participação e livre de meios que concentrem as decisões a gestão dos assuntos comuns do Estado, mantendo-as sempre abertas as discussões, bem como os próprios canais de decisão à população.

Resumos/*Abstracts*

Portella, André e Souza, Bruno Calil Nascimento. A nova ofensiva ao sistema previdenciário brasileiro: um paralelo com o modelo privatista chileno

Resumo: O presente estudo visa realizar uma análise crítica da proposta de reforma previdenciária aprovada pelo congresso brasileiro. Inicia com o estudo do modelo de financiamento da Previdência Social chilena, em meio ao contexto histórico, político, social e econômico em que o mesmo foi estruturado, com vistas a tomá-lo como referência às propostas existentes na atualidade brasileira. A abordagem tem enfoque no sistema de financiamento pautado na capitalização individual adotada naquele país, e nos resultados obtidos com a privatização, tanto no que se refere ao aspecto da sustentabilidade econômico-financeira, como no tocante aos impactos sobre garantias individuais e direitos sociais. Quanto ao sistema de financiamento brasileiro, procede-se à análise do modelo de repartição da previdência, dos princípios constitucionais estruturantes desse sistema e das reformas ocorridas ao longo do período democrático, para após comparar ambos os regimes a partir da realidade demográfica, sempre em perspectiva crítica. Por fim, a proposta de reforma previdenciária aprovada pelo governo brasileiro será analisada, em especial a sua premissa, qual seja, a do suposto déficit.

Palavras-chave: Previdência social, reforma previdenciária, dignidade da pessoa humana, direitos sociais

The judicialization of welfare public policies under a tridimensional analysis – social, legal and management

Abstract: This study aims to carry out a critical analysis of the pension reform proposal approved by the Brazilian congress. It begins with the study of the Chilean Social Security financing model, in the midst of the historical, political, social and economic context in which it was structured, with a view to taking it as a reference to the existing proposals in Brazil today. The approach focuses on the financing system based on individual capitalization adopted in that country, and on the results obtained with privatization, both with regard to the aspect of economic and financial

sustainability, as well as with regard to the impacts on individual guarantees and social rights. As for the Brazilian financing system, we proceed with the analysis of the social security distribution model, of the structural constitutional principles of that system and of the reforms that occurred throughout the democratic period, after comparing both regimes based on the demographic reality, always in perspective critical. Finally, the pension reform proposal approved by the Brazilian congress will be analyzed, in particular its premise, which is the supposed deficit.

Keywords: Social security, pension reform, dignity of human person, social rights

Tewari, Avantika. Corona Crisis: Life versus Freedom?

Abstract: Agamben says, “What becomes of human relations in a country that grows accustomed to living in this way for who one knows how long? What is a society that cleaves to no value other than that of survival?” The following paper is an examination of the dominant responses to the Corona Crisis, including a brief critical appraisal of Naomi Klein’s “Disaster Capitalism.” The paper argues that Agamben’s biopolitical reading of COVID relies on a latent bourgeois-humanist worldview. The paper seeks to enumerate the ways in which Marxist postulates such as ‘class struggle’ and the ‘internal contradiction of capitalism’ can be a useful addition to the existing debates that try to address the concerns of an emergent surveillance society as social relations are inflected with, contestations and contradictions between liberty and security under a capitalist system. As we find ourselves in the middle of uncertain times, caught between infinite possibilities, this paper is an attempt at exploring the ways in which state of exception, biopolitics and class struggle can speak to each other to fill the theoretical gaps to study the situation of the COVID-19 pandemic.

Keywords: Agamben, capitalism, class, freedom, struggle, surveillance

A crise do Coronavírus: Vida versus Liberdade?

Resumo: Agamben diz: “O que acontece com as relações humanas em um país em que se acostumou a viver dessa forma por sabe-se lá quanto tempo? E o que é uma sociedade que não tem outro valor senão a sobrevivência?”. O artigo apresentado a seguir é um exame das respostas dominantes à Crise do Corona, incluindo uma breve avaliação crítica da noção de “Capitalismo de Desastres” de Naomi Klein. O artigo argumenta que a leitura biopolítica de Agamben da COVID se baseia em uma visão de mundo burguês-humanista latente. O texto procura enumerar as formas pelas quais postulados marxistas como a “luta de classes” e a “contradição interna do capitalismo” podem ser uma contribuição útil para os debates existentes que tentam abordar as preocupações de uma sociedade de vigilância emergente, uma vez que as relações sociais são impregnadas de contestações e contradições entre liberdade e segurança no âmbito de um sistema capitalista. Como nos encontramos no meio de tempos incertos, presos entre infinitas possibilidades, este trabalho é uma tentativa de explorar as maneiras pelas quais o estado de exceção, a biopolítica e a luta de classes podem falar uns com os outros para preencher as lacunas teóricas para estudar a situação da pandemia da COVID-19.

Palavras-chave: Agamben, capitalismo, classe, liberdade, luta, vigilância

Murata, Daniel Peixoto. A ideia de autoridade no pensamento de Peter Winch

Resumo: O presente artigo tem dois propósitos. Primeiro, pretendo estruturar o pensamento de Peter Winch sobre autoridades políticas dentro do contexto de seu projeto filosófico mais amplo. Posteriormente, pretendo desenvolver os argumentos originais de Winch de modo a responder possíveis objeções contra sua teoria da autoridade. O artigo é dividido em quatro seções principais, além de uma introdução e uma conclusão. A seção II, “O projeto filosófico de Winch”, apresenta as linhas gerais da filosofia do autor, principalmente a partir de *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* e do artigo *Understanding a Primitive Society*. Na seção III, “O problema de autoridades práticas”, uso o argumento anarquista de

Robert Paul Wolff para explicar os desafios enfrentados por uma teoria da autoridade. A resposta de Winch ao tipo de desafio elaborado por Wolff começa a ser esboçada na seção IV, “Winch sobre Wittgenstein e o papel da educação”, na qual explico o uso que Winch faz da filosofia de Wittgenstein, especialmente de *On Certainty*. Na seção V, “Autoridade, legitimidade e crítica”, completo o argumento iniciado em IV e – me valendo da obra de Bernard Williams – faço uma defesa de Winch contra algumas críticas possíveis, notadamente de que sua filosofia seria desnecessariamente conservadora. As conclusões gerais do artigo são de que Peter Winch é um autor que nos auxilia a entender por que razão obediência a autoridade não é necessariamente irracional, e de que sua obra propicia a compreensão das limitações e potencialidades para a crítica desta mesma autoridade.

Palavras-chave: Peter Winch, Wittgenstein, Bernard Williams, autoridade

The idea of authority in the thought of Peter Winch

Abstract: This article has two purposes. Firstly, I intend to structure Peter Winch’s thought about political authorities within the context of his most comprehensive philosophical project. Secondly, I intend to develop Winch’s original arguments in a way to answer possible objections against his theory of authority. The article is divided in four main sections, besides an introduction and a conclusion. Section II, “Winch’s philosophical project”, presents the general outline of the author’s philosophy, mostly from *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* and from the essay *Understanding a Primitive Society*. On section III, “The problem of practical authorities”, I use Robert Paul Wolff’s anarchist argument to explain the challenges a theory of authority must face. Winch’s answer to the kind of challenge advanced by Wolff begins to be sketched on section IV, “Winch on Wittgenstein and the role of education”, in which I explain Winch’s use of Wittgenstein’s philosophy, notable from his *On Certainty*. On section V, “Authority, legitimacy and critique” I complete the argument that begun in IV and – making use of the work of Bernard Williams – make a defence of Winch against some possible criticisms, notably that his philosophy would be unnecessarily conservative. The general conclusions of the article are that Peter Winch is an author that helps us to understand why obedience

to authority is not necessarily irrational, and that his work provides us with the understanding of the limits and potentialities for the criticism of this very same authority.

Keywords: Peter Winch, Wittgenstein, Bernard Williams, authority

Rudnicki, Dani, Costa, Ana Paula Motta e Bittencourt, Daniella. A (in) eficácia da alocação orçamentária no sistema prisional: consequências materiais e humanas

Resumo: O presente artigo procura compreender se em termos orçamentários o sistema prisional é ou não eficaz. Um estudo neste sentido é de fundamental importância para boas práticas penais uma vez que investimentos eficientes pressupõe a percepção das deficiências que se pretende sanar. Para tanto, primeiramente procura-se elucidar os mecanismos do orçamento público, bem como, algumas particularidades referentes a sua não vinculatividade e discricionariedade. Num segundo momento, passa-se a um breve histórico sobre o orçamento público nas políticas de segurança pública culminando com o sistema prisional pontuando-se, especialmente, a sistemática do Fundo Penitenciário Nacional e a questão do seu contingenciamento. Para a realização do trabalho desenvolve-se uma investigação doutrinária acerca do orçamento e sistema prisional. Emprega-se o método dedutivo, a pesquisa qualitativa de caráter descritivo e exploratório e também a análise documental dos índices apresentados pelo governo em âmbito nacional. Assim, será possível cumprir o objetivo central do estudo que é apontar se monetariamente o sistema prisional é viável esclarecendo, em valores, nosso atual estado da arte. Conclui-se que gastos públicos e política de aprisionamento não tem simetria, o aprisionamento é ineficaz no combate à criminalidade e inviável em termos de custo Estatal.

Palavras-chave: orçamento público; sistema prisional; direitos fundamentais; Fundo Penitenciário Nacional; Política Pública

The (un)efficiency of budget allocation in the prison system: material and human consequences

Abstract: The article tries to understand whether, in budgetary terms, the prison system is effective or not. A study in this sense is of fundamental importance for good practices in politics/criminal area, since efficient investments presuppose the perception of the deficiencies that are intended to cure. First, it seeks to elucidate the mechanisms of the public budget, as well as some particularities relating to its non-binding. Second, there is a brief history of the public budget, specific emphasis on the system of the National Penitentiary Fund and the topic of its contingency. It uses the deductive methodology, descriptive and exploratory qualitative research, as well as the documentary analysis of the indices presented by the government at the national level. In this way, it will be possible to fulfill the main objective of the study that is to evaluate, in economic terms, the prison system is feasible, clarifying, showing numbers, the current state of the art in Brazil. Our conclusion is that the policy of public spending and prisons has no symmetry, and that imprisonment is ineffective in fighting crime. Given the numbers, it is possible to affirm that the budget deficit of the prison system is practically irrecoverable.

Keywords: public budget; prison system; fundamental rights; National Penitentiary Fund; Public policy

Coelho, Diva Julia Safe, Coelho, Saulo de Oliveira Pinto e Diniz, Ricardo Martins Spindola. Constitucionalismo, direitos fundamentais e estado de direito na Índia contemporânea: análise da literatura constitucional indiana e suas variantes no contexto de uma jurisdição constitucional ativista

Resumo: O presente artigo constrói uma comparação entre os marcos normológicos da Constituição da Índia e as diferentes abordagens sobre o papel da jurisdição constitucional e dos direitos humanos e fundamentais na experiência jurídica indiana, segundo as diferentes tendências de abordagem construídas pelos próprios constitucionalistas indianos. Parte, como principal estratégia metodológica, da configuração de uma amos-

tragem de obras presentes na literatura jurídica indiana sobre a constituição e a efetivação de direitos. Ademais, incrementa-se a análise a partir da reflexão sobre a influência das diferentes culturas tradicionais presentes na complexa sociedade indiana, nas igualmente diferentes perspectivas do constitucionalismo contemporâneo indiano. Como principais resultados verifica-se não só a existência de posições conflitantes na cultura constitucional da Índia, mas também uma tendência geral de centrar na análise da atuação ativista da Suprema Corte da Índia o debate constitucional do país. Ao mesmo tempo, verificou-se que, tanto a tensional relação da normatividade constitucional com as normatividades tradicionais, quanto a própria primazia da jurisdição constitucional ativista na Índia contemporânea, carregam para a experiência constitucional problemas de efetividade dos direitos fundamentais, por diferentes e peculiares razões analisadas na presente investigação.

Palavras-chave: constitucionalismo indiano, direitos humanos, direitos fundamentais, Estado constitucional, Índia

Constitutionalism, fundamental rights, and rule of law in contemporary India: analysis of the Indian constitutional scholarship and its variations in the context of an activist constitutional jurisdiction

Abstract: The present research constructs a comparison between the non-monological standards of the Indian constitution and the distinct approaches about the meaning of the constitutional jurisdiction and human rights in the indian legal experience, following the divisions immanently constituted by the indian constitutional scholars themselves. Its main methodological protocol consisted in a configuration of a sampling of text from the indian legal literature concerning the constitution and the effectivity of human rights. Furthermore, the analysis is augmented by a reflection regarding the influence of the distinct traditional cultures still present at the complex indian society, and in the equally distinct perspectives of its contemporaneous constitutionalism. As its mains results, it verifies not only the existence of conflicting positions in India's constitutional culture as a general tendency of centering its constitutional debate at India's Supreme Court activist rulings. At the same time, it was verified that, on one

hand, the tense relationship between the constitutional normativity and the traditional normativities, and, on the other hand, the primacy of the constitutional jurisdiction itself, contribute to its constitutional experience effectivity problems regarding human rights, for distinct and peculiar reasons, here analyzed as well.

Keywords: Indian constitutionalism, human rights, fundamental rights, constitutional State, India

Roque, Eliana Mendes de Souza Teixeira, Carlos, Diene Monique, Salzedas, Patrícia Lopes e Ferriani, Maria das Graças Carvalho A atuação de magistrados/as paulistas diante da oitiva de crianças vítimas de violência sexual intrafamiliar

Resumo: Esta pesquisa teve como objetivo analisar a percepção dos juízes de direito quanto a oitiva da criança vítima de violência sexual intrafamiliar, tendo por base teórica o contexto ecológico de desenvolvimento humano. Trata-se de um estudo com abordagem qualitativa, realizada com 12 juízes de duas comarcas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasil. Para a coleta de dados, foram realizadas entrevistas semiestruturadas e observação livre. A análise dos dados foi realizada por meio da análise de conteúdo. Emergiu a categoria empírica “Falta de preparo”, evidenciando um modelo jurídico pontuado pela estatalidade (centralização do poder no nível do Estado) e racionalidade formal, com pensamento que abandona a justificação material e pauta-se por considerações formais. A subcategoria “Suporte aos juízes de direito” exhibe necessidade de novo regramento do tema, que traga espectro de conhecimento referente às competências interdisciplinares na capacitação dos juízes, requerendo avanços aos diplomas legislativos pertinentes. Os conteúdos apurados refletem urgências específicas no ensino jurídico do Brasil diante das transformações no contexto sociopolítico cultural da atualidade. Evidencia-se que os magistrados necessitam de capacitação técnica para lidar com os fenômenos aqui tratados.

Palavras-chave: sistemas de justiça, violência sexual intrafamiliar, juízes de direito

The performance of São Paulo magistrates towards the hearing of intrafamily sexual violence children victims

Abstract: This research aimed to analyze the judge's perception of law regarding the hearing of the child victim of intrafamily sexual violence, based on the ecological context of human development. This study had a qualitative approach, conducted with 12 judges from two counties of the Court of Justice of the State of São Paulo, Brazil. For data collection, semi-structured interviews and free observation were carried out. Data analysis was performed through content analysis. The empirical category "Lack of preparation" emerged, showing a legal model punctuated by stabi- lity (centralization of power at the state level) and formal rationality, with thinking that abandons material justification and it is guided by formal considerations. The subcategory "Support for judges" shows the need for a new regulation of the theme, which brings a spectrum of knowledge regard- ing the interdisciplinary competences in the training of judges, requiring advances to the relevant legislative diplomas. The contents highlighted specific urgencies in legal education in Brazil in the face of changes in the current socio-political cultural context. It is evident that magistrates need technical training to deal with the phenomena discussed here.

Keywords: justice systems, intrafamily sexual violence, judges

Lemos, Fabrício José Rodrigues de. A teoria de justiça global como alternativa à teoria de justiça rawlsiana em contextos de dominação múltipla

Resumo: no contexto multifacetado atual, há atores que se beneficiam do design estrutural mundial ao mesmo passo em que a diversos outros são impostas barreiras que dificultam o acesso às riquezas – as quais, defende- -se, em havendo uma arquitetura distribucional global voltada à equidade, poderiam ser melhor alocadas, de maneira a beneficiar um maior número de indivíduos. Nesse passo, o presente artigo, utilizando-se, principalmen- te, de método de pesquisa bibliográfico, possui o objetivo de demonstrar que a visão rawlsiana, ainda que cabível em sociedades herméticas, é inade- quada para um mundo submerso em desigualdades econômicas altamente

maculadas pela forma de acumulação histórica, predatória e usurpadora, imposta pelos países mais desenvolvidos economicamente em relação aos pobres globais. Assim, busca demonstrar, por uma análise de conjunto e com referência na teoria de justiça global consoante avançada por Thomas Pogge, a maneira pela qual a estruturação global ainda hoje prejudica, seletivamente – i.e., principalmente por meio dos privilégios internacionais sobre recursos e sobre empréstimos –, países, mantendo-os – ou, mais frequentemente, suas populações – em condição de pobreza.

Palavras-chave: teorias de justiça, justiça global, justiça distributiva, cosmopolitismo, desigualdade

Global justice theory as alternative to the Rawlsian theory of justice in contexts of multiple domination

Abstract: In the current multifaceted context, there are actors who benefit from global structural design while others are being imposed barriers to access wealth - which, it is argued, if there was a global distributional architecture focused on fairness, could be better allocated so as to benefit a larger number of individuals. In this matter, mainly using bibliographical research, the paper has the objective to demonstrate that the Rawlsian view, although applicable to hermetic societies, is inadequate for a world submerged in economic inequalities highly tainted by the form of historical, predatory and usurpatory accumulation imposed by the more economically developed countries in relation to the global poor. Therefore, this paper seeks to demonstrate, by an overall analysis and with the scope of the global justice theory as explained by Thomas Pogge, the way in which the global structuring selectively harms, still today, – namely, specially through international resources and loans privileges –, countries, keeping them – or, more often, their populations – in poverty.

Keywords: theories of justice, global justice, distributive justice, cosmopolitanism, inequality

Crisafulli, Felipe Augusto Loschi. The right to resist in times of COVID-19: the case of the Belarusian professional football

Abstract: The morality embedded in the mind of the masses is: respect the authorities and obey the rules and laws of the society in which they live. Nonetheless, there is a tension between a blind, unthinking obedience and the right to make autonomous moral decisions, namely when such authorities or their acts are corrupt or illegitimate. In that situation, should citizens think for themselves, they would not be actually circumventing the community rules, defying the constituted authorities or being deviant individuals, but carrying out their will, making their own moral decisions and defending their rights and wellness. This is what people, especially the professional footballers, are facing in Belarus, whether following the recommendations of the World Health Organization and most of the virologists around the globe or the President's coronavirus guidelines. Nevertheless, the best option seems to be the enforcement of an old but not outdated right (and/or duty?): the resistance.

Keywords: Belarus, football players, COVID-19, autocracy, resistance, right to resist

O direito de resistência em tempos de COVID-19: o caso do futebol profissional bielorrusso

Resumo: A moralidade inculcada na mente das massas é: respeitar as autoridades e obedecer às regras e leis da sociedade em que vivem. No entanto, existe uma tensão entre uma obediência cega e irrefletida e o direito de tomar decisões morais autônomas, nomeadamente quando tais autoridades ou os seus atos são corruptos ou ilegítimos. Nessa situação, se os cidadãos pensassem por si próprios, não estariam realmente contornando as regras da comunidade, desafiando as autoridades constituídas ou sendo indivíduos desviantes, mas cumprindo a sua vontade, tomando as suas próprias decisões morais e defendendo os seus direitos e bem-estar. É isso que as pessoas, especialmente os jogadores de futebol profissionais, estão enfrentando em Belarus: seguir as recomendações da Organização Mundial de Saúde e da maioria dos virologistas ao redor do mundo ou as diretrizes do

presidente a respeito do novo coronavírus. Não obstante, a melhor opção parece ser a aplicação de um direito (e/ou dever?) antigo, mas não ultrapassado: a resistência.

Palavras-chave: Belarus, jogadores de futebol, COVID-19, autocracia, resistência, direito de resistir

Niebla Zatarain, Jesús Manuel, Osuna Millán, Nora del Carmen. Smart city governance in Mexico: reflections from a case study

Abstract: Urban centres around the world are currently experimenting a set of challenges never experienced before. These are derived from an increasing demand for basic public services, which include a more efficient management of financial and technical resources. To solve this, urban planners along with computer experts have jointly developed an approach known as “smart cities”. This concept operates through the combination of intelligent technology, urban planning, and citizen collaboration. Nonetheless, this requires a new model of governance that allows the interaction among the parties to be not only efficient but also law compliant, particularly from the perspective of personal data management. In this sense, a city that has long been considering the inclusion of this approach is Mexico City. Additionally, this metropolis aims to develop its own version of governance based on the interaction with its citizens and the process of personal data. In the current paper, this scenario will be presented along with the status of the legal framework regarding its compatibility with the smart city approach.

Keywords: smart cities, electronic governance, personal data in Mexico

Governança de cidades inteligentes no México: reflexões de um estudo de caso

Resumo: os centros urbanos em todo o mundo estão enfrentando atualmente uma série de desafios nunca antes experimentados. Esses são derivados de uma demanda crescente por serviços públicos básicos, que incluem

uma gestão mais eficiente dos recursos financeiros e técnicos. Para resolver isso, planejadores urbanos, juntamente com especialistas em informática, desenvolveram uma abordagem conhecida como “cidades inteligentes”. Esse conceito opera por meio da combinação de tecnologia inteligente, planejamento urbano e colaboração do cidadão. No entanto, isso requer um novo modelo de governança que permita que a interação entre as partes seja não apenas eficiente, mas também conforme a lei, particularmente do ponto de vista da gestão de dados pessoais. Nesse sentido, uma cidade que há muito tempo vem considerando a inclusão dessa abordagem é a Cidade do México. Além disso, essa metrópole visa desenvolver uma versão própria de governança baseada na interação com seus cidadãos e no processo de dados pessoais. No presente artigo, esse cenário será apresentado juntamente com o status do arcabouço legal em relação à sua compatibilidade com a abordagem de cidade inteligente.

Palavras-chave: cidades inteligentes, governança eletrônica, dados pessoais no México

Paulino, Lucas Azevedo. Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática

Resumo: O presente artigo tem o propósito de compreender o estado da arte da literatura sobre o recente fenômeno de erosão democrática em regimes constitucionais democráticos pelo mundo, que tem sido estudado em pesquisas comparadas do direito constitucional e da ciência política, a fim de mapear quais estratégias institucionais representam o declínio incremental da qualidade desses regimes rumo ao autoritarismo. Em primeiro lugar, será analisado o conceito de democracia liberal em crise presente nessa literatura. Em segundo lugar, os dois modos como as democracias podem acabar: o rápido, colapso autoritário; e o lento, erosão democrática. Em terceiro lugar, buscar-se-á identificar as medidas constitucionais, legais e políticas que podem ser tomadas por uma autoridade eleita e/ou seu partido político para subverter as instituições democráticas, concentrar poder em seu favor e reduzir as chances de grupos opositores, enfraquecendo o pluralismo.

Palavras-chave: democracia, autoritarismo, erosão democrática, declínio democrático, retrocesso democrático, decadência democrática

Constitutional Democracies in Crisis: mapping the institutional strategies that lead to the democratic erosion.

Abstract: This article aims to understand the state of the art of literature on recent phenomenon of democratic erosion in constitutional democracies systems around the world, which has been studied by comparative researches on constitutional law and political science, in order to map which institutional strategies represent the incremental decline of quality of these regimes towards authoritarianism. First of all, the concept of liberal democracy in crises present in this literature will be analyzed. Second, the two ways of how democracies can end: the rapid, authoritarian collapse, and the slow, democratic erosion. Third, it will seek to identify the constitutional, legal and political measures that can be taken by an elected official and political parties to subvert the democratic institutions, to concentrate power on their behalf, to reduce the odds of opposing groups, and to undermine pluralism.

Keywords: democracy, authoritarianism, democratic erosion, democratic decline, democratic backsliding, democratic decay

Ponzilacqua, Marcio Henrique Pereira e Sacilotto, Leonardo Mattoso. Regime jurídico e políticas públicas de águas no direito internacional e brasileiro: rumo a estatuto privilegiado?

Resumo: No presente trabalho, abordam-se os desafios de se estabelecer regime jurídico peculiar e privilegiado para as águas, no plano do direito internacional e brasileiro, em perspectiva sociojurídica. No plano internacional, discutem-se o direito internacional das águas transfronteiriças e a declaração da água como um direito humano; no nacional, além de caracterizar o direito vigente, pretende-se distinguir os principais obstáculos para a concretização de um estatuto privilegiado para as águas. Busca-se demonstrar a necessidade de se traduzir a anterioridade existencial da água

e seu caráter essencial em termos normativos e de políticas públicas, a fim de que estes correspondam à fundamentalidade ecossistêmica da água, o que hoje ainda não ocorre. A metodologia empregada consiste na análise sociojurídica dos instrumentos normativos e das políticas públicas respectivas sob a perspectiva da complexidade e das vulnerabilidades socioambientais. Os resultados apontam para a necessidade de fortalecimento e incremento normativo e interpretativo do regime jurídico das águas e das políticas públicas conexas com base em práticas locais ou globais inovadoras, cooperativas e consistentes sob o prisma jurídico e socioambiental.

Palavras-chave: regime jurídico das águas, direito internacional, política hídrica, vulnerabilidades socioambientais, direitos humanos, contexto brasileiro

Legal regime and water resources policies in international and Brazilian law: towards a privileged statute?

Abstract: In this article is discussed the challenges of establishing a peculiar and privileged legal statute for water in the international and Brazilian law, from a socio-juridical perspective. At the international level, international law on transboundary waters and the declaration of water as a human right are discussed; at the national level, in addition to characterizing the ruling law, it is intended to distinguish the main obstacles to the realization of a privileged status for waters. It seeks to demonstrate the need to translate the existential previousity of water and its essential character in normative and public policy terms, in order that these correspond to the ecosystemic fundamentality of water, which still does not occur today. The methodology used consists of the socio-legal analysis of the normative instruments and respective public policies from the perspective of socio-environmental complexity and vulnerabilities. The results point to the need to strengthen and increase the normative and interpretative legal framework for water and related public policies based on innovative, cooperative and consistent local or global practices from a legal and socio-environmental perspective.

Keywords: legal water regime, international law, water policy, socio-environmental vulnerabilities, human rights, Brazilian context

Passos, Pamêlla e Rosa, Sandro Henrique. Política pública de cultura para o funk: entre incentivo, tutela e censura.

Resumo: O presente artigo propõe uma reflexão acerca da relação Estado/Favela sob o prisma das produções culturais nos territórios com experiência das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) instauradas na cidade do Rio de Janeiro a partir de 2008. Analisando o Edital para Bailes e Criação Artística no Funk, lançado em 2013 pela Secretaria de Estado de Cultura do Rio de Janeiro (SEC/RJ) e as Resoluções 013/2007 (Secretaria de Estado de Segurança) e 135/2014 (resolução conjunta da Secretaria de Estado de Defesa Civil e Secretaria de Estado de Segurança), visamos aqui a discutir as múltiplas características das políticas públicas aplicadas às práticas culturais de favela. Intencionamos também dar visibilidade aos impasses enfrentados pelos agentes do funk em suas produções cotidianas. Apresentaremos entrevistas com integrantes da comissão avaliadora do referido edital e com produtor cultural por ele contemplado, bem como análise dos seus avanços e retrocessos, sob o conceito de tutela militarizada.

Palavras-chave: cultura; edital; funk; política pública; pacificação

Cultural public policies to funk: amongst incentive, tutelage and censorship

Abstract: This article puts forward a reflection upon the relationship between State and Favela through the viewpoint of cultural productions in territories where the Pacifying Police Unities (PPU's) have been based since 2008 in Rio de Janeiro. By analyzing the Resolutions 013/2007 and 135/2014 from the Public Notice for the Funk Artistic Creation, issued in 2013 by the Rio de Janeiro Culture State Secretary (RJ/CSS), we aim to discuss the multiplicity of public policies characteristics applied to the cultural practices in the favela. Besides shedding light upon the impasses faced by funk agents in their daily productions, we will present some interview transcriptions carried out with members of the evaluation board and the cultural producer who was awarded by this Public Notice. We will also use the concept of militarized tutelage to analyze the developments and drawbacks that emerged with this Public Notice.

Keywords: culture; public notice; funk; public policies; pacification

Moraes, Renato José de. Múltiplos sentidos de direito e a busca do sentido principal

Resumo: As noções de analogia e de atribuição *ad unum*, desenvolvidas por Aristóteles e por pensadores medievais, referem-se a conceitos que, embora expressos pelos mesmos termos, são dotados de significados em parte iguais e em parte distintos. Essas noções podem ser empregadas para compreender os diversos significados da palavra “direito”, identificando uma hierarquia entre eles. Segundo os juristas romanos, o significado originário de direito é o de *ipsa res iusta*, a própria coisa justa. Ou seja, o objeto de um ato de justiça, aquilo que é devido a uma parte em uma relação equilibrada de troca de bens. A partir dessa significação, derivaram-se outras duas fundamentais: a do direito como técnica, pela qual é descoberto o direito – a coisa justa – em um caso concreto; e a do direito como norma, porque esta é a razão e a medida do direito coisa justa. Vemos que se trata mesmo de atribuição ou predicação *ad unum*, porque os três conceitos são efetivamente “direito”, porque têm um fundamento comum; ao mesmo tempo, são distintos entre si.

Palavras-chave: analogia, conceito de direito, técnica, normas jurídicas

Multiple senses of law and the search for a focal meaning

Abstract: The notions of analogy and focal meaning, elaborated by Aristotle and developed by medieval authors, refer to concepts which, although expressed by the same terms, have partly equal and partly distinct meanings. These ideas can help to understand the various meanings of the word “right/law” and to identify the hierarchy among them. According to the Roman jurists, the original meaning of the law is *ipsa res iusta*, the just thing itself. That is, the object of an act of justice, that which is due to a part in a balanced relationship of exchange of goods. From this meaning, two other fundamental ones have been derived: law as the technique by which the law - the just thing - is discovered in a concrete case; and law as norms, because they are the measure of the law - the just thing. We see that these three meaning are related, and one of them is the focal meaning. They all are “law”, have a common substance, and, at the same time, they are distinct from each other.

Keywords: analogy, concept of law, technique, legal norms

Glezer, Rubens, Guimarães, Livia Gil, Ferraro, Luíza Pavan e Barbosa, Ana Laura Pereira. Fora dos holofotes: estudo empírico sobre o controle da imparcialidade dos ministros do STF

Resumo: A efetividade dos mecanismos de controle da imparcialidade nos tribunais tem papel significativo na construção de sua reputação e autoridade. No Supremo Tribunal Federal (STF), as arguições de impedimento e suspeição são instrumentos centrais para este controle. O objetivo deste artigo consistiu na avaliação da efetividade desses instrumentos, aprofundando o diagnóstico de que nenhuma arguição de impedimento ou suspeição foi levada ao julgamento pelo Plenário. A partir de uma análise empírica quantitativa e qualitativa do rito e conteúdo das decisões das arguições foi possível concluir que a postura do STF frente a esses mecanismos é ambígua. De um lado, tem uma jurisprudência consistente e razoável para negar seguimento às arguições de impedimento e suspeição. De outro, os procedimentos são conduzidos com tons de deferência, com violações ao rito e às etapas processuais, sem transparência sobre os fatos e argumentações jurídicas para afastamento ou manutenção do ministro no caso. Discutiu-se que os resultados do controle da imparcialidade de ministro podem até ser atingidos, mas sem que haja o ganho reputacional correspondente à sua atuação, de forma a abrir espaço para a discussão da legitimidade do próprio tribunal.

Palavras-chave: imparcialidade, STF; impedimento, suspeição, reputação

Out of the spotlight: an empirical study on the impartiality control of STF's justices

Abstract: The effectiveness of mechanisms that avoid bias in judgements plays a significant role in building the reputation and authority of a Court. In the Brazilian Supreme Court (STF), the motions to disqualify or recuse justices are important to assure impartiality. This research assesses the effectiveness of these instruments, furthering the finding that the Plenum has never heard a motion to recuse. With a quantitative and qualitative empirical approach, the article analyses the proceedings and content of the motions to disqualify filed against STF justices. The main conclusion of

this study is that the Court's performance is ambiguous. On the one hand, there are reasonable and consistent arguments to deny those motions without sending them to the plenum evaluation. On the other hand, proceedings are disregarded and there is an absence of transparency on facts and legal arguments. Therefore, we argue that even if the aim of these control mechanisms is achieved, it does not come with the reputational benefits it is expected to, thus opening the discussion about the legitimacy of the Court itself.

Keywords: impartiality, STF, recusal, disqualification, reputation

Guandalini Junior, Walter e Teixeira, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima. Um Direito Administrativo de Transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930).

Resumo: O presente estudo pretende dar continuidade às pesquisas que têm sido realizadas sobre a história do direito administrativo brasileiro no período imperial, avaliando o modo como a disciplina se desenvolve durante a Primeira República brasileira e o diálogo que ela estabelece com a doutrina administrativista europeia do período. Para isso examinou, de uma perspectiva arqueogenalógica, o conceito de direito administrativo produzido pela doutrina jurídica europeia do início do século XX, levando em consideração o contexto histórico em que circulava e as funções políticas que desempenhava; em seguida analisou o conceito de direito administrativo produzido pela doutrina jurídica brasileira da Primeira República, avaliando as funções concretas que cumpre ao ser articulado no contexto local; e ao final concluiu que o conceito de direito administrativo desenvolvido pela cultura jurídica da Primeira República Brasileira é um conceito de transição, a meio caminho entre as tarefas de consolidação da estrutura administrativa do Estado brasileiro e instrumentalização do exercício das prerrogativas estatais sobre os particulares em seu trabalho de reorganização da vida em sociedade.

Palavras-chave: história do direito, direito administrativo, história do direito administrativo brasileiro, Primeira República

A Transition Administrative Law: the concept of administrative law in the Brazilian First Republic's legal culture (1889-1930)

Abstract: This paper carries on previous studies on the history of Brazilian administrative law during the imperial period, assessing its development during the First Brazilian Republic and the dialogue it established with European administrative legal science of this time. To this end, the concept of administrative law developed by European legal doctrine from the early 20th century was examined from an archeogenealogical perspective, which took into account its circulation context and the political functions it performed; then, the concept of administrative law built by Brazilian legal doctrine in the First Republic was analyzed, proceeding to the discussion of the functions it fulfilled in the local context; in conclusion, it was possible to realize the concept of administrative law developed by the Brazilian First Republic's legal culture is a transition concept, halfway between the tasks of consolidating the Brazilian State's administrative structure and instrumentalizing the exercise of state prerogatives over individuals during its societal reorganization.

Keywords: legal history, administrative law, history of brazilian administrative law, First Republic

Lopes, Ziel Ferreira. O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin?

Resumo: Neste artigo, analiso a tese do Direito como um ramo da Moral de Ronald Dworkin. Discuto se ela representa um desvio com relação aos pressupostos antes assumidos pelo autor, ou se seria o ápice de sua teoria, dando plena consequência aos seus pressupostos e integrando os resultados de maneira harmoniosa. Para tanto, é importante entender por que Dworkin chegou à visão “unissistemática” de *A Raposa e o Porco-espinho*. Depois, é preciso analisar criticamente essa visão e avaliar se ela não compromete a autonomia do Direito. Por fim, resta saber qual a nova agenda de pesquisa que ela colocaria para o debate jurídico contemporâneo.

Palavras-chave: positivismo, interpretativismo, direito e moral, autonomia do direito, visão unissistemática.

Law as a branch of morality: detour or peak of Ronald Dworkin's theory?

Abstract: In this paper, I analyze Ronald Dworkin's thesis of Law as a branch of Morality. I discuss whether it represents a detour from the presuppositions assumed before by Dworkin, or if it is the peak of his theory, giving full consequence to its presuppositions and integrating the results in a harmonious way. In order to do that, it is important to understand why Dworkin came to the One-System view of *Justice for Hedgehogs*. Then, it is necessary to analyze critically this view and evaluate whether it does not undermine the autonomy of Law. Finally, I discuss what research agenda the thesis would pose for the contemporary legal debate.

Keywords: positivism, interpretativism, law and moral, autonomy of law, one-system view.

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
- Incorrekções 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.

