



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2021
ISSN 1516-6104

59

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito

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

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

Missão e Política Editorial

Divulgar intervenções interdisciplinares e inovadoras que tenham qualidade aprovada por pares competentes. As contribuições podem se dar por meio de artigos originais em língua portuguesa ou outros idiomas. Como o periódico está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, espera-se que os trabalhos estejam, preferencialmente, vinculados às suas linhas de pesquisa, a saber: Transformações Constitucionais e Pensamento Constitucional Contemporâneo; Direitos Humanos, Democracia e Ordem Internacional; Teoria do Direito, Ética e Construção da Subjetividade.

Conselho Editorial

André-Jean Arnaud † (Centre National de la Recherche Scientifique; Paris, França); Cecília Caballero Lois † (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Claudio Michelon (The University of Edinburgh; Edimburgo, 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); Glenda Vicenzi (Editora-Assistente); Lucas de Souza Oliveira (Editor-Assistente); Dorival Fagundes Cotrim (Editor-Assistente); Matheus Chatack Dias (Editor-Assistente); Ramon Silva Costa (Editor-Assistente); Samuel Rodrigues de Oliveira (Editor-Assistente); Ticiane 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 Seriadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

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

Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <https://revistas.jur.puc-rio.br/>. As normas de publicação e diretrizes de avaliação podem ser encontradas na última página e no sítio eletrônico da Revista.

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 59 Jul-Dez 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

- 12 | Interesses empresariais e divergências no processo de construção do Marco Civil da Internet: uma análise crítica a partir de entrevistas de campo
Business interests and divergences in the enactment process of the Brazilian internet rights act: a critical appraisal based on fieldwork interviews
Alexandre Veronese e Gabriel Campos Soares da Fonseca
- 66 | Automatismo cerebral – Análise crítica e impacto no sistema de imputação de responsabilidades
Brain automatism – critical analysis and impact on the system of liabilities imputation
Antonio Carlos Fontes Cintra
- 84 | The mild weapon of the crown: making the constitutional value of pardon with public opinion and the interference of the moderating power over the judiciary (Brazil, 1823-1889)
A doce arma da coroa: o valor constitucional do direito de graça efetiva-se na opinião pública e na interferência do poder moderador sobre o judiciário (Brasil, 1823-1889)
Arthur Barrêto de Almeida Costa
- 110 | “Não me representa”: um olhar sobre junho de 2013 e a crise da concepção democrática hegemônica
“Does not represent me”: a look at June 2013 and the crisis of hegemonic conception of democracy
Bryan Alves Devos, Mark Pickersgill Walker e Pierri Araújo Porciúncula

- 145** | A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional e o deslocamento forçado do Povo Rohingya: o caso Myanmar v. Bangladesh do TPI
The universal jurisdiction of the International Criminal Court and the forced displacement of the Rohingya People: TPI's Myanmar v. Bangladesh case
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro
- 172** | The awakening of climate litigation in Brazil: strategies based on the existing legal toolkit
O despertar da litigância climática no Brasil: estratégias a partir de ferramentas jurídicas existentes
Danielle de Andrade Moreira e Stela Luz Andreatta Herschmann
- 187** | Uso da terra por comunidades tradicionais no estado democrático de direito
The Use of the Land by traditional communities in the democratic state of law
Elisa Quint de Souza de Oliveira e Pedro Martins
- 209** | Existem bases tributárias dotadas de valor intrínseco? Uma reflexão político-filosófica sobre os fundamentos da tributação a partir dos escritos de Liam Murphy e Thomas Nagel
Are there intrinsically valuable tax bases? A political and philosophical reflection on the foundations of taxes based on the work of Liam Murphy and Thomas Nagel
Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante e Thomas da Rosa de Bustamante
- 241** | A desconstrução da condição humana nos escritos de Bartolomé de Las Casas
The deconstruction of human condition in the writings of Bartolomé de Las Casas
Flávio Couto Bernardes e Pedro Augusto Costa Gontijo
- 283** | Cognitive enhancement in the Judiciary
O aprimoramento da cognição no Judiciário
Giovana Figueiredo Peluso Lopes
- 316** | A vontade de verdade nos discursos jurídicos como princípio da docilização dogmatizante na graduação em Direito
The truth will in legal speeches as a principle for dogmatizing docilization in the Law graduation
Herson Alex Santos e Francisco Quintanilha Veras Neto

- 338** | Da atuação da Defensoria Pública na judicialização da saúde: da necessidade de macrocontrole através da revisão judicial do gasto financeiro do ente político
The acting of the Public Defensory in the judicialization of the right to health: the macrocontrol need through the judicial review of the financial expenditure of the political entity
Leonardo Ferreira Mendes
- 365** | A mobilização jurídico-política do Movimento Antimanicomial no Brasil
The legal-political mobilization of the anti-asylum movement in Brazil
Ludmila Cerqueira Correia
- 412** | Estado Socioambiental de Direito e Direitos Humanos: os danos de Belo Monte a partir da perspectiva de gênero
Socio-environmental State of Law and Human Rights: Belo Monte's damages from the gender perspective
Marcelo Cesar Bauer Pertille e Thais Silveira Pertille
- 450** | Elemento vital e garantia interna da Constituição: vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional
Vital element and internal guarantee of Constitution: will of constitution, constitutional sentiment, and constitutional patriotism
Raoni Macedo Bielschowsky
- 491** | Simpatia e espectador imparcial: conceitos fundamentais para discussões éticas e políticas
Sympathy and impartial spectator: key concepts for ethical and political discussions
Sandro Fröhlich
- 519** | **Notícias e Informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2021 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Carta dos editores

É com grande satisfação que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro vem apresentar o número 59 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo 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. Mas, além disso, queremos aproveitar esta edição para celebrar um marco importante de nossa existência.

É tempo de festejar os 30 anos da Revista Direito, Estado e Sociedade, do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. As mudanças foram relevantes ao longo destes anos, mas igualmente importantes são as suas permanências. Em termos visuais, a Revista passou por várias versões, todas igualmente coloridas. Desde o início ela adotou diferentes cores para assinalar o seu compromisso com o pluralismo das ideias, dos conceitos, das múltiplas epistemologias no âmbito da pesquisa na área do direito. De outra parte, sempre acompanhando e respeitando as regras definidas por nossa área, transformamos uma Revista, que havia nascido para divulgar os trabalhos dos seus docentes e discentes, em um periódico que publica quase que exclusivamente trabalhos de intelectuais e acadêmicos que não estão vinculados ao nosso Programa de Pós-Graduação, após uma avaliação realizada por pesquisadores que desconhecem os nomes dos autores dos trabalhos que apreciam.

Nascemos no momento em que os computadores pessoais invadiram os Departamentos da nossa PUC-Rio. Logo percebemos que o desejo de

construir uma publicação de qualidade estava ao nosso alcance. Ao longo destes 30 anos a Revista em muito se consolidou como um dos mais importantes periódicos voltados para a divulgação de trabalhos nas áreas de direito e filosofia constitucional, teoria do direito, direitos humanos e filosofia política.

Ainda que o futuro nos indique que os periódicos terão apenas versões virtuais, vamos celebrar a chegada dos 30 anos mantendo a tradição da versão impressa. Como celebramos as permanências, asseguramos que a Revista Direito, Estado e Sociedade continuará a ser um espaço de crítica e reflexão, e também de compromisso com a democracia, as liberdades políticas e o estado democrático de direito.

Mas há também que celebrar as novidades, e o último ano foi repleto delas para nós. Implementamos a publicação em *Ahead of Print*, visando a tornar mais dinâmica a divulgação dos artigos. Além disso, desenvolvemos uma nova logo para a Revista em parceria com o Projeto Comunicar da PUC-Rio, atualizando nossa identidade visual, e lançamos nosso perfil no Instagram, com o intuito de ampliar nossa comunicação e de divulgar por outros meios nossas publicações. Para nos acompanhar por lá, basta seguir @revista.des.

A maior das novidades, contudo, foi a aprovação da Revista Direito, Estado e Sociedade para indexação na base Scopus, a maior indexadora de conteúdo científico do mundo. No mês de setembro recebemos a notícia de que nossa candidatura ao Scopus foi aceita. A inclusão da Revista na Scopus é um passo importante para que a Revista atinja maior visibilidade internacional, além de representar um importante reconhecimento do bom trabalho que temos desempenhado até aqui. Agradecemos a todos da equipe que contribuíram neste processo e, em especial, a Guilherme de Almeida, Mariana Imbeloni, Rebeca dos Santos Freitas e Ursula Vasconcellos, por terem dado o pontapé inicial, e a Glenda Vicenzi, Lucas de Souza Oliveira e Rafael Lélis, pelos esforços em tornar a aprovação possível.

Neste momento de tantas comemorações não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da Direito, Estado e Sociedade, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial *on-line* em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<https://revistades.jur.puc-rio.br/>).

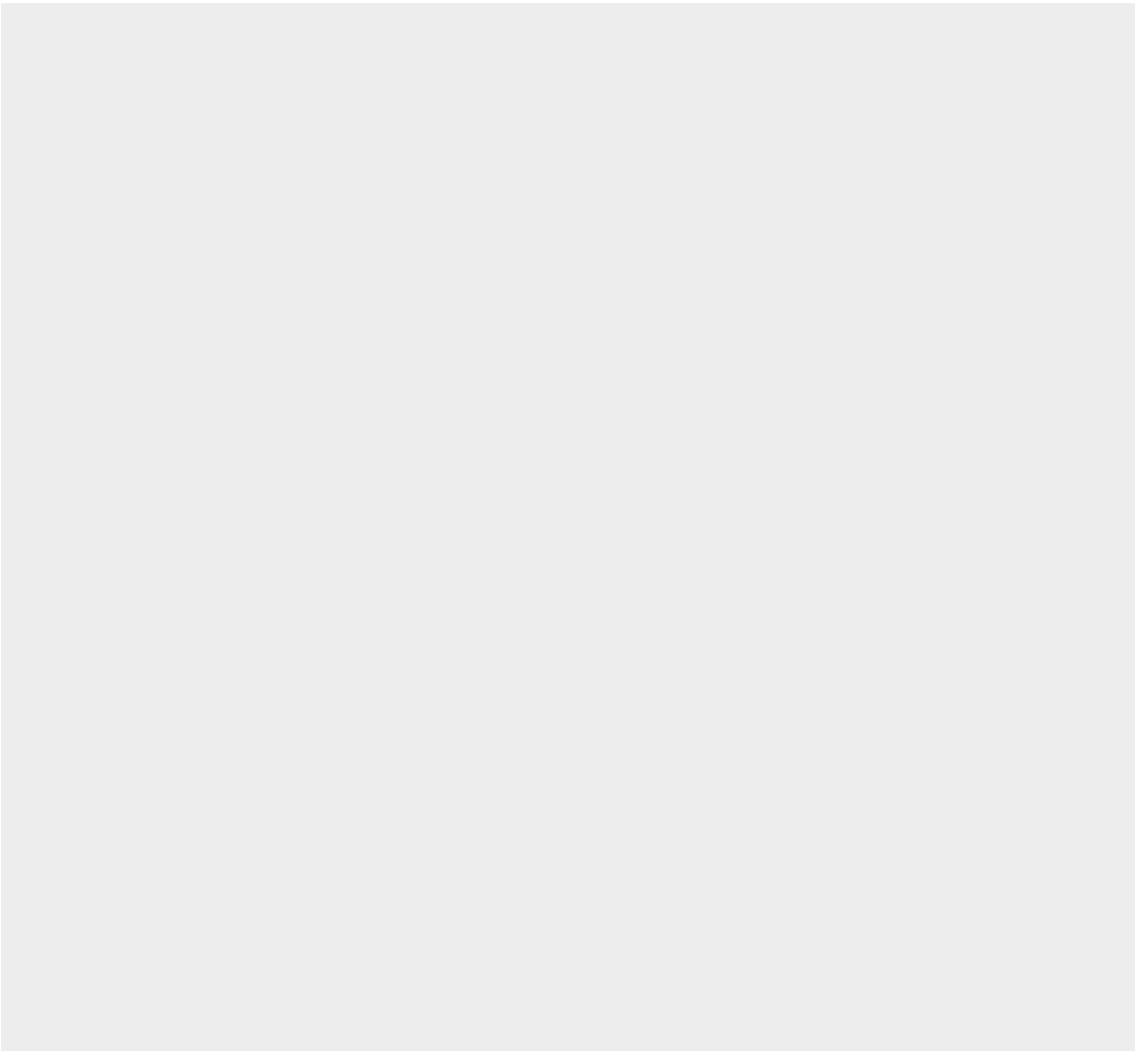
Neste número contamos com 16 artigos inéditos, de pesquisadores nacionais e internacionais, que versam, em geral de uma perspectiva interdisciplinar, sobre temas como tecnologia, cognitivismo jurídico, história do direito, direito constitucional, democracia, direitos humanos, direito internacional, direito ambiental, justiça tributária, movimento antimanicomial, ensino jurídico e filosofia do direito. Além dos artigos na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas entre janeiro e julho de 2021, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Desejamos a todos uma excelente leitura.

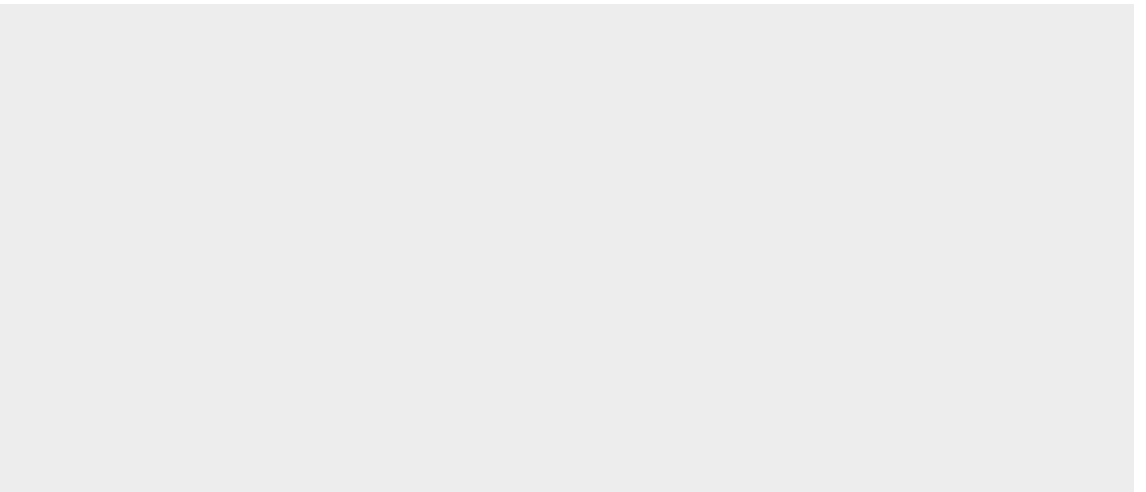
Gisele Guimarães Cittadino
Coordenadora do Programa de Pós-graduação

Noel Struchiner
Editor Responsável

Antonio Pele
Editor Responsável



Artigos



Interesses empresariais e divergências no processo de construção do Marco Civil da Internet: uma análise crítica a partir de entrevistas de campo¹

Business interests and divergences in the enactment process of the Brazilian internet rights act²: a critical appraisal based on fieldwork interviews

Alexandre Veronese*

Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

Gabriel Campos Soares da Fonseca**

Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

1 Este artigo é resultado do projeto de pesquisa de iniciação científica (PIBIC) desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), entre os anos de 2017 e de 2018. O relatório final da pesquisa foi apresentado no 24º Congresso de Iniciação Científica da UnB. Os autores agradecem ao Decanato de Pós-graduação da UnB pelo fomento financeiro recebido na forma de bolsa acadêmica, a qual foi central na concretização do presente trabalho. Os autores agradecem a revisão ortográfica e os comentários analíticos de Sophia Guimarães Franco da Silva.

2 Os autores são cientes de que o “Marco Civil da Internet” possui outras traduções bastante utilizadas, tais como: *Brazilian Internet Civil Rights Framework* ou *Brazil’s Internet Bill of Rights*. Contudo, a opção por Internet Rights Act se dá na medida em que o termo “lei”, na tradição romano-germânica, pode ser traduzido ao inglês como *act* ou como *statute*. Em suma, o Marco Civil da Internet seria uma lei setorial e específica (marco, traduzido como *act*), referindo-se a direitos subjetivos (*rights*) aplicáveis à Internet.

*Professor Associado da Faculdade de Direito da UnB, Pesquisador Associado do Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho (Portugal) e do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB, Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP/UERJ). E-mail: veronese@ccom.unb.br. Orcid: 0000-0002-2287-1005.

**Professor Associado da Faculdade de Direito da UnB, Pesquisador Associado do Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho (Portugal) e do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB, Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP/UERJ). E-mail: veronese@ccom.unb.br. Orcid: 0000-0002-2287-1005.

1. Introdução

A Internet se tornou uma variável relevante na estrutura democrática interna de diversos países, assim como nas relações internacionais desenvolvidas entre eles³. Nesse sentido, a sua ascensão comercial aliada à difusão das novas tecnologias da informação e da comunicação trouxe perspectivas ambivalentes para uma nova etapa da sociedade da informação ao redor do mundo⁴.

De um lado, esse cenário permitiu avanços positivos, tais como a diminuição de barreiras temporais e espaciais na comunicação global e a criação de um ambiente estimulante para o desenvolvimento de empreendimentos tecnológicos inovadores. De outro lado, esses efeitos positivos vêm acompanhados de desafios regulatórios complexos para todas as comunidades políticas, tais como a preservação da privacidade dos indivíduos frente a novas tecnologias de vigilância⁵ e a compatibilização do direito à liberdade de expressão com a disseminação de desinformação e de discursos odiosos em grande escala⁶.

Como consequência, o campo jurídico vem tentando se adaptar a esse contexto e apresentar respostas aos questionamentos surgidos a partir das alterações estruturais e dos impactos sociais dele originados⁷. Seja por via da publicação de estudos acadêmicos, da formulação de políticas públicas ou da construção de decisões judiciais, tornou-se imprescindível pensar em como adequar as mudanças sociais e as inovações tecnológicas trazidas pela era digital⁸ aos preceitos éticos, aos parâmetros jurídicos e aos direitos fundamentais: criando novas categorias jurídicas e/ou enquadrando esses elementos dentro dos institutos e dos preceitos legais já existentes⁹. Em suma, o debate jurídico acerca da governança e da regulação da Internet ganhou suma importância, levantando questionamentos sobre “por que,

3 VERONESE; CAPELA, 2017, p. 42.

4 CASTELLS, 2000, p. 693; WEBSTER, 2014; SERRAGLIO; ZAMBAM, 2016, pp. 131-132.

5 MENDES; FONSECA, 2020.

6 VERONESE; FONSECA, 2018.

7 MURRAY, 2019; REED, 2012.

8 BITTAR, 2019, p. 938.

9 WIENER, 2004; NETTER, 2019.

quando e como”¹⁰ regular o seu uso. Apesar de notáveis avanços, pode-se formular duas críticas em relação ao desenvolvimento desses debates jurídicos sobre regulação e governança da Internet desenvolvidos, especialmente no âmbito brasileiro.

Em primeiro lugar, tem-se produzido estudos jurídicos demasiadamente voltados para o “discurso dogmático e interno” do Direito¹¹ (v.g. qual a correta interpretação de um dispositivo legal específico¹²), os quais frequentemente ignoram ou deixam de lado o próprio processo de construção dos instrumentos normativos que regulam o espaço virtual analisados¹³. Em segundo lugar, várias discussões jurídicas sobre o tema têm reproduzido uma “retórica falha” (*flawed rhetoric*)¹⁴, porém muito usual até mesmo na literatura jurídica sobre o fenômeno da regulação em geral¹⁵, no sentido de que a regulação e a governança da Internet se fundamentam em três categorias analíticas genéricas e antagônicas: “Estado”, “mercado” e “sociedade civil”.

Apesar de úteis, não é raro observar a generalização dessas categorias analíticas, partindo-se do pressuposto de coesão dos atores que as com-

10 BAPTISTA; KELLER, 2016.

11 Esse é o diagnóstico de ZANATTA, 2015, pp. 447-448. É válido ressaltar que foco do texto desse autor é a construção de modelos regulatórios para a proteção de dados pessoais. No entanto, no plano geral, o texto chama atenção para a importância de se adotar uma perspectiva social e jurídica da regulação, em geral, da Internet, com foco nos diversos envolvidos.

12 Ignorando-se, aliás, o que há muito já ressaltou Lawrence Lessig (1999) no sentido de que os instrumentos normativos e os institutos jurídicos são apenas um dos vetores que regulam a Internet. Em verdade, eles estão acompanhados de, ao menos, três outros vetores regulatórios: a autorregulação desempenhada pelo mercado privado, as restrições e normas impostas pela sociedade, bem como a própria arquitetura tecnológica na qual “code is law”.

13 “[...]as faculdades de direito [...] praticamente ignoram a dimensão política do processo legislativo em andamento no Brasil [Marco Civil da Internet]. Ignora-se uma das mais importantes ‘nomogêneses’ (criação de normas jurídicas) da história recente do país” (ZANATTA, 2013, p. 4).

14 “[...]the ensuing debate about Internet Privacy has employed a deeply flawed rhetoric. Most policy discussions in this area are based around one or more of the following sets of alternatives. First, [...] whether our policies for cyberspace should depend on the market or the State. Second, [...] whether these policies should favor ‘bottom-up’ or ‘top-down’ regulation. [...] [T]hird, whether industry self-regulation is more desirable than a formal legal response by the State. [...] Beyond Internet privacy, the same or similar rhetorical moves are often made in the more general debate about Internet governance”. SCHWARTZ, 2000, pp. 815-816.

15 Em sentido contrário, essa insuficiência foi trabalhada por Márcio Iório Aranha (2019, pp. 99-147), que, por meio da teoria da regulação responsiva, demonstra a importância de se abordar e englobar as interseções desses atores e de seus interesses, no seio do fenômeno jurídico-regulatório como um todo.

põem, como se possuíssem pautas e demandas internas convergentes e como se estivessem em disputa apenas com os atores das demais categorias. Trata-se de ótica homogeneizadora pela qual os embates regulatórios poderiam ser esquematizados da seguinte maneira: interesses estatais *versus* interesses empresariais; interesses estatais *versus* interesses da sociedade civil; e interesses empresariais *versus* interesses da sociedade civil.

No caso da primeira diáde, ter-se-ia o clássico embate “regular e não regular”, por exemplo, envolvendo os interesses das empresas de aplicações de Internet contra a intervenção do Estado por meio de disputas tributárias ou concorrenciais¹⁶. Na segunda diáde, por sua vez, haveria a constante preocupação de que o Estado atue em prol de agendas de vigilância em massa em prol de uma formulação genérica de segurança pública. Dessa forma, essas medidas de vigilância poderiam lhe garantir maior poder sobre a governança da Internet e sobre o fluxo de informações nela existente, ao custo da restrição de liberdades fundamentais dos cidadãos¹⁷. Já no caso da terceira diáde, haveria o constante receio de captura do legislador pelo *lobby* das grandes empresas de Internet para defender seus interesses econômicos, em detrimento dos interesses da sociedade¹⁸.

O presente artigo possui o objetivo de endereçar essas duas insuficiências presentes nas discussões jurídicas sobre regulação e governança da Internet. Para tanto, realiza uma pesquisa exploratória sobre o processo de construção do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014, doravante MCI) com o intuito de fomentar agendas de pesquisa e debates jurídico-regulatórios que as ultrapassem com maior clareza.

No campo acadêmico, o debate jurídico desenvolveu relevantes discussões dogmáticas a respeito de pontos específicos do MCI, tais como:

16 YOO, 2012, p. 1147.

17 “Os pontos mais polêmicos das iniciativas de regulamentação da internet, contudo, são aqueles que buscam o controle mais amplo das formas de acesso à rede e que afetam diretamente o caráter aberto e colaborativo. Por detrás do discurso em torno da garantia de segurança das populações, de defesa da propriedade intelectual e, conseqüentemente, de combate à pirataria, iniciativas de congressistas buscam criar dispositivos para aumentar tanto as formas de controle quanto o poder estadunidense na governança da internet” (SEGURADO; LIMA; AMENI, 2015, p. 1566).

18 “Following the defeat of SOPA and PIPA, two conflicting narratives developed to describe the events. The politics-as-usual narrative interpreted the events as ‘Google and Facebook have come to town;’ the new major industry players had become new players in the same old lobbying game. The more radical narrative was that the networked public sphere had come into its own; the events reflected a new model of political organization and democratic participation. The game itself had changed, not merely its players” (BENKLER et al., 2013, p. 39).

defesas¹⁹ e críticas²⁰ ao modelo de responsabilidade civil por conteúdo gerado por terceiros e suas implicações para os direitos à liberdade de expressão; e a discussão a respeito das lacunas deixadas pelo MCI no tocante à privacidade e à proteção de dados pessoais dos cidadãos brasileiros²¹. Esses temas, ainda, reverberaram na jurisprudência (v.g. Recurso Especial nº 1.629.255, no Superior Tribunal de Justiça; e Recurso Extraordinário nº 1.010.606, no Supremo Tribunal Federal), bem como impulsionaram novas iniciativas legislativas (v.g. a Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). No entanto, conforme bem ressaltam Carlos Affonso Souza, Fabro Steibel e Ronaldo Lemos, ainda há muito a ser explorado no que diz respeito ao processo de construção legislativa do MCI em si²².

Nesse sentido, no plano específico (insuficiência nº 1), o objetivo eleito por este artigo pode expandir as pesquisas já existentes sobre o MCI, esclarecendo o ativismo e as forças motrizes por trás da construção da lei, assim como mapeando pontos de divergência entre os atores e os setores envolvidos. Quais eventos políticos marcaram a sua aprovação? Quem eram os atores envolvidos nas discussões de seus dispositivos legais? Quais eram seus interesses político-econômicos? Como eles se articularam para influenciar esse processo legislativo?²³

Por sua vez, no plano geral (insuficiência nº 2), pode expandir as discussões sobre a regulação jurídica da Internet, ao realizar uma separação analítica e a exposição pormenorizada das convergências e das divergências

19 SOUZA, 2015.

20 THOMPSON, 2012; TOMASEVICIUS FILHO, 2016.

21 MENDES, 2016; BARRETO JUNIOR; SAMPAIO; GALLINARO, 2018.

22 “*The literal interpretation of a law tell us very little about its driving forces, the agents interested in its enactment and their deeper motivations. Therefore, several questions remain regarding the legislative process conductive to a specific law [...] the Brazilian Internet Bill of Rights provides several opportunities to better understand how a law is created, who the relevant stakeholders interested in its approval are, and how they contribute throughout the process*”. SOUZA; STEIBEL; LEMOS, 2017, pp. 2-3.

23 No plano acadêmico, as iniciativas jurídicas voltadas a essa discussão estão essencialmente relacionadas com trabalhos densos, porém capitaneados pelos próprios juristas envolvidos na escrita do MCI, como Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Souza (SOUZA; LEMOS, 2016; LEITE; LEMOS, 2014), Guilherme Almeida (2015) e Paulo Santarém (2010). Não por acaso, eles foram entrevistados pelos demais pesquisadores. Não há qualquer demérito, porém, elas demonstram certa distância dos trabalhos jurídicos com a temática, para além dos que estavam efetivamente envolvidos com ela. Ao menos na revisão feita pelos autores deste artigo, o único trabalho de Direito encontrado com esse enfoque no processo de construção legislativa, desvinculado de quem redigiu o MCI, é o de Francisco Cruz (2015). Ainda, como será posteriormente apresentado, essa perspectiva atraiu vários trabalhos nas demais áreas das Ciências Sociais.

entre os atores que compõem essas categorias analíticas mais genéricas. Isto é, elucidando sua formulação homogênea e simplista não consegue captar as divergências internas (v.g. a disputa de interesses entre atores do setor empresarial) dos atores que compõem essas categorias, assim como as convergências externas entre os envolvidos (v.g. a confluência de interesses político-econômicos entre atores estatais e atores de um determinado setor empresarial ou a aproximação de pautas da sociedade civil com os interesses político-econômicos de certo setor empresarial).

No que diz respeito à abordagem metodológica adotada pela pesquisa para endereçar o objetivo mais específico, combinaram-se técnicas de revisão bibliográfica com técnicas de análise documental para desenvolver a primeira parte do texto. Realizou-se, portanto, uma revisão crítica de trabalhos acadêmicos sobre o processo de mobilização política e construção legislativa do MCI²⁴. De forma complementar, foi realizada a análise de documentos importantes para esse mapeamento: projetos de lei, posicionamentos do relator do projeto, manifestações *on-line*, os sítios eletrônicos das consultas públicas, entre outros.

Já quanto ao objetivo mais geral do texto, abordado na segunda seção do trabalho, conduziu-se pesquisa empírica de viés qualitativo, por meio da técnica de entrevistas com roteiro semiestruturado (vide anexo deste texto), abarcando três representantes de setores empresariais²⁵. Como se percebe, o recorte metodológico realizado foi o da categoria analítica “mercado”. Desse modo, pretendeu-se investigar, em caráter ainda eminentemente exploratório, possíveis dissensos entre os atores empresariais e os seus interesses político-econômicos durante o processo de construção da legislação, em vez de generalizar “mercado” ou “interesses empresariais” como um bloco único, coeso e homogêneo.

O presente trabalho está dividido em duas partes, além desta introdução e da conclusão. Na primeira seção, reconstrói-se sucintamente o cenário sócio-político que influenciou a construção do MCI, marco regulatório

24 Apesar de escasso no campo das pesquisas jurídicas, esse mapeamento foi bem desenvolvido nas demais áreas das Ciências Sociais: O'MALEY, 2015; SOLAGNA, 2015; SILVEIRAS, 2014; PAPP, 2014; FERREIRA, 2014; BRAGATTO; SAMPAIO; NICOLAS, 2015. Destaque-se também que apenas o trabalho de Pedro Abramovay (2017) foi produzido por alguém envolvido na produção do MCI, entre essas investigações de outras áreas das Ciências Sociais.

25 Os apontamentos metodológicos acerca de como foi realizada tal pesquisa qualitativa estão descritos na segunda parte deste trabalho, mais especificamente na subseção 3.1 do texto.

desenvolvido por meio de ferramentas digitais participativas. Mais adiante, descreve-se e analisa-se criticamente a movimentação política desempenhada por atores-chave das categorias “sociedade civil”, “Estado” e “mercado” no processo de tramitação legislativa do MCI, bem como seus posicionamentos nos temas de maior destaque e de maior embate. Na segunda seção, a partir do mapeamento bibliográfico explicitado na seção anterior, exploram-se as divergências internas entre os atores empresariais (“mercado”) que participaram do processo de construção desse marco regulatório, também pontuando as convergências externas entre atores das categorias “Estado”, “sociedade civil” e “mercado”.

Conclui-se, em primeiro lugar, pela importância de se fomentar estudos jurídicos interessados no mapeamento das interações políticas e dos processos sociais complexos por trás dos marcos regulatórios e dos dispositivos legais que disciplinam juridicamente o espaço virtual. Em segundo lugar, conclui-se pela necessidade de pautar as discussões sobre regulação da Internet com maior grau de sofisticação, sobretudo na análise das categorias analíticas usualmente utilizadas. Não se trata de abandonar a divisão “Estado”, “mercado” e “sociedade civil”, mas sim de pormenorizar os atores que as compõem, sem os tratar acriticamente como se fossem blocos coesos e homogêneos.

2. Reconstruindo o Marco Civil da Internet

1.1 Os primórdios do Marco Civil da Internet

Pode-se dizer que o MCI surgiu, sobretudo, como reação à tentativa de criminalização excessiva de condutas e de práticas comuns no mundo virtual. Segundo a literatura, esse intuito vinha sendo capitaneado pelo Projeto de Lei (PL) nº 84/1999, originalmente proposto pelo Deputado Luiz Piauhyliño (PSDB/PE), porém que ganhou força por meio do substitutivo PL nº 89/2004, apresentado pelo Senador Eduardo Azeredo (PSDB/MG). Consequentemente, esse PL se tornou popularmente conhecido como a “*Lei Azeredo*” e apresentava um caráter punitivo contundente. Em verdade, segundo as análises do período, ele faria com que mais de 60% dos brasileiros subitamente tornassem-se criminosos em razão de seus atos na rede digital²⁶.

26 Essa é a leitura de SALDÍAS, 2015, p. 3.

Como reação a essa proposta, acadêmicos e entidades da sociedade civil envolvidos no debate sobre a regulação e a governança da Internet se movimentaram intensamente para organizar manifestações contrárias ao PL, referindo-se a ele como o “AI-5 digital”²⁷. Com o alegado objetivo de proteger a segurança pública e os dados eletrônicos dos indivíduos, a “Lei Azeredo” apostava na tipificação penal de condutas *on-line* como estratégia regulatória. No entanto, os opositores ao PL entendiam que, ao adotar abordagem penal abrangente, a “Lei Azeredo” poderia comprometer uma série de outros direitos fundamentais (v.g. Liberdade de expressão e privacidade), assim como distorcer a própria lógica descentralizada e aberta da Internet.

Não por acaso, no mês de maio de 2007, em matéria para o jornal Folha de São Paulo, Ronaldo Lemos cunhou o termo “marco civil” pela primeira vez. A sua manifestação pode ser lida como uma síntese da mobilização inicial contra o PL: “é preciso primeiro que se aprenda com a regulamentação civil, para a partir de então propor medidas criminais que possam alcançar sua efetividade, sem onerar a sociedade como um todo”²⁸.

Assim, a ideia central dos opositores à “Lei Azeredo” era a de que seria preciso demarcar os direitos e as liberdades dos cidadãos no ambiente virtual, antes de restringir e criminalizar condutas e práticas comuns nesse espaço. Em síntese, propunha-se delimitar legislativamente os direitos e os deveres dos cidadãos na Internet. Desse modo, as liberdades e os direitos fundamentais estariam garantidos. Entretanto, acordos e de consensos seriam necessários para que essas previsões pudessem coexistir com os modelos de negócio de atores econômicos privados (e.g. a proteção de direitos autorais) e com a tarefa do Estado de reprimir atividades criminosas e conduzir investigações preventivas, por exemplo.

Esse debate se expandiu em atos públicos, petições *on-line* e movimentos como o “Mega Não; diga não ao vigilantismo”²⁹. Tudo isso para conter o alegado viés punitivo presente no PL do Senador Azeredo. Contudo, entre 2007 e 2008, a mencionada mobilização social ainda era débil e não contava com um apoio consolidado do governo federal vigente. Desse modo, o PL do Senador Azeredo ganhou espaço nas comissões do Poder Legislativo,

27 SANTARÉM, 2010, p. 80; ABRAMOVAY, 2017, p. 57; SOLAGNA, 2015, p. 64.

28 LEMOS, 2007.

29 O’MALEY, 2015, pp. 53-54; CRUZ, 2015, p. 50; ABRAMOVAY, 2017, p. 58; FERREIRA, 2014, p. 87.

especialmente graças à pressão do setor bancário e da Polícia Federal em favor de uma legislação mais dura no combate aos crimes cibernéticos³⁰.

No entanto, em junho de 2009, na cidade de Porto Alegre, o então Presidente da República proferiu um discurso no Fórum Internacional do Software Livre. Essa fala mudou o cenário político ao demarcar o apoio do Governo Federal com relação ao pleito dos ativistas mencionados³¹:

Essa Lei não visa corrigir abusos de internet. Ela, na verdade, quer fazer censura. O que nós precisamos, companheiro Tarso Genro [Ministro da Justiça à época], quem sabe seja mudar o Código Civil, quem sabe seja mudar qualquer coisa. O que nós precisamos é responsabilizar as pessoas que trabalham com a questão digital, com a internet, mas não proibir ou condenar³².

Como se percebe, o acontecimento foi também importante na medida em que fixou a competência do Ministério da Justiça para tratar do assunto em detrimento do Ministério das Comunicações, capitaneado à época pelo Ministro Hélio Costa (PMDB/MG), o qual era menos aberto a essas mobilizações e reivindicações³³.

2.2 As consultas públicas *on-line*

Em 2009, a partir de atuação conjunta do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas (CTS/FGV) e da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), lançou-se a ideia de realizar consultas públicas *on-line* para a construção do anteprojeto desse MCI, tendo o Ministério da Justiça se utilizado da plataforma *on-line* “*Cultura Digital*”, desenvolvida pelo Ministério da Cultura³⁴.

Com força na “cultura do software livre”, o intuito de seus idealizadores era elaborar um PL inovador a partir de um processo colaborativo e aberto. É dizer: elaborar o Projeto de Lei, valendo-se da própria Internet como espaço de deliberação democrática e de engajamento participativo

30 ABRAMOVAY, 2017, p. 56; FRASSÃO; ENOMOTO, 2016, p. 165.

31 PAPP, 2014, p. 32.

32 BRASIL, 2009.

33 SILVEIRAS, 2014, p. 97.

34 SOLAGNA, 2015, pp. 73-74; LEMOS, 2014.

dos envolvidos³⁵. Essa construção colaborativa permitiu que os atores interessados não só contribuíssem com suas sugestões para a lei, como também que dialogassem entre si por meio de comentários na plataforma³⁶.

A consulta *on-line* para elaboração do MCI se dividiu em duas fases. Na primeira fase, originada em outubro de 2009 e aberta por aproximadamente quarenta e cinco dias, buscou-se coletar opiniões e orientações gerais sobre temas mais amplos de regulação e de governança da Internet, tais como neutralidade de rede e responsabilidade civil de provedores. Além disso, discutiram-se quais princípios e direitos deveriam nortear o uso e o funcionamento da Internet no país, a exemplo da liberdade de expressão e da privacidade³⁷.

A parte principiológica do anteprojeto disponibilizado se baseava, essencialmente, no “*Decálogo da Internet*” apresentado pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br)³⁸. Os dez princípios de governança e de uso da Internet que constavam no referido documento são os seguintes: “liberdade, privacidade e direitos humanos; governança democrática e colaborativa; universalidade; diversidade; inovação; neutralidade da rede; inimizabilidade da rede; funcionalidade, segurança e estabilidade; padronização e interoperabilidade; e, ambiente legal e regulatório”³⁹.

Foram recebidos mais de seiscentos e oitenta e seis comentários diretos na plataforma e um total de oitocentas contribuições⁴⁰. Os responsáveis

35 ZAGANELLI; MIRANDA, 2017, p. 639; ABRAMOVAY, 2017, p. 69.

36 PEREIRA, 2015, pp. 84-85.

37 SILVEIRAS, 2014, p. 111; ABRAMOVAY, 2017, p. 81. Cumpre ressaltar que, apesar de dividido em tópicos mais específicos, o texto inicial da consulta pública girava em torno de três eixos: direitos individuais e coletivos; responsabilidade dos atores; diretrizes governamentais.

38 O CGI gerencia o NIC.br – Núcleo de Informação e Comunicação do ponto BR, o qual realiza a atribuição de nomes e números para os domínios do tipo ccTLD (*country code top-level domain*) “.br”. Assim, todos os registros genéricos “.br” são geridos pelo NIC.br, cuja supervisão cabe do CGI.br. A opção brasileira foi criar um comitê no cerne da sociedade civil, no qual há a participação de vários representantes dos diversos setores, desde do mundo acadêmico e científico, passando por empresas e representantes do Estado. Na prática, contudo, o CGI.br não se resumiu a ser uma mera entidade cartorial. Ao contrário, ele tem envidado esforços para apoiar o debate sobre governança da Internet no Brasil, bem como para investir no seu desenvolvimento. É relevante frisar, ainda, que o CGI.br possui um modelo de gestão multissetorial, que se apresenta como, cada vez mais, usual em entidades semelhantes no mundo, mesmo que elas tenham origens estatais, como ocorre na Argentina e no México. Vide HOLMES; ANASTÁCIO, 2020; REVISTA FONTE, 2014.

39 CGI, 2020.

40 BRAGATTO; SAMPAIO; NICOLAS, 2015, p. 135.

pelo processo analisaram individualmente cada contribuição para identificar as diretrizes que guiariam a criação da posterior “Minuta de Anteprojeto de Lei para Debate Colaborativo”. Aliás, segundo a análise de Bragatto, Sampaio e Nicolas⁴¹, na primeira fase, o tema de maior dissenso e com a maior quantidade de comentários foi o da privacidade e da proteção de dados pessoais. Essa constatação reflete justamente o debate iniciado com o combate à “Lei Azeredo”, haja vista uma narrativa de contraposição entre a vigilância governamental e a necessidade de proteger os direitos dos cidadãos⁴².

Na segunda fase, realizada até 30 de maio de 2010, o objeto de consulta passou a ser a supracitada “Minuta de Anteprojeto”. O documento disponibilizado contava com trinta e quatro artigos, divididos em cinco capítulos: disposições preliminares; dos direitos e garantias dos usuários; da provisão de conexão e de serviços de Internet; da atuação do poder público; e, disposições finais”.

Na plataforma, o público poderia comentar cada um dos capítulos, seções, artigos, parágrafos e incisos, bem como poderia se manifestar sobre as demais contribuições feitas por outros usuários⁴³. Segundo Souza, Steibel e Lemos⁴⁴, que estavam envolvidos nesse processo, houve a preocupação em avaliar o conteúdo das contribuições e, também, o grau de participação dos diferentes atores (*stakeholders*) envolvidos. Por essa razão, os referidos autores justificam que participaram de diferentes conferências, *workshops* e reuniões a fim de atrair a maior diversidade possível de atores e de setores para o processo.

No entanto, conforme destaca Raphael Silveiras⁴⁵, “tendo em vista a população nacional, a quantidade de participações [foi] irrisória”. Consequentemente, no entender dele, seria provável que “muitos atores que teriam importantes contribuições não foram ouvidos por não estarem vinculados ao raio de ação dos organizadores do Marco Civil”. Não obstante, conforme Silveiras continua, “isso não invalida a consulta”, pois deve ser observada dentro de seu próprio contexto. A título de exemplo sobre a

41 2015, p. 137.

42 ABRAMOVAY, 2017, p. 94.

43 LEMOS et al., 2015; SILVEIRAS, 2014, pp. 116-118.

44 2017, p. 9.

45 2014, p. 120.

atenção às opiniões apresentadas durante a própria consulta, os comentários expostos na plataforma foram decisivos na alteração do sistema de responsabilidade civil de provedores posteriormente previsto no MCI⁴⁶.

Ao fim da segunda fase, três pontos de natureza ampla se notabilizaram nas discussões promovidas: privacidade e proteção de dados pessoais; neutralidade de rede; e liberdade de expressão⁴⁷. Esses três pontos eram o “tripé do Marco Civil da Internet”⁴⁸. Segundo a literatura, portanto, esses foram exatamente os principais eixos que delinearão a redação final do MCI⁴⁹. Nesse cenário, Francisco Cruz indica que, entre eles, dois temas mais específicos conduziram fortemente os debates:

[...] o eventual dever de retenção de dados para identificação de usuários de Internet [relacionado ao eixo da privacidade e proteção de dados pessoais] e o modelo de responsabilização de provedores por conteúdo hospedado em sua plataforma, mas gerado por terceiros [relacionado fortemente com o tema da liberdade de expressão]⁵⁰.

A consulta se encerrou em 2010, último ano do segundo governo do Presidente Lula (PT). A despeito disso, o texto final e a exposição de motivos da lei somente foram encaminhados, em 2011, à Presidente Dilma Rousseff (PT), que os enviou ao Congresso Nacional em agosto do mesmo ano (Projeto de Lei nº 2.126/2011).

2.3 O ativismo político em torno da tramitação legislativa do MCI

Em linhas gerais, o objetivo dos idealizadores do MCI era o de se estabelecer um diploma legal com dupla função. Primeiro, a lei deveria demarcar civilmente os direitos e os deveres dos cidadãos no ambiente virtual, em

46 Ele passou de um sistema de *notice and take down* (responsabilidade do provedor, caso ele falhasse em retirar um conteúdo ilícito, após a notificação privada da vítima para tanto) para um sistema de *judicial order and take down* (sistema consolidado no art. 19 do atual texto, que demanda a não obediência a uma ordem judicial de retirada de conteúdo, para que o provedor seja responsabilizado). SOUZA; STEIBEL; LEMOS, 2017, p. 10.

47 SILVEIRAS, 2014, p. 123.

48 SOLAGNA, 2015, p. 82.

49 SALDÍAS, 2014, p. 1.

50 CRUZ, 2015, p. 81; SANTARÉM, 2010, p. 108.

contraposição a uma regulação criminal. Segundo, a lei deveria ser um exemplo de governança multissetorial da Internet de modo a equilibrar os variados interesses envolvidos, tais como: os das empresas privadas de distintos setores; os dos atores estatais de cunho político (v.g. Casa Civil da Presidência da República) e de atuação investigativa (v.g. Polícia Federal); os interesses das instituições de governança técnica (e.g. CGI); e, em especial, os interesses da assim chamada “sociedade civil”⁵¹.

Segundo expõe Laura DeNardis, a justificativa para essa lógica multissetorial deriva do fato que “do ponto de vista técnico e administrativo, a governança da Internet envolve o desenho e a administração da arquitetura técnica da rede e o desenvolvimento de políticas públicas substantivas dirigidas aos pontos de controle técnico”.⁵² Entre os modelos disponíveis, o modelo multissetorial (*multi-stakeholderism*) se destaca por apresentar “um constante equilíbrio dinâmico de poderes entre a indústria privada, as instituições internacionais de governança técnica, os governos nacionais e a sociedade civil, necessário para criar condições democráticas para liberdades econômicas e de expressão *on-line*”⁵³.

No entanto, era evidente que a discussão no Congresso Nacional poderia alterar esses dois objetivos⁵⁴, sobretudo a partir dos distintos graus de influência política que os atores envolvidos dispunham no Poder Legislativo, bem como de mudanças ministeriais ocorridas⁵⁵.

Em março de 2012, o projeto inicial do MCI (Projeto de Lei nº 2.126/2011) começou a formalmente tramitar na Câmara, tendo como relator designado o Deputado Federal, Alessandro Molon (PT/RJ, hoje PSB/RJ). A relatoria de Molon foi essencial para recolocar o tema em pauta, pois o Deputado se apoiou em meios de pressão para tanto. Por exemplo, realizando audiências públicas, dentro e fora de Brasília, e reunindo representantes de diversos setores interessados na aprovação da lei. Além disso,

51 LEMOS et al., 2015.

52 DENARDIS, 2013, p. 42. Tradução livre. No original: “*from a technical and administrative standpoint, Internet governance involves the design and administration of technical architecture and the enactment of substantive public policy issues at technical control points*”.

53 DENARDIS, 2013, p. 44. Tradução livre. No original: “[...] *a constantly shifting balance of powers between private industry, international technical governance institutions, governments, and civil society is necessary to create democratic conditions for online economic and expressive liberty*”.

54 SOUZA, STEIBEL, LEMOS, 2017, p. 10; ABRAMOVAY, 2017, pp. 122-123.

55 ABRAMOVAY, 2017, pp. 110-111, 127; SOLAGNA, 2015, p. 85.

desde o início, Molon considerou a Internet como uma ferramenta colaborativa capaz de estimular a participação ativa e direta dos inúmeros atores sociais envolvidos. Com isso, estabeleceu nova consulta pública *online*, por meio da plataforma digital “e-democracia”, destinada à discussão de textos e de relatórios preliminares do MCI⁵⁶.

Em 2012, parecia desfavorável o cenário para aprovação da lei, nos termos da primeira versão apresentada por Alessandro Molon e com a preservação dos objetivos originais. Essencialmente, esse impasse decorria de três fatores. Primeiro, a resistência do setor de telecomunicações ao tema da neutralidade de rede, especialmente com o incremento da articulação política do setor a partir da estruturação do SindiTeleBrasil em Brasília. Segundo, a resistência do setor de mídia, criação e produção de conteúdo em relação aos dispositivos legais sobre direitos autorais, liderada pela movimentação política da Rede Globo. Terceiro, o escândalo envolvendo a atriz Carolina Dickmann que reacendeu as discussões, na sociedade e no legislativo, sobre a necessidade de serem criados novos tipos penais para condutas enquadradas como “crimes informáticos”⁵⁷. Com essa conjuntura, os políticos e os ativistas a favor do MCI tiveram que fazer acordos.

Por um lado, eles apoiariam a aprovação da “Lei Carolina Dickmann” (Lei nº 12.737/2012), legislação penal que tipificava condutas no meio virtual. Porém, de outro lado, eles conseguiriam definitivamente afastar a proposta da “Lei Azeredo”, vista por seus opositores como mais prejudicial à liberdade na Internet. Em paralelo, o Deputado Alessandro Molon apresentou nova versão do PL que basicamente retirava o tema dos direitos autorais do MCI e que, portanto, atendia aos interesses político-econômicos do setor de criação e difusão de conteúdo, como a Rede Globo. Esse movimento legislativo foi extremamente importante, uma vez que angariou o apoio desse setor empresarial em torno da aprovação do MCI. Ou seja, a retirada do tema dos direitos autorais também retirou um ator de peso contra a sua aprovação⁵⁸.

A despeito disso, foi no ano de 2013 que ocorreu a verdadeira “janela de oportunidade”⁵⁹ para a aprovação do MCI, alinhando perspectivas

56 SOLAGNA, 2015, p. 86. CRUZ, 2015, p. 91.

57 ABRAMOVAY, 2017, pp. 122-128; SOLAGNA, 2015, pp. 86- 92.

58 ABRAMOVAY, 2017, pp. 132-134.

59 SOLAGNA, 2015, p. 93; O'MALEY, 2015, pp. 68-95.

favoráveis tanto no cenário político mundial, quanto no plano doméstico. Em primeiro lugar, em junho de 2013, houve o conjunto de manifestações de grandes proporções, denominadas “jornadas de junho”⁶⁰. Esse evento abalou, ao menos em alguma medida, a força da “velha política institucional” e, sem dúvidas, mostrou a importância da Internet e das redes sociais na tarefa de mobilizar pautas políticas e de difundir informações relevantes. Em segundo lugar, o mundo assistiu ao caso Edward Snowden (ou, caso PRISM; ou, caso NSA, *National Security Agency*) no qual foram reveladas medidas de vigilância generalizada do governo dos EUA sob as comunicações de diversos países⁶¹. Incluindo-se, nesse contexto, a “espionagem” de integrantes do governo brasileiro, o qual repudiou o acontecimento com veemência e procurou oferecer respostas ao ocorrido.

Esses eventos ampliaram a influência de demandas dos atores enquadrados dentro da categoria “sociedade civil” nas discussões legislativas do MCI, bem como tornaram a regulação da Internet uma pauta crucial na agenda política do Governo Federal vigente. Por conseguinte, segundo a literatura, a aprovação do MCI passou a ser tratada como uma resposta governamental a esses acontecimentos, um ato político de reafirmação da soberania brasileira⁶². Não por acaso, em setembro de 2013, a Presidente Dilma determinou que o PL do MCI tramitasse em regime de urgência. Como será visto na segunda seção deste trabalho, a aceleração da tramitação fez com que os interesses contrapostos dos atores (*stakeholders*) envolvidos fossem salientados e, conseqüentemente, que eles disputassem os temas que seriam consolidados no texto da futura Lei nº 12.965/2014 com maior intensidade⁶³.

Assim, após inúmeros adiamentos e entraves na Câmara dos Deputados, o PL foi aprovado, em 25 de março de 2014, de forma quase unânime (apenas o antigo Partido Popular Socialista, hoje, Cidadania, votou contrariamente). No Senado Federal, por sua vez, o PL teve uma “tramitação relâmpago” que culminou em sua aprovação, já na data de 22 de abril de 2014. No dia seguinte, o PL foi simbolicamente sancionado pela Presidente Dilma Rousseff durante o evento NETMundial, realizado em São Paulo

60 MENDONÇA, 2018.

61 HAIM; WEIMANN; BROSIUS, 2018.

62 LEMOS et al., 2015.

63 Para um relato completo, vide: SOLAGNA, 2015, pp. 100-119.

e proposto por ela e pelo Presidente da ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)⁶⁴, Fadi Chehadé, no ano anterior. Cumpre destacar que o evento contava com importantes líderes mundiais e possuía o objetivo precípua de delinear princípios e diretrizes sobre a regulação e a governança multissetorial da Internet ao redor do globo. Portanto, percebe-se que a aprovação do MCI e sua sanção durante o evento não só era desejada como foi festejada pelo Governo Federal brasileiro. Tratava-se de resposta política e institucional ao escândalo de espionagem derivado do caso Edward Snowden, de 2013⁶⁵.

Após expor as linhas gerais da aprovação do MCI, a próxima seção será dedicada à análise pormenorizada dos conflitos entre os interesses dos atores empresariais envolvidos nesse processo de construção legislativa.

3. Interesses empresariais no MCI: uma análise exploratória sobre os pontos de divergência entre os atores privados envolvidos

O objetivo desta segunda seção é o de explorar a insuficiência das referidas categorias genéricas à luz dos eventos narrados sobre a construção do MCI. Como já adiantado, o enfoque deste trabalho diz respeito às divergências internas existentes na categoria analítica “mercado”. Esse recorte metodológico se deu porque, mesmo nas pesquisas previamente mapeadas e já mencionadas, as entrevistas de campo conduzidas estavam mais interessadas na coleta de opiniões e de experiências dos acadêmicos, dos ativistas (“sociedade civil”) e dos agentes estatais (“Estado”) envolvidos no processo político-legislativo, tais como: Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Souza, Pedro Abramovay, Sergio Amadeu, Guilherme de Almeida, Alessandro Molon, Ivo Correa, Paulo Rená Santarém, Demi Getschko, entre outros deputados, ativistas e articuladores políticos.

Por conseguinte, apesar de reconhecer que os interesses empresariais em torno do MCI foram bem descritos pelas pesquisas mapeadas, observou-se que os atores da categoria “mercado” foram pouco ouvidos

64 Trata-se da entidade coordenadora do sistema internacional de gestão do sistema de nomes de domínio (DNS, no acrônimo em inglês para *Domain Name System*).

65 Todas as informações apresentadas no referido parágrafo foram extraídas das entrevistas conduzidas por SOLAGNA, 2015, pp. 120-127.

nas entrevistas conduzidas⁶⁶. Isso, até mesmo em razão do enfoque metodológico desses trabalhos, calcado na análise da rede de ativismo político gerada para a aprovação do MCI e no seu processo de construção com caráter *multistakeholder*. Nesse sentido, entendeu-se que seria produtivo direcionar o recorte desta pesquisa em relação aos interesses empresariais em torno do Marco Civil da Internet. É que, com isso, acreditou-se que os resultados da investigação poderiam apontar para um nicho pouco explorado pelos debates acadêmicos sobre o MCI, mesmo nas demais Ciências Sociais, concretizando o intuito exploratório da presente pesquisa.

A atual seção está dividida da seguinte forma. Primeiro, esclarece-se quem eram os atores envolvidos e quais eram seus posicionamentos nos temas destacados pela literatura como de maior relevância. Depois, expõem-se a metodologia e o intuito das entrevistas de campo conduzidas pelos autores do presente texto. Em seguida, tem-se a análise dessas divergências, cotejando os resultados das entrevistas com a literatura pertinente.

3.1 Mapeamento dos atores privados e apontamentos metodológicos das entrevistas

A partir dos quadros analíticos das pesquisas de Ronaldo Lemos⁶⁷ e de Fabricio Solagna⁶⁸, constatou-se a presença de sete conjuntos de atores atuantes no debate legislativo do MCI, bem como sete tópicos de destaque nessas discussões. O quadro abaixo detalha os atores e seus posicionamentos sobre os tópicos, assim como destaca o resultado final dos temas no texto aprovado:

66 Salvo melhor juízo e até onde foram as pesquisas dos autores, as únicas exceções são: a tese de doutorado de Pedro Abramovay, cujo foco também não era o setor privado, entretanto, entrevistou Eduardo Levy, Presidente do SindiTeleBrasil, no período das discussões do MCI (ABRAMOVAY, 2017, p. 4); e o livro/reportagem de Anna Papp (2014) que entrevistou atores diversos, pois tinha seu trabalho voltado à cobertura jornalística do processo em geral, o que, em razão disso, não tinha como foco central as divergências entre os atores privados.

67 LEMOS, 2014.

68 SOLAGNA, 2015.

Quadro 1: Posicionamento dos atores sobre tópicos de maior debate e o seu resultado no texto legislativo aprovado.

Atores	Temas legislativos						
	Neutralidade de rede	Alta proteção à privacidade	Respo. civil dos provedores (ordem judicial e liberdade de expressão)	Retenção de dados (guarda de logs de conexão)	Guarda de dados por servidores (<i>datacenter</i>)	Ordem judicial para remoção de conteúdo por violar direitos autorais	Notificação simples para retirada de <i>revenge porn</i>
Empresas de telecom. (SindicatoTeleBrasil)	Contra	Contra	Neutro	Neutro	Neutro	Neutro	Neutro
Sociedade civil (ativistas e acadêmicos)	Favorável	Favorável	Favorável	Contra	Contra	Favorável	Contra
Empresas multinacionais de Internet (Google, Facebook, dentre outras)	Neutro	Contra	Favorável	Neutro	Contra	Favorável	Neutro
Empresas brasileiras de Internet (ABRANET)	Favorável	Contra	Favorável	Contra	Contra	Favorável	Neutro
Empresas de rádio e de televisão (ABERT)	Favorável	Favorável	Favorável	Neutro	Neutro	Contra	Neutro
Governo federal (Min. da Justiça e Casa Civil da Presidência)	Favorável	Neutro	Neutro	Favorável	Favorável	Neutro	Favorável
Polícia Federal e Ministério Público	Neutro	Contra	Contra	Favorável	Favorável	Contra	Favorável
Resultado do processo legislativo	Aprovado	Aprovado parcialmente	Aprovado	Aprovado	Não aprovado	Não aprovado	Aprovado

Fonte: Elaboração própria, a partir de SOLAGNA (2015)⁶⁹ e de LEMOS (2014).

69 A reformulação do quadro se deve a algumas adaptações quanto àquele feito por Fabrício Solagna, o qual traduziu para o português o de Ronaldo Lemos igualmente adaptando-o. A primeira alteração se refere ao posicionamento da ABRANET – Associação Brasileira de Internet – quanto à necessidade de ordem judicial para remoção de conteúdo por violação a direitos autorais. A partir do quadro original de Lemos, que prevê “safe harbor for copyright” e da leitura de outras pesquisas (CRUZ, 2015, p. 101; ABRAMOVAY, 2017, p. 13), chegou-se à conclusão de

Após o mapeamento acima, os agentes empresariais (“mercado”) foram divididos em quatro categorias: empresas do setor de telecomunicações; empresas multinacionais provedoras de conteúdo e de aplicações na Internet; empresas nacionais provedoras de serviços, aplicações e informações na Internet; e, empresas do setor de rádio e televisão.

Uma ressalva jurídica importante para a compreensão dessa divisão é a de que o MCI diferencia os provedores de conexão à Internet dos provedores de aplicações de Internet, até mesmo para fins de responsabilização civil pelo conteúdo gerado por terceiros ao utilizar seus serviços (art. 18 e 19 do MCI). O primeiro grupo se refere às empresas responsáveis pelo fornecimento da infraestrutura de conexão à Internet - podendo se confundir, muitas vezes, com as empresas de telecomunicações (v.g. Telefônica, Claro, OI, etc.). Em síntese, são os encarregados pela “habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP” (art. 5º, V, do MCI). O segundo grupo, por sua vez, oferta serviços gerais, desde redes sociais, armazenagem de dados, até serviços de correio eletrônico. Trata-se do “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII, do MCI).

Demais disso, como exposto na seção anterior e ilustrado no quadro acima, três grandes eixos temáticos foram destacados pela literatura como os de maior relevância nos debates do MCI. O primeiro se refere à proteção da privacidade e aos dados pessoais, englobando as discussões de guardas de dados (*datacenters*) e de retenção de dados (*logs*). O segundo diz respeito à neutralidade de rede. E o terceiro trata da remoção de conteúdo na Internet, cuja discussão envolve a proteção da liberdade de expressão e o seu choque com outros bens juridicamente tutelados (v.g. intimidade, privacidade, honra e direitos autorais).

Conforme bem ressaltam Gary King, Robert Keohane e Sidney Verba⁷⁰, em qualquer pesquisa nas Ciências Sociais, um passo de grande relevo é justamente a transparência dos autores acerca do processo de coleta e de análise dos dados, ou seja, os apontamentos metodológicos sobre a in-

que a Associação era favorável à necessidade de ordem judicial para remoção de conteúdo que viole direitos autorais (ou seja, “a favor”, e não “contra”). Além disso, foram alterados alguns títulos como “alta proteção à liberdade de expressão” para “Resp. Civil de Provedores de Internet (ordem judicial/lib. de expressão)”.

70 KING; KEOHANE; VERBA, 1994, p. 51.

investigação conduzida. Trata-se de tarefa fundamental na medida em que permite com que outros pesquisadores analisem as conclusões realizadas. Essa exposição permite, também, que os próprios autores possam explicar com clareza as limitações da pesquisa. Nesse sentido, vale ressaltar que a pesquisa possui caráter de generalização limitado, sobretudo em virtude do número reduzido de entrevistados em comparação com as dissertações e as teses que optaram pelo mesmo método⁷¹.

No entanto, as entrevistas de campo foram conduzidas propositalmente com o intuito de investigar, em caráter ainda exploratório, a narrativa de atores que foram pouco ouvidos pela literatura já existente sobre o MCI. O objetivo era justamente contribuir com a expansão dessa agenda de pesquisa. Demais disso, as entrevistas foram essenciais para o segundo ímpeto deste trabalho: o de indicar, ao menos no que diz respeito ao âmbito específico do MCI, uma insuficiência de tratar genericamente categorias analíticas como “interesses empresariais” ou “mercado”, como se representassem um bloco único e coeso. Em igual sentido, esse argumento pode auxiliar o referencial teórico de futuras pesquisas sobre iniciativas regulatórias voltadas ao espaço virtual.

Almejando explorar os posicionamentos divergentes na categoria “mercado” dentro dos três eixos destacados, três entrevistas foram conduzidas⁷². A primeira ocorreu, no mês de julho de 2018, com um dos diretores de regulamentação do SindiTeleBrasil (Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal) à época e que atuou ativamente nos debates do MCI, segundo a literatura. As outras duas entrevistas ocorreram, no mês de julho de 2018, com advogados de Brasília (DF), os quais atuavam à época em escritórios que representavam judicialmente duas empresas multinacionais de aplicações de Internet: respectivamente, Google e Facebook.

71 FERREIRA, 2014, pp. 102-105; SILVEIRAS, 2014, pp. 189-225; ABRAMOVAY, 2017, p. 4; SOLAGNA, 2015, p. 7; CRUZ, 2015, p. 7, pp. 37-138.

72 Foram enviados sete e-mails para esses atores, dos quais seis foram respondidos. Dois representantes do SindiTeleBrasil, firmando a incumbência de um deles para a entrevista. Depois, dois advogados de um escritório que representava a Google. Porém, apenas um deles foi entrevistado. Um representante direto da Google, o qual não respondeu o e-mail. Ainda, outro advogado, cujo escritório representava a Facebook, que foi entrevistado. Por fim, foi remetido um convite para um representante direto da Facebook, que não pode colaborar.

Cumprir mencionar que cada entrevistado não sabia quem seriam os demais entrevistados. Além disso, foi preservada a identidade individual dos representantes judiciais das referidas empresas na produção deste artigo. Tendo em vista que o objetivo da pesquisa é justamente explorar dissensos com outros setores, esclarecer essas oposições poderia causar alguma indisposição dos entrevistados com as perguntas formuladas, sobretudo à luz dos riscos de eventuais atritos com as organizações clientes. De todo modo, essas medidas de preservação individual adotadas foram positivas, pois ampliaram a liberdade de fala dos entrevistados. Por fim, na análise das entrevistas, considerou-se que a posição dos entrevistados reflete o ideário e a cultura corporativa das organizações em questão ao menos em alguma extensão, apesar de naturais dissonâncias pessoais⁷³.

Além de questões envolvendo limitações de agenda e de disposição de participar da pesquisa, a entrevista com o SindiTeleBrasil se justificou em razão do setor de telecomunicações ter se destacado, na literatura, como um dos maiores atores de pressão no processo legislativo do MCI⁷⁴. Já os outros dois entrevistados foram escolhidos como decorrência de sinalização identificada na literatura: um partiu-se da hipótese de que há um dissenso dentro da categoria analítica “mercado”, envolvendo os interesses político-econômicos dos provedores de aplicações, de um lado, e das empresas de telecomunicações, de outro. Entendeu-se que a hipótese foi confirmada, a partir das narrativas dissonantes extraídas das entrevistas conduzidas com esses atores empresariais sobre o processo de construção e sobre o resultado final do MCI.

Todas as três entrevistas foram conduzidas a partir de um roteiro semi-estruturado (vide anexo), dividido em duas partes. Na primeira parte do roteiro, a entrevista buscava entender a visão do ator entrevistado em relação ao intuito participativo do MCI, com enfoque na efetividade participativa das consultas públicas *on-line*. Já na segunda parte, com ênfase nos três eixos temáticos já destacados, a entrevista visava compreender as impressões do ator quanto ao processo legislativo ocorrido *de facto*, bem

73 Nesse sentido, vide a pesquisa de KLONICK, 2018.

74 Apesar disso, cumpre mencionar que a literatura analisada considerou o setor de telecomunicações como “tímido” nas discussões de consultas públicas, ressaltando ainda sua tentativa de se esquivar da plataforma virtual criada para os debates. Para tanto, valendo-se da publicação de seus posicionamentos somente perto do fim da consulta a fim de não permitir muitas respostas ou embates. Vide ABRAMOVAY, 2017, pp. 100-101,135; PAPP, 2014, p. 100.

como aferir a visão do entrevistado acerca da versão final do diploma legal, aprovada e sancionada.

Dessa forma, a utilização de um roteiro semiestruturado permitiu a boa organização da entrevista sem, contudo, deixá-la com estrutura demasiadamente engessada. É dizer: permitiu-se a coleta de novas informações durante a própria evolução natural do diálogo. Importante destacar que as informações coletadas foram analisadas em caráter comparativo. Ou seja, o objetivo da comparação não era normativo: não interessava para a pesquisa avaliar quem teria mais ou menos razão no mérito da discussão, por qualquer parâmetro deontológico. Ao contrário, o que se buscava era simplesmente comparar as narrativas dos atores a fim de observar um possível dissenso discursivo.

Os resultados das entrevistas serão apresentados em três subseções, divididas com base nas análises das exposições dos entrevistados e em cotejo com a literatura pertinente. A primeira subseção se refere aos resultados obtidos quanto à efetividade das consultas públicas, de acordo com cada entrevistado. A segunda subseção trata dos interesses político-econômicos envolvidos durante os debates do MCI no Congresso Nacional em conjunto com a análise individual acerca do resultado final do texto da lei. Por fim, a terceira subseção expõe os resultados das entrevistas relativos aos temas observados pela literatura como os mais sensíveis e mais debatidos durante o processo de consolidação do MCI.

3.2 A efetividade do intuito participativo e colaborativo do MCI

Na primeira entrevista, notou-se um claro contraste com a visão descrita pelas pesquisas anteriores, as quais ressaltavam facetas positiva e efetiva do intuito participativo que norteou o processo de construção do MCI⁷⁵. Ao contrário, o representante do SindiTeleBrasil se manifestou no sentido de um descompasso, sob os pontos de vista formal e real (papel x realidade), quanto à abertura do MCI às contribuições de todos os setores.

Em sua visão, as consultas públicas teriam *formalmente* aberto canais de participação democrática para os diversos setores envolvidos. Todavia, do ponto de vista real – quanto à efetividade das contribuições para a construção do texto –, o processo não teria se dado da mesma forma:

75 SILVEIRAS, 2014, p. 103.

A primeira questão que eu quero responder é se houve realmente um processo de ampla discussão, de ampla consulta da sociedade de modo geral. Posso dizer que, do ponto de vista formal, sim. Aconteceram diversas audiências, consultas públicas etc. Então, do ponto de vista formal, eu não posso negar que foram abertos diversos espaços de debate. A questão é: até que ponto essas consultas ficaram numa espécie de retórica, ou seja, “vamos ouvir a todos”? Mas, será que realmente ouviram a todos? O que a gente entende é que não ouviu.

Essa visão crítica relatada pelo representante do SindiTeleBrasil foi mencionada pelo advogado relacionado à representação judicial da Google. Porém, foi por ele refutada:

A efetividade da abertura do procedimento [...] foi objeto de críticas isoladas. A principal das objeções se refere à alegação de que apenas indivíduos com alto interesse na questão estiveram realmente envolvidos na construção do texto aprovado. Para alguns, apesar das inovações empreendidas no processo de edição do MCI, a participação do cidadão comum na construção da norma não teria sido efetiva. Segundo eles, setores mais organizados puderam atuar sem escrutínio público. É dizer: argumenta-se que esses setores agiram não apenas nas plataformas disponíveis, mas também nos bastidores, exercendo influência mais relevante que a população em geral. Ademais, críticos da lei afirmam não ter havido publicidade suficiente, de modo que o debate teria atraído apenas aqueles com elevado conhecimento no direito ou na informática.

A visão apresentada pelo advogado se alinha com o relatado, respectivamente, por Pedro Abramovay e por Francisco Cruz. Segundo eles, o setor de telecomunicações teve “participação tímida”⁷⁶ nas consultas públicas e foi “o único grupo de interessante relevante que não participou do acordo formado na consulta”⁷⁷. Nas palavras de Pedro Abramovay:

[...] o interessante é que a principal força contrária no legislativo, o setor de telecomunicações, teve participação bastante restrita na consulta. [...] não houve uma ação conjunta do setor, até porque a representação de classe do setor

76 CRUZ, 2015, p. 96, 98.

77 ABRAMOVAY, 2017, p. 12.

(Sinditelebrasil), como se verá adiante, não estava bem estruturada. Enquanto as empresas telefônicas se mantiveram distantes, o movimento social de internet livre, o setor de segurança, o setor bancário, os provedores de internet (nacionais e estrangeiros) e o setor de produção de conteúdo (direito autoral), participaram ativamente da consulta, se engajaram no debate argumentativo e terminaram o processo com um alto grau de compromisso com o projeto⁷⁸.

Ambos os autores relatam que os representantes do setor de telecomunicações teriam adentrado, de forma impactante, somente na fase posterior, a de tramitação do MCI no Poder Legislativo, com o intuito de adiar e/ou de barrar sua aprovação. Em verdade, mesmo antes da tramitação legislativa, a literatura aponta que algumas entidades e organizações privadas valeram-se das mesmas “táticas” para tentar ultrapassar o intuito participativo dos idealizadores do MCI, qual seja: o de conferir abertura e transparência ao debate⁷⁹.

Essas táticas seriam, por exemplo, o envio de contribuições em período próximo ao fechamento do prazo da consulta pública *on-line* para receber contribuições, o que diminuiria a possibilidade de resposta e de discussão sobre suas posições e suas sugestões. Outro exemplo de estratégia utilizada foi o envio de contribuições fora do escrutínio dos demais atores: por e-mail, em reuniões ou por via de “posicionamentos oficiais” em canais institucionais. Segundo Anna Papp, esse teria sido justamente o caso do setor de telecomunicações, o qual, “na época da consulta pública, em 2009 e 2010,” as contribuições eram “enviadas quase sempre nos últimos dias e em um documento à parte, não na plataforma” virtual criada para a deliberação pública e interação entre os atores⁸⁰.

Em sentido contrário ao ponto de vista esposado pelo SindiTeleBrasil, o representante judicial relacionado à Google destacou que apontamentos críticos acerca da limitação da participação seriam casos isolados de modo que, em sua ótica, o processo participativo teria sido bem-sucedido. No seu entender, o processo de construção colaborativa e participativa do MCI teria sido uma experiência legislativa inovadora e mereceria, no máximo, correções bastante pontuais:

78 ABRAMOVAY, 2017, pp. 100-101.

79 SILVEIRAS, 2014, p. 104; ABRAMOVAY, 2017, p. 91; CRUZ, 2015, pp. 78-79, 81.

80 PAPP, 2014, p. 100.

Como é corrente, o Marco Civil da Internet resultou de um processo ineditamente aberto e democrático. A elaboração contou com uma nova metodologia de construção legislativa. Nesse modelo, a Internet em geral – e as redes sociais em particular – foi disponibilizada a qualquer cidadão interessado em contribuir com o debate legislativo. Um verdadeiro fórum híbrido de discussão, como pontuou o Professor Ronaldo Lemos. [...]. Para mim, [...] o processo legislativo do Marco Civil representa um avanço extraordinário e que os aprimoramentos necessários são pontuais. Em relação ao meu setor (que considero ser o das empresas de Internet, por já ter representado, judicialmente, algumas delas), a minha impressão (estritamente pessoal) é a de que a participação foi bem-sucedida⁸¹.

Em igual sentido, alinhando críticas pontuais sobre o foco genérico das discussões, o entrevistado relacionado à defesa judicial do Facebook considerou a realização de audiências e de consultas públicas como instrumento relevante para o aperfeiçoamento do MCI:

As audiências e consultas públicas foram muito vantajosas para aperfeiçoar a Lei “crua”. Até mesmo porque a audiência pública foi condicional para a sua regulamentação. Contudo, apesar de amplas as discussões, percebeu-se que, em todas as audiências, o foco se deu, em maior parte, nas garantias constitucionais, deixando de se ater às questões mais específicas e técnicas, que foram solucionadas somente por meio do Poder Judiciário.

Em conclusão parcial, percebe-se um dissenso entre a narrativa apresentada pelo entrevistado representante das empresas de telecomunicação e os entrevistados relacionados às empresas multinacionais de aplicações de Internet no que diz respeito ao mérito do processo de construção do MCI. Ou seja, nota-se um potencial dissenso entre atores da categoria “mercado”. De um lado, vê-se a perspectiva positiva dos entrevistados relacionados às duas grandes corporações multinacionais de Internet. De outro lado, observa-se a visão crítica apresentada pelo representante do setor nacional de empresas de telecomunicações.

81 Mesmo com a preservação da identidade, percebe-se o grande desconforto em firmar opiniões “institucionais” divergentes, sobretudo à luz de possíveis impactos à imagem pessoal do entrevistado dentro do escritório. Não por acaso, na passagem selecionada, o entrevistado destaca a personalidade de seu posicionamento. No entanto, percebe-se que há a percepção do próprio entrevistado em se enquadrar como dentro do setor de “empresas de Internet”. Fica claro, que a sua visão reflete, ao menos em parte, o ideário desse setor.

Indo além, percebe-se também uma aparente convergência entre o ponto de vista dos representantes das empresas internacionais (Facebook e Google) e as visões positivas que foram veiculadas pela literatura acadêmica a respeito do processo de construção do MCI, construídas a partir de entrevistas com atores-chave desse processo (o que será melhor explorado posteriormente). É dizer: um posicionamento claramente favorável ao diagnóstico de sucesso e de abertura participativa do processo legislativo do MCI.

Em contraste, o ponto de vista do representante das empresas de telecomunicações (SindiTeleBrasil) se alinha com a revisão bibliográfica realizada. O setor foi crítico a esse processo anterior de consultas públicas *on-line*, fazendo “com que o debate chegasse ao Congresso extremamente polarizado”. Segundo a literatura, a visão do setor de telecomunicações era de que “já havia muita atividade da sociedade civil” e de que o Deputado Molon, relator do projeto na Câmara, fez-se representante das demandas veiculadas sociedade civil e pelas empresas de aplicações de Internet⁸². Para aclarar essa conclusão parcial, foram explorados os interesses político-econômicos em jogo, relatados a seguir.

3.3 O MCI dentro do Poder Legislativo e os interesses político-econômicos em jogo

Corroborando com a existência de um dissenso narrativo dentro da categoria “mercado”, o representante do SindiTeleBrasil expôs que as discussões do MCI no Parlamento foram polarizadas especialmente entre, de um lado, as empresas de infraestrutura de telecomunicações e, de outro, as empresas provedoras de serviços e de aplicações na Internet, sobretudo as multinacionais apelidadas de “gigantes da Internet” (v.g. Google e Facebook). A passagem a seguir da entrevista é esclarecedora nesse sentido:

No processo de construção do Marco Civil da Internet existiam, basicamente, dois lados: o lado daqueles que consomem banda [larga], que usam a estrutura de telecomunicações; e o lado daqueles que disponibilizam a infraestrutura de telecomunicações, que dão suporte a Internet como um todo. [...] Isto é, havia sempre uma polarização nesses dois lados.

82 Extraído da entrevista de Eduardo Levy, então diretor-executivo do SindiTeleBrasil, para Pedro Abramovay. ABRAMOVAY, 2017, p. 125.

Essa polarização entre fornecedores de infraestrutura e consumidores dela, estende-se ainda para uma crítica do entrevistado, na qual considera que os pontos de vista das empresas de telecomunicação teriam sido menos atendidos. Nesse sentido, o entrevistado do SindiTeleBrasil criticou a própria condução do projeto de lei, entendendo que teria prejudicado as empresas de infraestrutura:

Do ponto de vista de se ouvir realmente o lado que foi mais ouvido foi o lado que consome banda [larga]. O lado das empresas de telecomunicações foi pouco ouvido, apesar de a gente ter participado de todo o processo, ter mandado várias contribuições, ter participado de diversas audiências, seminários e *workshops* sempre colocando a posição do setor. [...] Com relação às pessoas que estavam responsáveis por elaborar e submeter o projeto de lei final para votação, que, diga-se de passagem, não era um projeto de lei fácil de entender para a maioria dos parlamentares, que são leigos no assunto, a gente percebeu claramente um maior peso para um lado [o das empresas de serviços e aplicações de Internet].

Cabe notar que a explicação oferecida pelo entrevistado quanto o motivo de tal desproporção refere-se ao fato de o discurso “do outro lado” ser o que mais agradava ao público, utilizando-se de argumentos como “a lei defende a inovação e garante a Internet livre”, porém não levava em conta as questões econômicas efetivamente envolvidas.⁸³ Em razão desse “discurso fácil”, o entrevistado acredita que o fardo regulatório imposto às empresas de telecomunicações acabou sendo mais custoso do que aquele atribuído aos provedores de aplicações:

Quem estava do outro lado? O terceiro setor, os provedores de aplicação e o discurso fácil. O discurso de que o Marco Civil deveria garantir a inovação, o desenvolvimento da Internet; uma Internet livre. (...) O fato é que, com esse discurso e com o terceiro setor – um monte de entidades, o relator ficava meio refém. (...) Houve um claro desbalanceamento no processo de construção do Marco Civil da Internet. O Poder Legislativo decidiu regular somente

83 O posicionamento do setor e a fala do entrevistado são observados, ao extremo, na manifestação do então vice-Presidente da TIM, Mario Girasole, evidenciado na pesquisa de Raphael Silveiras: “não estamos falando de liberdade, mas sim do velho e bom dinheiro, de modelo de negócios”. SILVEIRAS, 2014, p. 128.

as empresas de telecomunicações. As normas para os provedores de aplicações foram extremamente complacentes e benevolentes. Se você chamar de sociedade civil o terceiro setor (ONGs, ativistas) eles foram mais ouvidos. E, também, os provedores de aplicação e de serviço *on-line* foram mais beneficiados. Quem não foi? [O setor de] Telecomunicações e a própria Polícia Federal, que teve um pouco das suas demandas para facilitar o seu processo investigativo, vamos dizer, pioradas ou, ao menos, dificultadas.

Qual teria sido esse fardo regulatório “pesado” para as empresas de telecomunicações e “leve” para as de aplicações de Internet? Conforme será indicado mais a frente, o setor de telecomunicações era frontalmente contrário à regulação do tema da neutralidade da rede, tal qual apresentada pelo MCI. Já o grande problema para as empresas de aplicações de Internet se referia à regulação jurídica de sua responsabilização civil pela remoção de conteúdo gerado por terceiro em suas plataformas. Com efeito, o MCI acabou por chancelar a posição de que a retirada de conteúdo gerado por terceiros somente poderia ocorrer após a concessão de uma ordem judicial, salvo nos casos de: violações a direitos autorais (§ 2º do art. 19 da Lei nº 12.965/2014); ocorrência de pornografia de vingança (*revenge porn*); ou, outra violação grave de cunho moral (art. 21 da mesma Lei). Isso pode ser considerado uma vitória para essas empresas, como as entrevistas indicarão.

De todo modo, o ponto de vista do entrevistado é interessante, pois descreve uma narrativa na qual o relator do MCI na Câmara dos Deputados, Deputado Alessandro Molon, teria sido pouco aberto à agenda das empresas de telecomunicações e da Polícia Federal, porém muito diligente com as demandas da sociedade civil e das empresas de aplicação e serviços na Internet, especialmente as empresas multinacionais.

De fato, a literatura indica que a relação entre o Deputado Alessandro Molon e o setor de telecomunicações não era muito convergente, sobretudo em virtude de seus posicionamentos antagônicos acerca do tema “neutralidade de rede”. Ao revés, o Deputado Molon era mais afeto às demandas da “sociedade civil”, enquanto o setor de telecomunicações tinha suas demandas reverberadas pelo Deputado Eduardo Cunha (PMDB/RJ) no Congresso Nacional e, no governo federal, por Paulo Bernardo no Ministério das Comunicações⁸⁴.

84 SOLAGNA, 2015, pp. 104-105; CRUZ, 2015, p. 95, 98; ABRAMOVAY, 2017, p. 135, 138; O'MALEY, 2015, p. 84, 87, 89.

Adicionalmente, no que se refere à divergência entre os interesses empresariais, Fabrício Solagna ressalta que um dos grandes argumentos trazidos pelas empresas brasileiras de telecomunicações no debate legislativo era o de que elas estavam sendo predadas pelas empresas multinacionais de Internet. O argumento central do setor de telecomunicações, segundo esse autor, girava em torno da ideia de que ele “gerava mais receitas [para o Estado brasileiro] que os provedores de aplicação, portanto, os serviços como Google, Facebook, etc.”, os quais estariam recebendo “receitas sem gerar impostos”⁸⁵.

Esse ponto de “rivalidade” fica claro na passagem a seguir. Consoante expôs o representante do SindiTeleBrasil uma questão relevantíssima no MCI para o setor se referia aos requisitos de acesso dos metadados dos usuários⁸⁶. No ponto de vista do representante das empresas de telecomunicação, a leitura dos metadados seria útil para gerir sua rede, para adequar a oferta de banda larga às demandas aplicáveis e para participar do mercado de publicidade *on-line*:

[Ele, Deputado Molon] não queria que as empresas de telecomunicações lessem nem os metadados. O relator dizia: “você estão proibidos de bisbilhotar os usuários; mas, aquilo que vocês precisarem analisar para a gestão da rede, poderão fazer”. As empresas [de telecomunicações] entendiam que os metadados podiam ser analisados. [...] Por que não queriam que as empresas de telecomunicações analisassem sequer os metadados? Porque isso daria à [elas] a capacidade de fazer a gestão das suas redes. [Além disso, a medida], também, evitaria que [as empresas de telecomunicações] soubessem o perfil do consumidor: se ele fazia muito uso de, por exemplo, sinal de vídeo (*stream*); ou, se fazia muito uso de aplicações de jogos. Essa avaliação permitiria às empresas fazer propaganda, ou seja, oferecer produtos. [...] Combinando a vedação ao monitoramento de metadados, com a vedação de guarda dos registros de aplicação, sobrevinha, [portanto], uma questão de mercado. Estava em disputa o mercado de propaganda dentro do Marco Civil da Internet.

85 SOLAGNA, 2015, p. 105.

86 Os metadados são elementos como o tempo de conexão, o tipo de arquivo transportado, o número de IP (*Internet Protocol*) e, eventualmente, o histórico de navegação. É sabido que esses metadados são usados no processo de navegação dos *browsers* (buscadores) de acesso, de um modo geral. Ainda, é sabido que existem trocas de informações entre várias aplicações de Internet em relação a eles.

E prevaleceu o interesse das aplicações. Apesar de termos alertados às entidades da sociedade civil: “os interesses que vocês estão defendendo é de um grupo de cinco ou seis empresas norte-americanas; são os gigantes da Internet.

Muito além do argumento apresentado sobre o “discurso fácil” de Internet livre e pró-inovação, o que aparece como central para o setor de telecomunicações é a disputa de interesses político-econômicos quanto à possibilidade de auferir receitas com o consumo de Internet e quanto à alocação dos encargos regulatórios gerados pelas disposições do MCI:

E, frisamos: “são empresas que dominam esse novo mercado; vocês – entidades e relator – estão fazendo uma lei que beneficia, basicamente, essas empresas gigantes estrangeiras em detrimento das empresas brasileiras”. As empresas de telecomunicações são brasileiras e ofertam milhares de empregos diretos e respondem por uma arrecadação volumosa de tributos, anualmente. [...] Por que não permitir que as empresas de telecomunicações pudessem fazer propaganda em prol de oferecer um serviço mais barato? Os provedores de aplicação fazem isso!

No tocante à convergência entre os interesses dos provedores de serviços e aplicações (sobretudo multinacionais) e da sociedade civil, o representante judicial relacionado à empresa Google defendeu justamente que a sociedade civil teria sido a maior beneficiada pelo resultado final da Lei. Ele endossou, assim, o discurso diretamente contrário ao que foi feito pelo representante do setor das empresas de telecomunicações. Reafirmando que o MCI foi um documento “pró-liberdade” e “pró-inovação”, destacou o papel da lei na defesa dos direitos dos cidadãos em face da atividade governamental que, aliás, era a demanda que originou a própria militância contra a “Lei Azeredo”:

Na primeira fase de criação do Marco Civil, o Parlamento definiu quais seriam os princípios fundamentais que deveriam nortear o legislador no restante do texto: (a) a liberdade de expressão; (b) privacidade de dados; e (c) neutralidade da rede. Os dois primeiros, liberdade e privacidade, são princípios fundamentais de primeira geração. É dizer: são direitos dos cidadãos que limitam o poder do Estado. Disso se extrai que, ao menos 2/3 do texto final

são (ou deveriam ser), normas favoráveis aos particulares. Com efeito, há, no diploma, diversos exemplos de normas que restringiram a atividade governamental. Citem-se, exemplificativamente, (a) a redução do prazo dentro do qual os provedores de aplicações são obrigados a reter dados de seus usuários. Antes da Lei, a jurisprudência dominante assentava o dever de guarda por três anos. Com o Marco Civil, esse lapso temporal passou a ser, em regra, de seis meses (MCI, art. 15). Além disso, (b) a norma afastou a possibilidade de obtenção de dados por mera requisição administrativa. Após a edição do MCI, os provedores não são obrigados a fornecer quaisquer dados de identificação de seus usuários sem decisão judicial (art. 15). No mais, mencione-se que (c) a remoção de conteúdo produzido na Internet também passou a estar condicionada à ordem judicial (MCI, art. 19). Com o advento da sistemática introduzida pelo Marco Civil, apenas em casos extremos (MCI, art. 21) é que os provedores permanecem obrigados a remover conteúdo após uma mera notificação do usuário ofendido. Por isso, ousaria dizer que o MCI se traduz em norma “pró-inovação”, “pró-liberdade”, tendo atendido, predominantemente, os interesses alinhados com a sociedade civil.

Em sentido convergente, manifestou-se o advogado que já havia atuado como representante judicial do Facebook. Ele demonstrou uma postura conciliatória e apresentou uma leitura positiva sobre o texto final da norma:

Acredito que todos os envolvidos, claro, na sua devida proporcionalidade, tiveram suas vantagens na criação da Lei. A sociedade civil na busca da segurança jurídica e na efetiva aplicação das garantias constitucionais. O governo com a segurança para as empresas de Internet, fomentando-se, assim, o mercado virtual. A Polícia Federal na facilitação da obtenção de dados (números de IP, etc.) sem a tida “burocracia” que era cotidiana, e que atrasava investigações, tornando-as, em alguns casos, ineficazes. Empresas de mídia, segmento de telecomunicações, empresas de OTT e Internet. Tudo, simplesmente no fato, igualmente, da segurança jurídica e negocial, dando maior caução ao trabalho desenvolvido. Cito no meu caso, por exemplo, a obscuridade e a falta de consenso na questão concernente ao tempo em que o provedor deveria manter os dados dos usuários em seus servidores. Com a Lei, ficou definido o tempo de preservação dos dados, deixando, assim, um enorme benefício a esse segmento, que não precisaria mais, agora,

demandar inúmeros servidores para a manutenção, por tempo “infinito”, dos dados de seus usuários.

Em conclusão parcial, parece nítida a divergência entre as opiniões veiculadas pelas empresas de aplicações de Internet e aquelas manifestadas pelas empresas de telecomunicações, no seio da categoria “mercado”. Como será visto a seguir, aparentemente, o debate nacional reproduziu as discussões internacionais – com ênfase nos EUA – acerca de temas intimamente relacionados ao modelo de negócios desses dois setores empresariais.

Para investigar melhor o tópico, partindo-se do mapeamento elucidado no início desta seção, os entrevistados foram questionados a respeito dos três eixos centrais⁸⁷ em torno dos debates do MCI: a neutralidade da rede; a temática da privacidade e da proteção de dados pessoais; e a proteção à liberdade de expressão na Internet, especialmente no que diz respeito aos parâmetros jurídicos para remoção de conteúdo *on-line*.

Não obstante, no livre decorrer das entrevistas, cumpre ressaltar que os atores pouco debateram o tema da privacidade e da proteção de dados pessoais. Eles destacaram o debate da neutralidade de rede (setor de telecomunicações) e o da liberdade de expressão (empresas multinacionais de Internet). Nesse sentido, a próxima subseção evidencia as divergências mais especificamente quanto a esses dois eixos.

1.4 Eixos relevantes e temas polêmicos no processo de construção do MCI, segundo os entrevistados

1.4.1 A neutralidade da rede e o setor de Telecomunicações

Dentre os três eixos mencionados no roteiro para debate, o representante do setor das empresas de telecomunicações destacou o tema da neutralidade da rede, frisando o seu posicionamento crítico em relação às balizas fixadas pelo MCI sobre o conceito. Ele pouco tratou – de forma direta – do tema da liberdade de expressão, bem como não adentrou na questão da proteção da privacidade e dos dados pessoais:

87 GUERRA FILHO; CARNIO, 2014, p. 24.

Existem vários conceitos de neutralidade de rede. O conceito de neutralidade de rede que foi aprovado é que a rede de telecomunicações deve dar tratamento isonômico [...] para todos os pacotes, independentemente da origem, do destino, do provedor de acesso ou aplicação ou, ainda, do tipo de dispositivo em conexão. As empresas de telecomunicações sempre foram contra esse conceito porque os pacotes e as aplicações são diferentes. Em sendo eles diferentes, o tratamento distinto não seria violador da neutralidade e não caracterizaria uma prática anticompetitiva. Por exemplo, a *Federal Communications Commission* não acabou com a neutralidade de rede. Ela acabou com a obrigação de dar tratamento igual para todos, o que não violaria a isonomia. O bloqueio de acesso a determinadas aplicações ou serviços é que configuraria uma violação. Isso está proibido nos Estados Unidos. Também configura uma violação a degradação de pacotes dos concorrentes com o objetivo de privilegiar outros. Isso seria uma prática anticompetitiva.

De início, cabe frisar que a neutralidade de rede foi elevada pelo MCI (art. 3º, IV da Lei nº 12.965/2014) à estatura jurídica de *princípio* de todo o uso da Internet no Brasil. Tal qual exposta no art. 9º, do MCI, a neutralidade de rede impõe ao “responsável pela transmissão, comutação ou roteamento”, “o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.

Essencialmente, esse conceito advém do professor estadunidense, Tim Wu. Segundo o autor, a neutralidade de rede pretende estabelecer uma Internet “neutra” no sentido de não favorecer nenhum conteúdo, usuário, aplicação ou pacote de dados que trafegue pela rede⁸⁸. No processo de construção do MCI, a inclusão desse princípio e de sua regulamentação no texto da lei era fortemente defendida pelos atores da sociedade civil, bem como pelo Relator (Deputado Alessandro Molon) e pela equipe governamental à época (“Estado”), conforme se depreende dos eventos já narrados e da literatura já analisada.

Para eles, esse princípio garantiria, por exemplo, que um vídeo (conteúdo que demanda mais da infraestrutura de conexão) seja oferecido com a mesma velocidade e qualidade que um e-mail (conteúdo que não demanda muito da infraestrutura). Sem ele, alegam que uma empresa de

88 “[...] an Internet that does not favor one application (say, the World Wide Web), over others (say, email)”. WU, 2003, p. 145.

telecomunicações poderia, por exemplo, restringir o acesso a determinados sítios eletrônicos e plataformas por questões comerciais, exigindo valores diferenciadas para o usuário que queira acessar os demais serviços e aplicações da Internet.

Assim, os defensores do princípio da neutralidade de rede advogam que essa não-discriminação é importante para a proteção do direito à livre concorrência na medida em que impediria com que as empresas de telecomunicações beneficiassem certos produtos, serviços e conteúdo específicos em detrimento de outros à luz de seus interesses econômicos e de suas parcerias comerciais. Indo além, o princípio seria relevante também para a garantia dos direitos à igualdade de acesso à Internet e à liberdade de escolha dos usuários, desenvolvedores e empresas, pois permitiria com que todos fossem tratados igualmente, dentro do plano de conexão contratado. Isto é, independentemente do conteúdo transportado seja para consumo, seja para uso de aplicações de Internet.

Como se percebe, o debate sobre neutralidade da rede possui contornos bem mais complexos do que a mera vedação à inspeção do conteúdo dos pacotes transmitidos ou a aplicação de regras para vedar comportamentos anticompetitivos, podendo se espriar até mesmo para a definição de regras que afetam a liberdade de expressão⁸⁹.

No ponto, a literatura levantada é basicamente uníssona no sentido de que esse era o tema de maior resistência do setor de telecomunicações desde o início do MCI. Em verdade, o tema foi inclusive ponto de grande impasse na tramitação da lei no Congresso, tendo em vista que o SindiTeleBrasil atuou como forte ator de pressão para obstar o projeto⁹⁰. É que a neutralidade de rede afeta frontalmente o modelo de negócios do setor de telecomunicações, o qual se defendia afirmando que o MCI era um “projeto elitista” na medida em que tornaria o preço dos planos de conexão à Internet mais caros, “nivelando-os por cima”. Isso, pois impediria que as empresas do setor oferecessem pacotes de dados distintos (v.g. pacote básico, pacote pré-pago, pacote com velocidade e qualidade pré-determinadas pelo cliente) para consumidores com rendas e/ou objetivos diferentes.

89 PINHEIRO, 2017.

90 SOLAGNA, 2015, pp. 83-85; CRUZ, 2015, pp. 96-99; ABRAMOVAY, 2017, p. 124; SILVEIRAS, 2014, pp. 126-128; FERREIRA, 2014, pp. 50-51; O'MALLEY, 2015, pp. 87-89.

Segundo as empresas do setor, a neutralidade de rede do MCI faria com que só fosse possível a venda de um “tipo” de pacote: o irrestrito, de maior qualidade e velocidade, porém, também o mais caro. Desse modo, a proposta do MCI restringiria, de modo desproporcional, a liberdade empresarial do setor de telecomunicações, limitando os investimentos na expansão e na inovação da própria infraestrutura da rede que permite o acesso à Internet por milhões de usuários brasileiros. Esse foi, em resumo, o posicionamento exposto por Eduardo Levy, então diretor-executivo do SindiTeleBrasil no debate em que travou com o Deputado Alessandro Molon (Relator do MCI), no jornal Folha de São Paulo⁹¹.

O posicionamento apresentado pelo entrevistado aponta no mesmo sentido indicado por Daniel O’Malley: “o SindiTeleBrasil utilizava o termo neutralidade de rede, mas o definia numa forma completamente diferente”⁹² dos demais atores. Segundo o entrevistado do SindiTeleBrasil, o grande problema do conceito de neutralidade encampado pelo MCI reside na obrigação de conferir tratamento igual a todos os usuários e todo conteúdo. Diferentemente, sustenta que o Brasil deveria ter como parâmetro os rumos que o debate estadunidense tomou.

Nos EUA, a celeuma sobre a neutralidade de rede se deu, especialmente, quando a *Federal Communications Commission* (FCC - Comissão Federal de Comunicações) passou a regular os provedores de acesso, enquadrando os serviços prestados pelas empresas de telecomunicação como “serviços públicos” (*common carrier*). Após acalorados embates desde a década de 1990, em 2015, sob influência da Administração Barack Obama, a FCC estabeleceu a *Open Internet Order*, confirmada judicialmente, que lhe conferiu poderes para aplicar o princípio nos moldes do conceito adotado pelo MCI. Todavia, com as mudanças no quadro da FCC feitas pelo Presidente Donald Trump, o Presidente (*Chairman*) da Comissão capitaneou novo posicionamento do órgão que, no final de 2017, estabeleceu o *Restoring Internet Freedom*.

Em síntese, essa nova regulamentação revogou as determinações anteriores que estabeleciam a autoridade da FCC para aplicar o princípio da neutralidade de rede. Ao revés, fixou que as empresas deveriam voluntariamente se submeter a eles, cabendo – em verdade – à *Federal Trade*

91 LEVY, 2013.

92 O’MALLEY, 2015, p. 88.

Commission (FTC – Comissão Federal de Comércio) a análise das violações ao princípio da neutralidade de rede, sob a justificativa de serem práticas anticompetitivas⁹³.

O posicionamento do entrevistado, apresentado a seguir, alinha-se a esse entendimento. O representante do SindiTeleBrasil defendeu que a correta interpretação do princípio da neutralidade de rede apenas não permite a prática de condutas anticompetitivas, tais como o bloqueio de acesso à determinado sítio eletrônico concorrente (v.g. as empresas de telefonia bloqueando o uso do Skype ou do WhatsApp) ou a diminuição da qualidade ou velocidade dos pacotes de dados oriundos de empresas concorrentes (v.g. YouTube e Netflix). Em conclusão parcial, novamente há uma sinalização do dissenso dentro da categoria “mercado” explicitado pela rivalidade do setor de telecomunicações brasileiro com as empresas multinacionais de aplicações de Internet.

A rivalidade se destaca ainda mais com a alegação do entrevistado de que as empresas multinacionais de Internet teriam sido privilegiadas pelo MCI. Para ele, a partir do conceito de neutralidade de rede fixado pela lei, enquanto as empresas de telecomunicações foram proibidas de gerir sua rede com maior autonomia, empresas como o Facebook teriam permanecido livres para gerir seu modelo de negócios, qual seja: analisar os dados e as informações que passam por sua plataforma. Para ele, deveria existir uma obrigação de “*neutralidade da informação*” dirigida a essas empresas pelo MCI:

Se você buscar uma passagem de avião, em poucos minutos lhe aparecerão dezenas de mensagens dirigidas. Ora, os provedores de aplicação analisam o que o você faz na Internet! Uma proteção desse tipo não foi colocada no Marco Civil da Internet. Não saiu uma linha sequer sobre neutralidade da informação. Não foi colocado nenhum critério legal para que os provedores de aplicação coloquem tal e qual informação à disposição do usuário. Assim, hoje, se o Facebook considerar que determinada informação é considerada ofensiva, ele fará a censura. O Facebook disponibiliza aos usuários aquilo que ele quiser e não existe uma linha ou regra sequer no Marco Civil da Internet que garanta a neutralidade da informação.

93 JAMISON, 2018.

A manifestação do entrevistado parece refletir questão central envolvendo a neutralidade de rede e o modelo de negócios dos dois setores: quem arcará – e, em qual medida – com a expansão tecnológica das redes de telecomunicações que servem de base para a Internet?⁹⁴ Em termos econômicos, o embate se resume à alegação do setor de telecomunicações de que os serviços oferecidos por empresas como YouTube (Google) e Whatsapp (Facebook), nomeados por parte da literatura como OTT (*over-the-top*)⁹⁵, seriam predadores da infraestrutura de acesso à Internet disponibilizada por seu setor. Não por acaso, Eduardo Levy (Presidente do SindiTeleBrasil à época) apresentou texto público afirmando que o setor realiza “vultuosos investimentos com recursos privados, sem nenhum centavo público”⁹⁶ para a expansão da infraestrutura da Internet no Brasil.

1.4.2 Liberdade de expressão, responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet e remoção de conteúdo

Ambos os entrevistados relacionados às empresas multinacionais de Internet apontaram o eixo da liberdade de expressão como central no MCI, destacando o debate travado sobre a responsabilidade civil de provedores de Internet. Além disso, o advogado relacionado ao Facebook aproveitou para asseverar o dissenso ainda presente sobre o tema da responsabilidade civil de provedores de aplicações por conteúdo gerado por terceiros:

Sem dúvida, o tema da liberdade de expressão é, ainda hoje, o de maior debate. [...] O provedor não possui meios para identificar o que seria a “violação da liberdade de expressão”, daí surge o descompasso e as discussões. Como poderia o provedor de Internet “julgar” o que seria um conteúdo ofensivo sem ferir o princípio constitucional da liberdade de expressão? Esse é o tema que ainda levará um bom tempo para ser tecnicamente harmônico.

Em sentindo convergente, o advogado relacionado ao Google apontou, igualmente, o eixo da liberdade de expressão como o mais relevante. A sua visão é a de que a sistemática adotada pelo MCI (necessidade de des-

94 WU; YOO, 2007.

95 FERNANDES, 2018.

96 LEVY, 2013.

cumprimento de ordem judicial para responsabilização civil do provedor) seria a única capaz de prestigiar o referido direito fundamental:

O tema da responsabilização dos provedores por conteúdo gerado por terceiros, eu diria. Talvez porque esse seja um debate no qual eu já estive fortemente inserido. Nas democracias contemporâneas, os provedores de hospedagem de conteúdo (redes sociais, YouTube, serviços de blogs e fotoblogs etc.) não podem ser punidos pelo conteúdo produzido por seus usuários. E não é só: verifica-se que, em geral, para que o provedor seja obrigado a remover determinado conteúdo inserido em suas plataformas, não basta uma notificação daquele que se sentiu ofendido. É necessário que haja uma decisão judicial para que o provedor se torne obrigado a retirar determinada postagem. [...] Essa sistemática (necessidade de ordem judicial para remoção) é a única, ao meu ver, que se compatibiliza com a liberdade de expressão. É que, se fosse dado àquele que se sinta ofendido o poder de retirar uma postagem da Internet, dificilmente as redes poderiam ser utilizadas para veicular críticas. Afinal, se o próprio ofendido tiver o poder de remoção, não haveria espaço para manifestações que não fossem estritamente elogiosas. Em uma sociedade democrática, é direito do cidadão veicular críticas, devendo igualmente suportar as opiniões e críticas alheias. O Marco Civil da Internet consagrou, louvavelmente, essa fórmula.

O entrevistado fez referências ao debate judicial sobre o tema, existente antes mesmo do advento do MCI. Não por menos, antes do MCI, a Google interpôs recurso no STF (Recurso extraordinário nº 1.057.258/MG) a fim de dirimir a controvérsia interpretativa quanto ao dever da empresa de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios e de retirar do ar conteúdos reputados ofensivos, sem necessidade de intervenção do Judiciário. O fundamento constitucional invocado pelo entrevistado foi justamente o direito à liberdade de expressão, em conjunto com a proibição de censura prévia. É que, conforme evidencia o entrevistado, a ausência de uma legislação específica regulamentando a matéria conturbava o modelo de negócios dessas empresas e as mantinha em um cenário de imprevisibilidade e de instabilidade:

Antes [do MCI], a inexistência de legislação era suprida por decisões judiciais; notadamente, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como se pode supor, na ausência da legislação, o magistrado aplicava o regime que mais lhe parecia adequado. Só para citar um exemplo, em dezembro de 2006, no famoso caso envolvendo a atriz Daniela Ciccarelli, um juiz de São Paulo determinou a retirada do ar de todo o site YouTube, que ficou fora do ar por alguns dias. A remoção integral da plataforma jamais seria possível sob o regime do Marco Civil. Outro exemplo emblemático girava em torno da discussão sobre a responsabilidade civil dos provedores de hospedagem de conteúdo na Internet. Até 2008, o entendimento predominante nos tribunais brasileiros era de que o provedor teria responsabilidade objetiva pelo material produzido por seus usuários. Posteriormente, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o provedor seria responsável se, após notificação extrajudicial, não removesse o conteúdo considerado ilícito em 48h. Ainda assim, dúvidas sobre o regime reclamavam por uma lei regulamentadora.

Tal como a neutralidade de rede, a discussão sobre o regime de responsabilização dos provedores de aplicações de Internet por conteúdo gerado por terceiros angariou fortes embates desde o início do MCI⁹⁷. Ainda no período das consultas públicas *on-line*, a plataforma de discussões do MCI assistiu ao debate acalorado entre Marcelo Thompson e Marcel Leonardi, que bem sintetizou as posições em jogo⁹⁸.

De um lado, Marcelo Thompson defendia o arranjo jurídico no qual a notificação extrajudicial do particular ofendido à empresa teria um papel de maior relevo, presente em legislações comparadas como o *Digital Millennium Copyright Act*. Ao receber a notificação, a plataforma deveria

97 Conforme apontado na seção anterior, vale a ressalva de que essa discussão dificultou a tramitação legislativa do MCI, pois as empresas do setor de rádio e de televisão, capitaneadas pela Rede Globo e pela ABERT (Associação Brasileira das Empresas de Rádio e Televisão), com apoio do Ministério da Cultura, empreenderam esforços para adicionar uma exceção a essa sistemática do *judicial order and take down* em casos envolvendo direitos autorais. Em síntese, discutiam-se duas soluções. A primeira seria estabelecer a sistemática de *notice and take down* para esses casos, no intuito de combater a pirataria. A segunda seria não tratar do tema de direitos autorais no MCI e deixar sua regulamentação para a reforma da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), que estava sendo formulada no bojo do Ministério da Cultura. Para evitar o risco de derrocada do PL na Câmara dos Deputados, sobretudo pela oposição das empresas de telecomunicações e das emissoras de Rádio e Televisão, dois atores políticos de peso, foi-se necessário construir um acordo a fim de angariar o apoio desse segundo setor empresarial. Assim, a questão dos direitos autorais sequer foi tratada no MCI, postergando-se sua regulamentação para a reforma da Lei de Direitos Autorais. Vide SILVEIRAS, 2014.

98 CRUZ, 2015, pp. 85-88.

“intimar” o usuário que postou o conteúdo para apresentar suas “contrarrazões” e, em seguida, apurar o caso. De outro lado, Marcel Leonardi defendia a importância de se conferir ao Poder Judiciário o papel de julgador da licitude ou da ilicitude do conteúdo questionado. Desse modo, apenas após não cumprir com a ordem judicial específica de remoção de conteúdo é que o provedor poderia ser responsabilizado civilmente (sistema do *judicial order and take down*)⁹⁹. Ocorre que, em meio ao embate, os responsáveis pela minuta inicial do anteprojeto do MCI resolveram alterar a sistemática acatando, em linhas gerais, a proposta de Marcel Leonardi. Em verdade, essa foi a sistemática que se consolidou na redação final da lei (art. 19, *caput*, da Lei nº 12.965/2014) em clara inspiração à Seção 230 (c) do *Communications Decency Act*.

Tal como os advogados entrevistados, os defensores dessa segunda sistemática acreditam que ela seria a que melhor se compatibiliza com a proteção à liberdade de expressão. Segundo essa linha, o modelo de “notificação e retirada” desencorajaria as plataformas a permitir com que os diversos pontos de vista (inclusive os ácidos e polêmicos) fossem expostos e, ainda, incentivaria a prática de censura prévia por parte dos agentes privados. Nesse sentido, o *notice and take down* incentivaria o intermediário privado (v.g. o provedor de aplicações de Internet tal como o Facebook), para evitar a responsabilização civil pelo conteúdo gerado por terceiros) a evitar a responsabilização civil pelo conteúdo gerado por seus usuários. Assim, por precaução, retirando manifestação de sua plataforma que levantasse qualquer possibilidade de ser enquadrada como ilegal ou danosa.

Nessa chave de leitura, o problema residiria no fato de que a plataforma, se transformaria em verdadeiro árbitro do que seria, ou não, coberto pela liberdade de expressão. A possibilidade de responsabilização por qualquer decisão incentivaria monitoramentos frequentes, filtragens de conteúdo e a consequente exclusão de postagens polêmicas que, por exemplo, apresentassem alguma chance de ofender alguém. De outra forma, os defensores da sistemática de “notificação e retirada” acreditam que a necessidade de decisão judicial para retirada do conteúdo traz uma proteção reduzida aos direitos de personalidade do ofendido, pois ele teria de esperar a morosidade do Judiciário. Nesse meio tempo, o conteúdo poderia

99 Vide SOUZA; STEIBEL; LEMOS, 2017, p.10.

se difundir e “viralizar” além de inundar o Poder Judiciário com ações, o que potencialmente tornaria as empresas praticamente irresponsáveis.

Em conclusão parcial, percebe-se que os trechos das entrevistas são interessantes pois indicam uma convergência “externa”, ou seja, entre posicionamentos de atores que integram categorias analíticas distintas: as empresas provedoras de conteúdo e de aplicações na Internet, sobretudo as multinacionais (“mercado”) e os ativistas políticos autodefinidos como pró-liberdade de expressão (“sociedade civil”).

Essa convergência se deu em torno do regime de responsabilização civil do provedor de aplicações de Internet (“intermediário”) condicionado à falha em retirar conteúdo considerado pelo Poder Judiciário (e não pelo particular) como ilícito, medida essa que prestigia o direito à liberdade de expressão, segundo essa visão. Apesar de crucial para a liberdade de expressão na Internet, não se pode desconectar a ligação desse debate com os interesses empresariais de corporações multinacionais, como Google e Facebook, em garantir o seu modelo de negócios, ao passo que, entre outras tarefas, essas empresas atuam como intermediárias da troca de conteúdo e de informações entre os usuários de suas plataformas¹⁰⁰.

Se, por um lado, a solução final atendeu a uma demanda da sociedade civil na defesa da liberdade de expressão. Por outro lado, foi igualmente proveitosa para os interesses diretos dos “gigantes da Internet”. Com a medida, empresas de aplicações de Internet conseguiram se resguardar de eventuais penalidades e sanções que encarcerariam ou ao menos afetariam o seu modelo de negócios. Mesmo podendo moderar ativamente o conteúdo que transita em sua plataforma, o modelo de negócios dessas empresas as posiciona como intermediários. É dizer: o vídeo publicado ou a manifestação postada não são, via de regra, criados pelas plataformas, mas sim por seus usuários. Desse modo, função central da empresa nesse processo é facilitar a troca de conteúdo e de informação entre quem os produz e quem os acessa. Nas palavras de Laura DeNardis:

Intermediários de informação são plataformas privadas que não criam, elas mesmas, conteúdo. Ao contrário, facilitam as transações de conteúdo entre essas entidades que o provêm ou o acessam. Elas manipulam, armazenam, ordenam, avaliam, agregam, ou, de outra forma, provêm uma função de mediadora

100 BALKIN, 2019.

de informações para usuários da Internet. Exemplos evidentes incluem os motores de busca, sítios eletrônicos de agregação de conteúdo, e plataformas de redes sociais.¹⁰¹

4. Conclusão

Vários debates têm sido travados na literatura jurídica no sentido de estabelecer princípios e diretrizes capazes de firmar uma melhor governança e regulação do mundo virtual e da Internet. Assim, pergunta-se: como regular as ações de indivíduos e grupos no ciberespaço? Ou, ainda, pergunta-se: de que forma seria possível conceber essa regulação?¹⁰²

O debate jurídico brasileiro sobre a regulação e a governança da Internet tem dedicado muita ênfase a importantes discussões interpretativas acerca de dispositivos legais e à formulação de balizas dogmáticas sobre os tópicos materiais do MCI (Lei nº 12.965/2014), mas destinado pouca atenção à sua gênese e à sua construção. Além disso, em uma perspectiva mais geral, esses debates são comumente formulados a partir de três categorias analíticas genéricas, forjadas sob interesses antagônicos: Estado” vs. “mercado” vs. “sociedade civil”. Nessa linha, cada categoria é desenvolvida como um bloco coeso e homogêneo, cujos interesses são internamente convergentes e externamente divergentes.

Em meio a esse cenário, o artigo enfrentou essas duas questões a partir de uma pesquisa exploratória sobre o processo de construção legislativa e de mobilização política em torno do MCI.

Na primeira parte do texto, a primeira insuficiência identificada foi endereçada, qual seja: a ainda incipiente agenda de pesquisa, no campo jurídico, sobre o processo de construção de marcos regulatórios do espaço virtual, tendo como ênfase o MCI. Desse modo, sucintamente reconstruiu-se esse processo e mapearam-se os principais eventos, atores, interesses político-econômicos e temas em torno de sua aprovação, a partir de revisão bibliográfica de pesquisas prévias em combinação com a análise de

101 DENARDIS, 2012. Tradução livre. No original: “*Information intermediaries are private platforms that do not create content themselves but rather facilitate content transactions between those entities that provide or access this content. They manipulate, store, sort, rate, aggregate, or otherwise provide an information mediation function of value for Internet users. Prominent examples include search engines, content aggregation sites, and social media platforms*”.

102 MURRAY, 2007, p. 10.

documentos jornalísticos, posicionamentos oficiais, minutas de projeto de lei, dentre outras fontes.

Na segunda parte do texto, por sua vez, a segunda insuficiência identificada foi abordada, qual seja: a formulação simplista de categorias analíticas genéricas para explicar embates jurídico-regulatórios de caráter complexo. Para tanto, partiu-se do mapeamento bibliográfico-documental anterior, complementando-o sua análise com a realização de três entrevistas semiestruturadas. Em nível exploratório, o objetivo foi identificar dissenso narrativos sobre o MCI e investigar conflitos de interesse existentes entre os atores empresariais (categoria analítica, “mercado”) ao longo desse processo de construção legislativa.

A pesquisa sinaliza, em primeiro lugar, a importância de se fomentar estudos jurídicos interessados no mapeamento de processos complexos de elaboração legislativa, direcionando maior atenção também para as articulações políticas que estão por trás dos marcos regulatórios e dos dispositivos legais que disciplinam juridicamente o espaço virtual. No campo do Direito, esses instrumentos normativos são comumente estudados sob um viés formalista que ignora as forças sociais, os interesses políticos e as dinâmicas econômicas que moldam os dispositivos legais interpretados pelos juristas. Entretanto, defendeu-se aqui que compreender melhor como o MCI foi elaborada, quais foram os atores relevantes para sua aprovação e quais foram seus posicionamentos, são fatores que podem expandir a capacidade analítica dos debates jurídicos sobre o MCI, ampliando até mesmo os recursos argumentativos, por exemplo, para a defesa de uma certa interpretação da norma.

Em segundo lugar, a análise do processo de construção do MCI e as entrevistas conduzidas sinalizam e sugerem a necessidade de recortes analíticos mais complexos e pormenorizados, caso se queira compreender com propriedade a multiplicidade dos interesses em disputa nos embates jurídicos sobre regulação e governança da Internet. Como se buscou evidenciar ao longo do trabalho, as discussões jurídicas sobre regulação e governança da Internet serão insuficientes caso estabelecidas em torno de categorias analíticas que agrupam um conjunto de atores como se eles compusessem um bloco internamente coeso, com interesses convergentes, e externamente antagônico com as demais categorias. A reprodução do contraste que contrapõe acriticamente “Estado *versus* mercado *versus* sociedade civil” não traduz a atualidade, a dinamicidade e a realidade desse

debate regulatório seja no Brasil, seja no exterior, localizado na intersecção entre Direito, Internet e Sociedade.

Sem uma adequada pormenorização analítica, por exemplo, ficariam nubladas as *divergências* “internas” entre os atores que compõem o “mercado”. Por exemplo, a dissonância existente entre as empresas de telecomunicação e as empresas de aplicações e de serviços da Internet quanto à regulamentação do tema da neutralidade de rede no MCI e à consequente gestão dos recursos para o fornecimento da rede e acesso à Internet. Esse debate continua a ocorrer, no Brasil e no mundo, e envolve a própria reconfiguração do mercado privado de telecomunicações com o advento da onipresença dessas empresas frente aos avanços da digitalização e da Internet¹⁰³.

Em igual sentido, tornar-se-ia opaco o grau de *convergência* “externa” entre os ativistas (“sociedade civil”) e as empresas de aplicações e de hospedagem de conteúdo na Internet (“mercado”) sobre a necessidade de ordem judicial para responsabilidade civil, com o argumento de proteger a liberdade de expressão. Por fim, disputa essa que também ocorre no plano internacional sob a diáde “liberdade de expressão x proteção dos direitos autorais”¹⁰⁴.

Como visto, essa discussão evidenciou até mesmo divergências entre atores-chave da sociedade civil acerca do acordo político informal firmado em prol da exceção na regulamentação do tema (art. 19, §2º, do MCI) justamente a fim de alcançar o apoio do setor de Rádio e Televisão. O debate gerou também convergência de interesses políticos entre as empresas de Rádio e de Televisão (“mercado”) e o Ministério da Cultura (“Estado”).

Em síntese, a análise realizada nesta pesquisa sobre o processo de construção do MCI trouxe evidências ainda iniciais, porém relevantes, em sentido contrário a essa simplificação analítica que eventualmente ocorre nos debates sobre regulação e governança da Internet, quando opõem “Estado *versus* sociedade civil”, ou “Estado *versus* mercado” ou “mercado *versus* sociedade civil”. Não significa abandonar tais categorias cujo poder explicati-

103 BERTIN; CRESPI; MAGEDANZ, 2013; STEINGRÖVER; LARREA; ZHELEV, 2019; FAROOQ; RAJU, 2019.

104 Não por acaso, o ano de 2019 foi marcado por um debate sobre a Diretiva 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que introduziu mudanças sensíveis no campo dos direitos autorais e conexos no contexto das políticas do Mercado Único Digital, alegadamente prejudiciais para o exercício da liberdade de expressão. A discussão para alterar elementos dos direitos autorais na União Europeia já vinha ocorrendo há alguns anos e opõe o mercado de produção cultural e os intermediários da Internet, vide JÜTTE, 2017.

vo pode ser bastante útil. Ao contrário, significa ter em mente que embates regulatórios e processos políticos de caráter complexo demandam que as discussões se pautem por uma maior sofisticação na análise dessas categorias analíticas, pormenorizando os atores que compõem “Estado”, “mercado” e “sociedade civil” de acordo com as particularidades do processo analisado, e não os tratando simplesmente como blocos coesos e homogêneos.

Referências

- ABRAMOVAY, Pedro Vieira. Sistemas deliberativos e processo decisório congressual: um estudo sobre a aprovação do Marco Civil da Internet. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 166f, 2017. Orientador: Fabiano Guilherme Mendes dos Santos. Disponível: <https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2019/04/tese-Pedro-Abramovay.pdf>. Acesso: 2 mar. 2020.
- ALMEIDA, Guilherme A. A. Marco Civil da Internet - Antecedentes, formulação colaborativa e resultados alcançados. In: ARTESE, G. *Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. 5. ed. London: Lacademia Publishing, 2019.
- BALKIN, Jack M. Free Speech is a Triangle. *Columbia Law Review*, v. 118, n. 7, pp. 2011-2056, 2018. Disponível em: https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2018/11/Balkin-FREE_SPEECH_IS_A_TRIANGLE.pdf. Acesso: 14 nov. 2019.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, pp. 123-163, set. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco Civil da Internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 52, p. 114-133, jan./jun. 2018, p. 114-115. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.52.835>
- BENKLER, Yochai; ROBERTS, Hal; FARIS, Rob; NIEDERMAN, Alicia Solow; ETLING, Bruce. Social mobilization and the networked public sphere:

- mapping the SOPA-PIPA debate. *Berkman Center Research Publication*, n. 2013-16, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2295953>. Acesso: 20 mar. 2020.
- BERTIN, Emmanuel (ed.); CRESPI, Noel (ed.); MAGEDANZ, Thomas (ed.). *Evolution of telecommunication services: the convergence of telecom and internet: technologies and ecosystems*. Berlim: Springer, 2013.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n.2, p. 933-961, jun. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/33522>. Acesso: 18 de novembro de 2020.
- BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso; NICOLÁS, Maria Alejandra. Inovadora e democrática. Mas e aí? Uma análise da primeira fase da consulta online sobre o Marco Civil da Internet. In: *V Congresso da Compolitica – Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política*, Curitiba, p. 1-31. 8 a 10 maio 2013. Disponível: <http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2013/05/GT04-Internet-e-politica-RafaelCardosoSampaio.pdf>. Acesso: 2 mar. 2020.
- BRASIL. Presidente (2003-2010: Luís Inácio Lula da Silva). *Discurso proferido no Fórum Internacional do Software Livre*. 2009. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QBElUx-saqA>
- CASTELLS, Manuel. Towards a sociology of the network society. *Contemporary Sociology*, v. 29, n. 5, Sep 2000, p. 693-699. DOI: <https://doi.org/10.2307/2655234>.
- CGI: Conselho Gestor da Internet. *Princípios para a governança e uso da Internet*. São Paulo, Conselho Gestor da Internet, 2020. Disponível: <https://principios.cgi.br>.
- CRUZ, Francisco Carvalho Brito. *Direito, democracia e cultura digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, Orientador: Jean-Paul Cabral Veiga da Rocha. DOI: <https://doi.org/10.11606/d.2.2016.tde-08042016-154010>.
- DENARDIS, Laura. The Privatization of Free Expression. In: PRAKASH, Praneesh; RIZK, Nagla; SOUZA, Carlos Affonso. *Global censorship: shifting modes, persisting paradigms*. Access to Knowledge Global Academy, 2012. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/a2k_global-censorship.pdf. Acesso: 22 nov. 2018.

- DENARDIS, Laura. Multistakeholderism and the Internet governance: challenge to democracy. *Harvard International Review*, v. 34, n. 4, p. 40-44, 2013. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/i40151235>. Acesso: 22 nov. 2018.
- FAROOQ, Muhammad; RAJU, Valliappan. Impact of over-the-top (OTT) services on the telecom companies in the era of transformative marketing. *Global Journal of Flexible Systems Management*, 2019, v. 20, n. 2, p. 177-188, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40171-019-00209-6>.
- FERNANDES, Victor O. *Regulação de serviços de Internet: desafios da regulação de aplicações over-the-top (OTT)*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2018.
- FERREIRA, Juliana Nolasco. *Acessando a rede: um olhar para a formação da rede para a regulamentação da Internet no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 111f, 2014. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11572/disserta%C3%A7%C3%A3o_final.pdf. Acesso: 20 mar. 2020. Orientador: Eduardo Henrique Diniz.
- FRASSÃO, Caroline Souza; ENOMOTO, Livia Yuri de Queiroz. A Atuação de grupos de interesse como parte do processo democrático: o caso do projeto de lei de crimes cibernéticos. *Revista Agenda Política*, v. 4, n.1, jan-abril 2016. Disponível em: <http://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/89>. Acesso: 2 mar. 2020.
- GUERRA FILHO; Willis Santiago; CARNIO, Henrique Gaberlini. Metodologia jurídica político-constitucional e o Marco Civil da Internet: contribuição ao Direito Digital. In: MASSO, Fabiano Del (coord.); ABRUSIO, Juliana (coord.); FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord.). *Marco Civil da Internet: Lei 12965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- HAIM, Mario; WEINMANN, Gabriel; BROSIUS, Hans-Bernd. Who sets the cyber agenda? Intermedia agenda-setting online: the case of Edward Snowden's NSA revelations. *Journal of Computational Social Science*, v. 1, n. 2, p. 277-294, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1007/s42001-018-0016-y>.
- HOLMES, Pablo; ANASTÁCIO, Kimberly. Autoridade privada na governança da Internet: regimes de nomes e domínios na América Latina. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ANPOCS, v. 35, n. 102, p. 1-16, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/3510218/2020>.
- JAMISON, Mark A. Net neutrality policies and regulation in the United States. *Review of Network Economics*, v. 17, n. 3, p. 151-173, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1515/rne-2018-0041>.

- JÜTTE, Bernd J. *Reconstructing European copyright law for the Digital Single Market: between old paradigms and digital challenge*. Berlim/Oxford: Nomos/Hart Pub., 2017.
- KING, Gary; KEOHANE, Robert O; VERBA, Sidney. *Designing social inquiry*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.
- KLONICK, Kate. The New Governors: the people, rules, and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, v. 131, p. 1598-1670, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/04/1598-1670_Online.pdf Acesso: 22 mar. 2020.
- LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.). *Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2014.
- LEMONS, Ronaldo. *Internet brasileira precisa de um marco regulatório civil*. UOL, 22 maio 2007. Disponível em: <https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm> Acesso: 20 mar. 2020.
- LEMONS, Ronaldo. Feet on the ground: Marco Civil as an example of multistakeholderism in practice beyond NETmundial. In: *The roadmap for institutional improvements to the global Internet governance*. Center for Global Communication Studies, 2014.
- LEMONS, Ronaldo. A sociedade contra-ataca: o Marco Civil como símbolo do desejo por inovação do Brasil. *Observatório Itaú Cultural*, n. 16, p. 92-104, 2014. Disponível: <https://www.itaucultural.org.br/revista-observatorio-ic-n-16>. Acesso: 2 mar. 2020.
- LEMONS, Ronaldo; STEIBEL, Fabro; SOUZA, Carlos Affonso; NOLASCO, Juliana. A bill of rights for the Brazilian Internet (“Marco Civil”): a multistakeholder policymaking case. *Publixphere*, 2015. Disponível em: https://publixphere.net/i/noc/page/IG_Case_Study_A_Bill_of_Rights_for_the_Brazilian_Internet. Acesso: 2 mar. 2020.
- LESSIG, Lawrence. *Code: And Other Laws of the Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.
- LEVY, Eduardo. *Uma ameaça à inclusão*. Folha de São Paulo, São Paulo, 02/11/2013. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/opiniao/2013/11/1365756-eduardo-levy-uma-ameaca-a-inclusao.shtml>. Acesso: 25 mar. 2020. Acesso: 20 mar. 2020.
- MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 106, ano 25, p. 37-69, jul./ago. 2016.
- MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de Dados Para Além do Consentimento: tendências contemporâneas de

- materialização. *REI – Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 507-533, set. 2020. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/521/510>>. Acesso em: 18 nov. 2020. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.521>.
- MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Dimensões democráticas nas Jornadas de Junho: reflexões sobre a compreensão de democracia entre manifestantes de 2013. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 33, n. 98, p. 1-23, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/339707/2018>.
- MURRAY, Andrew D. *Information technology law: the law and society*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- MURRAY, Andrew D. *The regulation of cyberspace: control in the online environment*. New York: Routledge-Cavendish, 2007. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203945407>.
- NETTER, Emmanuel. *Numérique et grandes notions de droit privé: la personne, la propriété, le contrat*. Amiens: CEPRISCA, 2019.
- O'MALEY, Daniel Patrick. Networking democracy: Brazilian Internet freedom activism and the influence of participatory democracy. Tese (Doutorado em Antropologia), Vanderbilt University, Nashville – EUA, 139f, 2015. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2757853>.
- PAPP, Anna Carolina. Em nome da Internet: os bastidores da construção coletiva do Marco Civil. Livro produzido como Trabalho de Conclusão de Graduação em Jornalismo na Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP), 2014. Disponível em: https://issuu.com/annacarolinapapp/docs/em_nome_da_internet/23?fbclid=IwAR3aqQ7Et0UdxC03UIAF7n5TsJ_yVA00GQSoFu9sgFD2aS3Z8NKcxX1xErc. Acesso: 17 mar. 2020.
- PEREIRA, Jessica Voigt Quintino. É pra valer? Experiências da democracia digital brasileira: um estudo de caso do Marco Civil da Internet. Dissertação (Mestrado em Ciência Política), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 149f, 2015. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-09052016-103754/publico/2015_JessicaVoigtQuintinoPereira_VOrig.pdf. Acesso: 2 mar. 2020.
- PINHEIRO, Guilherme P. *Liberdade de expressão e neutralidade de rede na Internet*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017
- REED, Chris. *Making laws for cyberspace*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- REVISTA FONTE. Diálogo: entrevista com Demi Getschko. *Revista Fonte*, Prodemge, ano 11, n. 14, p. 3-14, 2014. Disponível: <https://www.prodemge.gov.br/revista-fonte/Publication/15-Governanca-da-internet>. Acesso: 2 mar. 2020.
- SALDÍAS, Osvaldo. Coded for Export! The Contextual Dimension of the Brazilian Marco Civil da Internet. *HIIG Discussion Paper Series*, Berlin, 2014. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2526117>.
- SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. *O direito achado na rede: a emergência do acesso à Internet como direito fundamental no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 158f, 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8828/1/2010_PauloRen%c3%a1daSilvaSantar%c3%a9m.pdf. Acesso: 15 jun. 2018.
- SCHWARTZ, Paul M. Internet Privacy and the State. *Connecticut Law Review*, v. 32, p. 815-859, 2000. Disponível em: <https://paulschwartz.net/wp-content/uploads/2019/01/SCHWARTZ-CK1A-1.pdf>. Acesso em 06 ago. 2019.
- SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina Silva M.; AMENI, Cauê S. Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. *História, ciências, saúde: Manguinhos*, Fundação Instituto Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, v. 22, p. 1551-1571, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702014005000015>.
- SERRAGLIO, Priscila Zilli; ZAMBAM, Neuro José. Democracia e Internet: Pensando a Limitação do Poder na Sociedade da Informação. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 49, jul/dez 2016. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.49.468>.
- SILVEIRAS, Raphael de Souza. Consultas públicas para o Marco Civil da Internet e reforma da Lei de Direito Autoral: a relação entre direito, Internet e Estado na contemporaneidade. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 314f, 2014. Orientadora: Gilda Figueiredo Portugal Gouvêa. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/279624/1/Silveiras_RaphaeldeSouza_M.pdf. Acesso: 15 jun. 2018.
- SOLAGNA, Fabrício. A formulação da agenda e o ativismo em torno do Marco Civil da Internet. Dissertação (Mestrado em Sociologia), Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 201f, 2015. Orientador: Guilherme

- Francisco Waterloo Radomsky. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/117545/000966295.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 15 jun. 2018.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no marco civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalbert; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (org.). *Direito & Internet III – Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. (Coord.). *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editora Associada, 2016.
- SOUZA, Carlos Affonso; STEIBEL, Fabro; LEMOS, Ronaldo. Notes on the creation and impacts of Brazil's Internet Bill of Rights. *The theory and practice of legislation*, v. 4, n. 3, p. 1-22, 2017, DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/20508840.2016.1264677>.
- STEINGRÖVER, Markus; LARREA, Edgar B. C.; ZHELEV, Nikolay. The rise of OTT players: what is the appropriate regulatory response? In: KRÜSSEL, Peter. *Future Telco: successful positioning of network operators in the digital age*. Berlim: Springer, 2019. p. 241-249.
- THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na Internet do Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, pp. 203-251, set./dez., 2012. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v261.2012.8856>.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Estudos Avançados*, v. 30, n. 86, São Paulo, jan./abr. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/s0103-40142016.00100017>.
- VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel. Desinformação, *fake news* e mercado único digital: a potencial convergência das políticas públicas da União Europeia com os Estados Unidos para melhoria dos conteúdos comunicacionais. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, v. 19, n. 4, p. 35-54, 2018. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/05/PUBLICACAO-2019-KA-Cadernos-2018.4-site.pdf>. Acesso: 14 mar. 2020.
- VERONESE, Alexandre; CAPELA, Gustavo. Petições em linha e ação política: aplicações de comunicação ou de participação política? *Cadernos Adenauer*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 35-57, 2017. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ec7a5645-7486-625f-9667-84e5c7f94d6e&groupId=265553. Acesso: 12 mar. 2018.

- WEBSTER, Frank. *Theories of the information society*. 4. ed. Londres: Routledge, 2014.
- WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, v. 26, pp. 483-500, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.techsoc.2004.01.033>.
- WU, Tim. Network neutrality, broadband discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, p. 141, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863. Acesso: 25 mar. 2020.
- WU, Tim; YOO, Christopher S. Keeping the Internet neutral? Tim Wu and Christopher Yoo debate. *Federal Communications Law Journal*, v. 59, n. 3, jun. 2007, p. 575-592. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=953989. Acesso: 2 mar. 2020.
- YOO, Christopher S. When antitrust met Facebook. *George Mason Law Review*, v. 19, n. 5, pp. 1147-1162, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2160519. Acesso: 3 de março de 2020.
- ZAGANELLI, Juliana Costa; MIRANDA, Wallace Vieira de. Marco Civil da Internet e política pública de transparência: uma análise da e-democracia e do *compliance* público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4921>.
- ZANATTA, Rafael A. F. *Direito, Internet e Sociedade: rumo a sociologia jurídica da Internet*, Research Gate, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/276026694_Direito_Internet_e_Sociedade_rumo_a_uma_sociologia_juridica_da_internet. Acesso: 18 mar. 2020.
- ZANATTA, Rafael A. F. A proteção de dados entre leis, códigos e programação: os limites do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; PEREIRA DE LIMA, Cíntia Rosa. *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Anexo. Roteiro das entrevistas semiestruturadas e datas das entrevistas

1. Um dos aspectos centrais e mais lembrados acerca do Marco Civil da Internet é o seu projeto participativo de consulta pública. No entanto, parte da literatura sugere que certas demandas parecem ter sido esquecidas ou ao menos deixadas de lado ao longo do processo. Qual é a sua impressão em relação ao seu setor?

2. Indo além, em sua visão, quais foram as principais limitações que a consulta pública do MCI apresentou para a efetividade democrática da participação dos setores envolvidos, em especial no que diz respeito ao fluxo dos debates e a inserção da sociedade civil?
3. A formação do Marco Civil da Internet se deu a partir de uma sucessão de eventos importantes na vida política e social do país. Nesse sentido, quais fatores/eventos o(a) senhor(a) acredita que foram determinantes para o sucesso da empreitada legal?
4. A literatura especializada destaca 7 (sete) atores no processo de construção do MCI: (1) sociedade civil; (2) governo; (3) a PF em conjunto com o MP; (4) empresas de mídia; (5) segmento de telecomunicações; (6) empresas multinacionais de OTT/Internet; (7) empresas nacionais de acesso, serviços e informações na Internet. Dentre os envolvidos, em sua opinião, qual teria participado de forma mais ativa e qual teria sido o mais beneficiado, isto é, qual teria seus interesses melhor representados na versão final do diploma legal?
5. Ao analisar a formulação do MCI, é possível perceber que o debate ocorreu em torno de três grandes eixos: (1) liberdade de expressão; (2) privacidade/proteção de dados; (3) neutralidade da rede. A literatura especializada, por sua vez, destaca o dever de retenção de dados e a responsabilização de provedores por conteúdo gerado por terceiros (se por notificação simples ou necessária ordem judicial) como os temas mais polêmicos no processo de formulação no MCI. Dentre os temas debatidos, qual teria sido o de maior dificuldade para se alcançar o consenso?

ENTREVISTA 1. Advogado Google. Brasília, 9 jul. 2018.

ENTREVISTA 2. Empresas de telecomunicação (SindiTeleBrasil). Brasília, 20 jul. 2018.

ENTREVISTA 3. Advogado Facebook. Brasília, 21 jul. 2018.

Recebido em 27 de fevereiro de 2019.

Aprovado em 26 de fevereiro de 2020.

RESUMO: o artigo analisa os interesses empresariais em disputa na construção do Marco Civil da Internet. A hipótese é que as divergências entre os participantes reproduziram os conflitos internacionais sobre regulação da Internet. Foi feita pesquisa empírica com entrevistas e análise da literatura pertinente. É descrito o modelo participativo para evidenciar o espaço de conflito sobre o projeto de lei, bem como se realiza a análise da literatura sobre os diversos setores que se mobilizaram no processo. A análise das entrevistas demonstra que o setor empresarial, no Brasil, reproduziu o quadro internacional no qual está oposto às empresas de aplicações e os operadores de telecomunicações, com a imbricação de temas acerca da neutralidade de rede, da liberdade de expressão e de proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: marco civil da internet, participação social, interesses empresariais.

ABSTRACT: the article analyses the enterprises interests in conflict within the Brazilian Internet Rights Act approval process. The hypothesis is that the Brazilian divergences mirror the international disputes over the Internet regulation. The data of the article was drawn from first-hand interviews and from the Brazilian specialized literature. The article describes the participatory model and the dispute ground from which the Bill was born. Also, it assesses the contemporary literature to understand the Internet multisector disputes. The interpretation of the interviews leads towards the conclusion that the Brazilian conflict reproduces the international panorama in which the platforms oppose the traditional telecommunications carriers, merging the issues of net neutrality, freedom of expression, and personal data protection.

Keywords: brazilian internet rights act, social participation, enterprises' interests.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: VERONESE, Alexandre; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Interesses empresariais e divergências no processo de construção do Marco Civil da Internet: uma análise crítica a partir de entrevistas de campo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1224>.

Automatismo cerebral – análise crítica e impacto no sistema de imputação de responsabilidades

Brain automatism – critical analysis and impact on the system of liabilities imputation

Antonio Carlos Fontes Cintra*
Mackenzie Brasília, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

No presente século, centenas de processos criminais nos Estados Unidos tiveram como pano de fundo estudos neurobiológicos exibidos pela defesa no intuito de afirmar a falta de uma escolha pessoal, de uma vontade livre, a qual pudesse imputar aos réus culpa na conduta tipificada como criminosa. No ano de 2012, em 250 processos, mais que o dobro do número de 2007, foram apresentados trabalhos científicos, exames de imagens e outras evidências que buscaram, de algum modo, afirmar a tese de que o “cérebro do réu o fez agir daquele modo”¹.

Estudos de neuroimagem funcional em indivíduos diagnosticados com transtornos antissociais têm sugerido disfunção dos lobos frontal e temporal. Estudos de tomografia por emissão de pósitrons (PET – *Positron emission tomography*) mostraram associações entre metabolismo reduzido

*Defensor Público do Distrito Federal, Coordenador do Núcleo de Defesa do Consumidor, Doutor em Ciências Jurídicas Cíveis pela Universidade de Lisboa, Pós-doutorado pelo Regent College, Mestre pela UMESP, pós-graduado em Processo Civil pela Unisul, professor universitário de graduação e pós-graduação e de cursos preparatórios para concurso em Direito do Consumidor e Direito Civil. Membro do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da ANADEP, Vice-presidente da Comissão de Defesa do Consumidor junto ao Condege. Autor de livros e artigos jurídicos. E-mail: afcintra@gmail.com. Orcid: 0000-0002-2515-1644.

1 FARAHANY, 2016, pp. 485–509.

no córtex frontal e história de comportamento violento repetitivo, de agressão e homicídio. Redução da perfusão frontal tem sido descrita em indivíduos diagnosticados com transtornos antissociais estudados por tomografia computadorizada por emissão de fóton único (SPECT). Anormalidades de ativação frontal têm sido relatadas utilizando ressonância magnética funcional (RMf) durante tarefas que avaliam a inibição da resposta e o processamento de estímulos emocionais. Diferenças na ativação nos lobos temporais de psicopatas também foram demonstradas usando ressonância magnética funcional durante tarefas que avaliam o processamento de palavras emocionais e imagens emocionalmente carregadas².

Muitos são os estudos apresentados que buscam relacionar genética, fisiologia cerebral, danos cerebrais e outros elementos da estrutura corporal a uma predisposição a crimes e são temas que merecem uma digressão específica sobre seus resultados, diante da natureza de um aparente *lombrosionismo moderno*³. O tema será tratado em outra ocasião. O objetivo deste artigo centra-se em teoria ainda mais abrangente, que se refere não a determinada e pessoal formação cerebral ou conteúdo genético, mas sim à própria capacidade do ser humano de fazer escolhas.

O direito penal e toda política criminal hoje existentes partem do pressuposto de que a imputação penal depende da ideia de que o agente era capaz de fazer escolhas e que podia optar entre a conduta praticada e qualquer outra. O mesmo pode ser dito da responsabilidade aquiliana, descrita em seus elementos pelo art. 186 do Código Civil pátrio. Estudos modernos, todavia, desafiam essa lógica e apresentam a concepção de que a escolha é uma ilusão, um artifício cerebral. A desconstrução do elemento volitivo traz radicais transformações no sistema de responsabilidade civil e criminal e, por consequência, impõe que toda política de Estado dirigida para prevenção e reparação do dano seja repensada.

Este breve trabalho apresentará as linhas gerais da moderna e crescente teoria do automatismo cerebral, sua base científica, os experimentos realizados e argumentos a seu favor, assim como o impacto para as políticas públicas, as implicações para a responsabilidade civil e criminal, as críticas oferecidas por outros estudos científicos, as atuais constatações da ciência, as discussões filosóficas e cosmovisões (*Weltanschauung*) correlatas e a

2 EASTMAN; CAMPBELL, 2006.

3 A respeito, conferir CINTRA, 2019, pp. 53-65.

linha de coerência lógica na adoção de uma ou outra visão sobre a natureza da vontade e do próprio ser humano.

2. Automatismo cerebral

Daniel Wegner, falecido professor de Harvard, na obra mais emblemática de sua vida, *The illusion of conscious will* (A ilusão da vontade consciente) defende o argumento de que a consciência da existência da vontade é uma simples ilusão, um processo mental interpretativo de algo que, em verdade, já fora ordenado; é nada mais do que a percepção de algo que o cérebro já haveria decidido. A sensação da vontade e as próprias ações humanas são apresentadas como meras criações do cérebro que, em verdade, tão somente reage aos estímulos externos. A despeito das causas profundas, relevantes e inconscientes das ações humanas, para Wegner, a experiência de consciência de uma vontade surge do processo que interpreta essas conexões e não das conexões em si. Primeiro o cérebro decide e só então é comunicada a sensação de uma suposta decisão. A experiência de querer alguma ação é um sentimento informativo, uma percepção de um estado mental e corporal de construção muito própria. Seria mais do que uma percepção de algo fora de si; seria uma experiência da própria mente e corpo⁴.

Francis Crick⁵, renomado bioquímico, vencedor do prêmio Nobel em 1962 pela colaboração na descoberta da estrutura molecular do DNA, sustenta que as emoções, memórias, ambições, o senso de identidade pessoal e livre arbítrio são, na verdade, nada mais do que o comportamento de uma vasta quantidade de células nervosas e moléculas associadas. Desenvolve seus fundamentos no papel desempenhado pela região talâmica do cérebro.

A perspectiva do automatismo cerebral e a consequente negação do elemento volitivo dá ensejo aos mais diversos argumentos excludentes de responsabilidade, afinal, se não fora o sujeito, mas seu cérebro como autônomo, por que deverá ser responsabilizado por seu ato? A afirmação do automatismo cerebral não apenas tem inúmeras implicações práticas como também confere um novo conceito e perspectiva à ideia do ser humano como uma máquina e não um ser. Não é apenas um problema epistemo-

4 WEGNER, 2018.

5 1994.

lógico na busca de elementos pelos quais conhece e decide, mas verdadeiramente ontológico.

Haveria base científica ao argumento? O atual estado da ciência é capaz de precisar a fonte de nossas decisões, o funcionamento do mecanismo cerebral, os motivos, as influências ou mesmo a existência ou não de um ato volitivo? Situemos, com a brevidade que este artigo exige, o atual estágio da discussão. Apontaremos os principais estudos e conclusões ao longo do artigo.

Não há outro fundamento neurobiológico mais citado para a defesa de um determinismo pautado em um automatismo cerebral e para a pretensa ilusão da vontade, do que os estudos de Benjamin Libet, que supostamente mostraram que a atividade cerebral associada a decisões deliberadas pode ser detectada pouco antes de estarmos conscientes de tomar uma decisão. Em seu experimento, Libet pediu aos sujeitos que sinalizassem o momento em que conscientemente desejavam realizar uma ação e relataram quando sentiram a intenção de fazer um movimento espontâneo ao notar a posição de um ponto se movendo na tela do computador. Sentados em frente a um cronômetro, eles foram solicitados a anotar o momento em que estavam conscientes da decisão de se mover, enquanto os eletrodos de EEG conectados à cabeça monitoravam sua atividade cerebral. Aparentemente, os sujeitos perceberam suas intenções aproximadamente 200 milissegundos antes de realmente executar a ação e, portanto, subsequente ao início do chamado potencial de prontidão (ou *Bereitschaftspotential*) gravado antes do movimento. O estudo conclui que a consciência da vontade vem depois do potencial de prontidão e, portanto, não pode ser o iniciador da ação⁶.

O experimento repercutiu como um marco nos estudos de neurociência e até hoje é base para os fundamentos de teorias que sustentam que o movimento cerebral para uma determinada ação ocorre antes da consciência do movimento, o que afastaria, portanto, qualquer controle ou intenção sobre as ações cerebrais.

A questão que fica é se Libet realmente demonstrou isso ou se simplesmente esclareceu que o potencial de prontidão vem antes da consciência do agente de sua própria vontade. Seria possível pensar, então, que o elemento volitivo ocorre antes de qualquer processo cerebral? Se isso for possível, qual seria a sede dessa vontade? É evidente que o estudo, de

6 LIBET et al., 1983.

forma não intencional, remete à própria metafísica e voltaremos a outros experimentos que acabam por rebater as conclusões de Libet, mas, antes, situemos a discussão no campo filosófico.

3. Determinismo e livre arbítrio

As conclusões de acadêmicos da neurociência não são novas em sua essência, apenas em seus fundamentos. Spinoza já afirmava o engano humano em pensar-se livre para tomar decisões. Defendia que a ideia de liberdade se funda na ignorância das causas de suas ações: “Ignoram, todos, o que seja a vontade e como ela move o corpo. Os que se vangloriam do contrário, e forjam sedes e moradas para a alma, costumam provocar o riso ou a náusea”⁷.

Spinoza reagia à compreensão de uma essência humana de origem transcendente, presente na cosmovisão medieval e que tem como estrutura a ideia de *haecceitas*, uma entidade positiva que não é matéria e que vem se juntar à natureza comum como uma última determinação, construída pelo filósofo escocês do século IX John Scotus⁸. Nisso reside o pensamento fundante sobre o que hoje refere-se a “alma”. Em Tomás de Aquino, no século XIII, a relação entre alma e o elemento volitivo é estruturada. Em seu pensamento, a virtude implica uma perfeição da potência. A potência para existir fundamenta-se na matéria encontrada no corpo, ao passo que a potência para agir fundamenta-se na forma, que é princípio de ação, estrutura da alma. Nesse sentido, a virtude humana não pode pertencer ao corpo, mas só ao que é próprio da alma. A virtude humana não implica uma ordenação para existir, mas antes para a ação. A faculdade de escolha, portanto, era atribuída à essência humana, a alma, e não à matéria⁹.

Com o advento do iluminismo e o conseqüente secularismo que tomou conta da ciência e do mundo acadêmico, todo conceito que transcenda ao mundo natural e à matéria foi deixado de lado como parte de um suposto obscurantismo de tempos de ignorância. O materialismo tomou conta do discurso protocolar da ciência. Não obstante, o ser humano, em sua maioria, permanece resistente em se enxergar como apenas matéria, o que traz claras implicações àquilo que socialmente se demanda como políticas de estado.

7 SPINOZA, 2009, proposição 35, Parte 2.

8 CROSS, 2014.

9 AQUINO, 2005, questão 55 – Essência da virtude – art. 2.

Paul-Henri Thiry, Barão d’Holbach, filósofo do iluminismo conhecido por seu forte engajamento ateu-materialista, estruturou a concepção determinista de mundo em seus fundamentos. O ser humano, em Holbach, é compreendido em termos de causa e efeito, matéria e movimento, há um relato da natureza humana em termos de normas de regularidades legais, em especial, leis psicológicas. Apesar de típico naturalista, considera que diferentes tipos de corpos podem ter propriedades peculiares que exigem explicações próprias¹⁰.

Se o determinismo é verdadeiro, agir ou não é completamente estabelecido por leis fixas da natureza e eventos no passado distante. Como não compete ao agente as leis da natureza ou os eventos de um passado distante, então agir ou não é completamente condicionado por leis que estão fora da esfera de decisão do agente. Se uma ação não é de decisão de um agente, ela não é livre (no sentido moral). Desse modo, agir ou não agir não é uma escolha¹¹.

Segundo Inwagen, em sua perspectiva compatibilista (entendimento de que determinismo e livre arbítrio são compatíveis), ainda que, em determinado momento, um ato reprovável tenha sido cometido sem a possibilidade de agir de outro modo, haverá responsabilidade do sujeito, sempre que seja possível afirmar que a situação de impossibilidade de agir de outro modo tenha sido criada pelo agente. Exemplifica primeiro com o clássico exemplo do agente embriagado que acaba agindo mal em razão dos efeitos do álcool, lembrando que, a despeito de não ter tido outra escolha, teve anteriormente a escolha de se colocar naquela situação. Mas Inwagen avança ao trazer o exemplo de um assassino profissional que mata vítimas a sangue frio porque foi acostumado pelo exercer da profissão, além de estar hoje vinculado aos riscos de se contrariar à máfia. Seria possível afirmar que o assassino hoje não agirá de outra forma; argumenta que seu próprio caráter foi moldado pelas primeiras escolhas: “É uma ideia filosófica antiga e muito plausível que, por nossos atos, nos transformamos no tipo de pessoa que ao final nos tornamos. Ou, pelo menos, é possível supor que nossos atos estão entre os fatores que determinam o que em algum momento nos tornaremos”¹².

10 HOLBACH, 2010.

11 DENNETT, 2004, p. 134.

12 INWAGEN, 2017b, pp. 78-79.

Porque somos agentes causadores que agem intencionalmente sem que sejamos completamente causados por qualquer coisa relacionada com o que fazemos, nos encontramos moralmente responsáveis por nossas ações. E porque somos essencialmente a mesma pessoa que tinha o mesmo corpo durante todo o momento de nossas vidas, a mera passagem do tempo não pode remover a responsabilidade moral pelas ações praticadas em momentos anteriores de nossas vidas¹³.

A afirmação da existência da vontade e da capacidade do ser humano de fazer escolhas conscientes não afasta o reconhecimento de predisposições genéticas, influências sociais, aspectos culturais e outros fatores que, de algum modo, influenciam na tomada de decisão. Em verdade, para os defensores do livre-arbítrio, chamados no campo filosófico de libertários, as ações voluntárias apresentam um ancestral causal que contém como fator-causa o resultado de um esforço que não é completamente determinado em direção e intensidade pela causa ocorrente. Não há completa exclusão de fatores que determinam a decisão, nesse sentido, dado que a direção e a intensidade do esforço são completamente determinadas pela causa primeira. A despeito da capacidade de decidir, as razões para tanto podem, em certo sentido, ser consideradas a verdadeira causa da ação. Daí a ingenuidade do termo *livre* arbítrio. É nesse ponto que os conceitos filosóficos de “razão”, “princípios funcionais da ética”, “lei moral”, “lei natural” mostram seu valor. Eles são sistemas universais (no sentido platônico) que dão a cada um a capacidade de discernir entre o certo e o errado¹⁴.

Esse é o real divisor de águas entre as duas concepções que há anos se opõem e que se apresentaram ao longo da história com diferentes roupagens. É precisamente a adoção de uma particular cosmovisão, na medida em que se confere ou não transcendência à estrutura material biológica do ser humano. A velha discussão entre o jusnaturalismo e o positivismo tangencia a mesma temática, dividindo pensadores em visões de mundo distintas. A percepção platônica de mundo concebe que a realidade vai além da matéria e, nesse sentido, o homem é mais do que uma engrenagem formada pelo conteúdo genético. Igualmente, confere a ideia de que o conceito do bom, do ético, do justo está além da matéria. Conferir ao homem vontade e uma natureza maior do que de uma simples máquina biológica pré-programada implica a assunção de uma natureza transcendente ao ser humano.

13 SWINBURNE, 2013, p. 229.

14 BROAD, 1952, pp. 195-217.

A responsabilidade civil e criminal, da forma como fora estruturada no sistema jurídico brasileiro e em muitos outros países, depende da existência de uma vontade e da possibilidade de o sujeito, ao qual é imputado o ilícito, ter agido de outro modo. Entretanto, afirmar que o sujeito poderia agir de fato de outra maneira não exclui a hipótese de que seu comportamento tenha sido determinado. De fato, dizer que ele poderia ter agido de outra forma é compatível com a ideia de que o comportamento era determinado por outros fatores e, portanto, logicamente consistente com o determinismo. O que se pretende dizer com a possibilidade de agir de outro modo é entender o homem como dotado de uma vontade que, ainda que influenciada por muitos fatores (genéticos, sociais, herdados ou adquiridos, materiais ou imateriais), é capaz de mudar o rumo de sua história. Reconhecer ao homem a capacidade de se arrepender, seja de um rumo socialmente reprovável ou de parâmetros socialmente esperados, é essencialmente reconhecer ao homem a capacidade de fazer escolhas que contrariem seu natural condicionamento.

4. Estado atual da ciência sobre o automatismo

Percebe-se que o experimento de Libet depende do registro dos participantes da percepção da intenção de se mover. Nesse caso, pode haver um atraso entre o desejo de agir e sua percepção - afinal, isso significa desviar sua atenção de sua própria intenção para o relógio. Ademais, é preciso considerar que as pessoas podem não ser capazes de registrar com precisão o momento de sua decisão de se mover.

Jeff Miller, Peter Shepherdson e Judy Trevena Miller, em experimentos próprios, perceberam que Libet não tinha lidado, de forma explícita, com a possibilidade de que o próprio relógio tivesse uma influência direta na atividade do eletroencefalograma (EEG) para a preparação do movimento do dedo, e concluíram que o efeito de monitorar um relógio poderia ser responsável pelos relatos anteriores, de que a atividade cerebral ligada ao movimento teria começado antes que os participantes tenham, de forma consciente, decidido mover-se¹⁵.

15 MILLER; SHEPHERDSON; TREVENA, 2011. Os pesquisadores fizeram dois experimentos. No primeiro, examinaram a atividade EEG antes de um tom que servia de estímulo para uma tarefa de discriminação de frequência. Compararam a condição em que os participantes monitoravam um relógio para relatar o momento em que ficaram conscientes de um evento

Em outro experimento, conduzido pelos cientistas Haggard e Eimer, os participantes podiam escolher entre levantar a mão direita ou a esquerda, ao contrário do experimento de Libet, que envolvia apenas uma das mãos. Ao permitir a escolha, o potencial de prontidão começava em ambos os hemisférios cerebrais, e depois se dirigia ao hemisfério contralateral ao da mão que fora levantada. Quando a intenção consciente ocorria logo, havia uma rápida lateralização do potencial de prontidão. Quando ocorria mais tarde, isto é, logo antes da ação em si, havia uma lateralização tardia do potencial de prontidão. Tomando tais resultados como parâmetro, Haggard e Eimer concluíram que o potencial de prontidão não poderia ser a causa da experiência consciente de intenção reportada pelo tipo de experimento de Libet. O processo cerebral que permite a escolha dentre as possibilidades de ações alternativas parece indicar o momento em que a experiência de consciência entra na cadeia de ações voluntárias¹⁶.

Tim Bayne, professor da Universidade de Oxford, aponta que o máximo que experimentos que buscam afirmar o automatismo cerebral puderam demonstrar, até então, foi que um evento cerebral de determinado tipo é uma condição necessária para a ocorrência de uma decisão, mas não é suficiente por si mesmo para causar a decisão (o evento cerebral é a causa de um impulso ou inclinação a agir, o que nem sempre levará a uma decisão de agir). Acentua que essas ações estudadas por neurocientistas concernem a decisões de atos simples (como o momento certo de levantar as mãos no curso de 20 segundos) e, deste modo, as decisões do tipo não

específico, ou seja, a decisão de mover-se, no primeiro experimento com a resposta no segundo experimento, a condição em que os participantes não monitoraram o relógio. Esse procedimento com o relógio tinha sido usado antes para estimar o momento em que as pessoas ficavam conscientes de suas decisões para mover-se, e resultados iniciais sugeriram que alguns tipos de atividade EEG associada com a preparação do movimento começam antes da decisão consciente de mover-se (a descoberta de Libet). Miller e seus colegas indicam que os investigadores anteriores não tinham lidado de forma explícita com a possibilidade de que o próprio relógio tivesse uma influência direta na atividade EEG para a preparação do movimento do dedo indicador. Cito aqui os resultados: “Nossos resultados contestam a conclusão de que movimentos intencionais são iniciados por atividade da área motora e a iniciação de movimentos intencionais são iniciados por atividade subconsciente da área motora. Ao questionar a relação entre a atividade da área motora e a iniciação de movimento, esta contestação parece se encaixar bem com argumentos segundo os quais a intenção de mover-se não é gerada por um única área do cérebro, mas é produto de uma rede frontoparietal recorrente” (em tradução livre) Concluíram o resumo do artigo desta forma: “Os efeitos de monitorar um relógio da atividade EEG poderiam ser responsáveis pelos relatos anteriores de que a atividade cerebral ligada ao movimento começa antes que os participantes tenha, de forma consciente, decidido mover-se” (em tradução livre).

16 HAGGARD; EIMER, 1999.

são consideradas aptas a tornar alguém moral ou legalmente responsável por seus atos¹⁷.

Ademais, valendo-se apenas da própria lógica e coerência que devem conduzir qualquer discussão, percebe-se que o argumento de um automatismo cerebral é autodestrutivo, pois se afirma, no próprio exercício do livre-arbítrio, que não há livre-arbítrio. Na linha do que afirmam, estariam tais teóricos argumentando por algum processo preordenado ou mesmo geneticamente predisposto? Como então dar validade a algo que é mera construção de uma predisposição pessoal de assim conceber a estrutura da mente? Em verdade, agem sob a artificial suposição de que de alguma forma estariam isentos de seus próprios fundamentos, quando, na realidade, fazem escolhas na construção do texto de suas publicações, sobre quais palavras irão usar, qual bibliografia consultarão, como irão construir o argumento que sustentam, afinal, decidirão se vale a pena o esforço e quais objetivos pretendem alcançar.

Richard Swinburne destaca que, em situações complexas envolvendo inclinações, valores morais, desejos conflituosos e outros fatores mais, uma eventual regra que afirmasse qual decisão seria tomada existirá apenas para a decisão desse particular momento e, portanto, jamais poderá ser testada. De modo algum alguém poderá demonstrar que tais decisões são tomadas por regras determinísticas. Se nossas decisões não podem ser previstas de forma precisa, então os eventos cerebrais tampouco ser previstos com precisão; e se nossas decisões não podem ser completamente causadas, então os eventos cerebrais que elas causam tampouco ser totalmente causados por outros eventos cerebrais. Nesse sentido, eventos cerebrais não podem ser inteiramente determinísticos¹⁸.

Peter Van Inwagen, professor da Universidade de Notre Dame, que tem dedicado suas pesquisas ao estudo do livre arbítrio, assevera:

Como nunca podemos, na prática, retornar o corpo, o cérebro e o ambiente de um agente exatamente às condições em que se encontravam em algum momento anterior – já que, de fato, não podemos nem rastrear detalhadamente o funcionamento do cérebro, é na prática impossível descobrir se o ato de um agente era ou não causalmente indeterminado (tradução livre)¹⁹.

17 BAYNE, 2011, pp. 25-47.

18 SWINBURNE, 2011, pp. 63-84.

19 INWAGEN, 2017a, p. 54.

5. Reprovabilidade da conduta como elemento essencial para a imputação da responsabilidade pessoal

A culpa é um estado de ânimo tido como reprovável em relação a um determinado dano, é a contrariedade da disposição de evitar os efeitos perniciosos do dano. Em regra, a culpa é posta em correlação com a antijuridicidade, sendo precisamente considerada como um estado de ânimo que integra psicologicamente o fato antijurídico, de modo a assumir caráter de contrariedade ao direito²⁰.

A violação voluntária de uma norma jurídica possibilita a execução de dois juízos de valor: um sobre o caráter antissocial do ato ou do seu resultado e outro sobre a dimensão ético-jurídica²¹. O grau de reprovação ou censura será proporcional à possibilidade de a pessoa ter agido de outro modo e à intensidade do dever tê-lo feito²².

Por isso, dentre as teorias que procuram explicar os fundamentos de responsabilização dos atos culposos, a reprovabilidade da conduta toma maior expressão na teoria do defeito de apreciação do bem jurídico, a qual concebe a culpa dentro de uma valoração dos objetos, consistindo em uma falta de interesse na defesa do bem jurídico protegido pela norma²³.

Ora, se considerarmos que os sujeitos estão fadados a determinada ação/reação, seja pela estrutura da formação cerebral, seja pela teoria do automatismo, como falar em reprovabilidade da conduta? Se o cérebro reage a estímulos externos, se há uma programação genética anterior ao fato jurídico que já condiciona a determinadas ações, se há uma particular construção da máquina cerebral que impõe determinados comportamentos, como seria possível afirmar que a conduta de qualquer pessoa é reprovável?

No modelo atual de responsabilização civil e penal, ressalvadas pontuais divergências, é possível afirmar que, em regra, para responsabilizar-se alguém, não é suficiente ter objetivamente causado o evento. É necessário também que a vontade culpável do agente interfira em todo o desenvolvimento causal que conduziu ao evento danoso. Paralelo ao nexos de causalidade natural deve concorrer um nexos de vontade²⁴.

20 DE CULPIS, 1979, p. 140.

21 JORGE, 1995, p. 67

22 VARELA, 1998, p. 594. Cf. também BUSTAMANTE ALSINA, 1997, p. 338.

23 TAVARES, 2009, p. 21.

24 TRIMARCHI, 1967, p. 26.

Observe-se que uma coisa é afirmar algum distúrbio mental e dar ao inimputável ou semi-imputável um tratamento diferenciado, como a norma já faz. Outra coisa é a afirmação de um automatismo cerebral, que coloca o elemento volitivo como mera ilusão do cérebro, que retira do ser humano a capacidade de escolha. Nesse sentido, como o Estado deveria estruturar políticas públicas a fim de prevenir, reprimir e reparar o dano? Como então reestruturar todo o modelo de responsabilidade civil e criminal?

Ao mesmo tempo que a responsabilidade depende da existência de capacidade de fazer escolhas, é ela também o fator mediador entre a liberdade de agir e a culpa existente, quando da violação do *dever-ser*. O homem, ao realizar suas escolhas, define os contornos de sua atuação e se encontra nesse momento com as consequências de tais escolhas. Pela responsabilidade imputa-se ao *ser-livre* o seu próprio comportamento, sua ação ou omissão. A responsabilidade terá qualificações de culpa e, portanto, potencialidade de gerar o dever de indenizar, sempre que haja violação de determinações do *dever-ser* e que, como tal, já pertencem ao seu próprio *ser*²⁵.

Segundo Larenz, o princípio da culpabilidade se modifica pela ideia de um dever típico de garantia da existência das capacidades típicas do grupo. Atrás dele se encontra o princípio da confiança depositada por toda a sociedade²⁶. Toda confiança, de outro lado, depende da presunção de que é possível contar com o alinhamento de condutas e que a boa-fé e o desejo social de cooperar e se adequar a regras de convivência irá prevalecer, o que, essencialmente, depende da vontade e de políticas de Estado que, de algum modo, as condicione, reprimindo condutas e desestimulando outras a fim de que a liberdade de agir seja vetorizada em direção ao bem comum. É princípio base de toda sociedade e característica essencial dos humanos. Racionalidade implica, na atual concepção estatal de regras de convivência, a capacidade de fazer escolhas dirigidas ao campo do *dever-ser*.

A compreensão do homem como autômato, como uma máquina que apenas reage aos estímulos externos de acordo com a particular programação de cada um, anda em completa oposição a tais preceitos que constroem as estruturas mais básicas das atuais políticas de Estado de responsabilização, pois lhe retira o elemento anímico e estruturante de todo valor da norma. É a habilidade de se desprender do mundo externo e focar na pró-

25 DIAS, 1983, p. 152.

26 LARENZ, 1990, p. 116.

pria consciência que permite a respectiva existência da questão ética e de toda ação do Estado dirigida a fim de promover o bem social e os valores defendidos por determinado grupo.

Do mesmo modo, não seria possível uma investigação ética se não fosse o agente participante de uma experiência social. Também não haverá qualquer razão de se indagar o que se deve ou não fazer se não houver posse da própria consciência e de algum domínio sobre o próprio corpo. Ao mesmo tempo, importa ter em mente que a questão ética participa da existência humana e toda escolha moral é inescapavelmente histórica, inserida no tempo e espaço e contextualizada por incontáveis relacionamentos e estruturas. Não é possível sustentar a reprovação de uma conduta fora do campo pessoal do espaço histórico de um ser²⁷.

Um sistema jurídico de imputação de responsabilidades depende da existência de uma vontade, da compreensão de um ser capaz de fazer escolhas. É porque tinha a opção de ter agido de outro modo que pode ser responsabilizado pelo ato socialmente reprovado. Importa, todavia, acentuar que liberdade de escolha não demanda o acolhimento inocente de que toda vontade é completamente livre e nisso se revela a precariedade da cunhada expressão “livre-arbítrio”. Todo ser humano, inserido em um contexto social, formado por uma conjuntura genética e psicológica, traz consigo uma bagagem que interfere em suas escolhas e o direito não está alheio a isso. Todavia, é na compreensão do ser humano com seu atributo de fazer escolhas e de romper com os rumos sócio-biológicos que, em alguma medida, o condicionam, que se estrutura o atual modelo de responsabilidade civil e criminal.

6. Conclusão

Em toda política de Estado há a assunção de uma particular cosmovisão, que inclui a própria definição da natureza humana. A teoria do automatismo está intimamente ligada à perspectiva do materialismo, a compreensão de que o homem não é nada além de matéria, é um conjunto de estruturas físicas e reações químicas, ou, nas palavras de Richard Dawkins, enormes colônias de genes “seguros dentro de gigantescos robôs pesados, isolados do mundo exterior, comunicando-se com ele por tortuosas rotas indiretas,

27 KAVANAUGH, 2001, p. 34.

manipulando-o por controle remoto”²⁸. O homem nada mais seria do que uma complexa máquina com particular programação.

Como visto, as bases científicas são insuficientes para se afirmar a existência ou não do automatismo cerebral e, como alertam os estudiosos do livre arbítrio e determinismo, provavelmente jamais haverá possibilidade de se realizar qualquer afirmação com segurança. De todo modo, assumindo-se como verdadeira a construção do automatismo cerebral, é preciso enfrentar mais do que o completo desabamento da atual estrutura de imputação de responsabilidades e políticas de Estado de reparação e prevenção. Por coerência lógica, a assunção do homem como “máquina” traz inevitavelmente a pergunta de fundo: o que fazer com uma “máquina quebrada”? Mais ainda, o que fazer com uma “máquina defeituosa” que traz grande risco às outras “máquinas funcionais”?

Em verdade, é na compreensão do atributo humano de fazer escolhas que o Estado Democrático de Direito constrói suas políticas afirmativas. Ideologias do abandono da autonomia e liberdade já se mostraram nefastas no passado com outras facetas. Hannah Arendt deixou importantes reflexões sobre o mal, depois de ter sido convidada para cobrir e analisar o julgamento de Otto Adolf Eichmann, um dos principais organizadores do Holocausto, preso na Argentina em 1960. Do relato de Eichmann, Arendt concluiu que quando os oficiais alemães se recusaram a pensar e decidir com seus próprios juízos e interna compreensão de certo e errado, insistindo que o modelo de organização do Estado Nazista privou-os de iniciativa, condicionando-os à obediência a seus superiores para o bem da nação, “renunciaram voluntariamente a todas as qualidades pessoais, como se ninguém fosse deixado para ser punido ou perdoado”. Assim, “o maior mal perpetrado é o mal cometido pelos ninguém, isto é, pelos seres humanos que se recusam a ser pessoas”²⁹.

Linhas atrás destacou-se que o conceito de uma vontade livre depende e está inexoravelmente ligado ao atributo humano da “razão”, “princípios funcionais da ética”, “lei moral” e “lei natural”, que revelam sistemas universais que permitem a imputação da culpa por determinada escolha. Nisso, mais uma vez, revela-se particular atributo humano. Negar-lhe autonomia e afirmar o automatismo é fazê-lo menor, é negar-lhe sua essência, aquilo que o diferencia de animais movidos por seus instintos, gregários ou

28 DAWKINS, 1976, p. 21.

29 ARENDT, 2003, p. 111.

não. Nas palavras de Blaise Pascal: “É perigoso fazer ver demais ao homem quanto ele é igual aos animais, sem lhe mostrar sua grandeza. É ainda perigoso fazer-lhe ver demais a sua grandeza sem a sua baixaza. É ainda mais perigoso deixá-lo ignorar ambas”³⁰.

O ser humano é uma realidade revelada, um ser histórico cujos atributos permitem o surgimento de atividades, dentre as quais conhecer, criar, transformar, amar e fazer escolhas³¹. É reconhecendo tais atributos que não apenas a norma jurídica, mas também o senso comum, diferenciam um animal que força a fêmea à cópula de um estuprador, adjetivo que somente tem sentido se o agente é um ser humano. Isso porque a este é reconhecido o atributo de contrariar seus instintos e fazer escolhas morais, ao homem é socialmente reconhecido atributo que o faz diferente de outros animais. Toda atual responsabilidade civil e penal depende disso e toda política de Estado nos moldes atuais toma como pressuposto a compreensão do ser humano como algo além de uma máquina complexa, previamente programada. E é por isso que pensadores modernos retornam hoje a fundamentos da escolástica a fim de compreender e definir a natureza humana. A título de exemplo, acentua o filósofo de Oxford Richard Swinburne:

A história do mundo terá de incluir (ou permitir a nós deduzirmos) as histórias tanto do corpo humano como da alma humana e que – é metafisicamente possível – existir corpos sem almas ou almas sem corpos, apesar de que, sob circunstâncias normais da vida na terra, não existam razões para supor que almas e corpos andem separados³².

A compreensão da natureza humana passa essencialmente pela adoção de uma cosmovisão (*Weltanschauung*) e esta igualmente confere os contornos e estruturas de como o próprio ser humano é concebido. A estrutura da responsabilidade civil e criminal e todas as políticas de estado dirigidas à prevenção e reparação de danos dependem essencialmente do conceito que determinada sociedade detém da natureza do ser humano. Ainda que os estudos apresentados para se afirmar a teoria do automatismo cerebral tenham sido refutados por outros estudos, é certo que antigas polêmicas entre o livre-arbítrio e o determinismo, materialismo e transcendência, te-

30 PASCAL, 1670, artigo XVIII, XIV.

31 KAVANAUGH, 2001, p. 69.

32 SWINBURNE, 2013, p.173

rão sempre adeptos de um lado ou de outro que buscarão fundamentos e novas roupagens para a cíclica discussão sobre a natureza do homem. É preciso, todavia, que ao assumir uma ou outra concepção, se esteja pronto para enfrentar as decorrências lógicas de cada afirmação para o sistema de prevenção e reparação de danos e de imputação de responsabilidades.

Referências

- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. vol. IV. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- ARENDDT, Hannah. *Responsibility and Judgment*. New York: Schocken Books, 2003.
- BAYNE, Tim. *Libet and the case for free will scepticism*. In: free will and modern science. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 25-47.
- BROAD, C. D. *Ética e a história da filosofia*. London & Kegan Paul Ltd, 1952.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1997.
- CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Neuromoral Theory? A new Lombrosionism supported by the recent findings of neuroscience. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, v. XIII, p. 53-65, 2019.
- CRICK, Francis Crick. *The Astonishing Hypothesis: The Scientific Search for the Soul*. New York: Charles Scribner's Sons, 1994.
- CROSS, Richard. *Medieval Theories of Haecceity*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta (ed.), 2014.
- DAWKINS, Richard. *The Selfish Gene*. Oxford: Oxford University Press, 1976.
- DE CULPIS, Adriano. *Il danno*. Milano: Giuffré, 1979.
- DENNETT, Daniel C. *Freedom Evolves*. Nova York: Penguin Group, 2004.
- DIAS, J. Figueiredo. *Liberdade e culpa direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1983.
- EASTMAN, N; CAMPBELL, C. Neuroscience and legal determination of criminal responsibility. *Nat Rev Neurosci.*, 7,4,311-318, Apr, 2006.
- FARAHANY, Nita A. *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*. *J Law Biosci.*,2,3,485-509, Jan, 2016.
- HAGGARD, P; EIMER, M. On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements. *Exp Brain Res.*,126,1,128-133, May, 1999.
- HOLBACH, Paul-Henri Thiry, Barão d'. *Sistema da natureza*. São Paulo: M. Fontes, 2010.

- INWAGEN, Peter Van. *Critical Study of Dennet's Elbow Room*. In: Thinking about free will. Cambridge: Cambridge University Press, 2017a. <https://doi.org/10.1017/9781316711101.006>.
- INWAGEN, Peter Van. *When Is the Will Free?* In: Thinking about free will. Cambridge: Cambridge University Press, 2017b. <https://doi.org/10.1017/9781316711101.002>.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.
- KAVANAUGH, John F. *Who counts as persons? human identity and the ethics of killing*. Whashington, D. C.: Georgetown University Press, 2001.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1990.
- LIBET, B; GLEASON, CA; WRIGHT, EW; PEARL, DK. Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act. *Brain*, 106, Pt3, 623-642, Sep, 1983.
- MILLER, J; SHEPHERDSON, P; TREVENA, J. Effects of clock monitoring on electroencephalographic activity: is unconscious movement initiation an artifact of the clock? *Psychol Sci.*, 22, 1, 103-109, Jan, 2011.
- PASCAL, B. *Pensamentos*. Ed Ridendo Castigat Mores, 1670. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao_leitura/filosofia/texto_pdf/pascal.pdf. Acesso em: 18/05/2021.
- SPINOZA, Baruch. *Ética*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.
- SWINBURNE, Richard. *Dualism and the determination of action*. In: free will and modern science. Oxford: Oxford University Press, 2011 <https://doi.org/10.5871/bacad/9780197264898.003.0005>.
- SWINBURNE, Richard. *Mind, brain & free will*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milano. Dott. A. Giuffré, 1967.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I. Coimbra, Almedina, 1998.
- WEGNER, Daniel M. *The illusion of conscious will*. Cambridge: The MIT Press, 2018.

Recebido em 25 de março de 2019.

Aprovado em 16 de maio de 2021.

RESUMO: o automatismo cerebral, valendo-se de experimentos científicos, sustenta que a experiência do processo decisório é uma simples ilusão, um processo mental interpretativo de uma resposta cerebral ao estímulo externo. De outro lado, todo o modelo de imputação de responsabilidade pessoal, seja na esfera civil ou criminal, impõe a existência de uma reprovabilidade da conduta. A exclusão do elemento volitivo afasta toda e qualquer responsabilidade, pois não se poderia exigir que o agente agisse de modo diverso, diante da inexistência de uma possibilidade de escolha. A problemática é conexas com a controvérsia filosófica entre deterministas, libertários e compatibilistas. Há profundas implicações não apenas para as estruturas do modelo jurídico de responsabilidade, mas também para a construção de políticas públicas de prevenção e reparação de danos. Mais do que isso, a adoção de uma ou outra perspectiva aponta para uma particular cosmovisão e, por esta, uma peculiar compreensão do que é *ser humano*.

Palavras-chave: automatismo cerebral, responsabilidade, livre-arbítrio, determinismo, imputação.

ABSTRACT: The cerebral automatism, using scientific experiments, maintains that the experience of the decision-making process is a simple illusion, a mental process interpretative of a cerebral response to the external stimulus. On the other hand, any model of imputation of personal responsibility, whether in the civil or criminal sphere, imposes the existence of a reproachability of conduct. The exclusion of the volitional element removes all responsibility, since the agent could not be required to act in a different way, in the absence of a choice. The problem is connected with the philosophical controversy between determinists, libertarians, and compatibilists. There are profound implications not only for the structures of the legal model of liability, but also for the construction of public policies for the prevention and repair of damages. More than this, the adoption of one or another perspective points to a particular worldview and, for this, a peculiar understanding of what it is to be human.

Keywords: automatism, responsibility, free will, determinism, imputation.

Sugestão de citação: CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Automatismo cerebral – análise crítica e impacto no sistema de imputação de responsabilidades. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1245>.

The mild weapon of the crown: making the constitutional value of pardon with public opinion and the interference of the moderating power over the judiciary (Brazil, 1823-1889)

A doce arma da coroa: o valor constitucional do direito de graça efetiva-se na opinião pública e na interferência do poder moderador sobre o judiciário (Brasil, 1823-1889)

Arthur Barrêto de Almeida Costa*

Università degli Studi di Firenze, Florence, Italy

Y pues es el fausto día/ que se cumple el año vuestro/ de dar perdón al convicto/ y dar libertad al preso/ (...)/ Vos sois príncipe cristiano/ y yo, por mi estado, debo/ pedir os lo más benigno/ y vos no usar lo sangriento./ Muerte puede dar cualquiera;/ vida, sólo puede hacerlo/ Díos: luego sólo con darla/ podéis a Díos pareceros Sor Juana Inés de la Cruz, Inundacion Castálida (1689). Con ocasión de celebrar el primer año que cumplió el hijo del señor virrey, le pide a su excelencia indulto para un reo, vv. 161-164; 181-188

1. Introduction: the foundations of a double-faced institution

Freedom and imprisonment. Benign and bloody. Death and life. The poetry of Sor Juana Inés de La Cruz, exquisitely baroque as it could only be, testifies the incessant clash of opposites. This Mexican nun from the Spanish *siglo de oro* embodied in her own life and work the contrasts that pervaded

*PhD candidate in *Teoria e Storia del Diritto* at *Università degli Studi di Firenze*. Master and Bachelor of Law at *Universidade Federal de Minas Gerais*. Member of *Studium Iuris* – Research Group on the History of Legal Culture (CNPq/UFMG). Email: arthurbarretto@gmail.com. Orcid: 0000-0002-6906-0998.

her poems: writer of pieces of religious devotion and ardent love, a Mexican native in the court of the Spanish viceroys, a scholarly and intellectual woman in a world dominated by men. In the verses cited at the epigraph to this work, Sor Juana appeals to the son of the viceroy of New Spain, in his first birthday, to pardon a man about to go to the gallows. The boy, though less than a year old, was already lavishly covered by titles and riches; yet, as the nun bravely pointed out, anyone could take life – even a one-year-old baby – but only God, who came to the world himself as a fragile baby in a manger, could give life. Pardon was able to encapsulate these contrasts and make alike the rich and the poor babies, king and God, the doomed and the powerful, by allowing them to spare the life of a helpless man.

Regardless of the stimulating theological and artistic dimensions of mercy, my interest here will be on its legal features. Yet, even in law, royal pardon is a compound of opposites. I am referring to its dubious nature as both a feature of criminal and constitutional law. Pardon, as the suspension of punishment, obviously lies in the field of criminal law. Previous studies, referring to multiple times and jurisdictions, showed how pardon can introduce new attenuating circumstances¹, help to cope with habits of private negotiation², take into consideration social norms and moral³, ease prison management⁴, pave the way for the creation of parole⁵, among several other connections with state punishment. However, pardon has also an important constitutional value: it showed the magnanimity of the ruler⁶, it was a valuable tool for the administration of revolts⁷, it could deliver transitional justice⁸ and rendered the executive branch able to bypass legislative inaction⁹. After all, royal clemency is a display of discretionary power that is problematic even today¹⁰.

1 ALESSI, 2007, p. 93; GRUPP, 1963.

2 BELLABARBA, 1999.

3 STRANGE, 2010.

4 STRANGE, 2016.

5 KOTKAS, 2007; STRONATI, 2009; STRANGE, 2016.

6 GAUVARD, 1995; 2011.

7 DORRIS, 1928; HARVEY, 1965; LUGO, 2015; SCHEUTZ, 2011; SNYDER, 1971.

8 NUBOLA, 2011; FOCARDI, 2011.

9 Especially for the abolition of death penalty (STRONATI, 2009; DE BROUWER, 2009; RIBEIRO, 2005).

10 SERRAINO, 2019.

These constitutional features generally tended to be seen as anomalies after the great criminal reforms of the 18th and 19th centuries. Conversely, in the Early Modernity, pardon was a fundamental part of the very logic of criminal law¹¹. The penalties that were so stark back then must be compensated by the providential mercy of the sovereign; statutory law would instill fear, and the magnanimity of the monarch would be repaid by love from the citizens. The cycle would allow the political power to rule its citizens through a constant duality¹². The modern way of thought rejected this reasoning, claiming that penalties had to be softer and more certain; pardon would undermine this task. This led prominent figures of 18th-century reformism to reject that royal mercy would be needed in a well-designed system of criminal law; famously, Beccaria claimed that pardon was the most beautiful prerogative of the crown¹³, yet it would become unnecessary if the laws were adequately crafted¹⁴. Kant also generally rejected the institute, with few exceptions¹⁵. This hostile intellectual environment led to several changes in the daily functioning of the institute in the 18th century¹⁶.

Therefore, at the dawn of modern legal thought, pardon was rejected in the intellectual world. It was retained, however, in almost all jurisdictions of the western world, with the most prominent exception of revolutionary France¹⁷, and was still constantly used in almost every jurisdiction¹⁸. Actually, its constitutional features were the ones being rejected, as they were more in line with the logic of early modern governance.

However, these aspects were still present in 19th-century Brazil, as the historiography has already shown for some contexts. For example, royal mercy helped to cope with the revolts from the Regency period and with the transition from the *Ancien Régime* penal order to the modern codified logic¹⁹. It also helped to abolish the death penalty: from 1876 onwards, the

11 MASSUCHETTO; PEREIRA, 2020.

12 HESPANHA, 1993; 2010.

13 A poetic expression that was used by several jurists and philosophers and can be traced back at least to Seneca (s/d, p. 67).

14 BECCARIA, s/d, p. 114.

15 KOTKAS, 2011; MOORE, 1989.

16 COHEN, 2007.

17 COSTA, 2019a.

18 For the example of 19th century Germany, cf. (KESPER-BIERMAN, 2011).

19 COSTA, 2019b.

emperor started to pardon every capital conviction, creating a conscience that such kind of penalty did not integrate the Brazilian legal order anymore, even though it would not be formally stripped away from law books until 1890²⁰. Royal mercy also played a prominent role in the quest for the abolition of slavery²¹. In fact, the power to pardon was present in the constitution²², not in the criminal code. However, we still lack a comprehensive analysis of the constitutional dimension of pardon, which can also enlighten the relations between the moderating power and the judiciary, and how the theoretical assumptions regarding the nation and its representation worked on daily practices. This is the gap this paper aims to fill.

My approach towards the problem will be divided in two parts. First, I will investigate how the public opinion treated the institute and how public discussions were able to shape pardon. As we shall see, public opinion was an important part of 19th-century constitutional theory, and its analysis is important to understand the mutual connections between the monarch and civil society. In the second part, I will analyze how the Brazilian emperor, while using pardon, managed to interfere in some parts of the legislation in order to make it operate better.

2. The voice of (a certain) people: the constitutional dimension of public opinion in the parliament, the press, and the Council of State

There is more than only law in each constitution, and non-legal instruments are meant to fuel its mechanisms. This is particularly true for 19th-century constitutions, in which the absence of judicial review led to most of its issues being solved by politics²³. The main conceptual resource to perform this task was the notion of *public opinion*. Both “high” and “low” Brazilian legal cultures considered it an important cornerstone of the constitutional order. This *public opinion* corresponds to the voice of the “people” in the

20 RIBEIRO, 2005, p. 306.

21 PIROLA, 2016.

22 Art. 101, § 8º: “Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: (...) VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condenados por Sentença” (BRASIL, 1824).

23 As said by Judá Leão Lobo and Luís Fernando Lopes Pereira (2014, p. 188), “the concept of constitution was highly political” (original: *o conceito constituição continha acentuada politicidade*). A clear example of this situation is judicial review. In Brazil – as in many continental European constitutions – its responsibility would fall into the hands of parliament, public opinion and other political agents, rather than the judiciary (CONTINENTINO, 2015).

public sphere, which can evaluate the acts of public servants to render them accountable for their acts. The publicity of state acts, contrasting with the “tradition of secrecy”²⁴ from the *Ancien Régime* and early 19th century, would allow for a consistent *responsibility* of state officials. This link between publicity and responsibility would be bridged by public opinion²⁵, which would allow the evaluation of the actions of public servants by citizens. Public agents would then feel constrained even when there was no legal coercion; and if a sanction was prescribed, there would be scrutiny of its application. It was held as a fundamental concept of the constitutional theory of liberalism²⁶, capable of bridging the gaps that remained in the constitutional architecture and enabling the supremacy of the people’s sovereignty²⁷ to be implemented within an otherwise exclusionary institutional framework.

Public opinion would be expressed through the press²⁸, the right of petition (*direito de petição*), or ultimately in the elections²⁹. In a public discussion that connected scholarly references, parliamentary debates, and daily press³⁰, the “nation” could express itself directly and help to guide its own destiny.

In Brazil, both the parliament and the emperor were deemed by the constitution as representatives of the nation³¹. Therefore, they could both express the public opinion – or be guided by it. As pardon was capable to interfere in the decisions of another branch – the judiciary – which was not considered as a representative of the nation³² and neither regarded in

24 MANNORI; SORDI, 2013, p. 180.

25 LOBO, 2017.

26 Which means that the concept of public opinion appeared in the Brazilian public debate around the 1820’s (NEVES, 2014).

27 BROTERO, 1842, p. 21.

28 LOBO; PEREIRA, 2014.

29 SARASÓLA, 2006.

30 LOBO, 2015.

31 Which excluded, for instance, the judiciary. Cf. art. 10 of the 1824 constitution: “Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral” (BRASIL, 1824).

32 The judiciary was regarded by many jurists as a part of the executive branch, and only later in the 19th century there was a mode wide acknowledgement of a higher degree of freedom of interpretation. Until that point, the judge must strictly follow the dictates of the parliament, the true representative of the people. Cf. (STOLLEIS, 2014).

a great fashion³³, it could be a privileged tool to make the views of public opinion resonate in concrete legal practice. I will then analyze the places where public opinion could be heard and measure how it affected the practice of pardon.

Public opinion can be traced back to a few institutions in a place such as 19th-century Brazil, which was so wary of popular mingling in politics. In fact, the amount of people that could vote (“active citizens” in the constitutional language) could hardly surpass 10% of the total population and fell down to as few as 0,8% by the end of the empire³⁴. As the opinions of so few were taken into consideration, we can also restrict the places where something was deemed of *public* relevance. The palpable prophets through whom the voice of the abstract people could resonate were the Council of State, the parliament, and the press. The first one constituted one of the main organs of the monarchy, being described as “its brain” in a widely quoted remark by Joaquim Nabuco. Its daily operation has already been detailed³⁵, and there is a good account of the justice section³⁶, which dealt with pardon. I will talk about this section further on, as it was crucial for the correction of legislation. We will concentrate now on the parliament and, right after it, on the press.

The parliament expressed in a quite satisfactory fashion the wills of a small and homogenous stratum of the population that could vote. Its debates circulated widely in the newspapers, creating a sort of circularity between sources. Though parliamentary records must be approached with methodological conscience³⁷, they are largely complete and allow a unique glimpse into the political and ideological landscape of 19th-century Brazil.

One important occasion that allows us to see this in action are the debates of the 1823 Brazilian constitutional assembly. Immediately after the independence, in 1822, state-building was in question and the perpetual risk of fragmentation of the newborn empire was constantly haunting the political elites. Moreover, the constitutional features of the country were

33 The so-called anti-case law ideology – ideologia antigiusprudenziale (CAVANNA, 2005, p. 41).

34 CARVALHO, 2008, p. 395.

35 CARVALHO, 2008, pp. 355-390.

36 LIMA LOPES, 2010. For a critical evaluation of this work, cf. (LOBO, 2018).

37 For the risks of this kind of source, cf. (DANTAS; VELLOSO, 2018).

not yet established³⁸, and the pardoning power, which would be assigned to the monarch in the 1824 constitution, was still in dispute. For instance, at least on one occasion, a congressman proposed a project to pardon several inmates to celebrate the establishment of the assembly³⁹. There was also a discussion of a request for pardon from some navy workers; it was rejected on the grounds that it should be considered only by the emperor⁴⁰. The legitimacy of the institute was challenged⁴¹, and it was considered as a possible solution to release those convicted under a law that would soon be revoked⁴². This shows that the place of state mercy was not quite clear in the early 1820s, though the mechanism was definitely seen as constitutionally relevant.

However, the bluntest way to observe the public opinion on the issue is through the press, where ordinary people could express their positions on particular pardons or on the whole idea of state forgiveness. But the newspapers also show signs of deeper trains of the legal culture. The constant appearance of pardon-related material demonstrates that imperial clemency was surrounded by an atmosphere of general acceptance by the public.

From the 1860s onwards, it is possible to see several discussions and individual interventions on the proceedings of imperial decisions. Some newspapers published full petitions from defendants⁴³, allowing the public

38 For the process that led to the creation of the constitution and its intellectual genealogy, cf. (LYNCH, 2014; SLEMIAN, 2009).

39 Proposition from Pereira Sampaio, tabled in 6th May 1823: “A assembléa geral constituinte e legislativa do Brazil, desejando marcar o solemne e plausivel dia da sua installação com o sello de clemencia para com os desgraçados cidadãos processados criminalmente, decreta o seguinte: 1.º Serão perdoados e immediatamente soltos todos os que ao tempo da publicação deste decreto estiverem seguros, afiançados, e prezos em qualquer das cadêas do Imperio por crimes não exceptuados nos perdões que em occasião de applausos se costumão conceder: e se tiverem parte, além da justiça, se livrarão como seguros. 2.º Gozarão deste mesmo indulto todos os que pelos ditos crimes estiverem ausentes do Imperio ou homisiados, logo que se recolhão, e se apresentem ao juiz da culpa dentro de 8 mezes contados da publicação. do presente decreto. Paço da assemblea, 4 de Maio.de 1823” (BRASIL, 1874).

40 BRASIL, 1874h [1823], p. 69.

41 BRASIL, 1874g [1823], p. 86.

42 BRASIL, 1874g [1823], p. 140.

43 Examples: “Correio Paulistano”, 17 October 1867; “Diário de São Paulo”, 6 April 1866; “Diário do Rio de Janeiro”, 18 August 1870; “Correio Paulistano”, 19 December 1872; “Diário de Pernambuco”, 22 May 1872; “Jornal do Comércio”, 5 May 1872 and 9 March 1875; “A actualidade: órgão do partido liberal”, 3 May 1878; “Diário do Rio de Janeiro”, 18 August 1870; “Diário de Pernambuco”, 19 July 1873; “Gazeta de Noticias”, 2 December 1889; “O Raio”, 10 September 1882.

to understand the grounds of the pleas. Some people, without any direct relation to the cases, published letters to the emperor calling for a pardon request to be granted⁴⁴ or rejected⁴⁵ – and they sometimes received replies⁴⁶. A few times, the imperial delay to decide on specific cases was censored⁴⁷, and this also happened to denials of requests⁴⁸. The granting of some pardons was sometimes praised⁴⁹, other times criticized⁵⁰, and *a posteriori* justifications were published – probably to recover the wounded honor of the former convicted⁵¹.

However, the place where royal mercy appears most frequently, especially after the 1850's, is on the official records published by newspapers. In these sections, the press listed all letters, communications, and decisions made by some government agencies, usually from the same province where they were published. They are of quite different natures, including brief data such as the name of the plaintiff and what was being requested, such as a demand for information from a judge, a request to annex some documents to the petition, the sending of documents to the Ministry of Justice, among others. In the recordings of the Ministry of Justice, which were published in several newspapers, it is normal to see the results of pardon requests – granting, denials and/or the final penalty in cases of partial concessions. Moreover, since the beginning of the empire, the press normally presented in the first pages of newspapers the main news from abroad; among them, there are frequently pardons granted by foreign monarchs.

The frequent reports of pardoning without any trace of surprise or objection indicates that it developed an aura of ordinariness: the public

44 “Jornal do Comércio”, 6 May 1872.

45 Example: “Jornal do Comércio”, 1 October 1861, with the justification that the petitioner had escaped; “Jornal do Comércio”, 12 January 1862; “Diário do Rio de Janeiro”, 10 December 1870; “Jornal do Comércio”, 27 November 1873; “A reforma”, 16 May 1871; “Jornal do Comércio”, 21 May 1882.

46 Example: “Diário do Comércio”, 16 October 1870.

47 Example: “Correio Mercantil”, 7 July 1865; “Jornal do Recife”, 2 July 1875.

48 Example: “A Reforma”, 8 March 1871.

49 Example: “Jornal do Comércio”, 20 February 1885; “Jornal do Comércio”, 21 April 1883; “Gazeta de Notícias”, 21 July 1888; “A Pátria”, 24 April 1867.

50 Example: In 27 March 1874, the “Jornal do Recife” defended the pardon of a person convicted to the death sentence that had waited for 30 years for the execution; “Província de Minas”, 1 May 1881.

51 “O Paiz”, 11 April 1878.

opinion treated it as part of the routine. Another proof of this situation is the presence of prices for pardon petitions in advertising displaying the prices of the services of one lawyer published in the *capixaba* press; this indicates that petitioning pardon was a common service. Figures 1 and 2 show this peculiar practice⁵²:

Figure 1 – List of prices of the services of one lawyer. In highlight, the price of a pardon petition.

Tabella dos honorarios do Dr. João Muniz Cordeiro Tatagiba, com escriptorio de advocacia e de negocios administrativos no Rio de Janeiro.	
Appellação civil ou commercial..	170\$
Appellação crime.....	90\$
Dia de apparecer.....	70\$
Recurso crime.....	20\$
Revista.....	50\$
Recurso no conselho d'Estado....	80\$
Dito de qualificação de votantes..	25\$
Dito no thesouro.....	30\$
Dito de revisão de jurados.....	20\$
Queixa.....	50\$
Habeas-corpus.....	40\$
Provisão de advogado.....	65\$
Provisão de solicitador.....	45\$
Matricula de negociante.....	120\$
Licença a qualquer empregado..	20\$
Matricula de juiz de direito, juiz municipal ou promotor.....	25\$
Requerer qualquer emprego.....	20\$
Idem reforma de official ou aposentação de empregado.....	30\$
Tirar titulos de empregados nomeados.....	20\$
Idem idem de empregados aposentados.....	30\$
Idem diplomas de barões ou de qualquer titular.....	30\$
Idem idem de condecoração ou de medalha.....	20\$
Idem patente de official da guarda nacional, do exercito ou da marinha.....	20\$
Idem idem de reformado do exercito ou da marinha.....	30\$
Idem titulo de delegado ou subdelegado.....	10\$
Requerer entrega de documentos, que estão juntos a requerimentos.....	10\$
Idem terras de voluntarios.....	20\$
Idem perdão de réo condemnado ou commutação de pena.....	30\$
Idem pensão.....	20\$
Idem condecoração.....	20\$

Source: Published by “O Eleitor” on 2 January 1881.

52 A comparison between the prices of a pardon petition and the wage levels of 19th century Brazil enables us to see how accessible a lawyer was. A study coordinated by Eulalia Lobo et al. (1971) shows some valuable information. By the end of the 1880's, a book-keeper of the Ordem Terceira received 400 mil-reis and a caixeiro, 100. In 1874, a factory worker of the Ordem got 20 mil-reis. In 1858, a master mason got around 44 mil réis. In 1882, a mason aid received 29 mil reis. The rent of a cortiço (slum) room was around 9-12 mil-réis in 1882. This means that a pardon petition was not cheap, but not particularly costly either. Its price ranged between two-thirds and one time and a half of manual workers. This is not quite different from the prices currently set by the Brazilian bar (OAB), that frequently are beyond the minimum wage. This was a value that probably prevented the use of lawyers by imprisoned slaves or underpaid workers, but not by manual workers with a bit more experience.

Figure 2 – Prices of the services of one lawyer. In highlight, the price of a pardon petition.

Tabela dos honorarios do Dr. João Muiz Carneiro Tatagiba, com escriptorio de advocacia, e de negocios administrativos no Rio de Janeiro.	
» patente de Official da Guarda Nacional, de Exercito ou da Marinha.	20\$000
» » de reformado do exercito ou da marinha.	30\$000
» titulo de Delegado ou de Subdelegado.	10\$000
Requerer entrega de documentos, que estão juntos a requerimentos	10\$000
» letras de voluntarios	20\$000
» perdão do réo condemnado, ou commutação de pena.	30\$000
» pensão.	40\$000
» Condecoração	20\$000
Licença para Botica	35\$000
Nominação de Agravensor	30\$000
Naturalisação do Estrangeiro.	45\$000
Fazer contracto de seguro de vida.	20\$000
Provisão de Vigario Encomendado.	25\$000
Dispensa para casamento (na Secretaria Ecclesiastica)	30\$000
Dispensa para casamento (na Nunciatura).	30\$000
Proposta com poucos quisitos (até trez)	8\$000
Requerer qualquer certidão	10\$000
Qualquer informação.	5\$000

Source: Published by “O Espírito-Santense” on 9 April 1874.

We can take two conclusions from the previous discussions. First of all, pardon was effectively incorporated into the consideration of Brazilian public opinion of the 19th century. It was held as a relevant procedure, which was worth of a periodical critical assessment, based on the flux of concrete cases; furthermore, through newspapers and sometimes the parliament, it was part of the discussion on how the Brazilian society should be ruled: what was moral or not, which behaviors were accepted or not, how the State should act, among other issues. Second, there were almost no debates on the legitimacy of the institute in itself: it was taken for granted.

3. How the nation of utopian dreams can be heard in tangible debates: discussions of particular pardons

Now that we have established some general characteristics of the public discussion on pardon, we can move on to a microanalysis of a few cases in which specific pardons or particular aspects of it were questioned by the public opinion. By doing so, we will be able to understand how the trends described in the previous section concretely unfolded in the daily life of the Brazilian monarchy.

Much of the public discussion developed in both press and parliament happened in the turbulent decades of 1830 and 1840. Right after the resignation of Brazil's first emperor, Pedro I, national unity was put in question, and many revolts popped throughout the empire. To a large extent, this

alarming situation came to an end only after 1842, when the crown's heir, Pedro II, was enthroned. This event should have taken place once Pedro had reached the age of 18, but it was advanced in four years. Some uprisings still had to be fought, but the most critical years of state-building were behind the crown.

Pardon was frequently used after the end of revolutions to finish the turmoil and to please and integrate the former leaders of the uprisings. For instance, the "*Farrapos*" war, a separatist conflict in the province of Rio Grande do Sul that developed throughout 10 years from 1835 to 1845, was followed by pardons and amnesties. There was some discussion in parliament regarding which legal option should be preferred⁵³ and criticism of royal forgiveness altogether⁵⁴. Regarding the "*Sabinada*", from Bahia, there were some attacks in the press to the possibility of conceding amnesty to the rebels⁵⁵. Some people suggested that it would be better to pardon them, in a more individualized analysis of each case, rather than grant a global pardon⁵⁶. This last option would, according to some, reproduce the impunity that was regarded as endemic to Brazil and one of its most dreadful evils. By mid-1840s, some even talked about a "terrible clemency"⁵⁷ that only favored the friends of government⁵⁸.

Nonetheless, one of the main discussions on royal mercy followed the more obscure *revolta do ano da fumaça* ("riot of the smoky year") that took place in Minas Gerais in 1833. The reasons of the revolt seem to be opposition to certain leaders of the provincial government⁵⁹. Tensions were high following the disputes between centralists and federalists in previous years; after failed attempts to reform imperial institutions, some soldiers freed the prison inmates of Ouro Preto, back then the capital of the province of Minas Gerais, and proclaimed the fall of the president of the province. Bernardo Pereira de Vasconcellos, a future prominent conservative politician, tried to seize power in defense of legality, but was imprisoned.

53 BRASIL, 1874a [1844], p. 142; 1874f [1843], p. 308.

54 BRASIL, 1874a [1844], p. 185.

55 "Diário do Rio de Janeiro", 31 January 1840.

56 "Jornal do Comércio", 31 January 1840.

57 "O Brasil", 18 January 1845.

58 "O Brasil", 8 March 1845.

59 SILVA, 1998.

Meanwhile, the president of Minas Gerais ran away to São João del Rey and both he and the insurgents tried to gain recognition from the central government⁶⁰. The regency, however, sent some soldiers and incarcerated the rioters, putting an end to the turmoil.

Among the leaders of the conspiracy, there was the engineer João de Verna Bilstein. He was fired from a government position in the previous year and was trying to find other office. More than one year after the events in Ouro Preto, the central government used pardon to reduce his penalty from perpetual forced labor [*galês*] to exile to the province of Rio Grande do Sul⁶¹. The outraged president of Minas Gerais, Limpo de Abreu, resigned explicitly stating the commutation of Bilstein's sentence as the reason⁶². This dramatic quarrel was followed by some discussion in the press and agitation of the public opinion. Many municipal chambers and groups of inhabitants of some cities published petitions in the press against the central government – in particular, against the pardon granted to Bilstein – and in favor of Abreu; that was the case of Lavras⁶³, Mariana⁶⁴, Campanha⁶⁵, Curvelo⁶⁶, Queluz⁶⁷, São João del Rey⁶⁸, and even the capital Ouro Preto⁶⁹.

Some criticized the commutation into exile to another province, for it would simply displace an agitator that could bring unrest to another part of the empire⁷⁰. Others were more direct, insinuating that the pardon had been obtained by corruption⁷¹. Newspapers connected with the government, however, defended the measure⁷², arguing that criticism was only an attempt of the opposition to destabilize the rightful leaders of the regency⁷³.

60 BARATA, 2014.

61 “Correio Oficial : In Medio Posita Virtus” (RJ), 29 November 1834, p. 2.

62 “Correio Oficial : In Medio Posita Virtus” (RJ), 23 December 1834, p. 2.

63 “Astro de Minas”, 29 January 1835.

64 “Astro de Minas”, 29 January 1835.

65 “Astro de Minas”, 5 February 1835.

66 “Astro de Minas”, 12 January 1835.

67 “O Universal”, 14 January 1835.

68 “O Universal”, 12 January 1835.

69 “Jornal do Comércio”, 12 January 1835.

70 “O Sete de Abril”, ed. 210, 1835.

71 “Astro de Minas”, ed. 1114 de 1835.

72 “Correio Oficial”, 23 October 1834.

73 “Correio Oficial”, 27 October 1834.

Moreover, they considered the penalty to be harsh even after the commutation and defended that it should have become even lighter⁷⁴. Others said that it was not the government's fault, as the congressmen from Minas Gerais themselves had recommended the commutation⁷⁵.

A few days later, a congressman even felt compelled to publish a letter in the press arguing that the constitution did not allow the government to unmake its decision⁷⁶. The fallout became unbearable, and the minister of justice resigned⁷⁷, amidst accusations that the pardon given had been only an attempt to demonstrate authority⁷⁸, which actually showed the weakness of the government⁷⁹. The “Sete de Abril”, a newspaper controlled by Bernardo Pereira de Vasconcellos, attacked the minister⁸⁰ and highlighted how divisive and reckless his decisions were⁸¹. By the end of the day, Bilstein received a second commutation; this time into expulsion from the empire for 15 years⁸² – a penalty known as *desterro para fora do império*.

The case, however, had little to do with pardon. As the newspaper “Mutuca Picante” said, Bernardo Pereira de Vasconcellos used the situation to get revenge against the government, who refused to offer him a ministry⁸³. The disputes between “Mutuca Picante” and “Sete de Abril” over the pardon of Bilstein actually reflected broader political disputes concerning the abolition of the slave trade⁸⁴. The discussions on royal mercy were merely a proxy for the fight between political groups. Pardon was an important part of Brazilian political life; its political valence meant that much broader disputes could take place over this common background.

After the turbulent years of the regency, pardon would be discussed once again in the 1860s; this time, regarding the Paraguayan War, the biggest armed conflict that ever plagued South America. The government

74 “Correio Oficial”, 16 January 1835.

75 “Correio Oficial”, 28 January 1835.

76 “Jornal do Commercio”, 15 January 1835.

77 “Jornal do Commercio”, 17 January 1835.

78 “Sete de Abril”, 10 January 1835.

79 “O Universal”, 28 January 1835.

80 “Sete de Abril”, 24 January 1835.

81 “Sete de Abril”, 28 February 1835.

82 “Correio Oficial : In Medio Posita Virtus” (RJ), 12 March December 1835, p. 1.

83 “Mutuca Picante”, 2 January 1835.

84 FERRETTI, 2014.

started to pardon convicted men under the condition that they would join the Brazilian Army and take part in the warfare. However, there was no legal provision allowing the emperor to impose conditions over mercy. In 1868, this strategy would be heavily criticized in the Senate by the opposition⁸⁵. Some senators argued that Brazilian law did not allow this kind of procedure⁸⁶. Moreover, it put at stake some factors that were not meant to be considered when deciding the granting of pardon: instead of the atonement of the convicted, the government would decide based on its military convenience⁸⁷. But this discussion was not fruitful, as the emperor continued to pardon. However, it is interesting for it shows public opinion being expressed in the parliament. As a matter of fact, these parliamentary discussions did not concern any kind of legislation and were not meant to create any further legal obligation. On the contrary, they were meant to develop an interpretation of the law already in force, and to influence the application of such interpretation by the moderating power. The Paraguayan War was not the only occasion when members of parliament tried to censor acts of pardon from government officials⁸⁸ – though probably this incident was just an excuse to inflict political damage.

Another example of great public discussion on pardon were the reactions to the systematic commutations of all death penalties after 1876. Many farm and slave owners, noticing the increasing numbers of royal clemency, started to criticize the government and even the emperor, stating that he had in fact abolished a law, something that was not part of its constitutional functions. These debates were held both in the press and in the parliament. I will not detail such discussions, as previous historiography has already discussed these issues⁸⁹.

Pardon, therefore, was not kept hidden in the dusty shelves of bureaucracy: it was, conversely, often scrutinized by the grand tribunal of public opinion. It appeared both in the newspaper pages and in the parliament chambers, being the object of sometimes heated debate. This is a strong

85 BRASIL, 1874d [1868], p. 134.

86 BRASIL, 1874c [1867], p. 274.

87 BRASIL, 1874c [1867], p. 24.

88 For instance, the criticism of dep. Sayão Lobato against the president of Rio Grande do Sul (BRASIL, 1874b [1855]).

89 RIBEIRO, 2005; COSTA, 2019a.

sign that, at least in 19th-century Brazil, royal mercy was not treated as a mere formality that belonged to cold formularies: it was an integral part of political life and was frequently called into action to solve dramatic convulsions. As such, it had to be discussed by citizens. Public opinion tried to control, or at least evaluate the flux of pardons. It would then be able to help the nation to keep a close eye in an imperial prerogative that, as such, could not be restrained by the judiciary, and upon which the legislative could not rule.

4. From the ethereal heavens down to the dusty courts: corrections of judicial procedure

Pardon, as a source of discretionary power, can enable the central government to interfere in the daily functioning of the judiciary branch. It has already been shown how important legislative changes in 19th-century Brazil were preceded by consistent commutations of penalties which paved the way for corrections in the deficient laws then in force. This was the case with the abolition of death penalty, with the Law of 10 June 1835 and with the creation of *revisão criminal*⁹⁰. In this section, I would like to discuss how more specific aspects of Brazilian law, that had most to do with the daily functioning of the judiciary, were adjusted with the help of pardon.

One important issue in 19th-century Brazilian law was the reception of the jury. Inspired by its European counterparts, Brazilian legislators introduced this kind of procedure in the 1832 Code of Criminal Procedure. However, many aspects of it were left without proper regulation. When some problems arose concerning both form and content of the decisions, pardon became a useful resource in the pursuit of more acceptable results.

In the harsh environment of a society based on slave labor, the rulings on the crimes committed by those in captivity would hardly be fair. Actually, the members of juries would frequently be slave owners, something that could result in convictions based on little evidence. Sometimes, the Brazilian Council of State would use the argument that there was not sufficient evidence to recommend the reduction of penalty to the moderating power⁹¹, even though

90 COSTA, 2019a.

91 The council of state was sometimes consulted before the imperial decision, but the emperor generally followed its opinions. For the second council of state, that existed between 1824-1834 (COSTA, 2019b).

the measure of punishment, as established in the 1830 criminal code, should be fixed considering only the guilt of the defendant, not the amount of evidence. Notwithstanding that, the Council of State recommended the commutation of the penalty of a slave in 1854 on the grounds that there was enough evidence to consider him guilty, but not so much that would authorize a death sentence⁹². The same was reported almost 15 years earlier in parliament⁹³. The Council of State also recommended commutations when the jury did not consider the fact that the defendant was a minor⁹⁴.

There was also discussion on procedural matters. Some defendants attempted to obtain a commutation on the grounds of procedural nullities that otherwise could not be fixed⁹⁵. One debate, held on 28 January 1854⁹⁶, clarifies how the Council of State dealt with procedural issues in a quite creative manner. Elias Velloso de Oliveira was sent to the galleys due to a sentence for murder; against the verdict, he filled an appeal called *protesto por novo júri* (“protest for a new jury”) and got a new judgment, in which he received a death sentence. He then applied to the Council of State for pardon; the judge, in the report sent to the council, stated that there was no sufficient evidence to convict Oliveira, but the tribunal could not rule on the merits of the sentence, only on the formalities. Therefore, he asked for the Council of State to pardon the defendant. The Councilors stated that there was not enough written evidence of the crime, but most of the procedure of the jury was developed orally, and they should consider that there was oral evidence that had not been written down. However, aware that there were two juries with conflicting verdicts, they decided that the votes in both juries should be summed; as the result would be in favor of the defendant, he should then receive a commutation. Accordingly, the Council maintained the consideration of the special oral structure of the jury and also held the interpretation that an appeal could not lead to a worse result for the defendant. They did so by inventing a procedure that was not in the code: the fiction of a single jury made of the two that existed before. It was a rather creative way to pardon on procedural grounds.

92 CAROATÁ, 1884, p. 465.

93 In 3 November 1841 (BRASIL, 1874e [1841]).

94 CAROATÁ, 1884, p. 610.

95 CAROATÁ, 1884, p. 177.

96 CAROATÁ, 1884, p. 397.

The Council of State also discussed the requisites of crimes in its debates on pardon. For instance, he pardoned a defendant that committed the crime of *injuria* (insult) through a private letter; the judiciary considered that there was no need to use a public mean to commit the crime, while the Council of State thought otherwise⁹⁷. This sort of crime, however, was considered private in Brazilian doctrine; that is to say, one that offends only a citizen, not the public order; therefore, some people said that even the emperor could not pardon such offenses⁹⁸.

Other examples may be recalled. On one occasion, the judge informed the Council that there was no adequate place in his county (*comarca*) where convicted people could serve sentences of prison with labor; some of them were being treated as if they were sentenced to the galleys. The councilors suggested a commutation to compensate the extra harshness of the sentence⁹⁹. In another case, a person sentenced to death got a commutation after waiting 16 years for an execution that did not come; this was considered unhuman and the imposition of a suffering that was not mandated either by law or by the sentence¹⁰⁰.

These cases show us an important characteristic of 19th-century Brazilian law – especially regarding criminal issues. The Council of State, through the emperor and his pardoning power, could control the actions of the judiciary branch. Whether judges had forgotten to take some circumstance into consideration, had failed to conduct the procedure, or simply had taken bad decisions, the central power could always, through pardon, mild the conditions the defendants had to face. Moreover, this did not concern only judges. Decisions of jurors were also scrutinized by the central government, and the councilors did not hesitate to reform decisions they considered unlawful or even unreasonable. This showed how great was the power wielded by monarch and its immediate aids, but how it also carried a great risk. Doctrine sometimes criticized how the moderating power interfered into the judiciary branch because it seemed like some sort of micromanagement that could easily turn into despotism. Pinto Júnior, in 1874, explicitly stated those risks:

97 BRASIL, *s/d*, p. 24.

98 “Jornal do Comércio”, 26 de março de 1871.

99 CAROATÁ, 1884, p. 100.

100 CAROATÁ, 1884, p. 395.

the interference of royal power in the creation of laws and in the action of the executive branch, though broad, is not of so dreadful consequences, as it is the case with its so immediate and direct interference in the judiciary. The feudal times, when justice was made in the name of the king, are gone¹⁰¹.

Feudalism could be over, but the role of the emperor in the system of justice was not. Justice was his inspiration, and pardon, his tool.

5. Conclusion: How archaic criminal devices can be turned into fruitful constitutional ingredients

How could a seemingly insignificant and outdated instrument such as pardon exercise so much power in the legalistic environment of 19th-century Brazil?

Pardon, as a matter of fact, was deeply entangled with the logics of pre-modern governance. It reinforced the king's position as both the judge of last resort and the good, forgiving father. Such logics did not suit well the separation of powers that was so crucial to the *legal absolutism*¹⁰² of the 1800s.

However, Brazil had a peculiarity not shared with its European counterparts. The tropical empire had enacted a fourth power: the *pouvoir modérateur* from Benjamin Constant, enshrined in the constitution and developed in the Brazilian constitutional thought. The emperor, under such institutional design, was not meant to simply wait for the political drama to unfold: he both reigned and ruled, in explicit contrast with the English constitutional experience. This rather peculiar situation implied that the monarch could – and should – act as the expression of the public opinion and represent the nation as a whole. As an active player, he should correct the exaggerations and missteps of the other branches of government. This was possibly truer for pardon than for any other royal prerogative.

As we saw, the emperor exercised his power from the top of a complex system that involved both press and parliament. They would promote public debate to evaluate most aspects of the emperor's actions and

101 PINTO JR, 1874, pp. 108-109.

102 Understood as the absolute grappling of law by the state, which, from the 19th century onwards, start to act as the only possible source of law (GROSSI, 2010, p. 83; 1998).

guide his otherwise unlimited power: they were the informal checks and balances of a system that lacked judicial review. As a matter of fact, the parliament itself was considered as a stage for discussion: its proceedings were published daily in the newspapers, triggering all sorts of opinions from members of the public. Moreover, the Brazilian General Assembly could not only discuss legislation, but also examine the actions of the executive and moderating branches. The written dissemination of public documents, such as information on pardons, and opinions, letters and commentaries, turned a sovereign prerogative that could be forgotten in the drawers of bureaucracy into an object of public scrutiny. Therefore, the emperor could act accordingly to the “requests from the nation” and, at the same time, be criticized by the very same people when he failed to protect the interests of the population.

Judiciary flaws could also be corrected, and the Council of State, as the brains of the monarchy, would guide the actions of the emperor. The many obstacles of criminal procedure could be corrected, and prison administration would be turned into a more manageable task. But it is interesting to notice how centralized this endeavor had become. The fortune of single unimportant inmates from distant jails would be discussed in the highest spheres of the Rio de Janeiro imperial court.

Pardon, therefore, gives us a meaningful glimpse into the functioning of the Brazilian imperial government. A system that, in formal terms, relied heavily on the emperor, but which was in practice also entrusted to some other actors. The public opinion was central, and the press, though not formally a part of the State, was crucial to the functioning of its engines. The Council of State had an important role overseeing the State apparatus. And the quest for centralization was a crucial aspect of the daily activity of the court’s administration, as most of those institutions had their seats in Rio de Janeiro. How successful those forces were, and the day-to-day adversities of their tasks, however, are topics for another research.

As diverse as they are, legal institutes change constantly. Pardon entered the 19th century as a reminiscence from the Portuguese *Ancien Régime*, but throughout the empire, it adjusted itself to the new reality of Brazilian law. It became an important piece of constitutional engineering and, as such, it is a privileged observatory of 19th-century public law and its underlying ideologies.

References

- A ACTUALIDADE: Órgão do Partido Liberal. Ouro Preto (MG): 1878-1882.
- ALESSI, Giorgia. *Il processo penale*: profilo storico. Roma; Bari: Laterza, 2007.
- A PÁTRIA. São Félix: 1891-1899.
- A PROVÍNCIA DE MINAS: Órgão do Partido Conservador. Ouro Preto: 1884-1974.
- A REFORMA: Órgão Democrático: Rio de Janeiro, 1869-1879.
- ASTRO DE MINAS. São João d'El-Rey: 1827-1839
- BARATA, Alexandre Mansur. A revolta do ano da fumaça. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, n. 50, v. 1, pp. 79-91, jan./jun, 2014.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. *Dos delitos e das penas*. S. l.: s.d.. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2016.
- BELLABARBA, Marco. Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna. In: BELLABARBA, Marco; SCHWERHOFF, Gerd; ZORZI, Andrea (Orgs.). *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*: pratiche judiçiarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna. Bolonha; Berlin: Il Mulino; Duncker & Humboldt, 1999.
- BRASIL. *Constituição política do Império do Brasil*: Carta de Lei de 25 de Março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 16 maio 2021.
- BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro* 1844, Tomo 1. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874a.
- BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro* 1855, Tomo 3. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874b.
- BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro* 1867, Apêndice. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874c.
- BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro* 1868. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874d.
- BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro* 1841, Tomo 3. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874e.
- BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro* 1843, Tomo 1b. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874f.
- BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro*: assembleia constituinte 1823, Tomo 1. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874g.

- BRASIL. *Annaes do parlamento brasileiro: assembleia constituinte 1823*, Tomo 2. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874h.
- BRASIL. *Annaes do Senado Imperial 1867*, Tomo 2. Rio de Janeiro: Tipografia do Imperial Instituto Artístico, 1874i.
- BRASIL. *Consultas da Secção de Justiça do Conselho de Estado, 1872-1889*. Rio de Janeiro: s/ed., s/d.
- BROTERO, José Maria de Avellar. *A filosofia do direito constitucional por um ex-magistrado*. São Paulo: Tipografia do Governo, 1842.
- CAROATÁ, José Próspero Jeová da Silva. *Imperiaes resoluções sobre consultas tomadas na seção de justiça do Conselho de Estado, desde 1842 quando começou a funcionar até hoje*. Rio de Janeiro: Garnier, 1884,
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, 2. Milano: Giuffrè, 2005.
- COHEN, Débora. La procédure de grâce au XVIIIe siècle: restaurer un ordre ou reconnaître l'innocence? *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, v. 54, n. 2, pp. 91-116, abr./jun., 2007.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2015.
- CORREIO MERCANTIL. Rio de Janeiro: 1830-1836.
- CORREIO OFFICIAL. Rio de Janeiro: 1833-1841.
- CORREIO PAULISTANO. São Paulo: 1854-1942.
- COSTA, Arthur Barrêto de Almeida Costa. Poder e Punição Através da Clemência: O Direito de Graça entre Direito Penal e Constitucional na Cultura Jurídica Brasileira (1824-1924). *Revista do IHGB*, a. 180, v. 481, pp. 255-304, set./dez., 2019a.
- COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Perdoar e Punir em tempos de Transição: O Recurso de Graça no Conselho de Estado do Brasil (1828-1834). *Rev. Direito Práx.*, v. 10, n. 4, pp. 2341-2366, Dec. 2019b.
- DANTAS, Mônica Duarte; VELLOSO, Júlio Cesar de Oliveira Debates parlamentares e seus usos pelos historiadores. *Revista do IHGB*, n. 477, pp. 45-71, mai./ago. 2018
- DE BROUWER, Jérôme. Abolir? La peine de mort et l'avènement de l'abolition de fait en Belgique. *Annales de droit de Louvain*. 69 (3), pp. 211-227, 2009.

- DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Recife: 1825-1984.
- DIÁRIO DE SÃO PAULO: Jornal Diário e Livre. São Paulo: 1865-1878.
- DIÁRIO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro: 1821-1878.
- DORRIS, J. T. Pardoning the Leaders of the Confederacy. *The Mississippi Valley Historical Review*, v. 15, n. 1, pp. 3-21, Jun., 1928.
- FERRETTI, Danilo José Zioni. Entre profecias e prognósticos: Januário da Cunha Barbosa, a escravidão e o futuro da nação (1830-1836). *Tempo*, v. 20, pp. 1-22, jan./dez., 2014.
- FOCARDI, Filippo. Giustizia e ragion di stato. La punizioni dei criminali di guerra tedeschi in Italia. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Orgs). *Grazia e giustizia: figure dela clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- GAUVARD, Claude. Grâce et execution capitale: les deux visages de la justice royale française à la fin du moyen âge. *Bibliothèque de l'École des Chartes*, v. 153, n°. 2, pp. 275-290, jul./dez., 1995.
- GAUVARD, Claude. La grazia del re di Francia alla fine del medioevo. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Orgs). *Grazia e giustizia: figure dela clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- GAZETA DE NOTÍCIAS. Rio de Janeiro: 1875-1956.
- GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998.
- GROSSI, Paolo. *A history of European Law*. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.
- GRUPP, Stanley. Some historical aspects of pardon in England. *The American Journal of Legal History*, v. 7, n. 1, pp. 51-62, jan., 1963.
- HARVEY, Barbara. Draft Letters Patent of Manumission and Pardon for the Men of Somerset in 1381. *The English Historical Review*, v. 80, n. 314, pp. 89-91, jan. 1965.
- HESPANHA, Antônio Manuel. Da “iustitia” à “disciplina”: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: HESPANHA, Antônio Manuel. *Justiça e litiosidade: História e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- HESPANHA, Antônio Manuel. As outras razões da política: a economia da “graça”. In: HESPANHA, Antônio Manuel. *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010.
- JORNAL DO COMMERCIO. Rio de Janeiro: 1874-1952.
- JORNAL DO RECIFE. Recife: 1858-1938.

- KESPER-BIERMAN, Sylvia. La grazia nella Germania dello XIX secolo. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Orgs). *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- KOTKAS, Toomas. Kant on the right of pardon: a necessity and ruler's personal forgiveness. *Kant studien*, v. 102, n. 4, S. 413-421, 2011.
- KOTKAS, Toomas. Pardoning in nineteenth century Finland: at the interface of early modern and modern criminal law. *Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, v. 5, n. 10, pp. 152-168, jul/dez, 2007.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O oráculo de Delfos: Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOBO, Eulália Maria Lahmeyer; CANAVARROS, Octavio; FERES, Zakia; GONÇALVES, Sônia; MADUREIRA, Lucena Barbosa. Evolução dos preços e do padrão de vida no Rio de Janeiro, 1820-1930. *Revista Brasileira de Economia*, n. 25, v. 4, pp. 235-265, out./dez. 1971.
- LOBO, Judá Leão; PEREIRA, Luís Fernando Lopes. A imprensa do segundo reinado no processo político-constitucional: força moral e opinião pública. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 59, n. 1, pp. 179-206, 2014.
- LOBO, Judá Leão. Discussão pública e formação da cultura jurídica: contribuição metodológica à história do direito brasileira. *Quaestio Iuris*, vol. 08, n.º. 03, pp. 1688-1710, 2015.
- LOBO, Judá Leão. Estudo sobre “O oráculo de delfos: o conselho de estado no Brasil-Império”, de José Reinaldo de Lima Lopes. *Rev. Direito Práx.*, v. 9, n. 3, pp. 1363-1400, Sept. 2018.
- LOBO, Judá Leão. O que é a opinião pública? Estudo de história constitucional brasileira. *Quaestio Iuris*, vol. 10, n.º. 01, pp. 494-518, 2017.
- LUGO, Gibran Bautista y. Cédulas del perdón real a los rebeldes de la Ciudad de México, 1627. *Estudios de Historia Novohispana*, n. 52, pp. 68-74, 2015.
- LYNCH, Christian Edward Cyrill. *Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836)*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.
- MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. 5ª Ed. Roma; Bari: Laterza, 2013.
- MASSUCHETTO, Vanessa Caroline; PEREIRA, Luís Fernando Lopes. O rei como dispensador da graça: autos de livramento crime e cultura jurídica criminal em Curitiba (1777-1800). *Tempo*, Niterói, v. 26, n. 1, pp. 123-142, Apr. 2020.

- MOORE, Kathleen Dean. *Pardons: justice, mercy and the public interest*. New York: 1989.
- MUTUCA PICANTE. Rio de Janeiro: 1834-1835.
- NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. Opinião pública. In: FERES JR, João (Org.). *Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.
- NUBOLA, Cecilia. Giustizia, perdono, oblio: la grazia in Itália dall'età moderna ad oggi. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Orgs). *Grazia e giustizia: figure dela clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- O BRASIL. Rio de Janeiro: 1863-1876.
- O PAIZ. Cuiabá: 1884-1934.
- O RAI0. Aracaju: 1875-1885.
- O SETE D'ABRIL. Rio de Janeiro: 1833-1839.
- O UNIVERSAL: Imparcialidade, Justiça e Tolerância. São Luís: 1852.
- PINTO JÚNIOR, Joaquim Antônio. No crime de injúrias, o perdão ou a comutação da pena estão subordinados a condições especiais. *Gazeta Jurídica*, a. 2, v. 3, pp. 105-114, 5 de abril de 1874.
- PIROLA, Ricardo Figueiredo. Cartas ao Imperador: os pedidos de perdão de réus escravos e a decisão de 17 de outubro de 1872. *Almanack*, n. 13, pp. 130-152, Aug. 2016.
- RIBEIRO, João Luís. *No meio das galinhas, as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SARASÓLA, Ignacio Fernandes. Opinión pública y “liberdades de expresión” em el constitucionalismo español (1726-1845). *Historia Constitucional*, n. 7, pp. 159-186, 2006.
- SCHEUTZ, Martin. Una lunga lotta per la giustizia? Rivolta e pacificazioni dopo il tumulti nel Salzkammergut del 1601-1602. In: HÄRTER, Karl; NUBOLA, Cecilia (Orgs). *Grazia e giustizia: figure dela clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- SENECA, Lucius Annasus. *Moral Essays*. Trad. John W. Basore. London: W. Heinemann, 1928-1935. 3 vols.: Volume III, s/d. Disponível em: http://www.stoics.com/seneca_essays_book_3.html.
- SERRAINO, Marco. Gratia Gratiae Gratia. La clemenza individuale tra pienezza e divisione del potere. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, nº 1/2019, pp. 227-258, jan./dez. 2019.

- SILVA, Wlamir. Usos da fumaça: a revolta do Ano da Fumaça e a afirmação moderada na Província de Minas. *Locus – Revista De História*, v. 4, n. 1, pp. 105-118, 1998.
- SLEMIAN, Andrea. *Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834)*. São Paulo: Hucitec, 2009.
- SNYDER, Henry L. The Pardon of Lord Bolingbroke. *The Historical Journal*, v. 14, n. 2, pp. 227-240, Jun., 1971.
- STOLLEIS, Michael. Interpretação Judicial na Transição do Antigo Regime ao Constitucionalismo. *Cadernos do PPGDir./UFRGS*, v. 9, n. 2, dez. 2014.
- STRANGE, Carolyn. *Discretionary justice: pardon and parole in New York from the revolution to the depression*. New York: New York University Press, 2016.
- STRANGE, Carolyn. The unwritten law of executive justice: pardoning patricide in reconstruction-era New York. *Law and History Review*, v. 28, n. 4, pp. 891-930, nov. 2010.

Recebido em 20 de novembro de 2020.

Aprovado em 28 de abril de 2021.

RESUMO: A graça é um instrumento ambivalente, com raízes tanto no direito penal como no constitucional. O objetivo deste trabalho é compreender a dimensão constitucional da clemência real no Brasil império. Analisei duas de suas principais expressões. Em primeiro lugar, tratei da opinião pública, que foi um dos principais elementos da teoria constitucional do século XIX e investiguei como a sociedade civil interagiu com os comportamentos do Estado em relação ao perdão. Os principais aspectos abordados foram discussões sobre a legitimidade da própria existência da graça e a pertinência de perdões específicos. Em segundo lugar, tentei entender como o monarca interferiu em certas partes do direito brasileiro para conduzi-lo a um melhor desempenho. A principal área analisada foi o funcionamento do júri. O lugar especial do perdão na paisagem constitucional brasileira do século XIX só pode ser efetivamente compreendido com referência à particular separação de poderes do Brasil oitocentista, que concedia ao imperador um poder especial: o moderador. As principais conclusões foram que a opinião pública, expressa principalmente na imprensa e no parlamento, teve um papel importante tanto na formação do perdão quanto na sua legitimação; e que o imperador, através do poder moderador, usou o perdão para lidar com alguns maus funcionamentos da legislação brasileira.

Palavras-chave: graça, misericórdia real, poder moderador, constitucionalismo oitocentista, Constituição de 1824.

ABSTRACT: Pardon is an ambivalent tool, with roots both in criminal and constitutional law. This paper aims to understand the constitutional characteristics of royal clemency in imperial Brazil. I analyzed two of these features that can be deemed more prominent. First, I looked into the public opinion, which was one of the crucial mechanisms of 19th-century constitutional theory and investigated how civil society interacted with the state's impulses regarding pardon. The main aspects I dealt with were discussions on the legitimacy of the very existence of royal mercy and the pertinence of specific pardons. Second, I investigated how the monarch interfered in certain parts of Brazilian legislation to push it into a better performance. The main aspect handled with recourse to pardon was the functioning of the jury. The special place of pardon in Brazilian 19th-century constitutional landscape can only be understood taking into consideration its connection with the particular Brazilian separation of powers, which granted the emperor a unique moderating power. The main conclusions were that the public opinion, expressed mainly in the press and the parliament, had an important role in both shaping pardon and legitimizing it; and that the emperor, through the moderating power, used pardon to cope with some malfunctioning of Brazilian legislation.

Keywords: Pardon, royal mercy, moderating power, 19th-century constitutionalism, 1824 Constitution.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. The mild weapon of the crown: making the constitutional value of pardon with public opinion and the interference of the moderating power over the judiciary (Brazil, 1823-1889). *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1720>.

“Não me representa”: um olhar sobre junho de 2013 e a crise da concepção democrática hegemônica

“Does not represent me”: a look at June 2013 and the crisis of hegemonic conception of democracy

Bryan Alves Devos*

Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

Mark Pickersgill Walker**

Universidade Federal de Pelotas, Pelotas – RS, Brasil

Pierri Araújo Porciúncula***

Universidade Federal de Pelotas, Pelotas – RS, Brasil

“É regra invariável do poder que, às cabeças, o melhor será cortá-las antes que comecem a pensar, depois pode ser demasiado tarde”.

(Ensaio Sobre a Lucidez – José Saramago)

1. Introdução

A ideia de crise é recorrente e tem se intensificado nos debates sobre a democracia. É quase um consenso na literatura política o diagnóstico de que o modelo liberal-procedimental de democracia – vista primordialmente em sua faceta representativa – demonstra hoje um profundo desgaste, fato que

*Doutorando em Direitos Humanos e Democracia (UFPR). Mestre em Direito e Justiça e Social (FURG). Advogado. E-mail: bryandevos.prof@gmail.com. Orcid: 0000-0001-7889-441X.

**Professor substituto de Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Santa Catarina (UFSC). E-mail: profmwalker@gmail.com. Orcid: 0000-0003-4415-3060.

***Doutorando em Sociologia (UFPEL). Mestre em Política Social e Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), especialista em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail: pirporciuncula@gmail.com. Orcid: 0000-0001-8272-6136.

cada vez mais aponta para as suas insuficiências de origem. Para além das análises fornecidas pelos teóricos que se debruçam sobre o tema, nos parece que a percepção de uma crise da democracia representativa é presente no próprio cotidiano, isto é, se faz notar enquanto cidadãos e cidadãs, quaisquer que sejam as suas bandeiras, que já não se sentem representados pelos governos instituídos, mesmo que necessitem votar periodicamente para novamente instituí-los e assim completar repetidamente o circuito democrático. Os índices crescentes de abstenções, votos brancos e nulos talvez possam ser lidos a partir dessa chave. De um modo geral, pode-se especular que a crise da democracia em nossa época é devida à incapacidade da narrativa democrática em fornecer uma razão de ser, ou seja, de demonstrar os pressupostos que assegurariam, ainda hoje, a inclinação do método democrático para coibir opressões de toda ordem e assegurar a emancipação social.

Este ensaio busca esboçar alguns aspectos que configuram a crise de representatividade e as insurgências que ela suscita. Trata-se de perquirir sobre o papel que revoltas recentes, em especial as manifestações de junho de 2013, desempenham em um contexto de crise da concepção democrática hegemônica¹.

De início, nos preocuparemos em caracterizar esta concepção liberal hegemônica de democracia, expressa na democracia representativa. Buscaremos demonstrar de que modo essa opção de paradigma democrático se tornou a resposta padrão de organização social a partir da segunda metade do século XX e como esse modelo representou uma renúncia a qualquer tendência que pudesse oferecer contraponto aos seus cânones. Cuidaremos de explicitar os marcos principais da concepção democrática liberal, cuja síntese teórica mais aprimorada e mais difundida dentre os juristas, ao que nos parece, encontra-se na obra de Norberto Bobbio, autor que desenvolveu este legado de pensamento atrelando o exercício democrático ao respeito às regras de formação de governos, cujo conteúdo haveria de se restringir à moldura do liberalismo². De cara, cumpre alertar que este

1 O presente estudo utiliza a categoria no sentido em que Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002) a conceberam.

2 Importante esclarecer que a noção de liberalismo que sustenta o cânone democrático hegemônico, especialmente na síntese que Norberto Bobbio faz dele, vincula-se ao espectro político do pensamento liberal, não necessariamente ao liberalismo econômico. Para uma síntese desse conceito, o texto de Nicola Matteucci é fundamental, especialmente por evidenciar, já em seu

pensador não exerce necessariamente a curadoria da concepção liberal de democracia, já que esse conjunto de ideias foi trabalhado por inúmeros teóricos³, sendo descabido falar em termos de monopólio. Pensamos em Bobbio em termos similares aos que a historiografia das ideias concebe o papel dos intelectuais: um espelho que reflete a efervescência cognitiva e as condições materiais de um tempo⁴.

Chamaremos atenção para a crise da concepção hegemônica e para a crise de representação, um problema que atinge o cerne da experiência democrática atualmente. Sustentaremos que a crise da concepção hegemônica decorre da redução de seu raio de projeção à pura análise formal dos regimes democráticos, negligenciando o conteúdo dos governos, ou seja, de que modo teoria e prática democráticas acabam descuidando da vinculação entre governantes e governados no momento da tomada de decisões políticas e os efeitos deletérios que daí decorrem, como a descrença no potencial da própria representação. Seguindo a trilha deixada pela análise de Marcos Nobre, identificaremos na formação histórica da democracia brasileira as raízes de uma decepção social com a classe política, especialmente após o advento do projeto social-desenvolvimentista cristalizado na Constituição Federal de 1988.

Por fim, procuraremos demonstrar de que modo as Revoltas de Junho de 2013 atacam a concepção democrática hegemônica e seus distúrbios característicos no caso brasileiro – em essência, a sua articulação com uma cultura política que busca controlar o ritmo e a extensão de transformações sociais relevantes para o incremento da cidadania e da própria democracia, aqui já não mais entendida segundo a definição hegemônica. Para fins deste ensaio, a democracia passa a ser um potencial de transformação social e individual que extrapola significativamente a questão do respeito às regras do procedimento democrático, ainda que não pretenda descartá-las. Desse modo, a concepção democrática que guia nossa reflexão aproxima-se da abordagem ampliada de Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer⁵.

início, a tentativa de acoplamento que a teoria liberal faz entre seus postulados e governos democráticos (cf. MATTEUCCI, 1998, pp. 686-687).

3 A exemplo de Giovanni Sartori e Robert Dahl (cf. GUGLIANO, 2015).

4 Nesse sentido, cf. BAUMER, 1977, p. 23.

5 Cf. SANTOS; AVRITZER, 2002.

2. Os marcos liberais da expressão democrática

A democracia não está pronta e acabada. O anseio de aprimorá-la é provavelmente o que a mantém viva. O ideal democrático tem raízes antigas, porém é uma exceção histórica, mormente no Brasil, onde não passou de breves instantes, seguidos de potentes contra-ataques das forças antidemocráticas, que redirecionam os rumos da política nacional de volta aos trilhos do autoritarismo. Mesmo assim, de um ponto de vista formal, vivemos uma democracia, consagrada constitucionalmente a partir de 1988.

Em se tratando da história ocidental, o debate teórico em torno da democracia começa a se intensificar a partir do fim da primeira grande guerra e ganha impulso logo após o término da segunda. De Hans Kelsen a Norberto Bobbio, a teoria democrática deteve-se nos aspectos que diziam respeito aos procedimentos de formação de governos com certo grau de legitimidade representativa, deixando de lado as possibilidades de inclusão do povo na tomada de decisões, este sempre suspeito de manipulação ou mesmo retirado de cena devido à hipotética inviabilidade da participação por conta do alto grau de complexidade que as sociedades modernas teriam alcançado, conforme apontam Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer⁶. Os autores descrevem o século XX como um período de intensa disputa sobre o significado da democracia. Claro que houve certo consenso quanto às virtudes de governos democráticos, mas, conforme apontam, esse consenso veio acompanhado da consagração de uma forma hegemônica⁷ de se pensar e usufruir da experiência democrática. Alinhada com os pressupostos do liberalismo político, a teoria democrática ocidental tratou de associar a democracia a um conjunto de procedimentos eleitorais para a formação de governos legitimados a partir desse novo cânone⁸.

Portanto, o paradigma democrático liberal hoje hegemônico pode ser definido como “um modelo operacional baseado em método pelo qual os cidadãos periodicamente elegeriam dirigentes políticos com autonomia para governar, regulamentando a competição entre elites”⁹. Desse modo,

6 2002.

7 Aqui vista no sentido usual da palavra, significando a supremacia e preponderância da plataforma liberal democrática em relação a outras propostas teóricas e práticas de governo.

8 SANTOS; AVRITZER, 2002, pp. 39-40.

9 GUGLIANO, 2015, p. 30.

nos moldes do modelo liberal, o fim último da democracia seria a representação política, tendo a teoria democrática concebido a representação a partir de três modelos clássicos: representação como delegação, representação como relação de confiança e representação como “espelho” ou representatividade sociológica¹⁰.

O paradigma democrático liberal foi, enquanto projeto teórico, uma força de sustentação não só de uma modalidade de governo, mas de uma política externa marcada pela polarização típica da Guerra Fria. Segundo Gugliano¹¹, a defesa da concepção hegemônica, ao longo dos anos de tensão entre Estados Unidos da América (EUA) e União Soviética, cumpriu um papel duplo: ao mesmo tempo em que servia para tornar o modelo político norte-americano um parâmetro a ser replicado, propôs-se a contrapor o modo de governo soviético, identificado pela ausência de eleições competitivas e de pluripartidarismo. Como saldo dessa confrontação e da vitória do parâmetro democrático liberal¹², temos a discriminação de discursos divergentes localizados no interior das próprias democracias ocidentais o que contribuiu para minar tentativas de organização política da sociedade civil que buscassem formas não restritas de democracia, a pretexto de se ter em vigor um modelo funcional e realista¹³.

A concepção democrática hegemônica, liberal e eminentemente representativa não é um destino histórico natural, mas um paradigma imposto verticalmente. Conforme Santos e Avritzer¹⁴, a teoria democrática do século XX “propõe estender ao resto do mundo o modelo de democracia liberal-representativa vigente nas sociedades do hemisfério norte, ignorando as experiências e as discussões oriundas dos países do Sul no debate sobre a democracia”. Se, já no final do século XX, houve quem declarasse

10 COTTA, 1998, p. 1102.

11 2015

12 Necessário esclarecer, entretanto, que democracia e liberalismo não necessariamente estiveram sempre acoplados, mesmo no cenário da Guerra Fria. Exemplo desse distanciamento está na reivindicação marxista do ideal democrático, partindo da separação entre democracia burguesa e democracia proletária proposta por Lênin (2019). Entretanto, é possível sublinhar que, embora existam outras narrativas democráticas, a concepção democrática hegemônica da qual tratamos neste estudo é marcadamente liberal e disso autores como Bobbio não abrem mão, como se verá.

13 GUGLIANO, 2015, pp. 31-32.

14 SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 43.

o “fim da história”¹⁵, a teoria democrática liberal, após conquistada sua hegemonia no debate acerca do significado da experiência democrática, buscou demonstrar que o ponto de chegada do ideal democrático estaria localizado na democracia representativa.

Esta concepção hegemônica de democracia que se estabelece a partir da segunda metade do século XX passa a identificar a forma procedimental com o próprio conceito de democracia que, para todos os efeitos, passa a significar “um conjunto de regras para a formação de maiorias”¹⁶, premissa que ganha profundo desenvolvimento na obra de pensadores como Norberto Bobbio. De acordo com Santos e Avritzer¹⁷, a partir do pensamento de Bobbio se extrai uma identificação da democracia com o respeito às regras do jogo, ou seja, as regras que conduzem o processo eleitoral em um Estado de Direito. Podemos adiantar que esse postulado, para os autores, não convence, especialmente por sugerir que as eleições esgotariam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e que os procedimentos de autorização, por sua vez, esgotariam a questão da representatividade da diferença¹⁸.

Procurando estabelecer certo consenso quanto ao significado da democracia, Bobbio, como dito, argumenta em favor de uma concepção minimalista que designe “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”¹⁹. O autor procura redesenhar uma ponte entre o legado do pensamento político liberal e a democracia²⁰ e para isso investe

15 Cf. FUKUYAMA, 1992.

16 SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 45.

17 2002

18 SANTOS; AVRITZER, 2002, pp. 45-46.

19 BOBBIO, 2015, p. 35 - grifo do autor.

20 Bobbio é bastante ciente de que a relação entre liberalismo político e democracia não é simples. Como refere, “um Estado liberal não é necessariamente democrático” e “um governo democrático não dá vida necessariamente a um Estado liberal” (BOBBIO, 2000, p. 7). Ainda assim, para o autor, “a democracia moderna só não é incompatível com o liberalismo como pode dele ser considerada, sob muitos aspectos e ao menos até um certo ponto, um natural prosseguimento. Com uma condição: que se tome o termo ‘democracia’ em seu significado jurídico-institucional e não no ético, ou seja, num significado mais procedimental do que substancial” (BOBBIO, 2000, p. 37). A democracia, vista em sua acepção hegemônica, conecta-se ao liberalismo político por força de determinadas circunstâncias: “hoje Estados liberais não democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados democráticos que não fossem também liberais. Existem, em suma, boas razões para crer: a) que hoje o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal;

suas forças no objetivo de estabelecer a compatibilidade, em algum grau, entre a ideia de soberania popular – conceito que, diga-se de passagem, se encontra substancialmente mitigado em seu pensamento²¹ – e a forma representativa da experiência democrática. Considera ainda que a democracia direta em estado “puro”, por assim dizer, perde-se ao adentrarmos os portões da modernidade. Sobra a democracia representativa, “o único governo popular possível num grande Estado”²².

Conforme Santos e Avritzer²³, somos então confrontados com um argumento que remonta ao pensamento weberiano, segundo o qual a perda de controle sobre os processos de decisão política e econômica por parte dos cidadãos seria um sacrifício inevitável no altar da burocratização dos governos. Desnecessário acrescentar que esse argumento acaba sendo radicalizado por Bobbio, pois, como dissemos, o autor considera que o avanço da modernidade cobra seu preço e nessa trilha os cidadãos estariam necessariamente abrindo mão do controle sobre as atividades de natureza política e econômica por parte do Estado, em favor de burocracias públicas e privadas²⁴. Para o autor:

É evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente

b) que a salvaguarda desses direitos seja necessária para o correto funcionamento do método democrático. [...] O melhor remédio contra o abuso do poder sob qualquer forma – mesmo que ‘melhor’ não queira realmente dizer nem ótimo nem infalível – é a participação direta ou indireta dos cidadãos, do maior número de cidadãos, na formação das leis. Sob esse aspecto, os direitos políticos são um complemento natural dos direitos de liberdade e dos direitos civis” (BOBBIO, 2000, p. 43-44).

21 Na verdade, em alguma medida é certo que Bobbio esforça-se em dissociar a democracia da soberania popular, e para tanto argumenta que um modelo democrático ancorado nessa premissa só seria possível em uma sociedade “monista”, incompatível, portanto, com as aspirações de uma sociedade pluralista como a que vivemos (BOBBIO, 2015, p. 43). E, no entanto, para o autor ideia que se propõe a fundamentar a democracia representativa não abre mão de um princípio político de soberania popular como a primeira vista se poderia imaginar: na ótica de seus defensores, tratar-se-ia de compreender que a representação seria a melhor modalidade para atingir o interesse público haja vista que os eleitores acham-se “fechados demais na contemplação de seus próprios interesses particulares” (BOBBIO, 2000, p. 34).

22 BOBBIO, 2000, pp. 31-32.

23 2002

24 SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 47.

impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade²⁵.

Mas, para além do viés da impossibilidade – fazendo uso do argumento da dificuldade operacional devido à escala, já antevisto por Rousseau²⁶ –, o que faz Bobbio considerar indesejável uma ampliação radical da participação popular nos processos decisórios? Fica claro que o autor teme a formação de uma espécie de “cidadão total” (expressão que toma emprestada da obra de Ralf Dahrendorf), um protótipo de sujeito político que reduziria tudo à própria política, chegando a desintegrar a esfera privada, sacrificando-a em prol da esfera pública, postura que se mostraria contraproducente do ponto de vista democrático²⁷. Bobbio parece bastante ciente de determinadas condicionantes socioculturais da modernidade, de modo que procura incorporá-las à sua teoria democrática. O autor admite, por exemplo, que a democracia representativa pressuporia algum grau de atomização dos indivíduos e nisso residiria um paralelo importante entre essa modalidade de vivência democrática e os pressupostos filosóficos do liberalismo²⁸. Em outras palavras, um aprofundamento da participação na tomada de decisões representaria, em Bobbio, uma armadilha democrática, já que serviria para erodir a esfera privada e inchar a esfera pública, circunstância que se opõe ao ideal liberal, calcado no respeito absoluto à individualidade.

Tratando da dialética entre as democracias representativa e direta, o autor advoga pela necessidade de uma combinação entre ambas as formas, sobretudo por considerar que uma ou outra apresentam insuficiências, devendo se complementar reciprocamente²⁹. No entanto, em diversas passagens de sua obra podemos notar a primazia da faceta representativa, ainda que o autor considere benéfico recorrer – pontual e residualmente – a ou-

25 BOBBIO, 2015, p. 71.

26 Rousseau considerava que uma democracia verdadeira – que, de fato, nunca teria existido historicamente – teria de pressupor uma série de condições organizacionais, as quais sociedade nenhuma teria dado conta de preencher (cf. ROUSSEAU, 2013, p. 81). Cumpre observar que Bobbio se vale desse raciocínio em sua defesa do modelo representativo (cf. BOBBIO, 2015, p. 87 e ss.). Adiante voltaremos a tratar do assunto.

27 BOBBIO, 2015, p. 71.

28 BOBBIO, 2000, p. 36.

29 BOBBIO, 2015, p. 87.

tras técnicas democráticas. Por exemplo, sobre o instituto do referendo popular, aduz: “trata-se de um expediente extraordinário, para circunstâncias extraordinárias. Ninguém pode imaginar um Estado que seja governado mediante o contínuo apelo ao povo”³⁰. Interessante notar que o argumento em questão se tornou facilmente cooptado por discursos que manifestam repulsa a projetos políticos calcados no aprimoramento da participação popular. Caso interessante é a forma como esses projetos têm sido historicamente adjetivados de “populistas” (apenas em um sentido restrito, como o descrito por José Murilo de Carvalho³¹, jamais em seu sentido ampliado, como o termo aparece na análise de Ernesto Laclau³²) e desqualificados a partir daí.

Ora, é de se presumir que um modelo de governo ancorado quase que exclusivamente na representação, mesmo que admita a coexistência institucional com outros modos democráticos, termine por reproduzir as mazelas próprias da democracia liberal-representativa, já que lapsos de alternativa são insuficientes para destronar uma práxis democrática de baixa intensidade, que segue garantindo às elites dirigentes o monopólio das decisões mais significativas acerca do destino de uma população. Ainda assim, o prognóstico de Bobbio se mostra inegavelmente otimista. Para o autor, estamos diante de um incremento da democracia, não só no que tange à consolidação das instituições democráticas próprias de um Estado Democrático de Direito, mas também no alargamento da esfera de ação da democracia que vai do espaço político (institucional, leia-se) ao campo social. Em outras palavras: o avanço da democracia não estaria associado a um progressivo abandono da democracia representativa em favor de outras formas de se fazer democracia, como a democracia direta. Estaria associado a uma passagem que vai “da democratização do Estado à democratização da sociedade”³³, sem abrir mão da supremacia da representação, apenas ampliando-a em direção a outras instâncias sociais.

Voltaremos a discutir este alargamento da democracia, mas vale adiantar: consideramos que o prognóstico de Bobbio peca pela imprecisão. Que há uma nova cultura democrática, oriunda de forças sociais diversificadas

30 BOBBIO, 2015, pp. 88-89.

31 CARVALHO, 2013, p. 126.

32 LACLAU, 2013.

33 BOBBIO, 2015, p. 91.

que tomam a forma da multidão³⁴ e clamam por democracia radical³⁵, nos parece claro. Mas a capacidade de penetração dessa cultura nas instituições – mediada pela casta política –, garantindo assim novas direções deliberativas, ainda se mostra precária, como demonstraremos a seu tempo. Para exemplificar de maneira simplória, diríamos que de nada adianta ampliar as formas de participação popular na gestão de uma escola qualquer se as grandes decisões sobre o processo educacional, financiamento, subsídios e a função da educação na sociedade contemporânea seguem concentradas em um número mínimo de atores políticos. O importante é termos em mente que o modelo hegemônico da democracia liberal-representativa, estando centrado no exercício do voto, garante um vínculo bastante delicado entre os cidadãos e o poder, não raro se assemelhando a um “cheque em branco” conferido à classe política³⁶ e revisado periodicamente, a cada quatro ou oito anos. Ainda que satisfaça os parâmetros liberais da ideia democrática, nos parece que essa aceção minimalista se desgasta a cada dia, pois não acompanha o advento de uma nova cultura política emergente.

3. A crise da concepção hegemônica: por uma renovação democrática

São diversas as proposições que indicam a crise da concepção democrática liberal hegemônica. Aprofundar a questão demandaria uma pesquisa de maior fôlego, o que excede o intento deste ensaio, mas devemos ao menos abordar alguns dos principais argumentos que colocam em xeque esse paradigma e seu principal método de realização, ou seja, a democracia representativa, a fim de encaminharmos, na seção seguinte, algumas hipóteses a partir das Revoltas de Junho de 2013.

Uma das razões mais lembradas ao tratarmos da crise de representatividade de que padecem as democracias liberais, conforme coloca Touraine³⁷, é elementar: “se os políticos dos partidos ditos de direita e de es-

34 No sentido que Hardt e Negri a concebem (cf. HARDT; NEGRI, 2014).

35 As figuras intelectuais que melhor abordaram a democracia radical certamente são Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2015). Ainda que tal tema não esteja no escopo do presente estudo, salientamos que é possível se explorar um eixo de conexão entre a concepção radical da democracia e o ideal ampliado e participativo proposto por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer, como prova Luciana Rosa Marques (2008).

36 SADER, 2002, p. 658.

37 TOURAINE, 1996, p. 80.

querda não se opõem com nitidez, a opinião pública, por sua vez, continua tendo uma viva consciência da oposição social entre direita e esquerda”. Mesmo que nos dispuséssemos a admitir que essa viva consciência seja em muitos casos mais intuitiva do que esclarecida (especialmente quando nos deparamos com projetos centristas ou que simplesmente recusam qualquer rótulo a pretexto de não se considerarem “políticos”), as implicações negativas no tocante à experiência democrática permanecem. Trata-se de uma síndrome que contamina a representatividade desde dentro, posto que, na medida em que os partidos políticos não expressam de forma clara as razões e ideais que os distinguem dos demais, por que motivo deveríamos nos sentir representados por *este* e não *aquela*? Ainda, se é nula a diferença ou se ela não possui suficiente relevo para se expressar nos programas e ações governamentais, por que motivo devemos nos considerar representados por *qualquer* entidade partidária? O contraditório é que até mesmo Bobbio reconhece que a pluralidade de opções reais consiste em condição elementar para que se tenha um sistema democrático³⁸, o que parece contrastar com sua insistência em reduzir a experiência democrática ao profundo respeito às regras do jogo. Ao que nos consta, uma democracia que garanta a pluralidade de alternativas nos programas de governo – o que é mais do que a pluralidade de candidatos, por certo – é uma democracia que exige certa substância ou conteúdo, superando uma redução formal de seus termos.

Explorar este aspecto do argumento nos permite desvelar uma segunda face da crise da concepção hegemônica de democracia: a crescente abstenção eleitoral ou mesmo a anulação ou o uso do voto em branco. Este aspecto da crise é interessante já que evidencia um *deficit* de legitimidade quanto aos governos eleitos, ainda que estejamos em um contexto de democracia formal, com instituições democráticas e atores políticos respeitadores das regras do jogo. Sob esse viés, Gugliano³⁹ argumenta se tratar de um distanciamento crescente entre os eleitores e atores políticos, distanciamento este que expõe uma crise de identidade conforme os cidadãos não se reconheçam mais enquanto partícipes da esfera pública, ou seja, já não se sentem sujeitos do jogo democrático, por mais que acatem as suas regras. Essa apatia eleitoral – que para os autores com os quais nos conectamos traduz um indício de crise da experiência democrática, como já

38 BOBBIO, 2015, pp. 37-38.

39 GUGLIANO, 2015, p. 35.

ficou claro – inacreditavelmente é vista com naturalidade pela concepção democrática hegemônica que parece escamotear o problema, dando a ele uma resposta própria de democracias de “baixa intensidade”, no sentido que Santos e Avritzer conferem ao termo⁴⁰. Assim afirma Bobbio⁴¹ em um trecho de sua obra bastante ilustrativo dessa posição: “a apatia política não é de forma alguma um sintoma da crise de um sistema democrático, mas [...] um sinal de sua perfeita saúde: basta interpretar a apatia política não como recusa ao sistema mas como benévola indiferença”. Parece claro que a indiferença da coletividade só pode ser descrita como “democrática” e “benévola” nos quadros de um ideal puramente procedimental, ou, se se preferir, em uma democracia vazia de qualquer ideal⁴² que vá além do processo eleitoral⁴³.

A democracia liberal representativa está em crise também no que tange à representação de minorias políticas e grupos socialmente postos à margem do exercício do poder. Conforme Santos e Avritzer, esta dimensão do problema foi historicamente ofuscada pela ideia que remonta a John Stuart Mill, segundo a qual a assembleia representativa de um Estado possuiria, enquanto microcosmos de uma sociedade, plena capacidade de refletir os

40 Cf. SANTOS; AVRITZER, 2002.

41 BOBBIO, 2015, p. 113.

42 Para que fique claro: não é que o autor desconsidere uma dimensão axiológica subjacente à ideia democrática, ou seja, não chega a ignorar que a democracia pressupõe o respeito e o aprofundamento de alguns ideais. Entretanto, é fácil notar que a própria eleição dos ideais por ele referidos – a saber: a tolerância, a não violência e a renovação social através de um debate livre e de mudanças no campo das mentalidades e da vivência – não faz mais do que ressaltar a importância das regras procedimentais inerentes à sua teoria democrática, como à democracia liberal, em geral (BOBBIO, 2015, pp. 67-68).

43 Bobbio parece buscar inverter a lógica que esboçamos, arguindo que a apatia eleitoral representaria um momento de lucidez cidadã: “na sociedade de massa o voto de opinião está se tornando sempre mais raro: ousaria dizer que a única verdadeira opinião é a dos que não votam porque compreendem ou creem ter compreendido que as eleições são um rito do qual é possível subtrair-se sem graves danos, e como todos os ritos, por exemplo, a missa aos domingos, são no fim das contas uma chateação. Opinião discutível, condenável, detestável, mas opinião” (BOBBIO, 2015, p. 218). Fica claro, no entanto, que para o autor a utilidade de um sistema democrático não deve ser superestimada, o que de certa forma atenta contra a própria defesa do ideal democrático – e, por mais reduzido que esse ideal esteja na obra do autor, nem por um momento se duvida que seu intento de defendê-lo seja genuíno – o que, de modo geral, não difere da redução pretensamente utilitária que dele faz o neoliberalismo. Não custa lembrar que Friedrich von Hayek já argumentava que a democracia deveria servir apenas para garantir a liberdade individual conforme a soberania do mercado (TEIXEIRA, 2010, pp. 146-147). De nossa parte, tal como Santos e Avritzer, consideramos que a democracia possui um valor intrínseco, o que não implica que tenha um caráter universal (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 72).

anseios dos mais variados segmentos que a compõem⁴⁴. Novamente nos deparamos com a questão das escalas no interior da teoria democrática, mas vista agora sob outro viés⁴⁵. Temos aí, na linha do que argumenta David Sánchez Rubio, um excesso de simplificação, posto que este raciocínio não faz mais do que sugerir uma redução do ideal democrático a uma forma de governo eleito periodicamente pelo voto⁴⁶. É preciso problematizar o argumento em termos mais realistas: uma teoria democrática digna dessa alcunha não deve ignorar que muitas são as minorias que lutam em vão para que seus interesses repercutam no campo político com a mesma intensidade com que os dos setores que detêm maior poder econômico⁴⁷.

Há ainda a difícil questão da ingerência do poder econômico nos processos decisórios. O poder econômico se apresenta como um fator exógeno com relação às regras do jogo democrático, e mesmo assim, infelizmente, detém a capacidade para definir os rumos deliberativos dos governos instituídos de acordo com o cânone formal-procedimental. A síntese mais radical desse argumento, que remonta aos trabalhos de Ellen Meiksins Wood, cuida até mesmo de demonstrar a incompatibilidade estrutural entre capitalismo e democracia, haja vista nunca ter havido uma sociedade capitalista em que não tenha sido atribuída à riqueza uma via privilegiada de acesso ao poder⁴⁸. Ao radicalizarmos o argumento inevitavelmente concluiremos que:

44 SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 49.

45 A tradição de pensamento que coroa a democracia representativa frequentemente abusa do argumento da necessidade desse método democrático em razão do aumento das escalas populacionais nos Estados modernos, como dissemos. A lógica não é tão perfeita quanto imaginam seus teóricos, no entanto. “A concepção hegemônica da democracia, ao abordar o problema da representação, ligando-o exclusivamente ao problema das escalas, ignora que a representação envolve pelo menos três dimensões: a da autorização, a da identidade e a da prestação de contas (essa última introduzida no debate democrático muito recentemente). Se é verdade que a autorização via representação facilita o exercício da democracia em escala ampliada [...], é verdade também que a representação dificulta a solução das duas outras questões: a da prestação de contas e a da representação de múltiplas identidades. A representação não garante, pelo método da tomada de decisão por maioria, que identidades minoritárias irão ter a expressão adequada no parlamento; a representação ao diluir a prestação de contas em um processo de re-apresentação do representante no interior de um bloco de questões, também dificulta a desagregação do processo de prestação de contas” (SANTOS; AVRITZER, 2002, pp. 49-50).

46 SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 113

47 SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 54.

48 TEIXEIRA, 2010, p. 134.

O capitalismo é o único modo de produção histórico em que a força de trabalho é mercadoria, sem a qual não seria possível produzir mais-valia. A exploração do trabalho tende a ser oculta, o que só é possível devido ao fetichismo. Assim, o capital, na sua função de produção de mais-valia, não consiste num movimento que expressa transparência e muito menos é alvo de controle democrático⁴⁹.

Sigamos a trilha desse raciocínio: o capitalismo enquanto sistema econômico se sujeita às leis e à soberania do mercado, ao passo que a democracia como sistema político deveria – em tese – sujeitar-se à soberania popular. Entretanto, a primeira soberania termina por colonizar a segunda, inoculando a sua agenda, através da mercantilização da ação humana e, sendo assim, conforme bem expõe Sandra Teixeira⁵⁰, “democratizar, no sentido concreto, exige desmercantilizar, ou seja, o fim do capitalismo”. Prova de que a democracia não pode ser analisada de maneira dissociada das aspirações do grande capital (erro no qual ainda incorrem segmentos da teoria política⁵¹) é que, em tempos de hegemonia do pensamento neoliberal – e esse talvez tenha sido o grande êxito do neoliberalismo: impor-se como um regime de pensamento único tendente a desqualificar alternativas que extrapolem suas balizas doutrinárias⁵² –, organizações como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional encarregaram-se de impor o modelo democrático liberal como condição para a concessão de empréstimos e auxílios financeiros⁵³, tidos como essenciais para que as nações postulantes possam desenvolver-se ou mesmo contornar crises.

Consideramos, portanto, que em alguma medida o feixe de hipóteses explicativas capazes de elucidarem a crise da concepção democrática re-

49 TEIXEIRA, 2010, p. 136.

50 TEIXEIRA, 2010, p. 134.

51 “A teoria política, por limitar a democracia à esfera Estatal, ignora outros elementos que conformam a estrutura social como o mercado” (GUGLIANO, 2015, p. 36). Não é que autores como Bobbio ignorem a necessidade de conjugar a democracia e o sistema capitalista de produção de um ponto de vista analítico, mas, como ficará claro, suas propostas servem mais para naturalizar esse tipo de patologia do que para combatê-la desde um horizonte democraticamente orientado.

52 ANDERSON, 1995, p. 23. Desse modo, não é insensato argumentar que o projeto neoliberal não se reduz a uma concepção minimalista de Estado, mas também da política e da democracia, já que procura restringir a arena da política, assim como seus participantes, processos, agenda e campo de ação (DAGNINO, 2004, p. 108).

53 SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 72.

presentativa e procedimental encontra-se nas insuficiências históricas que são intrínsecas ao próprio modelo. Nessa linha, trata-se de uma tomada de consciência acerca de deficiências que sempre estiveram inscritas no modelo liberal de expressão democrática, mas que foram prontamente perdoadas pela teoria democrática liberal hegemônica, tradição da qual Norberto Bobbio nos parece representar um de seus maiores legatários. Até esse ponto, no entanto, nossa análise apresenta um alto grau de generalização que precisa ser devidamente temperado pela historicidade local, já que as formas de expressão da crise da concepção democrática liberal não são homogêneas.

4. A busca de uma hipótese periférica para a crise da democracia liberal

Ainda que possamos admitir que nem todos os problemas da concepção liberal hegemônica e, por extensão, da democracia representativa derivam da incompatibilidade estrutural entre o regime democrático e o capitalismo neoliberal ou de algum outro dos seus demais “males de origem”, é de se ter em conta que, ao menos no Brasil, a abertura democrática que sucedeu o fim do governo ditatorial civil-militar não significou a consolidação de uma democracia plena. Verifica-se, em contexto formalmente democrático, uma espécie de represamento do poder em torno das elites políticas que controlam o fluxo das mudanças, evitando assim atacar as desigualdades de renda e poder⁵⁴ que em nosso contexto de capitalismo periférico se mostram extremamente acentuadas. Em meio a isso, a tese de Marcos Nobre abre um horizonte de possibilidades para a crítica da concepção hegemônica de democracia a partir da especificidade da trajetória nacional. Sua hipótese é de que a abertura democrática e o fim do regime ditatorial, ao mesmo tempo em que permitiram a institucionalização de um sistema formalmente democrático, vieram acompanhados de uma cultura política formada já na década de 1980 que foi responsável por blindar o sistema político contra forças sociais transformistas⁵⁵. A essa cultura o autor dá o nome de “pemedebismo”, em alusão ao partido que a teria gestado. Sobre a origem dessa cultura, produzida no contexto bipartidário do nacional-desenvolvimentismo da ditadura militar, Nobre refere:

54 NOBRE, 2013, p. 10.

55 NOBRE, 2013, p. 10.

Em lugar da produção de um sistema político efetivamente organizado em dois polos, o que a engenharia ditatorial conseguiu produzir foram confederações de grupos políticos, confederações de partidos. Isso obrigou as siglas oficialmente toleradas a se organizarem internamente de maneira a permitir a convivência de agremiações e tendências não apenas heteróclitas, mas, muitas vezes, adversárias. As estruturas partidárias resultantes tinham de produzir alguma unidade apesar de suas incompatibilidades internas. Estava em pleno vigor o consenso forçado do nacional-desenvolvimentismo, que compunha o pano de fundo indiscutível sobre o qual se dava o debate e se formavam as divergências. O que só veio colaborar para que os programas partidários fossem peças retóricas cujo único sentido real era a unidade forçada contra ou a favor da ditadura⁵⁶.

E continua:

O que de fato ocorreu foi certa adaptação das estruturas partidárias existentes, por vocação e por necessidade, a um modelo de gerenciamento de ideias, interesses e forças sociais capaz de dar conta das diversidades e das desigualdades produzidas pelas transformações do desenvolvimento autoritário. Não foram os sonhados partidos uniformes e homogêneos dos reformadores ditatoriais, mas partidos que trouxeram para dentro de si a fragmentação, de tal maneira, por sua vez, que sua própria lógica de funcionamento se tornou fragmentária⁵⁷.

Essa acomodação, após o ocaso do regime ditatorial, teria dado origem a um “condomínio de poder”, um condomínio pemedebista, organizado na forma de um superbloco parlamentar, conforme descreve Nobre. Para o autor, essa cultura pemedebista requer um sistema de vetos hierarquizados e sobrevive fundamentalmente pela promessa irrealizável de englobar e administrar todos os interesses e ideias que emanam da sociedade de modo que não haja perdedores e a todos se garanta compensação⁵⁸. Entretanto, é exatamente aí que podemos notar o caráter despolitizante da acomodação pemedebista, já que no intuito de se congregar interesses tão díspares,

56 NOBRE, 2013, pp. 39-40.

57 NOBRE, 2013, pp. 40-41.

58 NOBRE, 2013, p. 42.

por vezes terminantemente excludentes, o que se gera é uma dinâmica de imobilismo, em que as instituições democráticas e a casta política já não espelham os conflitos sociais e estes, por sua vez, não deixam de existir apenas porque se quer evitá-los.

Em Nobre, o pemedebismo aparece como uma cultura fisiologista de acomodação de interesses dentro da máquina estatal, uma cultura que passou a ser encarada como necessária pela classe política, especialmente após a queda do ex-presidente Fernando Collor de Mello, deposto através de um processo de impedimento, supostamente em razão de não possuir uma maioria parlamentar que lhe garantisse sustentação. Daí em diante a busca da governabilidade passa a ser o mantra presidencial, de modo que o pemedebismo é integralmente aceito pela casta política que ocupa o aparato estatal, sem jamais sofrer confrontações relevantes⁵⁹.

O direito de veto é, talvez, o grande capital político no circuito do pemedebismo. Para Nobre, a entrada de um sócio nesse condomínio de poder lhe exige a utilização dessa forma de bloqueio a mudanças potencialmente ameaçadoras como condição de sobrevivência⁶⁰, ou, em outros termos, como condição de preservação da sua própria cota-parte nessa correlação de forças⁶¹. Ora, uma cultura fundamentalmente ancorada em vetos só pode se traduzir em uma atmosfera hostil a mudanças e a resistência a elas tende a ser mais eficiente enquanto se evite o debate público, o que, por si só já representaria um atentado ao sistema democrático, se nos dispuséssemos a exigir o embate discursivo como condição substancial da democracia, em linha com a tese habermasiana⁶². Ainda assim, algumas mudanças – esporádicas, pontuais e sempre reversíveis, pois nunca estruturais – teimam em ocorrer apesar do travamento pemedebista, mas é importante perceber, conforme argumenta Nobre, que não se trata de enfrentamentos ao pemedebismo, mas de diferentes estratégias de contorno

59 Cf. NOBRE, 2013, p. 27 e ss.

60 Para que não se cogite que a lógica de vetos contradiz a formação de grandes blocos parlamentares de sustentação, cumpre observar que “a ausência de uma oposição de fato a partir do segundo mandato de Lula não deve ser confundida com a ideia de que não há oposição alguma. Mas são posições de ‘situação’ e oposição que se constituem no interior do próprio campo situacionista, no interior da própria base governista, conforme o momento e o tema em pauta, o que é típico de um sistema tornado monopolar em que domina a lógica pemedebista. O resultado é um jogo de soma zero para a democracia” (NOBRE, 2013, pp. 128-129).

61 NOBRE, 2013, p. 15.

62 Cf. GUGLIANO, 2015, p. 38 e ss.

de vetos⁶³ que se dão de muitas maneiras, inclusive através da judicialização dos conflitos políticos⁶⁴.

Uma prova de que as mudanças sociais permitidas em ambiente pemedebista não ostentam caráter profundamente democrático – para não dizer que são simplesmente momentâneas e reversíveis – pode ser constatada no governo Lula (2003-2010). Segundo Nobre, mesmo os avanços sociais produzidos a partir dessa gestão não devem necessariamente ser encarados como conquistas democráticas, pois não chegam a confrontar diretamente a articulação pemedebista:

No caso de pobres e remediados, a “inclusão pemedebista” não significa representação plena no sistema político. Significa que “Lula” passa a ser *o representante* do “povão” em um sistema político que continua a marginalizá-lo. A tática da ocupação pela esquerda do pemedebismo mostra aqui uma vez mais seus limites e suas ambiguidades: ao tornar “normal” o pemedebismo, colaborou decisivamente para o fechamento do sistema político em si mesmo, para a continuidade da exclusão da representação da enorme maioria da população; ao obter com isso expressivos avanços sociais, significou de fato representação para esses contingentes historicamente marginalizados, à maneira de uma representação (“Lula”) *dentro* do sistema político que os marginaliza⁶⁵.

É importante ter presente que para o padrão de qualidade liberal, o pemedebismo não pode ser visto como uma cultura censurável do ponto de vista democrático. Pondo em outros termos, não é que a democracia liberal-procedimental não se dê conta da dinâmica pemedebista, mas por si só é incapaz de confrontá-la. Aliás, sequer considera necessário opor-lhe resistência. A já referida naturalização do pemedebismo não chega a representar um embate contra as diretrizes do modelo democrático hegemôni-

63 Para Nobre, uma demonstração do caráter antidemocrático do pemedebismo – se entendermos a vontade popular como índice de legitimidade democrática de um projeto – pôde ser visto na ocasião do referendo sobre o porte de armas. Essa cultura política abomina mesmo os mecanismos constitucionais de democracia direta, pois, segundo o autor, “não há algo que o pemedebismo evite mais do que consultas populares, como plebiscitos e referendos. Isso se deve ao fato de que toda a sua estrutura está montada para permitir o *veto* a temas e matérias concretos, e não para produzir maiorias a favor de determinada posição” (NOBRE, 2013, p. 110).

64 NOBRE, 2013, pp. 16-17.

65 NOBRE, 2013, pp. 114-115 - grifo do autor.

co, pelo contrário: adequa-se a ele com facilidade extraordinária, convertendo a democracia em uma caricatura dela mesma⁶⁶. O trecho seguinte da análise de Bobbio – que, não fosse a nacionalidade do autor, poderíamos presumir referir-se à realidade brasileira – fornece alguns elementos capazes de demonstrar essa premissa:

A força de um partido é medida pelo número de votos. Quanto maior for o número de votos no pequeno mercado que se organiza entre o partido e os eleitores, maior será a força contratual do partido no grande mercado que se organiza a partir das relações dos partidos entre si, mesmo se no grande mercado conte não apenas o número dos votos que um partido pode colocar na balança, mas também a sua posição no sistema de alianças [...]. Agrade ou não, o mercado político, no sentido preciso de relação generalizada de troca entre governantes e governados, é uma característica da democracia⁶⁷.

Ora, não é que o pemedebismo obste essa “troca”, mas cumpre notar que, nos seus moldes, ela é sempre absolutamente desigual. Mesmo governos com índices significativos de aprovação popular – como chegou a ser o governo Lula –, ao optarem por pactuar nos termos de um condomínio pemedebista, não lograram produzir fissuras na barreira de imobilismo, tratando de reduzir a representação (o “retorno” dado à sua base popular de sustentação, ou seja, seus eleitores) aos termos de uma melhora epidérmica nas condições de vida, através do contorno de vetos e não de uma confrontação direta, aberta e politizante com os segmentos sociais contrários às melhoras. Não há muitas mudanças efetivas, apenas rearranjos setoriais que já nascem sob a mira dos vetos pemedebistas que, tão logo seja possível, esperam revertê-los – prova disso é o fato de que a inclusão social permitida através da aliança lulista⁶⁸ não foi produzida pelo incremento e efetividade dos direitos de cidadania, mas pela via precária

66 SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 73.

67 BOBBIO, 2015, p. 219.

68 O “lulismo”, enquanto categoria de análise remonta aos escritos de André Singer (para um panorama, cf. SINGER, 2012). Transportando a ideia para o seu quadro de análise, Nobre sugere: “entendo o lulismo como uma figura determinada de algo mais profundo e de maior duração, de um novo modelo de sociedade que tem no pemedebismo do sistema político a forma mais relevante de bloqueio de seu desenvolvimento, ou seja, a fonte mais importante do *conservadorismo* no momento presente” (NOBRE, 2013, p. 188).

e artificial do consumo, em grande medida calcado na concessão de crédito aos estratos mais empobrecidos⁶⁹, providência que vigorou enquanto a conjuntura econômica parecia favorável, mas mostrou sua fragilidade a partir dos governos de Dilma Rousseff.

Nesse sentido, podemos afirmar que a existência de uma cultura pemedebista, por si só, trai o ideal democrático, mas essa assertiva se sustenta apenas se estamos dispostos a conceber a democracia como algo mais do que o respeito às regras do jogo eleitoral. Insistimos: a formação de um condomínio pemedebista não é em si uma afronta ao projeto hegemônico liberal e puramente procedimental de democracia, o que nos dá uma ideia dos limites intrínsecos ao próprio modelo. A naturalização desse modelo democrático que, no caso brasileiro assume a feição patológica do pemedebismo, corresponde a “se conformar com um debate público e um sistema político que não produzem diferenciações reais, mas tão somente uma guerra política de posições em que ninguém sai de fato do lugar”⁷⁰. Portanto, não se conformar com a naturalização de uma democracia de baixa intensidade e a pemedebização das relações de governo é, a nosso juízo, parte do desafio democrático do tempo presente. Para concretizá-lo, parece-nos que a teoria democrática deverá dar-se conta das limitações intrínsecas que o modelo liberal hegemônico apresenta, especialmente quando confrontado com as necessidades de emancipação social que países de capitalismo periférico como o Brasil demandam.

5. Revoltas e o destino do jogo democrático: junho, ainda

Uma cultura política estruturada em razão dos elementos descritos acima se torna, assim, um condomínio de poder, no qual a chefia e a administração são as únicas variáveis relevantes, já que o sistema como um todo demonstra hostilidade implacável com relação a mudanças. No entanto, uma democracia substancial – que certamente se opõe a uma redução procedural dessa experiência, como o faz o cânone liberal – não é possível sem que sejam efetivadas mudanças que permitam a emancipação cidadã e o acesso aos bens materiais e culturais socialmente produzidos. Além disso, o projeto social-desenvolvimentista cujo marco normativo se expressa na

69 NOBRE, 2013, p. 118.

70 NOBRE, 2013, p. 156.

Constituição Federal de 1988 impõe mudanças à nossa configuração social marcada por desigualdades de todos os graus e espécies⁷¹.

É possível sustentar que o pacto constitucional pós-redemocratização não comporta uma redução pemedebista dos anseios sociais. Uma atmosfera onde as mudanças se deem a conta-gotas não expressa a teleologia constitucional, especialmente se consideramos superada a etapa programática do constitucionalismo moderno⁷². A teoria democrática deve, então, ultrapassar alguns de seus lugares comuns que reiteradamente buscaram prevenir as elites governamentais das demandas sociais. Uma dessas artimanhas discursivas é o tão lembrado risco de “sobrecarga” de demandas. Visto a partir de Norberto Bobbio, o imobilismo pemedebista parece se explicar como uma consequência inexorável da complexidade das sociedades democráticas atuais. Não se trataria de uma cadeia de opções políticas que distanciam cada vez mais as aspirações democráticas da atuação das instituições políticas, mas sim de uma sobrecarga que decorreria da quantidade e rapidez cada vez maiores das demandas sociais, o que acabaria obrigando o sistema político a tomar opções por vezes drásticas. Sabendo que uma opção exclui a outra, para Bobbio estaria explicado o descontentamento⁷³.

Conscientemente ou não, o pensamento do autor, e, por associação, do cânone liberal hegemônico, produz estruturas discursivas aptas a distanciar as elites governantes dos conflitos sociais, pressupondo que dessa forma teríamos um funcionamento satisfatório do sistema democrático⁷⁴.

71 Não há que se guardar ilusões, no entanto: a própria Assembleia Constituinte, gerida pelo chamado “centrão”, resultou em um texto que cristaliza o impasse entre o travamento pemedebista e as forças sociais que demandavam mudanças profundas (NOBRE, 2013, p. 50). Claro que essa constatação não pode significar o descarte das energias mudancistas que deixaram sua marca na Constituição Federal promulgada em 1988; cabe alimentarmos essa fagulha messiânica, em sentido benjaminiano (cf. BENJAMIN, 1987), e organizar as forças de insatisfação no sentido de esgotar o potencial democrático do texto constitucional. Mesmo porque, como aponta Nobre, a Constituição de 1988 ainda é a síntese normativa das energias transformadoras que ganham impulso após o término do período ditatorial (NOBRE, 2013, p. 56). Rejeitá-la em bloco, mormente em tempos de retrocesso de direitos sociais, soa perigoso.

72 Nesse sentido, por todos, cf. BONAVIDES, 2004, p. 225 e ss. (atentando-se, especialmente, à superação da “velha hermenêutica” em prol da normatividade dos princípios constitucionais).

73 BOBBIO, 2015, p. 63.

74 Em Bobbio, há inclusive uma redução binária do problema, onde de um lado está um sistema democrático (que, para funcionar, precisa prevenir-se da sobrecarga) e de outro um sistema supostamente em plenas condições de lidar com a sobrecarga, mas que para isso precisa ser autoritário em certo grau. Nessa linha, seu pensamento parece insistir em que se deveria optar entre pemedebismo ou autoritarismo, já que o autor parece não enxergar um caminho intermediário entre o poder virtualmente ilimitado próprio de Estados autocráticos e a “sobrecarga”.

Por mais que possamos conceder a Bobbio e à democracia liberal o benefício da dúvida, não há como negar que seu pensamento permite ilações que servem para tornar perene a patologia pemedebista. O problema é consideravelmente mais complexo e a margem de soluções possíveis a partir do cânone liberal democrático é bastante estreita.

A democracia, considerada em seu sentido reduzido, não foi capaz de impedir o travamento pemedebista, convivendo com ele há mais de duas décadas. O que sustentamos aqui é que, longe de ser acidental, a articulação entre o pemedebismo e a concepção hegemônica de democracia é, sobretudo, de complementaridade. Historicamente, segundo Santos e Avritzer⁷⁵, as sociedades capitalistas buscaram estabilizar a já referida tensão entre capitalismo e democracia e isso se deu por duas maneiras, quais sejam, a prioridade de acumulação do capital em detrimento da redistribuição social e a limitação da participação cidadã, de modo a não sobrecarregar os sistemas democráticos que, do contrário, precisariam dar conta de satisfazer ou ao menos pôr em pauta as diversas demandas oriundas da pluralidade dos atores sociais. Ou seja, o poder sempre encarou como excessivas as demandas sociais que lhe cobrassem um mínimo de justiça social⁷⁶ para grupos historicamente excluídos. Essa é a essência da sobrecarga, temida pelas elites governantes e nesse cenário a teoria democrática forneceu arsenal argumentativo para blindá-las dos anseios sociais⁷⁷.

Retomando a trilha de Nobre, podemos asseverar que a retórica pemedebista é própria de uma classe política distanciada das aspirações social-desenvolvimentistas que ganharam maior nitidez especialmente após a estabilização da economia com o controle da inflação na década de 1990. Esse paradigma não admite conviver com um grau de desigualdades sociais tão abissais, muito menos com uma cultura de travamento a mudanças

própria da democracia, optando, por conseguinte, a favor do ideal democrático (liberal-procedimental), mesmo que o preço seja a disparidade entre aspirações populares e as respostas do poder público. O autor, no entanto, compreende muito bem o que está em jogo, mesmo quando se trata de um imobilismo pemedebista: "os procedimentos dispostos por um sistema democrático para tomar as decisões coletivas, ou que deveriam dar uma resposta às demandas propostas pela sociedade civil, são de ordem que desaceleram e às vezes esvaziam, através do jogo de vetos cruzados, o próprio *iter* da decisão, à diferença do que ocorre num regime autocrático" (BOBBIO, 2000, p. 93).

75 2002.

76 Por uma útil caracterização da ideia de justiça social e uma fértil problematização de seus limites dentro do enquadramento do Estado-nação, cf. FRASER, 2009.

77 SANTOS; AVRITZER, 2002, pp. 59-60.

inquestionavelmente necessárias. O Brasil estaria diante de um descompasso entre uma cultura institucional pemedebista, regida pela lógica da imposição de vetos que freiam toda tentativa de ruptura com o que está posto e um vetor de descontinuidade representado pelo social-desenvolvimentismo que para se consolidar necessita não só do aprofundamento da democracia como também do enfrentamento frontal das desigualdades⁷⁸.

Não há como, nesse contexto, a democracia aflorar, especialmente se a enxergamos como um sistema capaz de garantir a soberania popular, isto é, como uma cultura cidadã, uma forma de viver ou a capacidade de reinventar uma gramática social notadamente excludente em termos mais inclusivos e emancipatórios⁷⁹. Inobstante isso, na atual conjuntura fomenta-se uma cultura de alienação pelo sufrágio já que o ideal do voto, sua sacralização ritual, termina por obscurecer todas as faces dos conflitos sociais da experiência cotidiana, pois a democracia neste caso se reduz ao dever eleitoral. Estranhamente o exercício dessa obrigação democrática acaba por despolitizar o debate e permitir “a conversão da política em uma única consecução de cotas de poder e das eleições em operações de mercado”⁸⁰.

A concepção democrática liberal hegemônica confere demasiada ênfase à busca de governabilidade e na esteira deste paradigma os verdadeiros protagonistas do jogo democrático são os atores políticos detentores de quotas no interior deste consórcio de poder. Com efeito, instaura-se – e, pior ainda, naturaliza-se – uma assimetria entre o que se deseja de uma democracia (soberania popular) e o que ela permite, legítima e de fato proporciona (arranjos de poder que só buscam se perpetuar). A redução da democracia às regras do jogo para eleger a elite dirigente não se sustenta mais devido à perceptível incapacidade de legitimar o poder. Esta simplificação moderna não nos fornece munição argumentativa capaz de opor resistência à blindagem pemedebista caracterizada pelo sistema de travamento de anseios mudancistas. A única vantagem que a redução da experiência democrática ao cânone hegemônico parece fornecer é meramente analítica⁸¹.

78 NOBRE, 2013, pp. 23-24.

79 Respectivamente, TOURAINE, 1996, p. 157 e ss.; SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 117 e ss.; SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 57.

80 SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 116.

81 Para Bobbio, a associação entre democracia, regras do jogo e liberalismo pode ser útil para destacar estruturas autoritárias e diferenciá-las de um mínimo democrático. Isso porque, se-

Por tudo o que se disse até aqui talvez pareça tentador concluir que a teoria democrática não faz mais do que legitimar uma realidade obscena e que, portanto, não serve a um horizonte emancipatório. Insistiremos apenas neste ponto: a realidade democrática (pemedebista) e o discurso que lhe ampara (cânone liberal hegemônico) se mostram incapazes de refletir a radicalidade dos anseios social-desenvolvimentistas que emanam do corpo social. Nesse particular, a moldura democrática hegemônica converte-se no exercício de uma razão ardilosa, conforme a concebe Ricardo Timm de Souza⁸², ou seja, um tipo peculiar de racionalidade que busca desesperadamente dar provas de razoabilidade e equilíbrio em um contexto violentamente desigual e injusto, onde a própria ideia de equilíbrio nos soa indecente. Mas é possível e desejável um discurso democrático alternativo, em sintonia com a ambição social-desenvolvimentista gravada na ordem constitucional e que serve como grito de ordem das forças populares? Ensaaiaremos uma resposta positiva, mas é fundamental refinar a nossa compreensão do que está em jogo.

Para Nobre⁸³, a ideia de que vivemos em uma normalidade democrática somente é possível nos quadros de uma definição formalista da democracia, bastante difundida nos debates políticos e no senso comum após a redemocratização. Entretanto, adverte, essa noção acaba sendo reducionista. A democracia deve ser vista aqui como uma forma de vida própria de uma cultura pluralista e que toca também as relações interpessoais cotidianas. Estamos diante de uma compreensão ampliada da experiência democrática, portanto, o que nos permite trilhar uma rota alternativa ao cânone hegemônico, possivelmente prevenindo a teoria e a práxis democráticas da armadilha pemedebista. Se estivermos de acordo que a democracia não pode conviver passivamente com um quadro extremo de desigualdades

gundo o autor, "todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos" (BOBBIO, 2000, p. 44). Para Gugliano, não está errado o argumento de que a concepção formal-procedimental própria da democracia liberal traz vantagens no campo analítico, exatamente pela razão fornecida por Bobbio. Mas perde-se de vista que essa concepção é falha quando se trata de avaliar a eficiência da democracia em nível social (GUGLIANO, 2015, pp. 37-38). Conforme o autor, "ao identificar a democracia somente como expressão de determinadas formas de organização política, determinadas correntes da teoria política auxiliaram a ocultar o modo como a democracia efetivamente funciona, privilegiando sua aparência em contraposição a essência do sistema político" (GUGLIANO, 2015, pp. 33-34).

82 2011, pp. 28-29.

83 2013, p. 9.

sociais⁸⁴, então o discurso democrático deve fazer mais do que estipular condições procedimentais que assegurem a transparência das eleições que conferem poder ao corpo dirigente.

Talvez um dos aspectos mais interessantes do argumento de Nobre é que, a partir dele, podemos traçar algumas reservas quanto a certa narrativa que descreve o campo político-institucional contemporâneo como demasiadamente “polarizado”. Diremos que o que está nitidamente polarizada é a sociedade, enquanto que as instituições democráticas, devido à estagnação pemedebista, já não conseguem refletir os polos em disputa. Como dissemos, o pemedebismo pode ser descrito como um grande consórcio de poder formado por forças heteróclitas e alianças improváveis e que se expressa através de vetos e deixa um saldo de imobilismo. Parece claro que nesses termos a política e a democracia são reduzidas a uma abstração. Ao fim e ao cabo, as grandes decisões, os mais relevantes campos de disputa e o debate público passam a caber em gabinetes claustrofóbicos, para os quais é convidada uma seleta nata de privilegiados, a fim de tratarem do destino alheio, de preferência a portas fechadas.

Mas como o arcabouço democrático hegemônico encara esse quadro? Diríamos que com naturalidade e sem maiores espantos. Bobbio, ao professar seu apreço pela Ilustração, não deixa de considerar a publicidade do exercício do poder como condição da saúde democrática. Pensando a partir de Kant, o autor considera que “uma máxima não suscetível de se tornar pública é uma máxima que, caso fosse tornada pública, suscitaria tamanha reação no público que tornaria impossível sua realização”⁸⁵. Em síntese: a publicidade cumpre uma função democrática da maior relevância, qual seja, a de obstar a perpetuação do poder invisível, das tratativas levadas a cabo no interior de gabinetes, dos pactos selados em torno de motivações e objetivos espúrios, que para se perpetuarem necessitam de olhos fechados. Um governo democrático seria “o governo do poder público em público”⁸⁶.

Certamente razão assiste ao autor, mas não devemos perder de vista que sua teoria não é sequer reticente em manifestar uma justificativa para a

84 “Uma democracia que tolera desigualdades pode cumprir os requisitos de legalidade, mas jamais será uma ordem legítima” (NOBRE, 2013, p. 126).

85 BOBBIO, 2015, p. 144.

86 BOBBIO, 2015, p. 134.

formação de potentados oligárquicos, o que vem a ser a estrutura funcional do imobilismo pemedebista, nos parece. Fazendo eco das análises de Joseph Schumpeter, Bobbio parece não considerar a formação do poder oligárquico como um problema democrático, eis que um sistema democrático não seria marcado pela ausência de elites influentes, mas pela presença de muitas elites, concorrendo entre si⁸⁷. Além disso, sustenta o autor, a eliminação do poder oligárquico (assim como do poder invisível, em geral) não teria passado de um devaneio bem-intencionado, estando muito além das possibilidades do regime democrático, no entanto⁸⁸.

Democracias formais de baixa intensidade, como as que o modelo hegemônico liberal aposta suas fichas, falham em desnudar as articulações pemedebistas, daí sua inabilidade para servir a um projeto social-desenvolvimentista de combate às desigualdades. Em verdade, sequer são capazes de reproduzir na esfera pública essas desigualdades, suas demandas e lutas. Conforme Gugliano, o irônico é que “o desgaste do modelo hegemônico de democracia se dá ao mesmo tempo em que ocorre uma novíssima *ressurreição da sociedade civil*”⁸⁹ e cremos não haver equívoco quando constatamos que os acontecimentos de junho de 2013 atestam essa premissa.

Pelo exposto, temos agora condições de compreender o sentido de insurgência democrática que marca as chamadas Revoltas de Junho. Desde já cabe o alerta de que a faceta do descontentamento com as condições da democracia contemporânea certamente não esgota as possibilidades interpretativas que os observadores podem extrair dos eventos em questão. Sem grande esforço, podemos desde já distinguir leituras globalizantes (tais como a de Boaventura de Sousa Santos e de Manuel Castells⁹⁰) e in-

87 BOBBIO, 2015, pp. 48-49. A bem da verdade, no entanto, o autor não desconsidera por completo que dessa “concorrência” entre os atores do jogo político possa decorrer um quadro de travamento ao invés de composições transparentes que permitam avançar em direção ao sonho social-desenvolvimentista, como comprova o trecho seguinte: “mais que difuso, o poder numa sociedade democrática também é fragmentado e de difícil recomposição. As consequências negativas dessa fragmentação do poder com respeito ao problema da governabilidade são logo reveladas: a fragmentação cria concorrência entre poderes e termina por criar um conflito entre os próprios sujeitos que deveriam resolver os conflitos, uma espécie de conflito à segunda potência. Enquanto o conflito social é dentro de certos limites fisiológico, o conflito entre poderes é patológico e termina por tornar patológica, exasperando-a, também a normal conflitualidade social” (BOBBIO, 2000, p. 95).

88 BOBBIO, 2015, p. 59.

89 GUGLIANO, 2015, p. 50. (grifo do autor).

90 Respectivamente, SANTOS, 2015; CASTELLS, 2013.

terpretações mais localizadas, afetas às especificidades dos acontecimentos de junho de 2013 (tais como a de Ruy Braga, Leonardo Avritzer, Vladimir Safatle, André Singer⁹¹). Há também leituras mais simplistas, muito populares em circuitos midiáticos, que buscam atribuir às Jornadas a origem da ascensão de discursos de ódio por parte da extrema direita. Com exceção das últimas, consideramos que todas as demais possuem razão, em graus variados, não se excluindo reciprocamente. Além disso, é preciso não esquecer que o próprio significado político das manifestações sofreu mutações substanciais nos anos que sucederam, chegando a ser, em grande medida, capturado por forças conservadoras, conforme aponta Celi Jardim Pinto⁹². Por tudo isso, enfocaremos aqui *um* – e apenas *um* – dos seus sentidos múltiplos⁹³, cientes de que um evento dessa natureza admite explicações fractais, deixando claro que a abordagem utilizada não pretende ser empírica, mas exclusivamente bibliográfica, intuindo discutir os significados que orbitam as Jornadas de Junho de 2013. Outra vez mais, as hipóteses desenvolvidas por Marcos Nobre comprovam sua utilidade.

Como dito anteriormente, parece-nos que a polarização de ideias, concepções e sentimentos nessa quadra da história pertence muito mais à sociedade e seus atores do que à classe política, especialmente no contexto pemedebista. Dessa forma, não nos parece exagerado afirmar que está sendo gestada uma práxis democrática renovada, que talvez se ressinta de não encontrar facilmente uma plataforma institucional que lhe permita desenvolver-se nos quadros da democracia liberal em direção à promessa social-desenvolvimentista oriunda da Constituição da República.

Creemos que a hipótese explicativa que Nobre apresenta para compreender as Jornadas de Junho caminha nessa toada: se o ambiente institucional se encontra “pemedebizado”, forças mudancistas oriundas de setores bastante díspares da sociedade civil passaram a manifestar seu descontentamento com estruturas político-institucionais que ditam o ritmo

91 Respectivamente, BRAGA, 2015; AVRITZER, 2016; SAFATLE, 2016; SINGER, 2013.

92 PINTO, 2017.

93 Por um excelente inventário de leituras acerca das manifestações de junho, remetemos o leitor à coletânea *Cidades Rebeldes: Passe Livre e as Manifestações que Tomaram as Ruas do Brasil*. Em seu texto introdutório, Raquel Rolnik já atentava para o fato de que a variedade de reivindicações conjugadas nas revoltas de junho deu azo a uma “guerra de interpretações” acerca de seu significado político. Para a autora as manifestações fizeram emergir inúmeros paradoxos, contradições e questões públicas controversas, mas acima de tudo a utopia mudancista (ROLNIK, 2013, p. 8).

dos avanços sem qualquer transparência. Não por acaso o catalizador das revoltas foi um aumento – considerado por muitos insignificante – nos preços do transporte coletivo. Refletindo acerca disso, Nobre considera que “em uma democracia viva, as fronteiras do que é ‘o possível’ estão constantemente em questão, deixam de ser óbvias e naturais”⁹⁴, de modo que os anseios sociais de aprofundamento do social-desenvolvimentismo não podem ser contidos por respostas burocráticas, tais como a apresentação de planilhas de custo, projeções e tabelas de cálculo. É preciso olhar para além da superfície, encarar o fato de que o que estava em jogo era menos o aumento em si do que o funcionamento estrutural da máquina pública. Quem na ocasião buscou reduzir as revoltas a uma espécie de descontentamento pequeno-burguês com um acréscimo de vinte centavos à tarifa de transporte coletivo lamentavelmente perdeu de vista o fato de que o que estava em jogo era o modelo democrático liberal hegemônico e a patologia pemedebista.

O contraponto das mudanças sociais ocorridas nos últimos anos é a naturalização da ideologia pemedebista de modo a se incutir no imaginário social a fatalidade dessa cultura política conservadora. Segundo Nobre⁹⁵, é como se essa cultura política dissesse que a indignação pela desatenção aos anseios mudancistas é desde sempre inócua, pois o ritmo das mudanças necessariamente precisa passar pelo corredor de vetos do travamento pemedebista. Não há saída possível. *É assim*. Em face dessa normalização, no entanto, as Revoltas de Junho denunciavam as insuficiências do discurso da democracia de baixa intensidade e a crise de representatividade, constringendo o pemedebismo que se acreditava inatacável, talvez justamente por se crer democrático quando nunca passou de um embuste conservador. De fato, a teoria democrática hegemônica não consegue opor críticas radicais à articulação pemedebista, como ficou claro.

Além disso, a análise de Nobre revela utilidade por outro aspecto: o autor problematiza também a tática de ocupação pela esquerda do condomínio pemedebista, levada a cabo a partir dos governos de Lula da Silva. Conforme o autor, as Revoltas de Junho puseram termo a um importante pilar da configuração “lulista” do pemedebismo: uma convicção, por parte da classe política, de que melhoras significativas das condições de vida da

94 NOBRE, 2013, p. 142.

95 NOBRE, 2013, pp. 149-150.

população se traduziriam automaticamente em apoio político dos governados⁹⁶. O argumento é que os inegáveis avanços em termos de direitos sociais tiveram em contrapartida a naturalização da configuração pemedebista e as manifestações poderiam ser lidas a partir dessa chave:

Quando se pensa democracia em sentido amplo, como forma de vida, avanços sociais, especialmente contra as desigualdades, são também avanços democráticos. Mas isso não torna aceitável barganhar menos desigualdade pela aceitação de uma cultura política democrática de baixo teor democrático. As duas coisas têm de vir juntas. Se se abstrai de um desses aspectos, o que se perde é a própria possibilidade de crítica e de transformação, de diagnóstico e de ação⁹⁷.

Talvez uma fragilidade que pode ser atribuída à tese de Nobre está no fato de que o autor aposta suas fichas em uma explicação excessivamente nacional para as manifestações, quase chegando a desconsiderar – não por completo, ao menos – o seu caráter global na atualidade. De fato, Nobre não admite com facilidade a transcendência do fenômeno pemedebista para além das fronteiras da formação histórica brasileira, o que parece nos remeter a uma zona interpretativa demasiadamente marcada pela peculiaridade da correlação de forças que distingue o cenário nacional (não por acaso os cinco elementos que caracterizam o pemedebismo⁹⁸, segundo o autor, seriam um produto da conjuntura nacional, apenas), quando é fácil notar que as revoltas e suas motivações compartilham um núcleo

96 NOBRE, 2013, p. 145.

97 NOBRE, 2013, pp. 148-149.

98 Em Nobre, o pemedebismo parece estar como uma cultura política sem paralelo, ainda que o autor admita que sua manifestação casa perfeitamente com a atmosfera neoliberal que irá atingir o mundo nas últimas décadas. No entanto, buscando refinar o conceito, Nobre elenca cinco elementos fundamentais que em princípio constituem uma particularidade da cultura política brasileira: (1) o chamado “governismo”, ou seja, a presença constante no governo, seja ele qual for e de que partido for, (2) a necessidade de supermaiorias legislativas que se manifestam em enormes blocos parlamentares de apoio ao governo para que se garanta a “governabilidade”, (3) um sistema hierarquizado de vetos e contorno de vetos, (4) barreiras à entrada de novos membros nesse condomínio de poder de modo a preservar e ampliar o espaço conquistado pelos membros já incluídos e (5) a tentativa de bloqueio das pretensões de oponentes já nos bastidores, ou seja, evitando-se a todo custo o debate público de ideias, exceto em determinadas polarizações artificiais destinadas a render mais espaço no governo ou dividendos eleitorais e não necessariamente mudanças relevantes (NOBRE, 2013, pp. 13-14).

comum de insurgência, precisamente a democracia liberal hegemônica⁹⁹. Certamente, nesse particular a hipótese de Nobre merece ser temperada, admitindo-se haver nós de conexão entre as Revoltas de Junho de 2013 e eventos semelhantes em outros países, o que aqui apenas pontuamos, já que explorar essa via extrapolaria as dimensões deste estudo.

Ainda assim, a hipótese que agrega as Jornadas de Junho ao descontentamento social com o imobilismo pemedebista ostenta o mérito de associar organicamente elementos aparentemente díspares, como a busca do aprofundamento democrático, a insatisfação com as injustiças sociais e até mesmo um difuso sentimento “antissistema”, que talvez tenha sido a chave da guinada conservadora que a narrativa das revoltas sofreu posteriormente (especialmente pela hipertrofia da crítica da “corrupção”, que se comportou como um significante flutuante, no sentido laclausiano, como aponta Celi Jardim Pinto¹⁰⁰). Portanto, consideramos que unir a crítica ao pemedebismo nos moldes em que Nobre a apresenta ao contexto maior de um descontentamento global com a democracia liberal hegemônica não é leviano. Evidência disso está na eloquência de certos gritos de protesto, tais como a que dá título a este ensaio. Para Nobre¹⁰¹, a frase tão repetida nas manifestações de junho de 2013 não é um *slogan* vazio:

Ao gritar e escrever “Não me representa”, quem se manifesta não quer apenas que o sistema político mude seu modo de funcionar: pretende mudar o jeito como a representação política é entendida. Não quer apenas votar periodicamente e guardar apenas a esperança de ser devidamente representado pelas instituições formais. Pretende encontrar novos caminhos de participar da política, tanto institucional quanto cotidiana. [...] Não se trata de abolir as formas de representação existentes, simplesmente, mas de mudar seu sentido, de criar mecanismos que convivam com elas e que mudem seu modo de funcionamento, de retraçar as fronteiras entre a sociedade e suas instituições formais.

99 SANTOS, 2015, pp. 19-20.

100 A autora divide a trajetória discursiva das manifestações em três momentos: 2013 (as Jornadas de Junho propriamente ditas), 2014 (as manifestações contra a Copa do Mundo de Futebol) e 2015 (as manifestações pelo impeachment de Dilma Rousseff), sendo que o desvio conservador só foi possível devido ao fato de que a corrupção, enquanto significante, esteve presente já em 2013 e foi habilmente trabalhada pelos setores conservadores que buscaram hegemonizar o significado das revoltas (cf. PINTO, 2017).

101 NOBRE, 2013, p. 143.

Entre nós, portanto, a crise do modelo democrático hegemônico guarda paralelo com a crise da formatação pemedebista que a democracia brasileira adquire após a queda do regime militar. A cultura democrática que se expressa nas Jornadas de Junho de 2013 aponta suas baterias a essa articulação, em que pese o risco de cooptações e recaídas conservadoras esteja sempre presente e não possa ser ignorado. A renovação da teoria democrática, no entanto, viria a calhar, já que os desgastes do cânone teórico liberal se tornam mais evidentes a cada dia que passa. Não é tarefa fácil, já que a rejeição completa das conquistas da democracia liberal simplesmente não é viável, especialmente em um contexto de avanço significativo de discursos autoritários. Entretanto, a posição defensiva que teme retrocessos e por isso se enclausura em movimentos laterais tem sido privilegiada pela lógica pemedebista e pela democracia liberal como um todo. De nossa parte, consideramos que depois de Junho, isso não é mais uma opção.

6. Conclusão

Concluimos, portanto, que a crise da concepção liberal hegemônica de democracia, calcada na democracia representativa é incontestável. Malgrado esse paradigma tenha obtido sucesso em tornar-se um modelo a ser replicado por circunstâncias próprias do século XX (dentre as quais se destaca a polarização gerada pela Guerra Fria), hoje sua erosão se dá, em grande medida, por insuficiências inscritas em sua própria gênese, em especial o *deficit* de participação popular que o modelo pressupõe. Ficou claro que a crise da concepção hegemônica está associada à redução de seu raio de projeção à pura análise formal dos regimes democráticos (as “regras do jogo”, de que nos fala Norberto Bobbio), negligenciando o conteúdo dos governos. Nesse cenário, o funcionamento das instituições democráticas acaba obtendo configurações específicas, sendo que a noção de pemedebismo, na esteira da hipótese de Marcos Nobre, ajuda a compreender os aspectos mais peculiares da crise democrática representativa brasileira. Por fim, fica claro que as Revoltas de Junho de 2013 representam um vetor de hostilidade e essa articulação, demonstrando a insatisfação popular com uma acomodação política que obsta as forças de mudança e o aprofundamento do projeto social-desenvolvimentista constitucional.

Referências

- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp. 9-23.
- AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BAUMER, Franklin. *O pensamento europeu moderno, v. I – Séculos XVII e XVIII*. Lisboa: Edições 70, 1977.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, pp. 222-232.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 13. ed. São Paulo: Paz & Terra, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRAGA, Ruy. *A pulsão plebeia: trabalho, precariado e rebeliões sociais*. São Paulo: Alameda, 2015.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- COTTA, Maurizio. Representação política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política, v. II*. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 1101-1107.
- DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In: MATO, Daniel (Org.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004, pp. 95-110.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, pp. 11-39, 2009.
- FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. Nova Iorque: The Free Press, 1992.
- GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Teoria política, democracia e participação. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo, LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante (Orgs.). *Direito e justiça social: a construção jurídica dos direitos de cidadania*. Rio Grande: Editora da FURG, 2015, pp. 27-55.

- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.
- LACLAU, Ernesto. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios, 2015.
- LÊNIN, Vladímir Ilitch. *Democracia e luta de classes*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- MARQUES, Luciana Rosa. Democracia radical e democracia participativa: contribuições teóricas à análise da democracia na educação. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 29, n. 102, pp. 55-78, jan./abr. 2008.
- MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, v. II. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 686-705.
- NOBRE, Marcos. *Imobilismo em movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- PINTO, Celi Regina Jardim. A trajetória discursiva das manifestações de rua no Brasil (2013-2015). *Lua Nova*, São Paulo, n. 100, pp. 119-153, 2017.
- ROLNIK, Raquel. A voz das ruas: as Revoltas de Junho e suas interpretações. In: ROLNIK, Raquel et al. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo/Carta Maior, 2013, pp. 7-12.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2013.
- SADER, Emir. Para outras democracias. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 649-678.
- SAFATLE, Vladimir. *Quando as ruas queimam: manifesto pela emergência*. São Paulo: N-1 Edições, 2016.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Las revueltas mundiales de indignación; su significado para la teoría y para la práctica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Revueltas de indignación y otras conversas*. La Paz: OXFAM; CIDES-UMSA; Ministerio de Autonomías, 2015, pp. 17-36.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SOUSA, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar*

- a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 39-82.
- SINGER, André. *Os sentidos do lulismo: reforma gradual e pacto conservador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- SINGER, André. Brasil, junho de 2013: classes e ideologias cruzadas. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 97, pp. 23-40, nov. 2013.
- TEIXEIRA, Sandra Oliveira. Que democracia? Soberania popular ou soberania do mercado? In: BOSCHETTI, Ivanete; BEHRING, Elaine Rosseti; SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; MIOTO, Regina Célia Tamaso (Orgs.). *Capitalismo em crise, política social e direitos*. São Paulo: Cortez, 2010, pp. 131-151.
- TIMM DE SOUZA, Ricardo. O nervo exposto: por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: D'ÁVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, pp. 25-32.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

Recebido em 04 de junho de 2019.

Aprovado em 29 de maio de 2020.

RESUMO: O texto tem como objeto o esgotamento da concepção liberal acerca da democracia e para tanto volta sua atenção aos eventos ocorridos em junho de 2013, quando uma série de expressivas manifestações trouxe à superfície a crise dessa narrativa democrática, sendo este o problema de pesquisa abordado. Como hipótese, argumenta-se que as Jornadas de Junho, inobstante à pluralidade de reivindicações e interpretações que lhes acompanham, expressam a insatisfação social com uma democracia de cunho meramente procedimental e representativo que não consegue mais dar conta da pluralidade de interesses sociais, resultando em uma cultura política conservadora e que abre mão da confrontação e do debate público em nome de uma governabilidade baseada na hostilidade à voz das ruas. A abordagem faz uso do método hipotético-dedutivo com procedimento de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: democracia liberal, crise de representatividade, Jornadas de Junho.

ABSTRACT: The subject here is the exhaustion of the liberal conception of democracy. In order to tackle that, one takes into account the events occurred in June 2013 in Brazil, when a series of expressive public demonstrations revealed the crisis of this democratic narrative. This crisis is, precisely, the research problem of this article. Tentatively, as a hypothesis, one argues that these June Journeys (how the demonstrations became known as), despite the plurality of their demands and possible interpretations, served to express a social dissatisfaction with a merely procedural and representative democracy that fails to take the plurality of social interests into account, resulting in a conservative political culture that shies away from public debate in the name of a governability based on a hostility to the public voices. In order to conduct this analysis, one uses the hypothetic-deductive method while centering on bibliographical sources.

Keywords: liberal democracy, crisis of representation, June Journeys.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: DEVOS, Byran Alves; WALKER, Mark Pickersgill; PORCIÚNCULA, Pierri Araújo. “Não me representa”: um olhar sobre junho de 2013 e a crise da concepção democrática hegemônica. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1307>

A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional e o deslocamento forçado do Povo Rohingya: o caso Myanmar v. Bangladesh do TPI

The universal jurisdiction of the International Criminal Court and the forced displacement of the Rohingya People: TPI's Myanmar v. Bangladesh case

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro*
Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

1. Introdução

A necessidade de ressignificação dos elementos caracterizadores dos crimes contra a humanidade, para a incidência da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional (TPI), motivou o presente estudo a respeito do deslocamento forçado do Povo Rohingya, que migra de Myanmar para Bangladesh, vitimizado pelos crimes praticados em seu Estado de origem.

Nesse contexto, o objetivo geral do artigo é analisar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional para processar os crimes contra a humanidade praticados, originariamente, no território de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma de 1998. Por sua vez, o objetivo específico do trabalho é estudar a incidência da jurisdição da Corte no caso do Povo Rohingya, notadamente na hipótese em que um Estado não é parte do Estatuto do

*Pós-Doutoranda em Direito pela Nova School of Law – Lisboa; Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Pesquisa em nível de Pós-Doutorado em Direito Internacional e Comparado concluída pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia; Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: crmloureiro@gmail.com. Orcid: 0000-0002-0471-5711.

Tribunal (Myanmar), em relação à prática de atos ilícitos que provocam desdobramentos no território de um Estado que é parte do Estatuto (Bangladesh), de acordo com o Parecer da Procuradora do Tribunal Penal Internacional, bem como da decisão da Câmara de Pré-Julgamento III, exarados no contexto do mesmo caso.

Para alcançar os objetivos geral e específico, o trabalho será conduzido pelo método dedutivo, partindo da premissa de que existem crimes de interesse da humanidade que ensejam a incidência da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional, até mesmo diante de uma situação em que um dos Estados envolvidos não seja parte do Estatuto de Roma.

Os procedimentos adotados para o desenvolvimento das ideias apresentadas no trabalho são a análise doutrinária, jurisprudencial e documental, em especial o Parecer da Procuradora do TPI no caso do Povo Rohingya e a decisão da Câmara de Pré-Julgamento III, do mesmo Tribunal, que autorizou o início das investigações.

Inicialmente, o artigo fará uma breve introdução a respeito da constituição do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma de 1998, bem como da regulamentação do instituto jurídico da jurisdição, além de abordar os princípios elementares que norteiam a atuação do Tribunal em apreço.

O trabalho apresentará a ideia de que os crimes praticados pelo Estado de Myanmar contra o Povo Rohingya configuram atos anti-imigração, que devem ser analisados sob a perspectiva interseccional pelo Tribunal Penal Internacional, instituição permanente, com sede em Haia e dotada de personalidade jurídica internacional¹, que visa a responsabilização penal individual² pela prática de crimes contra a humanidade.

O estudo apresenta uma problematização relevante em relação ao instituto jurídico da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional, uma vez que referido instituto se aplica se os crimes forem cometidos por um nacional de um Estado-parte³, se forem praticados no território de um

1 CARDOSO, 2012.

2 ICC, *s.d.*

3 Cf. Artigo 12 (2) do Estatuto de Roma. Ver também o Artigo 5º do Estatuto de Roma: “1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão. 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes

Estado que aceitou a jurisdição da Corte, e se houver remessa dos casos à Procuradoria do Tribunal Penal Internacional, pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU)⁴.

Na última hipótese, importante acrescentar que, se o Conselho de Segurança da ONU não remeter ao Tribunal os fatos no prazo de até 6 (seis) meses após a notificação, a investigação poderá ser iniciada pela Procuradoria do Tribunal ou mediante requerimento de um Estado-parte.

Além disso, a jurisdição do TPI poderá ser exercida dentro do contexto da complementaridade dos sistemas nacionais criminais, se o Estado não iniciar os processos ou se não quiser ou não estiver preparado para tal mister.

Após as noções preliminares sobre o Tribunal Penal Internacional e sobre o Estatuto de Roma, o trabalho discorrerá a respeito do instituto jurídico da jurisdição e de alguns princípios relativos ao Tribunal em estudo.

2. A jurisdição universal do TPI e os princípios balizadores do Estatuto de Roma de 1998

A consecução da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional está intrinsecamente ligada a determinados princípios⁵ balizadores do Estatuto de Roma de 1998, tais como o princípio da territorialidade, o da coope-

da Carta das Nações Unidas” (BRASIL, 2002). Ainda, sob o aspecto estrutural, o Tribunal é composto por três órgãos: a Assembleia dos Estados Partes, o Tribunal Penal Internacional e o Fundo das Vítimas. A Assembleia Geral se reúne para tomar as decisões mais importantes para o Tribunal como eleição de juízes, eleição do procurador e para aprovação do orçamento da Corte, dentre outras hipóteses. O Tribunal, por sua vez, se subdivide em Presidência, a Divisão Judicial, Órgão de Condução de Investigações Preliminares e dos Processos e o Registro. A Presidência conduz as relações externas com os Estados e demais situações relacionadas ao trabalho da Corte. A Divisão Judicial é composta por 18 juízes divididos em três funções: pré-julgamento, julgamento e apelação. Por sua vez, o órgão de condução das investigações preliminares conduz as investigações e os processos. Por fim, o Registro realiza atividades não judiciais, tais como promover a segurança, a interpretação e o suporte aos advogados de defesa e das vítimas, além de outras funções estabelecidas no Estatuto de Roma (MENEZES, 2013, p. 219).

4 SALMÓN, 2011.

5 BROWNLIE, 2008, pp. 4-19. Ver também: Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito” (BRASIL, 1945).

ração e o da complementaridade, que serão desenvolvidos nesse capítulo, no contexto do exercício da jurisdição universal.

A jurisdição universal⁶ tem a natureza jurídica de um princípio que requer que os Estados realizem procedimentos criminais em relação a determinados atos, independentemente do local onde o crime ocorreu e da nacionalidade do perpetrador ou da vítima, o que representa uma forma de derrogação das regras ordinárias de jurisdição criminal.

A assertiva está fundada na ideia de que certos crimes são tão prejudiciais aos interesses internacionais que os Estados estão autorizados e obrigados a desencadear o processo relativo aos crimes internacionais em face de seus perpetradores⁷, que não podem se valer de escusas, diante da prática de atos que dizem respeito a comunidade internacional e que adentraram no contexto das normas de natureza *jus cogens*⁸.

Historicamente, o instituto jurídico da jurisdição remonta a Grotius e ao crime de pirataria, mas tornou-se mais evidente após a instituição dos Tribunais Militares Internacionais e com a adoção de novas convenções contendo explícita ou implicitamente cláusulas de jurisdição universal, a exemplo da Convenção de Genebra de 1949⁹.

6 A propósito do conceito de jurisdição internacional, interessante destacar a contribuição doutrinária que define a jurisdição internacional como: “a capacidade atributiva (poder) exercida por um Tribunal Internacional constituído a partir de um tratado, decorrente da vontade soberana dos Estados, no sentido de resolver os conflitos à medida que a ele sejam apresentados, em lugar daqueles que no conflito estão envolvidos, mediante a aplicação de uma solução contida no sistema jurídico normativo baseado na própria concepção do Direito Internacional, fontes, princípios e, principalmente, a vontade definidora e delimitadora dos estados componentes da sociedade internacional.” (MENEZES, 2013, p. 331).

7 ICC, *s.d.*

8 Sobre o conceito de *jus cogens*, conferir: “*In international law, the term “jus cogens” (literally, “compelling law”) refers to norms that command peremptory authority, superseding conflicting treaties and custom. The influential Restatement on Foreign Relations of the United States (Restatement) defines jus cogens to include, at a minimum, the prohibitions against genocide; slavery or slave trade; murder or disappearance of individuals; torture or other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment; prolonged arbitrary detention; systematic racial discrimination; and “the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force.” Jus cogens norms are considered peremptory in the sense that they are mandatory, do not admit derogation, and can be modified only by general international norms of equivalent authority*” (CRIDDLE, 2009, p. 331).

9 A Convenção de Genebra de 1949 regula a jurisdição universal em seus artigos 49, 50, 129 e 146. Outros documentos internacionais também contêm a previsão da jurisdição universal, tais como a Convenção de Haia de 1954 sobre Proteção da Propriedade Cultural em Conflitos Armados; a Convenção contra a Tortura de 1984 e a Convenção Internacional para a Proteção de Pessoas contra Desaparecimento Forçado de 2006.

Além disso, a jurisdição universal foi reconhecida pela jurisprudência internacional nos casos Eichmann (1961), Demanjuk (1985), Pinochet (1999) e Butare Four (2001) ao enfatizar a tese de que a jurisdição universal deveria incidir nos casos que dizem respeito a crimes internacionais e que os Estados deveriam processar crimes que causassem danos à comunidade internacional¹⁰.

Embora haja um *hard core* do direito internacional dos direitos humanos no sentido de efetivar a jurisdição universal, sua implementação exige um grau específico de jurisdição universal como uma definição clara a respeito de seus elementos constitutivos e de mecanismos nacionais que obriguem os Estados a exercer a jurisdição sobre os crimes internacionais, devido à prerrogativa dos Estados de processar referidos crimes, mesmo que não haja conexão entre o crime praticado e o Estado que o processa, em razão da jurisdição universal¹¹.

Nesse contexto, é importante destacar a relação entre a jurisdição universal e o princípio da territorialidade¹² que, de acordo com artigo 12 (2)

10 A propósito dos casos, consultar: District court of Jerusalem, Israel. Attorney General v. Adolf Eichmann (ISRAEL, 1961); Supreme Court of Israel. State of Israel v. Ivan Demjanjuk (ISRAEL, 1993); House of Lords, Great Britain (UK). Pina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet (REINO UNIDO, 1998); International Criminal Tribunal for Rwanda, Tanzania. The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al. (TANZÂNIA, 2011). Sobre a Convenção de Genebra de 1949, importa destacar que: regula a jurisdição universal em seus artigos 49, 50, 129 e 146. Outros documentos internacionais também contêm a previsão da jurisdição universal, tais como a Convenção de Haia de 1954 sobre Proteção da Propriedade Cultural em Conflitos Armados; a Convenção contra a Tortura de 1984 e a Convenção Internacional para a Proteção de Pessoas contra Desaparecimento Forçado de 2006.

11 Nesse sentido, “*In this way, it appears that as early as 1927 it was clearly explained that, while states enjoy a wide margin of discretion in the endorsement of rules of prescriptive jurisdiction, which in effect brought conduct committed abroad within the reach of their judicial machinery, their discretion is circumscribed by rules of international law, rather than rules of national law. This ‘modernised’ model of territoriality appears to have reformulated the basic issue of criminal jurisdiction along the following lines; “...although the territorial principle is not absolute, an exercise of extraterritorial jurisdiction requires a justifying principle, whether nationality; the requirements of security; the universality principle as in piracy jure gentium; or finally that interpretation of territoriality which has become known as the objective territorial principle [...]”.* The instances, at which the extension of the jurisdiction of a state beyond its borders infringed upon the rights of other subjects of international law and violated rules of international law were to be regulated on a case by case basis.⁷⁵ The practical solution in cases of conflict was to be found in the exclusive character of enforcement jurisdiction enjoyed by the territorial state.⁷⁶ Accordingly, no matter what the particular legal basis invoked by a state may be, the actual foundation of criminal jurisdiction, in practice, was the presence or custody of the accused in the state’s territory, or in a place assimilated to it” (VAGIAS, 2011, p. 30).

12 Sobre o princípio da territorialidade, conferir: “*There are four’ different theories of criminal jurisdiction, namely: (1) territorial, (2) Roman, (3) injured forum, and (4) cosmopolitan. The territorial*

do Estatuto de Roma de 1998, conforma o parâmetro territorial do exercício da jurisdição da Corte, que autoriza um Estado a exercer sua autoridade judicial sobre seus nacionais e dentro de seu território, salvo as exceções autorizadas por lei¹³.

Nesse sentido, a acepção tradicional do princípio da territorialidade adota a posição de que a jurisdição criminal depende do lugar da prática do crime¹⁴, ou seja, o território do Estado onde o crime foi cometido tem jurisdição sobre a ofensa, o que está em consonância com o princípio da soberania estatal¹⁵.

Entretanto, a racionalidade da jurisdição universal se concentra na necessidade de se evitar a impunidade e de se prevenir a prática de crimes internacionais graves¹⁶, o que torna os Estados aptos a processar e punir os crimes que afetam a sociedade internacional¹⁷, como os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, com a edição de leis e adoção de políticas públicas para a criação de mecanismos processuais, no sentido de consolidar o exercício da jurisdição universal pelos Estados, em seus ordenamentos jurídicos domésticos¹⁸.

theory takes the position that criminal jurisdiction depends upon the place of perpetration. That is, the nation on whose territory the crime was committed has jurisdiction of the offense. It is a logical outgrowth of the conception of law enforcement as a means of keeping the peace. The perpetrator, rather than the place of perpetration, is the determinant under the Roman theory. A nation, in this view, has jurisdiction over its national wherever he may be and hence can hold him accountable for his criminal misdeed wherever committed. It is a logical outgrowth of the conception of law enforcement as a means of disciplining members of the tribe or clan. While sometimes referred to as the "personal" theory, the traditional label is "Roman" because this was the position of the Roman law which held the Roman citizen accountable to it wherever he might be" (PERKINS, 1971, p. 1155).

13 VAGIAS, 2012, pp. 43-64.

14 PERKINS, 1971, pp.1155-1172.

15 Sobre a soberania estatal, Labuda esclarece que: "As a result, the ICC's jurisdictional and institutional setup straddles a fine line between post-Westphalian universalism, in which individual criminal responsibility takes centre stage, and traditional conceptions of sovereignty, in which the international legal order protects the prerogatives of the state" (LABUDA, 2014, p. 308).

16 PROULX, 2003, pp. 1009-1089.

17 Sobre o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, conferir trecho do documento da Procuradora do Tribunal Penal Internacional: "(...)32. Commentators agree that States can exercise jurisdiction in relation to crimes that occurred only in part on their territory,60 including based on "subjective territoriality" (when crimes were commenced on a State's territory, but completed in another) and "objective territoriality" (when crimes were completed on a State's territory, but commenced in another).61 What is important in both scenarios is States' legitimate interest in conduct which occurs partially on their territory, resulting in their exercise of jurisdiction" (ICC, 2018, p. 15).

18 PROULX, 2003, pp. 1009-1089.

Assim, é salutar destacar que os princípios da jurisdição universal e da complementaridade¹⁹ estão entrelaçados, pois o princípio da primazia da jurisdição nacional foi delineado dentro do contexto do princípio da complementaridade, a fim de possibilitar que os Estados exerçam sua jurisdição nacional, no sentido de punir os crimes internacionais e os crimes contra a humanidade²⁰.

Pode-se afirmar, portanto, que a jurisdição universal, sob determinado aspecto, é antagônica à jurisdição nacional e a transcende, uma vez que os Estados exercem a jurisdição universal como sub-rogados da comunidade internacional²¹, valendo-se da ação popular contra pessoas que causaram mal à sociedade internacional.

Por essa razão, verifica-se a conexão entre a jurisdição universal com outro princípio previsto no Estatuto de Roma de 1998, o da cooperação, que informa que todo Estado deve exercer com primazia a jurisdição universal, em face de crimes que afetam os interesses da sociedade internacional e da humanidade, investigando e processando crimes contra a humanidade em seus ordenamentos domésticos, em cooperação com a sociedade internacional.

Nesse contexto, a jurisdição universal fundamenta uma posição universalista que reconhece valores inderrogáveis e interesses internacionais aceitos e compartilhados pela comunidade internacional como obrigatórios e que, portanto, transcendem a singularidade dos interesses nacionais, repousando na tese do direito cosmopolita, que tem como fundamento principal a concretização das normas de direito internacional dos direitos humanos²².

Além disso, certos interesses comuns e compartilhados pela comunidade internacional requerem mecanismos de implementação que transcendem os interesses peculiares da soberania nacional. Nesse contexto, o Estado que exerce o direito de punir universalmente um crime cometido

19 Artigo 1º do Estatuto de Roma de 1998: “É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto” (BRASIL, 2002).

20 POGGE, 1992, pp. 48-75.

21 BASSIOUNI, 2001-2002, pp. 81-162.

22 POGGE, 1992, pp. 48-75.

por um indivíduo, em outro país, exerce a jurisdição universal, não agindo de acordo com os interesses da soberania estatal, mas de acordo com os interesses da humanidade²³.

Por isso, a jurisdição universal não se confunde com as teorias da jurisdição criminal da territorialidade e da extraterritorialidade, uma vez que comporta os crimes que pertencem ao âmbito das normas internacionais *jus cogens*, o que pode ser explicado pelas remessas de casos feitas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas ao Tribunal Penal Internacional²⁴.

O princípio da jurisdição universal ainda se relaciona com o princípio da “competência da competência”, pois permite que um Tribunal determine a extensão de sua própria jurisdição e decida como exercerá referida competência, aspecto que foi ressaltado no caso do Povo Rohingya, relativo aos Estados de Myanmar e Bangladesh, conforme parecer da Procuradora do TPI, que será estudado no próximo capítulo.

3. A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional no Caso do Povo Rohingya

A jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional, nos termos acima estudados, pode ser aplicada ao caso do Povo Rohingya no qual a Procuradora do Tribunal buscou estabelecer uma regra do exercício da jurisdição da Corte para os crimes contra a humanidade praticados na região, tais como assassinatos; deportação forçada; genocídio; tortura, ofensas sexuais²⁵ dentre outros, o que desencadeou o deslocamento forçado de

23 HABERMAS, 2012.

24 Sobre os crimes contra a humanidade, a CorteIDH ainda ressaltou que: “A obrigação de colocar em prática e fazer funcionar o sistema de justiça em casos de violações de direitos humanos recai, fundamentalmente, no Estado onde ocorrem. No que concerne aos crimes contra a humanidade, a citada obrigação não se altera, pois a responsabilidade de prestar contas à sociedade sobre essas condutas também é primordialmente do Estado responsável. Não obstante, atendendo à natureza e à gravidade dos crimes contra a humanidade, essa obrigação transcende o território do Estado onde ocorreram os fatos, por se tratar de “atos desumanos que, por sua extensão e gravidade, vão além dos limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. [O]s crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque, quando o indivíduo é agredido, se ataca e se nega a humanidade toda” (CORTEIDH, 2018, parágrafo 295).

25 A propósito dos crimes contra a humanidade praticados por Myanmar contra o Povo Rohingya, importante destacar a situação das mulheres, estupradas e grávidas, excluídas pela comunidade e rejeitadas pelos maridos, em função do aspecto religioso, o que demonstra que

mais de 670.000 Rohingyas, desde agosto de 2017, de Myanmar para Bangladesh²⁶.

O caso do Povo Rohingya despertou a preocupação da sociedade internacional, descrito pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos²⁷ como exemplo de limpeza étnica, como genocídio, uma vez que o Povo Rohingya, apátrida em Myanmar²⁸, tem sido vítima de violência institucionalizada e de deslocamento forçado²⁹.

A relação do caso do Povo Rohingya com a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional se concentra no fato de Myanmar não ser parte do Estatuto de Roma e, portanto, na problemática de como o Tribunal exerceria a jurisdição universal no caso em apreço, se o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas não decidir remetê-lo ao Tribunal.

a discriminação de gênero é uma arma de guerra poderosa para a consecução do genocídio (ISTOÉ, 2016). Ainda no contexto da tipificação do estupro como crime de genocídio, relevante destacar que o estupro pode ser considerado em sua acepção individual e coletiva e, nesse caso, sua caracterização destina-se a proteção de determinado grupo. Referida concepção teve a contribuição do precedente do caso Akayesu (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), em que, pela primeira vez, um tribunal internacional formulou uma definição de estupro. Entretanto, a análise complexa da caracterização do estupro como crime de genocídio foge ao escopo do objeto central desse trabalho, ficando o importante registro da problemática (VITO; GIIL; SHORT, 2009).

26 “Who are the Rohingya? Described as the world’s most persecuted people, 1.1 million Rohingya people live in Myanmar. They live predominately in Rakhine state, where they have co-existed uneasily alongside Buddhists for decades. Rohingya people say they are descendants of Muslims, perhaps Persian and Arab traders, who came to Myanmar generations ago. Unlike the Buddhist community, they speak a language similar to the Bengali dialect of Chittagong in Bangladesh. The Rohingya are reviled by many in Myanmar as illegal immigrants and they suffer from systematic discrimination. The Myanmar government treats them as stateless people, denying them citizenship. Stringent restrictions have been placed on Rohingya people’s freedom of movement, access to medical assistance, education and other basic services” (RATCLIFFE, 2017).

27 OHCHR, 2018.

28 A respeito da situação do Povo Rohingya, cumpre ressaltar: “The Rohingya have suffered decades of severe discrimination by the Myanmar authorities. The vast majority of Rohingya in Rakhine State do not have citizenship. The UN Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar (‘UN FFM’) has described the lack of legal status of the Rohingya as the “cornerstone” of a system of severe and institutionalised oppression affecting the Rohingya. For decades the Rohingya have been subjected to large-scale and severe violations of fundamental human rights. Allegedly, they have also been subjected to periodic waves of violence (including in 1978, 1991- 1992, 2012) at the hands of the Myanmar authorities. The Prosecution’s request is mainly concerned with the two most recent waves of violence” (ICC, 2019, p. 3).

29 “The Rohingya self-identify as a distinct ethnic group with their own language and culture, and claim a long-standing connection to Rakhine State. Successive Myanmar Governments have rejected these claims. Instead the Rohingya are widely regarded as ‘illegal immigrants’ from neighbouring Bangladesh, and are often referred to as ‘Bengalis’. Even use of the term ‘Rohingya’ is contested” (ICC, 2019b, pp. 6-7).

Para corroborar a tese de que o Tribunal Penal Internacional pode exercer a jurisdição universal no caso do Povo Rohingya, aplica-se a ideia de que, embora a prática dos atos coercitivos de deportação tenha ocorrido no território de um Estado que não é parte no Estatuto de Roma, pelo menos um elemento essencial para a caracterização do crime ultrapassou a fronteira nacional³⁰ e gerou efeitos no território de um outro país, Bangladesh, que é parte do Estatuto de Roma de 1988.

Por isso, a Procuradoria do Tribunal considerou que a Corte pode exercer a sua jurisdição sobre o caso de acordo com o artigo 12 (2) do Estatuto de Roma de 1998³¹, uma vez que a conduta ocorreu no território de um Estado que não é parte do Estatuto, mas gerou consequências no território de um Estado que ratificou referido documento internacional³².

E, de acordo com o entendimento da Procuradoria do Tribunal, a incidência do dispositivo em apreço requer que apenas um elemento do crime de deportação forçada tenha ocorrido no território de um Estado Parte³³.

Logo, quando uma pessoa é deportada para o território de um país, o elemento legal para a tipificação do crime fica caracterizado. Assim, no momento em que a pessoa atravessa a fronteira e entra no território do país de destino e, nesse caso, se esse país é um Estado Parte, a Corte pode exercer sua jurisdição de acordo com a incidência do artigo 12 (2) do Estatuto de Roma.

A tese da Procuradoria do Tribunal é decorrente da amplitude da jurisdição universal do Tribunal, bem como do princípio da “competência da competência”, uma vez que o Tribunal afirmou, no caso, que há a possibi-

30 JESSUP, 1965.

31 “2. *Consistent and credible public reports reviewed by the Prosecution indicate that since August 2017 more than 670,000 Rohingya, lawfully present in Myanmar, have been intentionally deported across the international border into Bangladesh. The UN High Commissioner for Human Rights has described the Rohingya crisis as “a textbook example of ethnic cleansing”,1 and according to the UN Special Envoy for human rights in Myanmar, it potentially bears the “hallmarks of a genocide”.2 The coercive acts relevant to the deportations occurred on the territory of a State which is not a party to the Rome Statute (Myanmar). However, the Prosecution considers that the Court may nonetheless exercise jurisdiction under article 12(2)(a) of the Statute because an essential legal element of the crime – crossing an international border – occurred on the territory of a State which is a party to the Rome Statute (Bangladesh)” (ICC, s.d., p. 3).*

32 Artigo 12 (2) do Estatuto de Roma: “2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º” (BRASIL, 2002).

33 Artigo 12 (2) do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002).

lidade de os crimes serem abrangidos pela jurisdição do Tribunal, autorizando o início das investigações, o que também lhe confere a prerrogativa de decidir como exercerá a sua competência³⁴.

Nesse contexto, afirma-se que o Tribunal pode exercer a sua jurisdição no caso Rohingya, mesmo Myanmar não sendo parte do Estatuto de Roma, pois a transposição da fronteira de Myanmar para Bangladesh fundamenta a aplicação da jurisdição universal do Tribunal e possibilita o julgamento dos conflitos relativos ao povo Rohingya, o que faz com que os propósitos da Corte alcancem a punição dos crimes contra a humanidade.

O caso também se refere ao princípio da territorialidade, aplicável ao contexto do Tribunal Penal Internacional, em dois sentidos: o da territorialidade objetiva e o da territorialidade subjetiva. No primeiro caso, a jurisdição do Tribunal pode ser exercida no território onde os efeitos dos atos praticados foram verificados e, no segundo, o princípio da territorialidade pode ser compreendido no sentido de que a jurisdição do Tribunal se aplica no território onde as ações foram praticadas³⁵.

Assim, pela aplicação da teoria da territorialidade objetiva, o Tribunal pode exercer a sua jurisdição sobre o caso do Povo Rohingya, mesmo que os atos tenham sido praticados no território de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma, uma vez que os efeitos foram suportados no território de um Estado-Parte, entendimento que já ficou consagrado no Caso Lotus, julgado pela Corte Internacional de Justiça³⁶.

A aplicação da teoria da territorialidade objetiva também encontra respaldo na ideia de que a palavra *conduct*, expressa no artigo 12 (2) do Estatuto de Roma, significa crime, o que inclui ações e efeitos.

Por isso, a Câmara de pré-julgamento do Tribunal Penal Internacional, de acordo com requerimento feito pela Procuradoria decidiu, por maioria, que a Corte pode exercer sua jurisdição sobre os atos de deportação dos Rohingya de Myanmar, Estado que não é parte no Estatuto de Roma, para Bangladesh que é parte do Estatuto, tendo a Procuradoria do TPI anunciado a abertura de investigação preliminar sobre o caso³⁷.

34 A decisão da Câmara de Pré-Julgamento, que autorizou o início das investigações, está disponível em: ICC, 2019a.

35 CURFMANN, 2018.

36 CIJ, 1927.

37 “On 14 November 2019, Pre-Trial Chamber III of the International Criminal Court (“ICC” or the “Court”) authorised the Prosecutor to proceed with an investigation for the alleged crimes within the

Além de estar sob investigação no TPI, o caso de deportação forçada do Povo Rohingya, de Myanmar para Bangladesh, teve um importante desdobramento da Corte Internacional de Justiça, com a ação de Gâmbia contra Myanmar, pela prática do crime de genocídio, e sua apreciação por este Tribunal Internacional pode representar um precedente importante para a consolidação do significado e da amplitude dos interesses da humanidade³⁸.

No que concerne aos interesses da humanidade, no contexto da Convenção do Genocídio de 1948, importante esclarecer que a razão de ser do documento internacional não é a defesa dos interesses particulares dos Estados, mas sim os interesses comuns da humanidade, para alcançar os propósitos da Convenção e para endossar os princípios elementares de moralidade³⁹.

Assim, a análise da situação do Povo Rohingya pelo Tribunal Penal Internacional e pela Corte Internacional de Justiça representará uma importante mudança de paradigma no que concerne aos crimes contra a humanidade e para a consolidação da amplitude do conceito de interesses da humanidade⁴⁰.

Além disso, o precedente do caso do Povo Rohingya gera consequências jurídicas relevantes para a consolidação do regime jurídico decorrente do microsistema jurídico internacional destinado a punição e ao combate aos crimes contra a humanidade, conforme será analisado a seguir.

ICC's jurisdiction in the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar ("the situation in Bangladesh/Myanmar"). (...) Pre-Chamber III authorised the commencement of the investigation in relation to any crime, including any future crime, as long as: a) it is within the jurisdiction of the Court, b) it is allegedly committed at least in part on the territory of Bangladesh, or on the territory of any other State Party or State accepting the ICC jurisdiction, c) it is sufficiently linked to the situation as described in the present decision, and d) it was allegedly committed on or after the date of entry into force of the Rome Statute for Bangladesh or other relevant State Party." (ICC, 2019a).

38 A respeito do caso, consultar: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>; <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>; <https://www.icj-cij.org/en/case/178>; <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-PRE-01-00-EN.pdf>.

39 A propósito: "was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention" (ICJ, 1951, p. 23).

40 A propósito do conceito de interesses da comunidade, insta salientar que pode ser compreendido como o "consensus according to which respect for certain fundamental values is not to be left to the free disposition of States individually or inter se but is recognized and sanctioned by international law as a matter of concern to all States" (KAUL; CHAITIDOU, 2011, p. 975). A respeito do tema, consultar também: BESSON, 2018, pp. 35-49.

4. Do regime jurídico decorrente do Caso Myanmar v. Bangladesh. Análise do parecer da Procuradoria e da decisão da Câmara de Pré-Julgamento III do TPI

O Parecer da Procuradora do TPI e a decisão da Câmara de Pré-Julgamento III, a respeito do caso do Povo Rohingya, consignaram um regime jurídico relevante para a consolidação da justiça de transição, para possibilitar a resignificação dos requisitos para a caracterização dos crimes contra a humanidade, para a mudança de paradigma da soberania nacional para a soberania universal, no contexto do direito cosmopolita e para a consideração da vulnerabilidade dos migrantes sob a perspectiva interseccional, no sentido de consolidar os atos anti-imigração como crimes contra a humanidade.

No que diz respeito à justiça de transição, interessante destacar que o Tribunal Penal Internacional vem sofrendo críticas a respeito de sua atuação, sendo apontado como um tribunal imperialista e colonialista, em especial pela quantidade de investigações e de processos em face de indivíduos provenientes de países do continente africano, o que deu ensejo à tentativa de denúncia do Estatuto de Roma de 1998 por parte de alguns países, dentre eles, a África do Sul.

Por isso, a necessidade de realização da justiça de transição pode ser apontada como o maior desafio do Tribunal Penal Internacional, que se expressa pela necessidade de implantação de períodos de ruptura para propiciar a escolha por uma narrativa que tem o objetivo de reconhecer o significado social dos conflitos passados, para reconstruir o presente e os efeitos futuros, contestando narrativas históricas na era da globalização⁴¹.

Assim, o Tribunal Penal Internacional é a resposta da sociedade internacional para a expansão e normalização da justiça e da jurisprudência de transição entre um passado de exclusão e de desrespeito aos direitos humanos para a era da responsabilização criminal individual, no âmbito da sociedade internacional globalizada.

Nesse contexto, a fragmentação adjudicatória do exercício da jurisdição pelos Estados com a implantação da jurisdição universal, com a realização da justiça de transição e com a atuação do Tribunal Penal Internacional, reflete a importância do direito humanitário para a formação da *opinio juris* de que os Estados estão obrigados a respeitar os direitos humanos,

41 TEITEL, 2003.

ideia que se extrai de um costume internacional, que perfaz o *jus cogens* do direito internacional dos direitos humanos.

O Tribunal também tem como objetivo a consolidação da justiça internacional obrigatória, uma vez que os tribunais internacionais devem ter como compromisso o *jus necessarium* em detrimento do voluntarismo estatal, o que decorre dos ditames do direito cosmopolita⁴².

Nesse sentido, interessante destacar a necessidade de o TPI propiciar uma releitura do conceito e da amplitude dos crimes contra a humanidade⁴³, ofensas odiosas, que constituem sério ataque ao core da dignidade humana, consequência de generalizada e sistemática prática de atrocidades decorrentes de política governamental ou tolerada pelos governos ou autoridades⁴⁴, vedada por norma *jus cogens*, com a finalidade de expandir seus pressupostos para a consideração dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade.

Como órgão jurisdicional internacional que investiga e processa os crimes considerados mais graves pela comunidade internacional, com fundamento no princípio da universalidade, que suplanta a ideia do princípio da territorialidade⁴⁵, o Tribunal Penal Internacional tem o dever de pro-

42 CANÇADO TRINDADE, 2009.

43 A noção de crimes contra a humanidade foi desenvolvida pela primeira vez em 1915, por ocasião do genocídio dos Armênios pelo Império Otomano. Após a I Guerra Mundial, ficou estabelecido no relatório da Conferência de Versalhes que fosse criado um tribunal penal internacional com jurisdição sobre as ofensas contra as leis da humanidade. A discussão em torno da noção de crimes contra a humanidade tem-se desenvolvido desde 1907 e o Estatuto do Tribunal de Nuremberg definiu em seu artigo 6.c como crimes dessa natureza, 'os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio, a deportação e outros'. Mais recentemente, outros estatutos voltaram a contemplar o crime contra a humanidade, como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (1993) e o Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda (1994). O Estatuto de Roma, de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional, definiu em seu art. 7º como sendo crimes contra a humanidade, aqueles cometidos num quadro de ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, destacando-se: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, [...]; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) O crime do Apartheid; k) Outros crimes desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou mental (CARDOSO, 2012).

44 CASSESE, 2008, pp. 98-101.

45 Os crimes contra a humanidade devem atender a requisitos objetivos e subjetivos. Como elementos objetivos, tem-se o ataque generalizado e sistemático contra a população civil e,

piciar a releitura dos requisitos para a caracterização dos crimes contra a humanidade, sendo possível afirmar que um costume internacional ou uma norma *soft law* pode criar precedentes para a caracterização dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade, pois há uma necessidade de desenvolvimento de uma noção contemporânea de crimes contra a humanidade⁴⁶.

Nesse sentido, é possível constatar, a partir da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, que ao artigo 7º foram incorporados crimes contra a humanidade assentados pela jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, a exemplo do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia nos casos *Stakic* e *Kupreskic*⁴⁷, em que referido tribunal definiu outros atos desumanos como uma categoria residual de crimes contra a humanidade.

Além disso, no caso *Akayesu*, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda considerou a nudez forçada como ato desumano, o que demonstra a importância da jurisprudência para a interpretação e para a evolução do direito internacional, em especial para a ressignificação dos crimes contra a humanidade.

Assim como no caso *Eichman*⁴⁸, em que a jurisdição de um tribunal foi baseada em um costume internacional, a grande corrupção e o ecocídio, a título de exemplo, também por força de um costume internacional, podem ser, eventualmente, considerados atos desumanos e, portanto, crimes contra a humanidade, em decorrência do entendimento da sociedade internacional de que tais atos se inserem no contexto dos *core crimes*, o que dá ensejo à consideração dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade⁴⁹.

Referido raciocínio decorre da ideia de que a proibição de se praticar crimes contra a humanidade é uma emergência global, baseada em norma *jus cogens*, que não pode ser afastada pela vontade dos Estados e pela soberania estatal, o que impõe a necessidade de se conjugar os crimes previstos no artigo 7 (1) com os elementos adicionais (2) e (3) do mesmo dispositivo

como elemento subjetivo, a intenção de causar determinado resultado (CASSESE, 2008, pp. 109; 114-116).

46 PROULX, 2003, pp. 1009-1089.

47 O caso está disponível em: TANZÂNIA, 2001; ICT, 2002; ICT, 2007.

48 O caso está disponível em: ISRAEL, 1961.

49 DOUKELLIS, 2015.

legal do Estatuto de Roma de 1998, para que sejam aplicáveis aos crimes contra a humanidade de modo a concretizar a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional.

Além da necessidade de se revisitar o conceito e a amplitude dos crimes contra a humanidade, o caso do Povo Rohingya também revela a importância da mudança de paradigma⁵⁰ do princípio da soberania estatal para a soberania universal, consolidando a solidariedade cosmopolita, o princípio da cooperação transnacional entre os Estados e a aceitação da descentralização vertical do exercício da soberania para a concretização da justiça global.

É nesse sentido que se apresentam os pensamentos de Ulrich Beck e Anthony Giddens, que consideram a globalização como um processo através do qual a soberania nacional dos Estados se transforma em transnacionalidade, uma vez que as relações entre os Estados ultrapassam as fronteiras, o que se dá de forma complexa, gerando consequências em diversos aspectos na sociedade internacional, inclusive no direito, em especial nos direitos humanos⁵¹.

A relação entre globalização e a transnacionalidade das relações jurídicas é decorrente da sociedade de risco, que substituiu a sociedade industrial, na medida em que a atividade humana, conjugada com o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, já não pode mais controlar os riscos, o que acentuou a dicotomia entre países centrais e países periféricos, em que há a distinção entre aqueles que tomam as decisões e aqueles que suportam os riscos das decisões⁵², de modo que a produção dos riscos se expande para um horizonte global onde as fronteiras e os limites se tornam frágeis e porosos.

Assim, o risco global gera a necessidade de se criar um direito cosmopolita fundado no reconhecimento do outro, de modo que os interesses dos membros vulneráveis da Terra devem ser tratados com prioridade, de acordo com o direito humano universal da inviolabilidade da dignidade humana, no contexto da solidariedade cosmopolita e da abertura dos Es-

50 KUHN, 2013.

51 JESSUP, 1965; BECK, 2002; GIDDENS, 2000.

52 É nesse sentido que Herrera Flores afirma que “a falta de visão global do fenômeno migratório e da realidade da multiplicidade de formas de vida faz a migração ser considerada como simples necessidade de mão-de-obra e não como fenômeno causado pelas injustiças da globalização neoliberal selvagem, o que vem aprofundando o abismo entre os Países ricos e os Países pobres” (2002, p. 11).

tados aos direitos humanos, consequência da intrínseca relação com a tese da hospitalidade Kantiana⁵³.

Desse modo, os riscos globais desencadeiam a política cosmopolita e acarretam a necessidade de se promover a justiça global, como uma forma de empoderar as sociedades nacionais e os Estados, revelando novas fontes de legitimação e de ações em redes transnacionais, vislumbrando-se a cooperação cosmopolita como o centro da nova política e governança globais⁵⁴.

Nesse sentido, para Thomas Pogge, o cosmopolitismo legal está fundado numa ordem global em que todos são cidadãos de uma república universal, com direitos e deveres equivalentes. Por sua vez, o cosmopolitismo moral implica necessariamente o respeito mútuo, na medida em que todos têm uma estatura global com uma unidade moral com princípios fundamentais de justiça⁵⁵.

O direito cosmopolita⁵⁶, portanto, se refere a regras que reconhecem *standards* legais para todos igualmente, sem abolir o aspecto nacional, mas que gera efeitos além das fronteiras dos Estados, conformando o contrato social cosmopolita nas obrigações de cidadania, para a cooperação social, possibilitando que as pessoas exerçam seus direitos fundamentais em qualquer lugar do mundo.

Logo, o direito internacional dos direitos humanos é o fundamento do direito cosmopolita⁵⁷, representado por um complexo de leis que não

53 KANT, 2008.

54 HABERMAS, 2012.

55 POGGE, 1992, pp. 48-75.

56 ROSAS, 1995.

57 Sobre o significado de mundo cosmopolita, vale destacar: “The word ‘cosmopolitan’, which derives from the Greek word *kosmopolitēs* (‘citizen of the world’), has been used to describe a wide variety of important views in moral and socio-political philosophy. The nebulous core shared by all cosmopolitan views is the idea that all human beings, regardless of their political affiliation, are (or can and should be) citizens in a single community. Different versions of cosmopolitanism envision this community in different ways, some focusing on political institutions, others on moral norms or relationships, and still others focusing on shared markets or forms of cultural expression. In most versions of cosmopolitanism, the universal community of world citizens functions as a positive ideal to be cultivated, but a few versions exist in which it serves primarily as a ground for denying the existence of special obligations to local forms of political organizations. Versions of cosmopolitanism also vary depending on the notion of citizenship they employ, including whether they use the notion of ‘world citizenship’ literally or metaphorically. The philosophical interest in cosmopolitanism lies in its challenge to commonly recognized attachments to fellow-citizens, the local state, parochially shared cultures, and the like” (KLEINGELD; BROWN, 2014).

são nem constitucionais, nem internacionais, mas sim cosmopolitas, sendo aplicado como o direito comum da boa governança⁵⁸.

Assim, pode-se afirmar que, ao se manifestar pela incidência da jurisdição do TPI ao caso do Povo Rohingya, mesmo diante da constatação de que Myanmar não é parte do Estatuto de Roma, o Tribunal propõe uma mudança de paradigma e de narrativa no sentido de consolidar o entendimento de que os atos anti-imigração são crimes contra a humanidade, que devem ser analisados de maneira interseccional.

Nesse sentido, o caso do Povo Rohingya deve criar um precedente para além da condenação dos responsáveis pelo crime de genocídio, de deportação forçada, de tortura, individualmente considerados, e reconhecer a prática dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade, em perspectiva interseccional, no contexto da releitura dos crimes contra a humanidade.

Além disso, a adoção da perspectiva interseccional⁵⁹ para o reconhecimento dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade deve levar em consideração a vulnerabilidade dos migrantes, que pode ser entendida como uma condição de falta de poder, com base na premissa de que são inerentemente vulneráveis como sujeitos de direitos humanos desde o momento em que deixam suas casas, ao iniciar a migração, até chegar ao seu destino, portanto, durante todo o percurso migratório⁶⁰.

A contribuição da perspectiva interseccional para o direito dos migrantes representa uma estratégia importante para o alcance da igualdade por este grupo vulnerável, funcionando como uma ferramenta para uma análise contextualizada, o que, no caso dos migrantes, significa reconhecer que o conjunto de suas vulnerabilidades e o problema da discriminação devem ser analisados de forma contextualizada, e não de maneira uni-

58 Martha Nussbaum entende o cosmopolitismo como a comunidade moral feita pela humanidade de todos os seres humanos. Para a autora, todas as pessoas devem exercitar suas capacidades em qualquer lugar do mundo, pois onde quer que a pessoa esteja, estará associada à comunidade mundial, que tem o poder de coagir as pessoas à observância das leis universais (NUSSBAUM, 1999, pp. 13-29).

59 O tema da interseccionalidade foi desenvolvido pela Prof^a Kimberlé Crenshaw, para quem interseccionalidade é: “uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento” (CRENSHAW, 2002, pp. 171-263).

60 BUSTAMANTE, 2010.

dimensional, para possibilitar o reconhecimento e a reparação plena dos direitos desrespeitados, além de criar a mentalidade intergeracional de respeito aos direitos humanos.

Assim, a vulnerabilidade dos migrantes às violações dos direitos humanos resulta de múltiplas e interseccionais formas de discriminação⁶¹, desigualdade e dinâmicas sociais que geram desiguais níveis de poder e de exercício de direitos e a análise interseccional envolve a compreensão de diversos graus e fundamentos de discriminação que interagem uns com os outros produzindo experiências específicas de discriminação.

Logo, os múltiplos atos anti-imigração como a devolução, a deportação, a colocação de imigrantes em campos de refugiados, o impedimento ao acesso ao devido processo legal, dentre outros atos, analisados de forma interseccional⁶², demandam uma resposta transicional do Tribunal Penal Internacional, para fazer frente à demanda da mobilidade humana, no sentido de provocar a ruptura da narrativa dos atos anti-imigração com a finalidade de consolidar a cidadania universal dos migrantes.

Assim, a discriminação interseccional⁶³ combina a prática de diversos atos que têm início no país de origem dos migrantes, os acompanham por

61 MAKKONEM, 2002.

62 Crenshaw citada por Makkonem, esclarece que: “*speaking of the intersectioning of “race” and gender, has noted that ‘neither the gender aspects of racial discrimination nor the racial aspects of gender discrimination are fully comprehended within human rights discourses’*. By this she means that the specificity of the experiences of minority and immigrant women have been excluded both when discussing gender discrimination and when discussing racial discrimination. This analysis could be extended to any subgroup facing intersectional discrimination. This exclusion follows mainly from the fact, that simplification and generalization is needed in order to render various complex real-life phenomena (such as discrimination) more understandable and manageable. However, these processes of simplification and generalization serve only to recognize typical manifestations of that particular phenomenon, meaning that the experiences of a subgroup are not included into the cluster of typical experiences of the group as a whole” (MAKKONEM, 2002).

63 Nesse contexto, salutar a seguinte ideia a respeito da discriminação interseccional: “*Intersectional discrimination, in its wider meaning, can result from any combination of these various types of discrimination. If, for instance, halal food is not available for elderly Muslims in a public institution for the care of the elderly in a non-Muslim country, we can see that there is direct discrimination, which may be intentional or unintentional, on the basis of religion, and also what we might call structural discrimination on the basis of age, because the society has not seen to it that people adhering to different religious beliefs are equally treated in public institutions for the elderly. The elderly in such a situation, while treated equally before the law, are not granted the equal protection of the laws*” (MAKKONEM, 2002, p. 14). Ainda, na lição de Crenshaw: “*Intersectional discrimination is particularly difficult to identify in contexts where economic, cultural or social forces quietly shape the background in a manner that places women in a position where they are then impacted by some other system of subordination. This structural backdrop is often rendered invisible because it is so common or widespread that it appears to simply constitute a natural – or at least unchangeable - fact of life. The effect is that only the most immediate aspect of discrimination is noticed, while the background structures remain obscured*” (CRENSHAW, 2000).

todo o movimento migratório e se perpetuam no país de destino, o que demanda a análise interseccional dos atos anti-imigração.

Desse modo, o Tribunal Penal Internacional, ao analisar os crimes contra a humanidade praticados contra os migrantes, tem o dever de buscar as origens e os fundamentos da prática dos atos anti-imigração, a fim de contribuir com a transição da exclusão para a jurisdição cosmopolita, como consequência do direito cosmopolita, a fim de realizar plenamente os direitos humanos dos migrantes.

5. Conclusão

A pesquisa realizada conclui pela aplicação da jurisdição universal do TPI no sentido de consolidar a justiça global e os interesses da humanidade, para a punição e prevenção dos crimes contra a humanidade, através de mecanismos de implementação que transcendem os interesses peculiares dos Estados e a proteção da soberania nacional.

A incidência da jurisdição universal do TPI tem especial relevância no caso do Povo Rohingya, por envolver a prática de crimes contra a humanidade que tiveram início no território de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma, Myanmar, o que acarretou consequências transnacionais, por terem operado efeitos no território de um Estado que ratificou referido diploma legal, ou seja, Bangladesh.

Nesse sentido o TPI, após o Parecer da Procuradoria que expressou a possibilidade de incidência da jurisdição do TPI no caso, com fundamento no artigo 12 (2) do Estatuto de Roma, autorizou, por decisão da Câmara de Pré-Julgamento III, o início das investigações dos possíveis crimes contra a humanidade praticados contra o Povo Rohingya, caso não remetido ao Tribunal pelo Conselho de Segurança da ONU.

No que concerne ao caso em apreço, a postura do TPI expressa uma relevante contribuição à consolidação do conceito e da amplitude de interesses da humanidade, como valores fundamentais, que não estão sujeitos à livre manifestação da vontade dos Estados, mas que devem ser reconhecidos e sancionados pelo Direito Internacional como objeto de interesse de todos os Estados.

Com isso, o Tribunal inaugura a construção de um importante regime jurídico no sentido de consolidar a justiça de transição entre o passado de impunidade e de desrespeito aos direitos humanos para o presente, com a

necessidade de consolidação da justiça intergeracional para a proteção dos migrantes como grupo vulnerável.

Por isso, salutar a releitura e a ressignificação do conceito e da amplitude dos crimes contra a humanidade, para a consideração dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade, como crimes que ofendem os valores fundamentais compartilhados pela comunidade universal, em perspectiva interseccional, para abranger, de forma multidimensional os atos ilícitos previstos no Estatuto de Roma como crimes contra a humanidade.

Assim, o regime jurídico decorrente dos documentos analisados na pesquisa contribui para a consecução da justiça global, decorrente da globalização dos riscos e da transnacionalidade presentes no caso, no sentido de consolidar o direito cosmopolita, que tem como valor fundamental a proteção e o respeito aos direitos humanos na ordem global.

Referências

- BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002.
- BECK, Ulrich. *What is globalization?* Trad. Patrick Camiller. Cambridge: Polity Press, 2002.
- BESSON, Samantha. Community Interests in International Law: Whose Interests Are They and How Should We Best Identify Them? In: BENVENISTI, Eyal; NOLTE, Georg (ed.). *Community Interests Across International Law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/159157428.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Brasília, DF: Presidência da República, 22 out. 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Brasília, DF: Presidência da República, 25 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7ª ed. Newyork: Oxford University Press, 2008.

- BUSTAMANTE, Jorge A. Extreme vulnerability of migrants: the cases of the United Nations and Mexico. *Georgetown Immigration Law Journal*, Washington, v. 24, p. 565-583, 2010. Disponível em: http://scholarship.law.georgetown.edu/imbr_2010/5. Acesso em: 25 ago. 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Jus cogens – the determination and the gradual expansion of its material content. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 9, p. 29-44, dez. 2009. Disponível em: <http://milas.x10host.com/ojs/index.php/ibdh/article/view/130>. Acesso em: 30 ago. 2019.
- CARDOSO, Elio. Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: Funag, 2012. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/986Tribunal_Penal_Internacional_CONCEITOS.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil*. Sentença de 15 de março de 2018. Corte IDH, [S.I.], 15 mar. 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.
- CRENSHAW, Kimberle. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 01, pp. 171-263, 2002. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020.
- CRIDDLE, Evan. A fiduciary theory of jus cogens. *Yale Journal of International Law*, Connecticut, vol. 34, n. 2, pp. 331-387, 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1360&context=yjil>. Acesso em 27 dez. 2020.
- CURFMAN, Geoff. *ICC jurisdiction and the Rohingya Crisis in Myanmar*. Just Security, Nova Iorque, 09 jan. 2018. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/50793/icc-jurisdiction-rohingya-crisis-myanmar/>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- DOUKELLIS, Nikolaos. Fighting Grand Corruption: A Criticism of the ‘Crime Against Humanity’ Approach & A Feasible Solution, s.l., nº 18, pp. 1-30, dec. 2015. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2779609>.
- GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how globalization is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Trad. Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

- HERRERA FLORES, Joaquim. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. *Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, vol.23, n. 44, pp. 9-30, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1489>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- ICC. International Criminal Court. *How de Court Works*. ICC, Haia, [s.d.]. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works>. Acesso em: 5 jun. 2019.
- ICC. International Criminal Court. *ICC judges authorise opening of an investigation into the situation in Bangladesh/Myanmar*. ICC, Haia, 14 nov. 2019a. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1495>. Acesso em: 5 jun. 2019
- ICC. International Criminal Court. *Prosecution's request for a ruling on jurisdiction under article 19 (3) of the Statute*. ICC, Haia, 9 abr. 2018. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02057.PDF. Acesso em: 25 jun. 2019.
- ICC. International Criminal Court. *Situation in the people's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar*. ICC, Haia, 14 nov. 2019b. Disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06955. PDF. Acesso em: 20 dez. 2020.
- ICC. International Criminal Court. *The ICC at a glance*. ICC, Haia, [s.d.]. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/Publications/ICCAAtAGlanceENG.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- ICJ. International Court of Justice. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951*. ICJ, Haia, 28 maio 1951. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/12>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- ICTY. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *"Lašva Valley" (IT-95-16) Kupreskić et al.* [S.I.], 9 de abril de 2002. Disponível em: <https://www.icty.org/case/kupreskic/>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- ICTY. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *"Prijeđor" (IT-97-24) Milomir Stakić.* [S.I.], 12 de janeiro de 2007. Disponível em: <https://www.icty.org/case/stakic/>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- ISRAEL. District Court of Jerusalem. *Attorney General v. Adolf Eichmann*. Criminal Case No. 40/61. Relator Judge Moshe Landau, Jerusalém, 11 de dezembro de 1961. Disponível em: <http://www.international-crimesdatabase.org/Case/192/Eichmann/>. Acesso em: 08 maio 2019.

- ISRAEL. Supreme Court of Israel. *State of Israel v. Ivan Demjanjuk*. Case No. 347/88. Relator Justice Meir Shamgar, Jerusalém, 29 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/case/191/demjanjuk/>. Acesso em 08 maio 2019.
- ISTOÉ. 'Nos estupraram, um a um', conta mulher rohingya que fugiu de Mianmar. *ISTOÉ*, [S.l.], 25 nov. 2016. Disponível em: <https://istoe.com.br/nos-estupraram-um-a-um-Conta-mulher-rohingya-que-fugiu-de-mianmar/>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.
- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Trad. Artur Mourão. Coleção textos clássicos de filosofia. Covilhã: Universidade de Beira Interior, 2008.
- KAUL, Hans-Peter; CHAITIDOU, Eleni. Balancing individual and community interests: reflections on the International Criminal Court. In: FASTENRATH, Ulrich; GEIGER, Rudolf; KHAN, Daniel-Erasmus; PAULUS, Andreas; SCHORLEMER, Sabine von; VEDDER, Christoph (ed.). *From bilateralism to community interest*. Essays in honour of Judge Bruno Simma. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 975-1003. Disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/56470c/pdf/>. Acesso em: 26 dez. 2020.
- KLEINGELD, Pauline; BROWN, Eric. Cosmopolitanism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2014 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), 2002. Disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/cosmopolitanism/>. Acesso em: 05 ago. 2019.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LABUDA, Patrik. The international criminal court and perceptions of sovereignty, colonialism and pan-african solidarity. *African Yearbook of International Law*, [S.l.], vol. 20, pp. 289-321, 2013-2014. Disponível em: https://www.academia.edu/25770509/The_International_Criminal_Court_and_Perceptions_of_Sovereignty_Neo_Colonialism_and_Pan_Africanism. Acesso em: 22 dez. 2020.
- MAKKONEM, Timo. *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*. Institute for human rights. Abo Akademi University, Turku, April 2002. Disponível em <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

- MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais*. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NUSSBAUM, Martha. *Los límites del patriotism*. Barcelona: Editorial Paídos, 1999.
- PERKINS, Rollin M. The territorial principle in criminal law. *Hastings Law Journal*, São Francisco, vol. 22, n. 5/2, pp. 1155-1172, 1971. Disponível em https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2186&context=hastings_law_journal. Acesso em 27 dez. 2020.
- POGGE, Thomas. Cosmopolitanism and Sovereignty. *Ethics*, Chicago, vol. 103, n. 1, pp. 48-75, Oct. 1992. University of Chicago Press Stable. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2381495>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- PROULX, V. J. Rethinking the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Post-September 11th Era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity? *American University International Law Review*, Washington, vol. 19, n. 5, pp. 1009-1089, 2003. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1175&context=auilr>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- RATCLIFFE, Rebecca. Who are the Rohingya and what is happening in Myanmar? *The Guardian*, [S.I.], 6 set. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2017/sep/06/who-are-the-rohingya-and-what-is-happening-in-myanmar>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- REINO UNIDO. House of Lords. *Pegina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet*. Londres, 25 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.internationalcrimes-database.org/Case/855/Pinochet/>. Acesso em: 08 maio 2019.
- ROSAS, Allan. State Sovereignty and Human Rights: towards a global constitutional Project. *Political Studies*, [S.I.], XLIII, p. 61-78, 1995. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1995.tb01736.x>. SALMÓN, E. El crimen de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad. *Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 2011. Disponível em: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/el_crimen_de_agresion_despues_de_kampala.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.
- TANZÂNIA. International Criminal Tribunal for Rwanda (Appeals Cham-

- ber). *The Prosecutor v. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*. ICTR-96-4-A. Relator Claude Jord, [S.I.], 1 de junho de 2001. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/50/Akayesu/>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- TANZÂNIA. International Criminal Tribunal for Rwanda. *The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al.* ICTR-98-42-T. Relator Judge William H. Sekule, [S.I.], 24 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/853/Nyiramasuhuko-et-al/>. Acesso em: 08 maio 2019.
- TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, vol. 16, pp. 69-94. 2003. Disponível em <http://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,697310,en.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- OHCHR. Office of the High Commissioner for Human Rights. “*Statement by Ms Yanghee Lee, Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar at the 37th session of the Human Rights Council*”, 12 March 2018. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22806&LangID=E>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- VAGIAS, Michail. The territorial jurisdiction of the International Criminal Court. A jurisdictional rule of the ICC? *Netherlands International Law Review*, Haia, vol. 59 n. 1, pp. 43-64, 2012. Disponível em <https://link.springer.com/journal/40802/volumes-and-issues/59-1>. Acesso em: 27 dez. 2020.
- VAGIAS, Michail. *The territorial jurisdiction of the International Criminal Court. Certain contested issues*. Ph.D. Thesis. Bynkers Hoek Publishing – Leiden University, Leiden, 2011. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/17669>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- VITO, Daniela de; GILL, Aisha; SHORT, Damien. A tipificação do estupro como genocídio. *SUR – Revista de Direito Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, vol. 6, n. 10, jun. 2009.

Recebido em 25 de março de 2020.

Aprovado em 26 de janeiro de 2021.

RESUMO: O artigo analisa a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional de acordo com o previsto no Estatuto de Roma de 1998, bem como em consonância com os princípios da territorialidade, complementaridade e cooperação. O objetivo principal do artigo é estudar a incidência da jurisdição do Tribunal e o objetivo específico é analisar como a jurisdição universal do Tribunal pode ser aplicada aos crimes praticados no território de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma, utilizando-se como fonte principal o caso do Povo Rohingya, que tem uma relação intrínseca com a tese da jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional, aspecto que representa a originalidade do trabalho. O critério dedutivo foi o método adotado para o desenvolvimento do trabalho, com o estudo do aspecto normativo, doutrinário e jurisprudencial. O trabalho concluirá que a jurisdição universal do TPI deve ser reavaliada para ser aplicada de acordo com a releitura do princípio da soberania estatal e da adequada interpretação dos crimes internacionais de interesse da humanidade, sob a perspectiva interseccional para a consideração dos atos anti-imigração como crimes contra a humanidade.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; jurisdição universal; Estatuto de Roma; deportação; princípio da territorialidade; Estado que não é parte do Estatuto do Tribunal; atos anti-imigração.

ABSTRACT: The article analyzes the universal jurisdiction of the International Criminal Court in accordance with the 1998 Rome Statute, as well as in line with the principles of territoriality, complementarity and cooperation. The main objective of the article is therefore to study the jurisdiction of the Court and the specific objective is to examine how the universal jurisdiction of the Court can be applied to crimes occurring in the territory of States that are not part of the Rome Statute, using as a source the case of the Rohingya People, which is intrinsically linked to the universal jurisdiction of the International Criminal Court, what is the original aspect of the paper. The deductive method was the methodology adopted for the development of the work, with the study of the normative, doctrinal and jurisprudential aspect. The work will conclude that the universal jurisdiction of the ICC should be re-evaluated to be applied in accordance with the re-reading of the principle of state sovereignty and the proper interpretation of international crimes of interest to humanity, from the intersectional perspective for the consideration of anti-immigration acts as crimes against humanity.

Keywords: International Criminal Court; universal jurisdiction; Rome Statute; D=deportation; principle of territoriality; State did not accept the jurisdiction of the Court; anti-immigration acts.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. A jurisdição Universal do Tribunal Penal Internacional e o deslocamento forçado do povo Rohingya: o caso Myanmar v. Bangladesh do TPI. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1410>.

The awakening of climate litigation in Brazil: strategies based on the existing legal toolkit

O despertar da litigância climática no Brasil: estratégias a partir de ferramentas jurídicas existentes

Danielle de Andrade Moreira*

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ, Brasil

Stela Luz Andreatta Herschmann**

Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro – RJ, Brasil

1. Introduction

George Bernard Shaw once said: “All great truths begin as blasphemies”. There is a quote with a similar idea attributed to the German philosopher Arthur Schopenhauer, according to which all truth passes through three

*Danielle holds a PhD and Master of Law degree from the State University of Rio de Janeiro (UERJ). She is a Professor at the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-Rio), where she teaches in the Law School and in the Interdisciplinary Centre for the Environment (NIMA/PUC-Rio). At PUC-Rio, she is also dean of law students, coordinator of the Research Group “Law, Environment and Justice in the Anthropocene” (JUMA/ NIMA/PUC-Rio), member of the advisory council of NIMA/PUC-Rio, and academic coordinator of the lato sensu post-graduation course (specialization level) in Environmental Law. Danielle is a founding member of the Association of Brazil’s Environmental Law Professors (APRODAB), where she is currently member of the Advisory Council. She is also Vice President for the Southeast Region of the Law for a Green Planet Institute (IDPV) and Vice President of the Deliberative Council of the Brazilian Biodiversity Fund (FUNBIO). E-mail: daniamoreira@puc-rio.br. Orcid: 0000-0001-8860-7963

**Stela is currently the Climate Policy Specialist at Observatório do Clima. Before that, she worked with multidisciplinary teams in impact assessment analysis of various infrastructure projects and with climate change research and advocacy. Stela holds an MSc. in Public Administration at Getúlio Vargas Foundation (FGV-EBAPE), an LL.M. in environmental law from Duke University (US), and a post-graduation course (specialization level) in Brazilian Environmental Law at Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-Rio). She also is a researcher at the Research Group “Law, Environment, and Justice in the Anthropocene” (JUMA/NIMA/PUC-Rio). E-mail: stelaherschmann@gmail.com.

stages: first, it is ridiculed; then it is violently opposed; and, finally, it is accepted as self-evident and becomes commonplace. It is no different with the law and the political and social advances that can be achieved through it. The law can be a powerful tool for forcing powerful systemic changes. Some examples are LGBTQIA+ rights, reproductive rights, rights related to gender and race, and also environmental rights.

Since the 1960's environmental movement, Environmental Law has been a testimony to the truth behind these quotes. The Environmental Law field has been successfully confronting most of the traditional legal tools that were inadequate to face contemporary society's challenges, especially the complexities and peculiarities of environmental – and now also climate – demands. The development of legal theses and tools for environmental protection often depends on the questioning and rupture of long-established legal structures. It is for this reason that Environmental Law has come to be considered a subversive area of law: it causes – and it must cause – real disruption. The same should be applied for climate change.

The climate emergency state imposes a new look at society's responsibilities in promoting climate justice. While socio-environmental burdens related to climate risks and actual harm have been neglected and externalized to society as a whole, especially to vulnerable social groups, bonuses are concentrated in the hands of those who produce these same risks and harm. In such scenario, the legal system must be reinterpreted and updated so it can be applied efficiently to environmental and climate-related problems.

According to the Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment¹ policy report² at least 1,587 cases have been filed around the world between 1986 and the end of May 2020 calling on the responsibility of governments and private companies for the climate crises we are already living in. These cases are primarily concentrated in the USA (76%), but the other cases (374) are distributed in 36 other countries and eight regional or international jurisdictions³. The report highlights an interesting aspect of the recent involvement of the global South in this movement, which has a concentration of 37 cases of climate litigation. More than half

1 The Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment is hosted by the London School of Economics and Political Science (LSE): <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/>.

2 SETZER; BYRNES, 2020.

3 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP), 2020.

of these cases (21) were brought in the last six years. Similar numbers were found in the United Nations Environmental Programme (UNEP) report⁴.

Until the end of May 2020, 14 cases were identified in Latin America, six of them in Brazil⁵. At least four of the first cases identified by the Climate Change Laws of the World (CCLW) database⁶ were typical environmental cases, only touching the climate issue in a peripheral and incidental way⁷. Only two cases were predominantly grounded on climate legislation and are still pending decisions: The first is São Paulo Public Prosecutor's Office vs. United Airlines and Others, seeking the reforestation of lands around an airport in the State of São Paulo (Guarulhos) to offset greenhouse gas emissions and other pollutants. The second one is Federal Environmental Agency (IBAMA) vs. Siderúrgica São Luiz Ltd. and Martins, an attempt to hold a steel company and its manager liable for climate environmental damage (promoting unlawful deforestation and greenhouse gases derived from the illegally sourced coal). According to Rodríguez-Garavito this Southern route to climate litigation is not by chance, it is in fact a route whose tracks were firmly laid over through public interest law practice, research, and judicial activism regarding constitutional rights in general and socioeconomic rights (SERs) for the past three decades⁸.

However, 2020 seems to be the beginning of the era in which we began to testify the awakening of a significant and potentially powerful movement for litigating the climate crisis effectively. At the time this paper was written⁹, the CCLW database registers eleven climate litigation cases in Brazil and the Sabin Center Climate Change Litigation Databases of Columbia University¹⁰ registers ten. These numbers reflect the Brazilian scenario for the year 2020, when five impactful new cases were filed, all predomi-

4 RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2020.

5 SETZER; BYRNES, 2020, pp. 5-6.

6 Climate Change Laws of the World (CCLW) database is an open access, searchable database created and maintained by the Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment at the London School of Economics and Political Science (LSE). Available at: <https://climate-laws.org/cclow>.

7 "An example of a court case where climate change is at the periphery is a decision rendered by the Brazilian Superior Court of Justice to prohibit the use of fire as a harvesting method for sugar cane. The Court considered, among other environmental impacts, the negative effects of carbon emissions" (SETZER; BYRNES, 2020, p. 13).

8 RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2020.

9 Final draft finalized in March 2021.

10 Available at: <http://climatecasechart.com/>.

nantly centered in climate change law¹¹. More climate cases are expected to be filed, as Brazil is also home to relevant domestic climate change laws and policies, including a national Climate Act (Law 12,187/2009), and all states and the federal district have climate change laws, some more robust such as state climate policies, others being regarded as soft law¹².

Nevertheless, neither climate litigation cases nor specific laws on the subject are the focus of this article. It aims to briefly explore part of the existing legal toolkit – of legislation case law, and doctrine – that is already consolidated in the Environmental Law field and should be explored for litigating the climate crisis in Brazil. By doing this, we intend to show two things: first, that climate litigation is not dissociated from environmental litigation, and the successes of 40 years of development of environmental litigation can serve as a “shortcut” to climate litigation; second, the reasons why some, including the authors of this article, believe Brazil is a fertile ground for climate-related cases.

2. Climate litigation as part of environmental litigation

Environmental litigation has fought “organized irresponsibility”¹³ in the

11 The five new cases we have mentioned, filed in 2020, are: (i) Amazonas Federal Public Prosecutor's Office vs. Federal Union, Ibama, ICMBio and Funai (ACP 1007104-63.2020.4.01.3200), in which Public Prosecutors request that such Federal Agencies promote articulated measures to stop illicit activities (land-grabbing, illegal mining and illegal logging) in ten hot spots of deforestation in the Amazon; (ii) Instituto Socioambiental, Abrampa & Greenpeace Brasil vs. Ibama and the Federal Union (ACP 1009665-60.2020.4.01.3200), in which plaintiffs request the court to declare null and void the decision of the president of the federal environmental agency that allowed the export of native wood without government oversight; (iii) PSB et al. vs. Federal Union (ADO 59/DF, 2020), in which political parties request the Federal Supreme Court to compel the Ministry of the Environment to resume the activities of the Amazon Fund; (iv) PSB et al. vs. Federal Union (ADO 60/DF, 2020, admitted as ADPF 708/DF, 2020), in which four political parties request the Federal Supreme Court to compel the Ministry of the Environment to resume the activities of the Climate Fund; and (v) PSB et al. vs. Federal Union (ADPF 760/DF, 2020), in which seven political parties in Brazil argue that by failing to implement Brazil's Action Plan for Prevention and Control of the Legal Amazon Deforestation (PPCDAm), the federal government violated the fundamental rights of indigenous peoples and present and future generations.

12 MOREIRA, 2021.

13 “For it [organized irresponsibility] is precisely the other way around: it is the application of prevalent norms that guarantees the non-attributability of systemic hazards; hazards are writ small as risks, compared away and legally and scientifically normalized into improbable ‘residual risks’, making possible the stigmatization of protest as outbreaks of ‘irrationality’. Those who uphold maximum pollution levels turn white into black, danger into normality, by act of government. Whoever waves the banners of rigorous causal proof while demanding that the injured parties do the same, not only demands the unachievable, as science has meanwhile

“risk society” over the last 40 years, seeking to reformulate the “prevailing relations of definition”¹⁴, based on risks typical of the industrial society, incompatible with the complexity of environmental (and climate) issues. The normative structures must be able to guarantee control, prevention, mitigation, and repair of impacts and damage arising from multiple causes, dissolved in a multiplicity of actors and conditions¹⁵.

The legal system needs to be continuously updated to face the challenges of the modern world. There is a theory that characterizes public policy problems that present special features, such as “enormous interdependencies, uncertainties, circularities, and conflicting stakeholders implicated by any effort to develop a solution”, as “wicked problems”¹⁶. Climate change has been fairly described as a “super wicked problem” due to its even further exacerbating features¹⁷. The available legal instruments need to be updated, adapted, and improved to handle the challenge that the climate change crisis poses to us.

The challenges to develop and implement climate-related laws and policies highlight the litigation potential to address climate change and its impacts. But the comprehensive issues that climate change engages call for connection and dialogue between policies and norms related to sustainable development and environmental protection in general. Such policies and norms already exist and are ready to be put into practice under this new perspective.

adequately confirmed, but thereby also holds aloft a shining shield to keep rising, collectively conditioned hazards out of the reach of politics or attribution to individuals” (BECK, 1995, p. 64). “The law suppresses the justice it was supposed to establish. Through a series of legal and procedural technicalities, the lawyer becomes technology’s legal adviser. The greater the hazard to basic individual rights, the less the legal protection” (BECK, 1995, p. 68).

14 “The density of legislation and of official controls, public, industrial and private expenditure on environmental protection – these are all on the increase, as are the recorded pollution levels and the lists of dying plant and animal species. The reason lies in the stability of the relations of definition, which emerged in the age of individual culpability principle. In the present age of worldwide traffic in toxic and harmful substances, the relations of definition turn the legal system into an accomplice of ubiquitous pollution, which cannot in principle be proved to stem from an individual” (BECK, 1995, p. 134). “With ‘relations of definitions’, I refer to the resources and power of agents (experts, states, industries, national and industrial organizations), the standards, rules and capacities that determine the social construction and assessment of what is a global risk and what is not. Among these are the politics of invisibility, the standards of proof, and the standards of compensation. To what extent can imperceptible risks (such as nuclear radiation and climate change) be made publicly invisible and unobservable? To what extent does the politics of invisibility produce a situation of not knowing the existential risk?” (BECK, 2016, p. 98).

15 BECK, 1995; BECK, 2016.

16 LAZARUS, 2009, p. 1159.

17 LAZARUS, 2009, p. 1159.

3. Why the ground of climate litigation in Brazil is fertile?

Brazil has a robust legal system applicable to environmental (and climate) issues. The Brazilian Constitution (1988), influenced by the Stockholm Declaration of 1972, provides for a collective right to an “ecologically balanced environment” as a third-generation human right¹⁸. Such human right goes beyond its individual dimension, having also a collective dimension^{19,20}. The environment is this “the set of conditions, laws, influences and interactions of a physical, chemical and biological order, which allows, shelters and governs life in all its forms”²¹. A balanced environment,

18 Since 1995, the Brazilian Supreme Court has understood that “[...] the right to the integrity of the environment constitutes a legal prerogative of collective ownership, reflecting, within the process of affirming human rights, the significant expression of a power attributed not to the individual identified in his uniqueness, but in a more comprehensive sense, to the social collectivity itself” (STF Plenary. MS 22.164-0/São Paulo. Reporting Justice Celso de Mello. 17 November 1995). More recently, the Inter-American Court of Human Rights established, in Advisory Opinion OC-23/17, that the right to a healthy environment is “a universal interest” and “a fundamental right for the existence of humanity” and that States must “protect nature”, not only for its “utility” or “effects” on human beings, but “also for its importance for other living organisms with which the planet is shared” (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2017).

19 An important thesis upheld by Minister Edson Fachin on the trial of ADC 42/DF (STF Plenary. ADC 42/Distrito Federal. Reporting Justice Luiz Fux. 28 February 2018) is the existence of “an undeniable relationship between the protection of the environment and the realization of other human rights, in that environmental degradation and the adverse effects of climate change affect the real enjoyment of human rights”. This is a reference to an excerpt from Advisory Opinion OC-23/17, issued by the Inter-American Court on 11.15.2017, in response to a request from the Republic of Colombia (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2017).

20 “The human right to a healthy environment has been understood as a right that has both individual and collective connotations. In its collective dimension, the right to a healthy environment constitutes a universal value that is owed to both present and future generations. That said, the right to a healthy environment also has an individual dimension insofar as its violation may have a direct and an indirect impact on the individual owing to its connectivity to other rights, such as the rights to health, personal integrity, and life. Environmental degradation may cause irreparable harm to human beings; thus, a healthy environment is a fundamental right for the existence of humankind. (...) Thus, the right to a healthy environment as an autonomous right differs from the environmental content that arises from the protection of other rights, such as the right to life or the right to personal integrity. (...) Nevertheless, some human rights are more susceptible than others to certain types of environmental damage (supra paras. 47 to 55). The rights especially linked to the environment have been classified into two groups: (i) rights whose enjoyment is particularly vulnerable to environmental degradation, also identified as substantive rights (for example, the rights to life, personal integrity, health or property), and (ii) rights whose exercise supports better environmental policymaking, also identified as procedural rights (such as the rights to freedom of expression and association, to information, to participation in decision-making, and to an effective remedy) (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2017).

21 Law 6,938/1981, article 3, I.

as a fundamental right, is considered a “common use of the people and essential to the healthy quality of life” of present and future generations²². Within this broad concept, is included the atmosphere and the climatic system. Therefore, traditional legal concepts of Environmental Law must be interpreted considering the climate as naturally inserted in it, allowing to treat the right to a stable climate as inherent in or at least associated with the right to a healthy environment.

The Brazilian Constitution also sets forth a duty of the collectivity and the government to guarantee conditions to a healthy quality of life. This right/duty of the people to a balanced environment expressly reaches future generations, to which the present ones have duties and bonds of solidarity²³. The Constitution prescribes three different and independent types of environmental liability: civil, administrative, and criminal. In the same way as the obligation to repair the environmental harm²⁴, duties related to environmental permits also have constitutional grounds in Brazil.

It is also important to mention the polluter-pays principle (“who pays the bill?”). In response to the unequal scenario where costs are socialized and profits privatized, the polluter-pays principle imposes the duty to internalize negative externalities. In other words, the polluter (even the potential polluter) has to bear the costs and measures to prevent and to repair environmental harm arising directly or indirectly from its activities^{25,26,27}. This goal of promoting distributive environmental and climate justice²⁸

22 Federal Constitution, article 225, caput; Law 6,938/1981, articles 2, I, e 3, I; Decree 2,652/1998, article 1, III; MOREIRA, 2021.

23 1988 Brazilian Federal Constitution, article 225: “Everyone has the right to an ecologically balanced environment, which is an asset for the collective use by the people and is essential to a healthy quality of life, it being the duty of the Government and the community to defend and preserve it for present and future generations”.

24 1988 Brazilian Federal Constitution, article 225, paragraph 3: “conducts and activities deemed to be harmful to the environment shall subject the offender, whether a natural or a legal person, to criminal and administrative penalties, regardless of the obligation to repair the damage”.

25 MOREIRA; LIMA; MOREIRA, 2019.

26 On the importance of the polluter-pays principle, see STF Plenary. RE 654.833/Acre. Reporting Justice Alexandre de Moraes. 24 June 2020.

27 According to the Brazilian Superior Court of Justice “the polluter must bear the costs of prevention, repression and repair of pollution (...) imposing on the economic agents the internalization of costs external to the dynamics of investments involved in their private activity, avoiding the ‘privatization of profits and socialization of losses’” (STJ. 3rd Panel. REsp 1.612.887/Paraná. Reporting Justice Nancy Andrichi. 7 May 2020).

28 About the “redistributive function of environmental law”, Justice Antonio Herman Benjamin

may be achieved with the help of at least two legal tools that have already been tested in the Brazilian courts, and that can be applied as part of a climate litigation strategy: (i) environmental licensing procedures, and (ii) the civil environmental liability regime.

3.1 Licensing and environmental impact assessments as powerful tools for fighting the climate crisis

The Brazilian National Environmental Policy Act (Law 6,938/1981)²⁹ and the Federal Constitution (1988)³⁰, based on the experience of the United States' National Environmental Policy Act (NEPA), created a system of environmental permits, licensing procedures and its related environmental impact assessment studies as its primary preventive instrument³¹.

The main goal is to assess all environmental impacts (direct and indirect; short, medium, and long term; temporary and permanent; with cumulative and/or synergistic effects) previous to potentially polluting activities³². Accordingly, after assessing the environmental viability of a par-

points out: "I should begin with possibly the most fundamental and controversial aspect of this debate: environmental protection redistributes ecological value, and by doing so, redistributes economic value as well and reorganizes property rights. This is the redistributive function of environmental law. Think about how the equation of negative environmental externalities is reversed when statutes and courts begin to require a polluter to install emissions control equipment [...]" (BENJAMIN, 2012, pp. 586-587).

29 Article 9, III, and IV, sets forth the assessment of environmental impacts and the licensing and review of effective or potentially polluting activities as some of the instruments of the National Environment Policy Act. According to article 10: "The construction, installation, expansion, and operation of establishments and activities that use environmental resources, effectively or potentially polluting or capable, in any form, of causing environmental degradation will depend on prior environmental licensing."

30 1988 Brazilian Federal Constitution, article 225, paragraph 1, IV: "In order to ensure the effectiveness of this right [to an ecologically balanced environment], it is incumbent upon the Government to: (...) IV – demand, in the manner prescribed by law, for the installation of works and activities which may potentially cause significant degradation of the environment, a prior environmental impact study, which shall be made public".

31 BRYNER, 2012.

32 The Brazilian National Environmental Policy Act (PNMA) defines (article 3) in broad terms what is understood by "environment", "degradation of environmental quality", "pollution" ("the degradation of environmental quality resulting from activities that directly or indirectly: a) harm the health, safety and well-being of the population; b) create adverse conditions for social and economic activities; c) adversely affect the biota; and d) affect the aesthetic or sanitary conditions of the environment"), and "polluter". It has also created a National Environment Council (CONAMA), to which was given strong regulatory powers. CONAMA's Resolution 1/86 broadly defines

ticular project, measures to avoid, mitigate, and compensate the adverse impacts must be imposed.

An environmental impact assessment (EIA) is required to take greenhouse gases (GHG) into account because GHG are – as all evidence seems to show – sources of adverse environmental impacts³³. Taking GHG's emissions into account means to address them in one of the following ways: they must be avoided, mitigated, or compensated. Thus, an activity that emits (direct polluter) or is a cause of emission (indirect polluter) of substantial volumes of GHG should be required to, as said, avoid, mitigate, or compensate such emissions.

This idea of including the climate variable in the environmental licensing procedures should not be seen as improper or ungrounded. In view of the provision for a comprehensive assessment of environmental impacts provided by federal law, some Brazilian states³⁴ already expressly foresee, in their environmental licensing or climate rules, the need for incorporating climate impacts in licensing procedures and assessments³⁵.

environmental impacts (article 1 – “is considered any change physical, chemical and biological properties of the environment, caused by any form of matter or energy resulting from human activities that directly or indirectly affect: I – the health, safety and well-being of the population; II – social and economic activities; III – the biota; IV – the aesthetic and sanitary conditions of the environment; and V – the quality of environmental resources”) and provides a representative list of activities that are to be subject to environmental licensing with the previous preparation of a complete environmental impact assessment (EIA). When mentioning the EIA, CONAMA's Resolution 1/86 article 6 sets forth the minimum technical elements of and EIA and (i) explicitly includes the climate among what should be contemplated on the physical environment analysis; and (ii) defines comprehensively which impacts should be taken into account. Article 6, II, establishes that “analysis of the environmental impacts of the project and its alternatives, through identification, prediction of the magnitude and interpretation of the importance of the likely relevant impacts, discriminating: the positive and negative impacts (beneficial and adverse), direct and indirect, immediate and in the medium and long term, temporary and permanent; its degree of reversibility; its cumulative and synergistic properties; the distribution of social burdens and benefits”. Another relevant resolution from CONAMA is Resolution 237/97, which defines, in article 1, some key concepts such as environmental licensing procedure, environmental license, environmental assessments. Article 2 establishes which activities must be subject to environmental licensing, and article 3 establishes what triggers an EIA. In the following articles, the rules for attribution of each federative entity to act, the types of license, and the procedure rite.

33 For more on this relevant issue, but not the focus of this article, see the American court cases *Massachusetts vs. EPA*, 549 U.S. 497 (2007), and *Coalition for Responsible Regulation vs. EPA*, 684 F3d 102 (D.C. Circ. 2012).

34 These States, together with the Federal Union, are: Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, and Tocantins.

35 For more information on the status of the insertion of the climate variable in environmental licensing in Brazil, see MOREIRA, 2021.

3.2 Civil environmental liability regime

The other tool mentioned above is civil environmental liability, which is understood from a comprehensive perspective. In addition to its specific function of promoting reparation and compensation for damages, it has also a preventative role. It induces standards of care so that the harm does not occur in the first place.

Some of the peculiarities of the Brazilian civil environmental liability regime that play in favor of climate litigation are the following:

- (i) Strict liability³⁶: this is applied regardless of fault on the part of the (direct or indirect) polluter. In other words, liability is imposed regardless of an intent to cause harm or a breach of a duty to exercise reasonable care³⁷. For civil liability to be applied, the following elements will suffice: (1) environmental damage, (2) conduct (an act or an omission), and (3) causation;
- (ii) Full risk liability (“*risco integral*”): Brazilian scholars and the Superior Court of Justice widely accept the concept of the so-called “full risk liability”³⁸. According to this theory, typical defenses based on intervening causes (such as third-party conduct or acts of God, whether or not foreseeable) are not admitted. Whoever creates a risk of damage to the environment and third parties, due to its mere existence, may be held liable if such damage occurs;
- (iii) Far-reaching concept of causation (“indirect polluter”)³⁹: the notion of causation must be built with reference to the legal definition of polluter. Under the Brazilian National Policy Act, the polluter is the party directly or

36 Law 6,938/1981 (Brazilian National Environmental Policy Act), article 14, paragraph 1: “(...) the polluter is obliged to, regardless of fault, indemnify or recover the damages caused to the environment and to third parties affected by its activity”.

37 Brazilian Civil Code, article 927, sole paragraph: “Obligation to repair the damage shall be imposed, regardless of fault, either when established by law, or when the activity normally carried out creates, by its own nature, risk to others’ rights”.

38 Since 2014, the Brazilian Superior Court of Justice publishes a so-called “*Jurisprudência em teses*” where it presents in a consolidated way several court precedents on specific topics, chosen according to their relevance in the legal field. In 2015 one of the consolidated precedents published was: “The liability for environmental damage is strict. It is informed by the full risk liability, and the causal link is the binding factor that allows the risk to be integrated into the unit of the act, being unreasonable to invoke, by the company responsible for environmental damage, exclusions from civil liability to remove their obligation to indemnify” (*Jurisprudência em Teses*, STJ, ed. 30).

39 Law 6,938/1981, article 3, IV: Polluter is “The natural or legal, public or private person, directly or indirectly responsible for an activity that causes environmental degradation”.

indirectly responsible for an activity that causes environmental degradation. According to the Superior Court of Justice, anyone who falls within a vast array of conditions may be held liable, including, for example, those who finance or benefit from others' activities⁴⁰;

(iv) Joint and several liability⁴¹: anyone who directly or indirectly causes environmental damage (polluter) may be held liable, not only strictly, but also jointly and severally. This understanding has two main grounds: (a) the comprehensive legal definition of polluter; and (b) the Brazilian Civil Code, according to which joint and several liability is to be applied whenever several parties (polluters) have caused harm (environmental damage)⁴²;

(v) A broad concept of environmental damage⁴³: the reparation (or compensation) of the environmental damage must cover not only the ecological damage per se, but also related cultural, social, and economic aspects;

(vi) Comprehensive damage repair ("*reparação integral*")^{44, 45}: the reparation of the environmental damage must be "complete", comprehending individual and collective harm, including material and moral damages (the latter often

40 Brazilian Superior Court of Justice on causation: "to determine the cause of an urban-environmental damage and hold codefendants jointly and severally liable, the following persons must be treated equally: whoever acts; whoever fails to act when should have acted; whoever is indifferent to others' actions; whoever remains in silence when they should have denounced; whoever finances others' actions; and whoever enjoys benefits from others' actions" (STJ. 2nd Panel. REsp 1.071.741/São Paulo. Reporting Justice Herman Benjamin. 24 March 2009).

41 Law 6,938/1981, article 3, IV: Polluter is "the natural or legal person, public or private, directly or indirectly responsible for any activity that causes environmental degradation".

42 Brazilian Civil Code, article 942: "(...) if there is more than one offender, all of them shall be jointly and severally liable for reparation".

43 Law 6,938/1981, article 3, III. Legal definition of pollution: "III – pollution, the degradation of the environmental quality resulting from activities that directly or indirectly:

a) harm the health, safety and well-being of the population; b) create adverse conditions for social and economic activities; c) adversely affect the biota; d) affect the aesthetic or sanitary conditions of the environment; e) discharges of materials or energy in disagreement with established environmental standards".

44 Brazilian Superior Court of Justice "[...] the environmental damage is multifaceted (ethically, temporally, ecologically and financially speaking, sensitive to the diversity of the vast universe of victims, ranging from the isolated individual to the community, to future generations and to the ecological processes themselves considered)" (STJ. 2nd Panel. REsp 1.198.727/Minas Gerais. Reporting Justice Herman Benjamin, 09 May 2013).

45 Brazilian Superior Court of Justice: "It is the settled case-law of this Court that a single environmental damage can affect both the individual and collective moral dimensions, causing the polluter to be held liable in both cases, as environmental reparation must be carried out in the most complete manner possible" (STJ. 4th Panel. REsp 1.175.907/Minas Gerais. Reporting Justice Luis Felipe Salomão. 19 August 2014).

associated with punitive damages), interim damage (for the time required for full environmental recovery) and the residual damage (degradation that persists despite remedial measures). Additionally, it is possible to argue for the obligation to return illicit ecological “added value” (reimbursement of economic profits obtained from the degrading activity – disgorgement of profits); (vii) Shifting the burden of proof⁴⁶: the Superior Court of Justice has set forth that the shifting of the burden of proof is a binding rule applicable to all civil lawsuits involving environmental damage. Defendants should bear the burden of proving that either (a) there is no harm or (b) they are not (directly or indirectly) responsible for the damage.

(viii) No statutory limitation period for civil reparation of environmental damage claims^{47, 48}.

In addition to the traits listed above, the rules on access to justice and defense of “diffuse rights”⁴⁹ in Brazil confer standing to a wide range of parties to file environmental cases. The Public Civil Action Act (Law 7,347/1985) created a cause of action under which public prosecutors and civil society organizations, among others, could bring civil lawsuits involving collective and diffuse interests. Although not focused only on environmental concerns, the act greatly expanded the public and prosecutors’ ability to demand that private parties and government agencies comply with environment-related laws, in which climate issues are included⁵⁰.

46 Brazilian Superior Court of Justice binding rule, approved on 24 October 2018, Súmula 618: “The shift of the burden of proof applies to actions of environmental degradation”.

47 In 2019 one of the consolidated precedents (“*Jurisprudência em teses*”) published was: “There is no statute of limitations for claims seeking reparation of damages to the environment” (*Jurisprudência em teses*, STJ, ed. 119).

48 Brazilian Supreme Court ruled that in claims for civil reparation of environmental damage there is no statutory limitation period (STF Plenary. RE 654.833/Acre. Reporting Justice Alexandre de Moraes. 24 June 2020).

49 According to the Brazilian Consumer Defense Code (Law 8,078/1990), “Art. 81. The defense of the victims’ best interests and rights can be exercised in court individually or collectively. Sole paragraph. Collective defense will be used when the case includes: I - interests or diffuse rights, in other words, in the scope of this Code, trans-individual rights of an indivisible nature in which the parties involved are indeterminate persons connected by circumstances of fate; II - collective interests or rights, in other words, in the scope of this Code, trans-individual rights of an indivisible nature, in which the involved party is a group, category or class of people connected amongst each other or with the defending party through a legal relationship; III - homogeneous individual interests or rights, so understood as those resulting from a common origin”.

50 BRYNER, 2012.

4. Conclusion

Concepts of environment, environmental degradation, and pollution encompass the climate perspective in its various dimensions. Successes already achieved over the 40 years of development of Environmental Law can help boost climate litigation in Brazil.

Both tools presented here – environmental licensing procedure and civil environmental liability – can be brought before national courts as strong legal arguments for climate litigation. They structure and articulate already established and successfully tested legal avenues for preventing, mitigating, and compensating adverse environmental impacts (including those related to climate change) caused by the private sector or by the State.

We believe that Brazil already has a powerful legal toolkit to litigate climate cases meaningfully. Like the frame of a pair of glasses in which only the lenses are changed when the myopia increases, the legal framework that underpins environmental licensing and civil environmental liability in Brazil needs to receive the “lenses” of climate change in order to be transformed into an effective climate litigation tool. This possibility is within our means, necessary, and already starting to become a reality.

References

- BECK, Ulrich. *Ecological Politics in an Age of Risk*. Cambridge: Polity Press, 1995.
- BECK, Ulrich. *The Metamorphosis of the World: How Climate Change is Transforming Our Concept of the World*. Cambridge: Polity Press, 2016.
- BENJAMIN, Antonio Herman. We, the Judges, and the Environment. *Pace Environmental Law Review*, New York, Volume 29, Issue 2, pp. 582-591, 2012. Available at: <http://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/8>.
- BRYNER, Nicholas S. Brazil's Green Court: Environmental Law in the Superior Tribunal de Justiça (High Court of Brazil). *Pace Environmental Law Review*, New York, Volume 29, Issue 2, pp. 470-537, 2012. Available at: <https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/4>.

- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017*. Requested by the Republic of Colombia. The Environment and Human Rights. Available at https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_ing.pdf
- LAZARUS, Richard J. Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present to Liberate the Future. *Cornell Law Review*, Ithaca, Volume 94, Issue 5, p. 1.153-1.233, 2009. Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol94/iss5/8>.
- MOREIRA, Danielle de Andrade; LIMA, Letícia Maria Rêgo Teixeira; Moreira, Izabel. El principio del contaminador-pagador en la jurisprudencia del STF Y del STJ: in análisis crítica. *Veredas do Direito*, 16(34), pp. 367-429, 2019. <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1341>.
- MOREIRA, Danielle de Andrade (coord.). *Litigância climática no Brasil: Argumentos jurídicos para a inserção da variável climática no licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2021.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Human Rights: The Global South's Route to Climate Litigation. *American Journal of International Law (AJIL) Unbound*, Washington DC, pp. 40–44, 2020. <https://doi.org/10.1017/aju.2020.4>
- SETZER, Joana; aBYRNES, Rebecca. *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2020. Available at: https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/07/Global-trends-in-climate-change-litigation_2020-snapshot.pdf.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*. Nairobi, 2020. ISBN 978-92-807-3835-3. Job: DEL/2333/NA. Available at: <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>.

Autoras convidadas.

ABSTRACT: This paper aims to explore part of the existing legal toolkit – of legislation, case law, and doctrine – that is already consolidated in the Environmental Law field and should be explored for litigating the climate crisis in Brazil. The article makes the case that Brazil is a fertile ground for climate litigation by articulating already established and successfully tested legal avenues for preventing, mitigating, and compensating adverse environmental impacts caused by the private sector or by the State, and that can be brought before national courts as strong legal arguments. Like a frame of glasses, the legal framework that underpins environmental licensing and civil environmental liability in Brazil needs to receive the “lenses” of climate change in order to be transformed into an effective climate litigation tool.

Keywords: environment, climate crisis, climate litigation, environmental licensing, civil environmental liability, toolkit.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo explorar parte do conjunto de ferramentas jurídicas existente – jurisprudencial, legislativa e doutrinária – que já está consolidado no campo do Direito Ambiental e deve ser explorado para litigar a crise climática no Brasil. O artigo defende que o Brasil é um terreno fértil para litígios climáticos ao articular vias legais já testadas com sucesso para prevenir, mitigar e compensar impactos ambientais adversos causados tanto pelo setor privado, quanto pelo Estado, e que podem ser apresentados aos tribunais nacionais como fortes argumentos jurídicos. Como uma armação de óculos, o arcabouço jurídico que fundamenta o licenciamento ambiental e a responsabilidade civil ambiental no Brasil precisa receber as “lentes” das mudanças climáticas para se transformar em um instrumento eficaz de litígio climático.

Palavras-chave: meio ambiente; crise climática; litígio climático; licenciamento ambiental; responsabilidade civil ambiental; kit de ferramentas.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MOREIRA, Danielle de Andrade; HERSCMANN, Stela Luz Andreatta. The awakening of climate litigation in Brazil: strategies based on the existing legal toolkit. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1821>.

Uso da terra por comunidades tradicionais no estado democrático de direito

The Use of the Land by traditional communities in the democratic state of law

Elisa Quint de Souza de Oliveira*

Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis – SC, Brasil

Pedro Martins**

Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis – SC, Brasil

1. Introdução

Tratar da questão dos direitos dos povos e comunidades tradicionais no Brasil¹ tem se revelado um desafio para profissionais e estudantes das mais variadas áreas. Antropólogos, juristas, sociólogos, geógrafos, entre tantos outros que compõem o quadro multidisciplinar característico do tema, questionam a indiferença e, por vezes, a recusa na aplicação da legislação que protege os povos e comunidades tradicionais no país.

*Advogada. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre e Doutora em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Socioambiental pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Gerente de Faixa de Domínio da Secretaria Estadual de Infraestrutura e Mobilidade de Santa Catarina. E-mail: elisa21355@gmail.com. Orcid: 0000-0002-6493-131X.

**Doutor em Antropologia pela Universidade de São Paulo (USP), Professor do Programa de Pós-graduação em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Socioambiental (PPGPLAN) da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). E-mail: weltermartins@yahoo.com.br. Orcid: 0000-0002-7576-2830.

1 Segundo o Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, povos e comunidades tradicionais são definidos como grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Pensou-se, logo após a promulgação do texto constitucional, que as discussões sobre a necessidade de salvaguarda das ocupações tradicionais da terra no Brasil fossem ter um fim, uma vez que, ao menos teoricamente, havia uma previsão legal de garantia dos direitos fundamentais necessários para tanto.

O que pode ser observado, porém, passados mais de trinta anos do texto constitucional, é que a realidade é muito diversa da previsão legal. Se, de um lado, há interesse político em não garantir as terras necessárias para que povos e comunidades tradicionais garantam seus meios de vida, por outro lado, há justificativas jurídicas em razão da garantia do direito à propriedade privada e ao mito do desenvolvimento econômico. A mesma dificuldade observada em relação às populações tradicionais é constatada por Paulo de Bessa Antunes² em relação à efetividade da aplicação do direito ambiental, não apenas no Brasil, questão que afeta diretamente as populações consideradas.

Quando a Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, entendido como uma ampliação do sentido da democracia além dos direitos civis e políticos, alcançando, também, o aspecto econômico e social estendido a todos os cidadãos, houve uma oposição clara ao modelo liberal de exclusão. Na prática, porém, a ordem excludente da falta de comprometimento social permanece.

É preciso referir que ocorreram, no cenário legislativo nacional, publicações normativas que conferiram legitimidade à salvaguarda dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, mas que pouco ou quase nada modificaram o estado de invisibilidade em que ainda se encontram essas comunidades.

Na maioria das vezes desconsideradas pelo Estado³, esses povos e comunidades tradicionais conceberam modos de vida próprios e construíram territórios que aos poucos foram sendo modificados. Muito embora a história oficial de ocupação do país não considere nada mais além dos projetos de colonização conhecidos da maioria, os povos e comunidades tradicionais se relacionaram com o restante da sociedade e permaneceram no local onde se encontravam com a utilização de silenciosas estratégias⁴.

2 ANTUNES, 2020, por exemplo.

3 MARTINS, 2020.

4 Sobre comunidades tradicionais e suas diferentes estratégias de territorialidade, ver VARELLA et al., 2013; SHIRAIISHI NETO et al., 2018; além de MARTINS, 2020.

Conhecer, nomear e difundir seus modos de vida é uma das táticas atuais para ir de encontro ao avanço das ocupações de suas terras.

Na história de resistência dessas comunidades se encontra violência, ameaça e conflitos diversos, mesmo diante da promulgação da Constituição de 1988. O maior inimigo da salvaguarda desses territórios é a especulação imobiliária e os projetos administrados e executados pelos governos. Algumas comunidades criaram articulações para enfrentamento de conflitos e diferentes formas de resistência baseadas, muitas vezes, nas experiências dos povos indígenas e quilombolas.

Como exemplo, a Comunidade Tradicional dos Areais da Ribanceira⁵, considerada uma pequena amostra no conjunto de milhares de comunidades espalhadas pelo país, é formada por agricultores itinerantes e pescadores artesanais, em Imbituba, litoral sul do Estado de Santa Catarina.

Esse grupo exemplifica perfeitamente como a questão da garantia de direitos fundamentais estampada na Carta Magna é tratada no país. As terras ocupadas ancestralmente pela Comunidade foram tomadas por grandes projetos de desenvolvimento que transformaram terras públicas em privadas ameaçando a continuidade dos conhecimentos tradicionais, impedindo o livre acesso aos recursos naturais e sua conservação que, inclusive, possibilitaram a preservação de importantes ecossistemas da região.

A perspectiva deste artigo é refletir sobre a necessidade de transformação real e efetiva do Estado de Direito que se caracterizava, antes da constituinte que culminou com a Carta Magna de 1988, pela submissão do cidadão a uma lei geral e abstrata, em um Estado Democrático que deve se submeter à vontade popular e aos fins propostos pelo cidadão.

Toma-se a definição de comunidade tradicional conforme disposta na Convenção 169 da OIT amparada na tradição antropológica exemplificada por Fredrik Barth⁶.

O texto, embora aborde o conteúdo, fundamentalmente, a partir de uma perspectiva bibliográfica, é um substrato de pesquisa mais ampla que abordou empiricamente a Comunidade dos Areais da Ribanceira a partir de técnicas qualitativas de coleta de dados⁷ como entrevistas abertas e observação participante.

5 A comunidade tradicional em questão tem registros em NCS, 2011; MOMBELLI, 2013; OLIVEIRA, 2020 e OLIVEIRA et al., 2020.

6 BARTH, 1998.

7 HAGUETE, 2005; BAUER; GASKELL, 2018; MINAYO, 2016.

Desta forma, o conteúdo segue distribuído em três tópicos. No tópico “Estado Democrático de Direito e o uso tradicional da terra”, levanta-se a hipótese de que o arsenal jurídico do presente quadro do Estado Democrático de Direito é ineficaz quanto à efetividade do direito ao uso tradicional da terra. No tópico “Garantias legislativas aos povos tradicionais”, demonstra-se que o Estado brasileiro possui um repertório jurídico apropriado à proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, compatível com a melhor tradição antropológica, mas enfrenta barreiras para consolidar a sua efetividade. Por último, no tópico “O caso dos Arais da Ribanceira”, trata-se de apresentar brevemente a situação atual de uma comunidade tradicional que, malgrado os dispositivos jurídicos de proteção, segue em uma luta aparentemente inglória pela efetivação dos seus direitos.

2. Estado Democrático de Direito e o uso tradicional da terra

Para compreender o Estado Democrático de Direito é necessário partir do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 integrou três concepções distintas de Estado: o de direito, o democrático e o social⁸, que representaram uma unidade e significaram um novo conceito, teoricamente, disposto a gerar uma transformação no Brasil. Ao deliberar pelo Estado Democrático, o constituinte propôs um modelo de organização política no qual se presume garantidos a liberdade, a igualdade, o pluralismo político e a justiça social.

Para Silva⁹, um Estado Democrático de Direito não significa apenas a união dos conceitos de Democracia e Direito:

Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

8 Evolução resultante da existência de diversas formas de Estado anteriores. Inicialmente, o Estado liberal, cuja preocupação era dar ampla liberdade para o exercício das atividades operadas pela burguesia, que reconhecia os direitos individuais, mas tinha a ideia de que o mercado regulava-se por si só. Em seguida, o Estado Social colocou ao lado dos direitos individuais os direitos sociais e econômicos e o Estado Contemporâneo incorporou a intervenção estatal na ordem econômica (ARAÚJO, 1998).

9 SILVA, 1990, p.105.

A reunião, portanto, de princípios tradicionalmente entendidos como pertencendo ao Estado de Direito, como liberdades individuais, políticas e econômicas, e aqueles pertencentes ao Estado Social, como os direitos de participação, forneceram ao Estado uma nova direção para a concretização de uma sociedade mais justa, livre e solidária¹⁰.

O Estado Social, assim, representou efetivamente uma transformação estrutural porque superou o antigo Estado liberal, segundo Silva¹¹:

O princípio de igualdade do Estado de legalidade não passava de um mero formalismo jurídico, que não alterava em nada a situação dos destinatários da lei. Ao contrário, a lei produzida nesse quadro político colhia e mantinha os cidadãos no estado em que se encontravam. A única garantia proporcionada por esse tipo de direito, como se sabe, era de uma liberdade negativa, uma abstenção do poder público. O elemento faltante, que deveria ir para além da igualdade jurídica, formal, do Estado Liberal era o encontro com o igualitarismo democrático, a conquista de um ideal de equalização econômica e de oportunidades.

Alguns princípios constitucionais são importantes para a compreensão da problemática relacionada à efetividade do direito das comunidades tradicionais à luz do Estado Democrático de Direito como, por exemplo, o princípio democrático¹², o princípio da justiça social¹³, o princípio da igualdade¹⁴ e o sistema de direitos fundamentais¹⁵. Este último, talvez o mais relevante para o assunto abordado, contempla desde os direitos individuais, passando pelos coletivos, sociais e culturais.

Na tentativa de chegar a uma única definição do que seria, de fato, o Estado Democrático de Direito poder-se-ia correr o risco de uma simplificação que tornaria sua explicação incompleta uma vez que alguns elementos desse conceito são indeterminados e mutáveis o que faria uma definição apresentada, em um primeiro momento, parecer desatualizada na ocasião seguinte.

10 ARAÚJO, 1998.

11 SILVA, 2005, p. 222.

12 Art. 1º da Constituição Federal de 1988.

13 Art. 170, caput e 193 da Constituição Federal de 1988.

14 Art. 5º, caput, inc. I da Constituição Federal de 1988.

15 Títulos II, VII e VIII da Constituição Federal de 1988.

Assim, Silva¹⁶ afirma que o mais aconselhável não é a busca de uma definição de conceito de Estado Democrático de Direito mas, sim, uma retomada e reapresentação dos valores e princípios que o abarcam ou, de alguma forma, que estão relacionados com ele para que a compreensão seja, assim, a mais fiel possível. Desta forma, o autor enumera o que é necessário considerar para que se chegue perto de uma definição mais real do verdadeiro Estado Democrático de Direito:

- (1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na soberania popular;
- (2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva;
- (3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes;
- (4) A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida;
- (5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões;
- (6) Realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a conseqüente promoção da justiça social;
- (7) Observância do princípio da igualdade;
- (8) A existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado;
- (9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça;
- (10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica.

A ordem estabelecida a partir de 1988, portanto, visa impedir a discriminação evitando que alguns recebam melhor tratamento que outros. Neste sentido, deve a lei se dirigir a todos de forma indistinta. Ocorre que

16 SILVA, 2005, pp. 228-229.

essa igualdade disposta na norma quase sempre não corresponde a uma igualdade real.

Quando se trata de garantir o uso tradicional da terra, principalmente em virtude das desigualdades de condições materiais que determinam possibilidades diferenciadas, há, na verdade, a total impossibilidade do exercício dos direitos formalmente assegurados. Sobre este ponto, Dallari¹⁷ descreve a diferença entre o direito formal e sua efetividade:

A concepção de igualdade como igualdade de possibilidades corrige essas distorções, pois admite a existência de relativas desigualdades, [...] aferindo-se este através da contribuição de cada um à sociedade. O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual negando tudo a outros.

Desta forma, perceber o Estado como um mero provedor de garantias é um equívoco, uma vez que ele não só deve garantir, como deve ser instrumento de transformação, incorporando à igualdade formal – entendida aqui como a legislação existente – um fundo social de garantias das condições mínimas de vida digna.

Não basta, portanto, que a previsão legislativa ocorra de forma completa e exaustiva. É preciso, para que o Estado Democrático de Direito se faça realmente presente, a instrumentalização dos governos para as transformações necessárias.

A diversidade fundiária do Brasil está ligada à diversidade sociocultural extraordinária e essa heterogeneidade inclui terras dos mais variados grupos¹⁸, cujas diferenças desafiam a aplicação de políticas públicas porque elas não são pensadas pela ótica de tal diversidade e, assim, não incluem os povos e comunidades tradicionais.

A cidade, segundo Lefebvre¹⁹, “tem uma história; ela é a obra de uma história, isto é, de pessoas e de grupos bem determinados que realizam essa obra nas condições históricas”. Assim, planejar o território onde se inserem diferentes grupos, de modo a desconsiderar o conjunto de interesses de quem nele se insere, não garante a efetividade dos direitos assegurados.

17 DALLARI, 1991, p. 258.

18 LITTLE, 2004.

19 LEFEBVRE, 1991, p. 47.

A dissociação, portanto, entre a regra e a realidade presente na norma formal, produz textos inúteis sem qualquer possibilidade de resolução dos problemas que se apresentam. Segundo Souza²⁰, “Depositar muitas expectativas em planos, leis e técnicas em si, deixando em segundo plano a análise da dinâmica da sociedade, é incorrer em um contraditório ‘tecnocratismo’” injustificável.

Sobre a simples elaboração de normas descoladas da realidade, Maricato²¹ considera:

A generalização da cidadania e do direito acarreta transformações no mercado privado, na propriedade da terra e na relação entre os capitais que participam da produção do espaço. Por isto a superação da exclusão social no espaço exige profundas transformações na sociedade, não bastando, embora seja importante, garantir no texto da lei os direitos fundamentais dos quais está privada a maioria da população brasileira.

No que se refere à efetividade constitucional é certo que a Carta Magna, como sistema de normas e princípios, responsável por regular e institucionalizar juridicamente o fenômeno político deve, assim como as demais regras do Direito, ter suas previsões concretizadas no mundo dos fatos.

A Constituição, no entanto, torna-se efetiva somente quando os valores descritos pela norma se coadunam às aspirações populares, além do comprometimento do Estado em cobrar e da população em respeitar os dispositivos constitucionais para que os mesmos se concretizem.

Segundo Diniz²², a efetividade da norma jurídica e constitucional, sobretudo, pode ser realizada por meio da aplicação de três diferentes planos de concretização, sendo eles o plano sintático, o plano semântico e o plano pragmático.

No que se refere ao plano sintático, entende-se que para a norma jurídica se concretizar, de fato, deve haver uma estrutura lógica completa descrevendo e detalhando a hipótese, a disposição e a respectiva sanção que será cobrada nos casos de descumprimento.

20 SOUZA, 2006, p. 33.

21 MARICATO, 1996, p.38.

22 DINIZ, 1992.

Quanto às normas constitucionais, vale referir que a sanção é deduzida dos princípios e da interpretação sistemática da Constituição. Assim, quando uma lei é declarada inconstitucional, deve ser extraída do sistema jurídico por apresentar vício de inconstitucionalidade. Como se percebe, não é necessária a participação da população ou a aceitação dos princípios constitucionais violados, tampouco participação direta do governo para que a norma possa ser efetivada.

No plano semântico, porém, é elementar que a norma jurídica apresente valores que estejam em consonância com as aspirações da sociedade. Segundo Ferrajoli²³, tornar a Constituição simples referência cria divergências entre suas previsões e as práticas legislativas ou administrativas levando a sérias consequências. Assim, deve haver, para a efetividade, uma reciprocidade entre o disposto no texto da norma, que seria o plano ideal, e o disposto na realidade das ruas e do cotidiano de cada indivíduo, cumprindo o plano da realidade.

A amarração entre os valores constantes da norma e aqueles constantes na sociedade, é o primeiro passo para a efetividade dos dispositivos constitucionais. A dissociação entre valores constitucionais e a vontade popular deflagra a ilegitimidade da Carta Constitucional e o Estado, por sua vez, não teria o poder de um ente democrático uma vez que não refletiria o Poder Constituinte cuja titularidade é da nação.

Para Ehrlich²⁴, a fonte do direito não é o Estado, mas as relações sociais humanas. Assim, há razão para o não cumprimento das normas jurídicas uma vez que elas não seriam produto dos anseios e das necessidades sociais.

O conceito sociológico de Constituição desenvolvido por Lassalle²⁵ é reconhecido por apontar a diferença entre o discurso jurídico-constitucional e a realidade social, afirmando que a essência de uma Constituição de um país é, na verdade, uma soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.

Desta forma, se não estiverem atreladas e em sintonia, o texto normativo e a realidade social, portanto, a legislação se torna um conjunto de peças retóricas que imporão regras e preceitos de um regime autoritário sem qualquer efetividade e somente respeitadas e cumpridas sob intimidações e repressão.

23 FERRAJOLI, 2006.

24 EHRLICH, 1986.

25 LASSALLE, 2000.

A Constituição, portanto, somente será efetiva se estabelecer valores que se coadunam às aspirações populares. Ehrlich ainda afirma que reconhecer a verdadeira Ciência do Direito só é possível por meio da análise do direito na ocasião de sua aplicação social. A dependência do direito ao Estado e a lógica de que o direito se resume a uma unidade técnica sistemática impede sua eficaz aplicação. Assim, as análises históricas dos fatos ocorridos no país são importantes a fim de que o Poder Constituinte seja legítimo e soberano e, assim, se possa chegar à efetividade constitucional.

No plano pragmático, além da associação entre texto normativo e valores sociais, tem-se o empenho dos governantes e da população. Estes últimos devem respeitar o ordenamento jurídico vigente e cumprir os princípios da ordem normativa.

A efetividade constitucional, portanto, perpassa pelo conhecimento do texto normativo pela população e pelo comprometimento dos governantes em atuar de modo positivo para a consecução das previsões dispostas na legislação.

No que se refere às questões relacionadas aos povos e comunidades tradicionais, deste modo, fica evidente o fato de que há uma incompletude das atividades do Estado. Há, apenas, uma igualdade formal, disposta no texto constitucional, que é estéril diante da realidade multicultural do país.

As variadas previsões normativas mais específicas sobre a necessidade de salvaguarda dos direitos visando o respeito às tradições desses povos, em contraponto com a continuidade cada vez mais crescente de suas dificuldades de sobrevivência, atestam este fato.

3. Garantias legislativas aos povos tradicionais

As garantias formais aos povos tradicionais, previstas na Constituição Federal Brasileira de 1988, foram tratadas também por normas internacionais. As previsões estabeleceram mecanismos de proteção aos elementos culturais, materiais e imateriais, tendo sido incorporadas pelo sistema jurídico brasileiro como: a Convenção sobre Diversidade Biológica²⁶, a Convenção

26 Aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 2 de 03 de fevereiro de 1994 prevendo o respeito à preservação e manutenção do conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica.

para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial²⁷, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais²⁸ e, talvez a mais expressiva delas, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT²⁹.

No que se refere à legislação infraconstitucional, porém, o fato de que são normas de menor hierarquia incorporadas pelo sistema jurídico brasileiro e não leis em sentido estrito que protejam, de fato, os povos e comunidades tradicionais, acaba por fragilizar a efetividade das garantias constitucionais.

De todo modo, a autoidentidade dessas populações tradicionais, segundo a Convenção 169 da OIT, é um critério fundamental, mesmo que subjetivo, para a definição dos povos, não sendo possível ao Estado ou grupo social negar a identidade de uma comunidade se como tal ela própria se reconheça. O texto normativo prevê a consulta e a participação dos povos interessados como um direito dos mesmos de decidirem sobre suas próprias prioridades de desenvolvimento.

Há, igualmente, o reconhecimento do direito de posse e propriedade e a previsão das medidas a serem tomadas para a salvaguarda desses direitos em relação à terra e ao território que as comunidades tradicionais ocupam ou utilizam coletivamente.

No que se refere às previsões brasileiras, a Carta Magna de 1988, como já referido, iniciou o tratamento da cultura e dos bens culturais e destinou uma seção específica ao assunto reconhecendo e protegendo o pluralismo cultural e a diversidade de valores dos grupos étnicos existentes, conforme

27 Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 22, de 01 de fevereiro de 2006, que amplia a esfera de proteção de acervos culturais também no plano imaterial.

28 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 485, de 20 de dezembro de 2006, determina o respeito e proteção dos sistemas de conhecimentos tradicionais, bem como reconhece a contribuição desses conhecimentos para a proteção ambiental e a gestão dos recursos naturais.

29 Aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 143 de 20 de junho de 2002 prevendo criar um instrumento internacional que, vinculado aos direitos dos povos culturalmente tradicionais, pode ser aplicável aos povos em países independentes que apresentem condições sociais, culturais e econômicas distinguindo-se de outros segmentos da população nacional. Promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 que, em 5 de novembro de 2019, foi revogado pelo Decreto nº 10.088, consolidando os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil.

previsão do artigo 216³⁰. A ordem constitucional vigente, portanto, reconhece o multiculturalismo e formalmente protege os diferentes grupos que formam o patrimônio cultural brasileiro. Sobre a previsão, Leivas³¹ entende que:

Uma interpretação sistemática do texto constitucional permite que se entenda que a expressão “sociedade pluralista e sem preconceitos” que consta no preâmbulo da Constituição compreenda também o pluralismo cultural e a igualdade entre todas as culturas existentes no território nacional.

Quanto à regulamentação infraconstitucional, é relevante referir o Decreto de 27 de dezembro de 2004 que foi substituído posteriormente pelo Decreto de 13 de julho de 2006, resultantes do I Encontro dos Povos e Comunidades Tradicionais, sendo este último substituído pelo Decreto nº 8.750, de 9 de maio de 2016, que institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais.

O Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, é previsão, de igual modo, importante nesse contexto porque preconiza os territórios tradicionais como espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos, estabelecendo como objetivo geral o desenvolvimento sustentável com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia de seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à identidade, às formas de organização e às instituições³².

30 Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

31 LEIVAS, 2014, p. 6.

32 Possui, ainda, como objetivos específicos: 1. a garantia aos povos e comunidades tradicionais de seus territórios e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica (inciso I do artigo 3º); 2. a solução e/ou minimização dos conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em seus territórios tradicionais e o estímulo à criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável (inciso II do artigo 3º); 3. garantir os direitos dos povos e das comunidades tradicionais afetados direta ou indiretamente por projetos, obras e empreendimentos: inciso IV do artigo 3º.

Segundo Pereira e Shiraishi Neto³³, o território ultrapassa, portanto, a noção de cartas cartográficas e deve ser entendido como elemento essencial para que os povos e comunidades tradicionais usufruam dos demais direitos prestes a serem descobertos no texto constitucional, a partir do reconhecimento das lutas e práticas sociais.

A previsão da conceituação jurídica de povos e comunidades tradicionais, disposta no Decreto 6.040/2007³⁴, é passível de interpretações e inclusões, posto que norma aberta. A restrição do conceito jamais poderia considerar a pluralidade desses povos, precisando envolver coletividades presentes em todo país além daquelas que aparecem somente em determinados locais.

No entanto, a forma de aplicação da regularização fundiária atualmente no Brasil para a preservação dos povos tradicionais remonta de sistemáticas vigentes na primeira metade do século XX onde não havia a preocupação em estabelecer uma relação entre uma população e o território em que habitava.

O processo de reconhecimento e demarcação das terras quilombolas, por exemplo³⁵, que deve identificar, reconhecer, delimitar, demarcar, desintrusar, titular e registrar as terras ocupadas por remanescentes de quilombos, no entanto, ainda é pouco expressivo se comparado ao número de comunidades à espera da titulação de suas terras. As questões jurídica e administrativa, principalmente as de desapropriação e retirada de ocupantes, são vagarosas e embaraçam o andamento do processo de regularização das terras.

O que se destaca na legislação é a proteção à propriedade privada e a terra vista como mercadoria, como refere Almeida³⁶. A previsão constitucional que garante os direitos dos povos e comunidades tradicionais culminou em leis aplicadas aos indígenas e quilombolas – ainda assim, com muita dificuldade de aplicação – e a um conjunto normativo que ratifica tratados internacionais.

33 PEREIRA; SHIRAISHI NETO, 2016.

34 Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

35 Decreto Federal nº 4.887 de 2003, regulamentado pela Instrução Normativa nº 16 de 2004 e nº 49 de 2008.

36 ALMEIDA, 1984.

No Poder Judiciário vê-se que os procedimentos judiciais não foram pensados para proteger os povos tradicionais e há certa resistência em lidar com os direitos das minorias pelos operadores do Direito afeitos a entender a justiça à luz de valores que se contrapõem à organização desses grupos sociais.

O Estado brasileiro, nas três esferas de poder existentes – Executivo, Legislativo e Judiciário – parece acreditar, por vezes, que basta a existência formal de direitos para que o problema se entenda como resolvido. Sobre esta realidade brasileira, Chauí³⁷ apresenta o que aqui se chama de esforço em propagar uma determinada narrativa como “mito”, não somente no sentido etimológico, mas, sobretudo, antropológico, como uma espécie de explicação ou justificativa para certa realidade. Tal propósito traz uma solução imaginária para os conflitos “que não encontram caminhos para serem resolvidos no nível da realidade”.

Na sociedade democrática essas comunidades tradicionais devem ser reconhecidas uma vez que são portadoras de direitos universais e de direitos à afirmação e defesa da sua identidade. O tratamento dispensado pelo Estado é antidemocrático e desconsidera o reconhecimento das diferenças e especificidades socioculturais do país.

É possível afirmar, portanto, que o Brasil possui garantias constitucionais elementares para proteger o uso da terra tradicional, as comunidades e a reprodução de seus conhecimentos – intimamente relacionada à proteção ambiental, conforme se reconhece internacionalmente³⁸. O desafio imposto é a participação do Estado na equação que compõe o verdadeiro Estado Democrático de Direito: a previsão formal pela lei e a instrumentalização dos governos que está, salvo melhor juízo, intimamente ligada a uma concepção preconceituosa de parte da sociedade que entende a cultura dessas comunidades como antiquadas e inábeis ao desenvolvimento e às mudanças sociais pretendidas pela maioria.

4. O caso dos Areais da Ribanceira

A comunidade apontada como exemplo da problemática levantada vive às margens da área portuária do Município de Imbituba, litoral sul do Estado de Santa Catarina. A região caracteriza-se pela atividade agrícola, dividida

37 CHAUI, 2001, p. 9.

38 ANTUNES, 2020, entre outros.

em pequenas lavouras de uso tradicional, intercaladas por butiazeiros³⁹ e outras espécies, além da prática da pesca artesanal.

Os relatos sobre a origem desse grupo estão associados à existência de laços de parentesco entre famílias descendentes de imigrantes açorianos e indígenas que remontam a um processo histórico de uso e ocupação da faixa litorânea no sul de Santa Catarina desde o século XIX. Essas famílias desenvolveram ao longo dos anos práticas de uso e apropriação dos recursos naturais pautadas em regras e valores morais de ocupação da terra de forma coletiva que possibilitou a acumulação de formas de manejo da biodiversidade e a preservação de ecossistemas da região⁴⁰. O litoral de Imbituba possui várias praias, enseadas e costões rochosos e é destino certo do turismo em razão dos atrativos naturais e paisagísticos. Nos meses de verão, a densidade populacional aumenta consideravelmente e o município sofre pressão da iniciativa privada que pratica a especulação imobiliária na região visando à construção de pousadas, hotéis, condomínios e loteamentos de alto padrão.

A história de ocupação do município de Imbituba e sua formação socioespacial estiveram intimamente ligadas às armações baleeiras e à atividade mineradora que passou por períodos de crescimento em momentos de crise, como a primeira e segunda Guerras Mundiais, a crise dos anos 1930 e a crise do petróleo.

Desde o período dos primeiros ocupantes, porém, no litoral de Imbituba sempre estiveram presentes habitantes que, embora invisíveis ou irrelevantes diante do cenário econômico imposto, manejavam a biodiversidade existente, plantavam e supriam suas necessidades básicas por meio da pesca artesanal.

Nas crises econômicas ocorridas havia o fortalecimento dos conhecimentos comuns e dos modos de vida da comunidade local no uso da terra, na pesca e no manejo que permearam toda a história de desenvolvimento de Imbituba e região e fizeram com que áreas importantes da biodiversidade local fossem preservadas.

39 O butiazeiro (*Butia Catarinensis*) é uma espécie de palmeira cuja ocorrência é endêmica da restinga do sul do Brasil, mais especificamente no litoral centro sul de Santa Catarina. É considerada uma espécie ameaçada de extinção de acordo com a Resolução do CONSEMA Nº 51, de 05 de dezembro de 2014, que reconhece a Lista Oficial das Espécies da Flora Ameaçada de Extinção no Estado de Santa Catarina.

40 MOMBELLI, 2013; OLIVEIRA, 2020.

As atividades do município até a década de 1970, porém, eram essencialmente ligadas à agricultura itinerante e à pesca artesanal, sendo que na área urbana se concentravam atividades ligadas ao funcionamento do Porto e à indústria cerâmica impulsionados pela chegada de Henrique Lage⁴¹, empresário que mudou o cenário econômico da região. No cenário estadual, porém, o governo de Santa Catarina implantava o Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado de Imbituba – PDDI que motivou a declaração de utilidade pública de áreas para servir à instalação do complexo industrial, oferecendo a área no entorno do porto à utilização de empresas interessadas.

O início dos processos de desapropriação das terras no entorno do Porto constituiu o primeiro passo para a desterritorialização⁴² das famílias pertencentes à Comunidade uma vez que não possuíam documentos que comprovassem a propriedade ou a posse e foram forçadas a deixar para trás moradias e os cultivos de subsistência. As indenizações tinham valores módicos e o Estado não deu espaço para negociações.

A promessa feita aos agricultores e pescadores tradicionais e que, supostamente, movia o ímpeto estadual, era a criação de numerosas vagas de empregos que seriam geradas pelo complexo industrial. O tempo passou e a promessa não foi concretizada permanecendo as famílias em condições precárias de moradia, sem terra para a própria subsistência e ocupando terrenos irregulares lindeiros à área em que viviam.

O processo de privatização das terras também ocorreu, já que a desapropriação, inicialmente realizada pelo Estado para atender aos interesses do complexo portuário, se transformou no primeiro passo para que as terras se tornassem privadas e passassem a compor o patrimônio de grandes empresas.

Com a finalidade de preservação do seu modo de vida os integrantes da Comunidade dos Areais da Ribanceira se organizam, como podem, em busca de mecanismos que reconheçam a ocupação tradicional da terra e a regularização e proteção ambiental das áreas daquela região, muito embora já tenham perdido grande parte do território que ocupavam há mais de um século.

41 Empresário carioca que contribuiu para o desenvolvimento econômico do sul catarinense e que procurou criar uma infraestrutura industrial carbonífera com a utilização do carvão descoberto na região. Sobre sua influência no desenvolvimento do sul Catarinense, ver BOSSLE, 1981.

42 HAESBAERT, 2016.

As experiências de defesa dos direitos da Comunidade foram muitas e variadas, inclusive, com a tentativa de criação de unidades de conservação, uma vez não existir dúvidas quanto ao fato de que a continuidade da posse do território que ocupam e exploram auxiliaria na proteção ambiental. Tais experiências, como procedimentos para criação de uma Reserva Extrativista, Reserva de Desenvolvimento Sustentável ou Assentamento Rural, se arrastam sem qualquer solução há muitos anos⁴³.

A criação da Nova Cartografia Social dos povos e comunidades tradicionais do Brasil⁴⁴, em 2010, auxiliou na potencialização dos processos de mobilização do grupo e sua luta pelos mecanismos legais para assegurar o reconhecimento do seu território tradicionalmente ocupado, conforme atestam depoimentos de moradores locais.

A ineficácia dos instrumentos dispostos na legislação para a garantia dos direitos dos povos tradicionais constitucionalmente reconhecidos é flagrante. A Comunidade vem tentando se valer de diversos meios para tornar possível a regularização fundiária. No entanto, a efetividade da normatização é colocada à prova quando se percebe a necessidade da existência de uma conjuntura política, social e econômica que torne o discurso verdadeiro. Para Foucault⁴⁵, só é possível haver determinadas ordens verdadeiras e “certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se forma o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade”.

É interessante perceber – ilustrando a desconsideração do Estado Democrático de Direito na prática – que, no caso da Comunidade dos Areais da Ribanceira, os registros evidenciam experiências históricas continuadas de expropriação de terras utilizadas coletivamente há mais de um século.

Muito embora as investidas para a desterritorialização da comunidade pelo Estado tenham se dado a partir da década de 1970 – portanto, antes da Constituinte de 1988, mesmo após a promulgação da Carta as ilegalidades contra os direitos da comunidade se perpetuam, ano após ano, e de uma forma contumaz, não obstante as Convenções Internacionais às quais o Brasil se filiou e a legislação infraconstitucional nacional existente.

43 MOMBELLI, 2013.

44 VARELLA et al., 2013.

45 FOUCAULT, 2012, p. 27.

5. Conclusão

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 deliberou sobre a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas às populações marginalizadas uma vez que inaugurou um novo conceito que deveria reconhecer a questão da igualdade como uma meta a ser garantida para a viabilidade de condições mínimas de vida à comunidade e ao cidadão.

A Carta Magna apresentou, na mesma forma, a necessidade da proteção à cultura salvaguardando as comunidades tradicionais e garantindo a continuidade dos seus modos de ser e viver entendendo, inclusive, que essa proteção compreenderia a existência de uma terra, considerando que é por meio de práticas tradicionais que se constitui um território a ser protegido.

A realidade do país, mais de trinta anos após a instituição da nova ordem apresentada pelo Estado Democrático de Direito instituído em 1988, porém, é muito diversa da previsão normativa existente.

Os povos tradicionais permanecem em situação de hipossuficiência, marginalizados e, por vezes, em uma condição de invisibilidade frente às políticas públicas aplicadas no país, sofrendo pressões econômicas, discriminatórias e excludentes apesar de toda previsão legal existente.

A forma pela qual o Estado foi concebido implica no reconhecimento das comunidades e minorias nacionais, posto que se caracteriza por uma sociedade plural. A concepção de sociedade homogênea abalizada pelo clamor da maioria excluiu as diferenças existentes que compõe o Brasil, viciando a ideia de estado pluriétnico e multicultural.

Vale destacar que, excluídas as ações que são visíveis, como desapropriação de terras, venda de territórios ocupados para grandes empresas ou desterritorialização das comunidades, há as ações veladas ou omissões que são constituídas da falta de respeito, da falta de incentivo e da falta de conhecimento que faz do desmantelamento de uma comunidade o primeiro passo para seu desaparecimento.

Não se pode desconsiderar que a ausência de reconhecimento dessas comunidades pode gerar um processo de expulsão não apenas por políticas públicas inadequadas, mas também pela exaustão e pelo esgotamento das suas condições de sobrevivência.

É preciso considerar a afinidade dessas pessoas, ao longo do tempo, com a natureza e com a terra. Para elas, não se trata apenas de um lugar,

mas de uma complexa interação simbólica, constituindo um território que se expressa, por exemplo, na agricultura tradicional itinerante e nas técnicas da pesca artesanal não predatórias considerando os barcos industriais, como é o caso da Comunidade dos Areais da Ribanceira.

No atual Estado Democrático de Direito, portanto, o respeito e legitimidade das formas de compreensão e vivência do Brasil não podem fazer mais parte apenas da constituição de textos normativos, mas, sim, habitar em todas as áreas da vida do brasileiro. As razões pelas quais a legislação para proteção dos meios de vida dos povos tradicionais em um país multicultural como o Brasil é constantemente ignorada, portanto, advém da inexistência de uma conjuntura política, social e econômica que garanta uma efetividade legislativa. A realidade fundiária brasileira impede a distribuição e ocupação de terras no país e permite que sejam legitimadas situações de exploração e exclusão.

Apesar do sofrimento e das perdas sentidas pelos povos e comunidades tradicionais desde o tempo da promulgação da garantia formal de seus direitos em 1988, a ameaça de classificar suas formas de vida heteronimamente permanece forte, continua ditando regras e motivando discriminações. Não obstante passados mais de trinta anos do primeiro passo para reconhecer a importância desses povos para o Brasil, não será tarde para tornar, posto que imperativo, o texto normativo uma realidade.

Referências

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. As áreas indígenas e o mercado de terras. *Aconteceu Especial – Povos Indígenas do Brasil/84*, São Paulo, v. 15, pp. 53-59, 1984.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Internacional do Meio Ambiente: particularidades. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, pp. 263-294, 2020.
- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O Acesso a Terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: EDIURI, 1998.
- BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, P.; STREIFF-FENART, J. *Teorias da Etnicidade*. São Paulo: UNESP, 1998, pp. 187-227.
- BAUER, Martin W.; GASKELL, George. *Pesquisa Qualitativa com Texto, Imagem*

- gem e Som. 13^a ed./3 r. Petrópolis: Vozes, 2018.
- BOSSLE, Ondina Pereira. *Henrique Lage e o Desenvolvimento Sul Catarinense*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1981.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil, Mito Fundador e Sociedade Autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.
- DINIZ, Maria. Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Nau, 2012.
- HAESBAERT, Rogério. *O Mito da Desterritorialização*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2016.
- HAGUETTE, Tereza Maria Frota. *Metodologias Qualitativas na Sociologia*. 10^a ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Editora Moraes, 1991.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Direitos dos povos e comunidades tradicionais na Constituição Federal como direitos fundamentais. *Revista SEPesq*, Porto Alegre, pp. 1-6, 2014.
- LITTLE, Paul Elliott. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. In: *Anuário Antropológico 2002/2003*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, pp. 251-290, 2004.
- MARICATO, Ermínia. *Metrópole na Periferia do Capitalismo: ilegalidade, desigualdade e violência*. Estudos Urbanos Série Arte e Estudos Urbanos. São Paulo: Hucitec, 1996.
- MARTINS, Pedro. *Messiânicos & Bandoleiros: identidade, memória e apropriação da terra em um grupo remanescente do Contestado*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa Social: teoria, método e criatividade*. 38^a ed. Petrópolis: Vozes, 2016.
- MOMBELLI, Raquel. *Comunidade tradicional dos Areais da Ribanceira*. Imbituba (SC): desenvolvimento, territorialidade e construção de di-

reitos. *Revista Estudos Sociológicos*, Araraquara, v. 18, n. 35, pp. 325-345, 2013.

NCS – Nova Cartografia Social dos Povos e Comunidades Tradicionais do Brasil. *Comunidade Tradicional dos Agricultores e Pescadores dos Areais da Ribanceira*. Coordenadores: Alfredo Wagner Berno de Almeida. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia/ UEA Edições, 2011.

OLIVEIRA, Elisa Quint de Souza de. *Desterritorialização e resistência nos Areais da Ribanceira: a busca de uma comunidade tradicional pelo direito a terra em Imbituba-SC*. Tese de doutorado – PPGPLAN/UEDESC. Florianópolis, 2020.

OLIVEIRA, Elisa Quint de Souza de; MARTINS, Pedro; ANTUNES, Douglas Ladik. Areais da Ribanceira: comunidade tradicional e território em Imbituba/SC. *Revista Brasileira de Desenvolvimento Regional*, Blumenaу, 8(1), pp. 175-194, 2020.

PEREIRA, Paulo Fernando Soares; SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Um pouco além dos territórios: o direito fundamental dos povos indígenas a uma educação diferenciada. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 116, pp. 603-632, Out. 2016/Jan. 2017.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim; LIMA, Rosirene Martins; ALCOBAÇA, Luzilene Everton de. Saberes e práticas tradicionais em movimento: a comunidade do Maracanã na rota de um projeto global. *Novos Cadernos NAEA*, Belém, v. 21 n. 1, pp. 99-115, 2018.

SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, pp. 213-230, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *A Prisão e a Ágora: reflexões em torno da democratização do planejamento e da gestão das cidades*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

VARELLA, Marcelo Cunha; DUARTE, Letícia Ayumi; MARTINS, Pedro. Uma discussão espacial a partir das cartografias sociais e a representação de territorialidades específicas. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, Curitiba, v. 2, n. 1, pp. 13-29, jan./jun. 2013.

Recebido em 26 de fevereiro de 2019.

Aprovado em 07 de outubro de 2020.

RESUMO: O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 definiu a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para populações marginalizadas visando o bem-estar social. A Carta Magna previu, ainda, proteção à cultura salvaguardando as comunidades tradicionais e garantindo a continuidade dos seus modos de ser e viver. Essa proteção, naturalmente, compreende o uso de um território sem o qual essas práticas tradicionais não ocorreriam. A realidade, porém, é diversa da previsão normativa. Grande parte dessas comunidades, devido às pressões econômicas, discriminatórias, excludentes e fundiárias, se encontra lutando e resistindo, não obstante a intenção de silenciá-las, como ocorre com a Comunidade Tradicional dos Areais da Ribanceira, em Imbituba, litoral sul do Estado de Santa Catarina. Conhecer as razões pelas quais a legislação para proteção dos meios de vida dos povos tradicionais em um país multicultural como o Brasil é constantemente ignorada pode auxiliar, acredita-se, na criação de instrumentos mais eficazes e capazes de mudar essa realidade.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, direito à terra, comunidades tradicionais.

ABSTRACT: The Democratic State of Law established by the Federal Constitution of 1988 defined the need to implement public policies aimed at marginalized populations aiming at social welfare. The Magna Carta also provided protection to the culture, safeguarding traditional communities and ensuring the continuity of their ways of being and living. This protection, of course, includes the use of a territory without which these traditional practices would not occur. The reality, however, is different from normative prediction. Many of these communities, due to economic, discriminatory, exclusionary and land-based pressures, are struggling and resisting, despite their intention to silence them, as is the case with the Traditional Community of Areais da Ribanceira, in Imbituba, south coast of the State of Santa Catarina. Knowing the reasons why the legislation to protect the livelihoods of traditional peoples in a multicultural country like Brazil is constantly ignored can help, it is believed, in the creation of more effective instruments capable of changing this reality.

Keywords: Democratic State of Law, right to the earth, traditional communities.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: OLIVEIRA, Elisa Quint de Souza de; MARTINS, Pedro. Uso da terra por comunidades tradicionais no estado democrático de direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1223>.

Existem bases tributárias dotadas de valor intrínseco? Uma reflexão político-filosófica sobre os fundamentos da tributação a partir dos escritos de Liam Murphy e Thomas Nagel

Are there intrinsically valuable tax bases? A political and philosophical reflection on the foundations of taxes based on the work of Liam Murphy and Thomas Nagel

Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante*
Universidade Federal de Viçosa, Viçosa – MG, Brasil

Thomas da Rosa de Bustamante**
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG, Brasil

1. Introdução

Desde o início do último século, pode-se observar um crescente interesse filosófico sobre os fundamentos do direito tributário, que passou a ocupar um lugar central na filosofia do direito a partir da publicação de estudos de filosofia do direito tributário inspirados na teoria da justiça de John Rawls¹. Dentre esses estudos, destaca-se, por seu impacto e rigor metodológico, a obra “O Mito da Propriedade”, dos professores da Universidade de Nova Iorque Liam Murphy e Thomas Nagel².

*Professora Adjunta da Universidade Federal de Viçosa. Coordenadora do Laboratório de Prática Jurídica da UFV. Doutora em Direito pela UFMG. E-mail: evanildagodoi@ufv.br.

**Professor Associado da Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista em Produtividade do CNPq (PQ-2). Doutor em Direito pela PUC-Rio. E-mail: tbustamante@ufmg.br. Orcid: 0000-0002-4493-0088.

1 RAWLS, 1999; 2001.

2 MURPHY; NAGEL, 2002.

Murphy e Nagel foram capazes de construir um argumento sofisticado acerca dos fundamentos filosóficos do direito tributário, o qual pode ser utilizado como pano de fundo para uma crítica aos sistemas tributários contemporâneos, fundada em argumentos político-morais. Nesse trabalho, propõe-se uma reflexão política e moral sobre o direito tributário a partir da obra desses autores, mas que seja capaz de transcender as teses contidas em sua obra e criticar uma das conclusões que eles apresentam como centrais: a tese de que a escolha das bases tributárias a serem adotadas por um sistema jurídico é dotada de valor instrumental³. Isso porque, para os autores, qualquer diagnóstico sobre a justiça e a eficiência de um sistema tributário só pode ser realizado a partir de uma perspectiva global que considere o resultado da distribuição de bens sociais após a incidência de todas as normas tributárias e despesas orçamentárias.

Pensando com e contra Murphy e Nagel, busca-se defender a correção da maioria das suas premissas teóricas e conceituais, mas não em relação à tese do caráter instrumental da escolha da base tributária. Apoiando-se em uma importante literatura secundária e na metodologia jurídico-interpretativa fornecida por Ronald Dworkin⁴, sustentar-se-á, em réplica, que os princípios fundamentais da justiça tributária justificam a existência de certas bases tributárias de valor intrínseco. Se a igualdade social for dotada de valor intrínseco, então certas bases tributárias tidas como imprescindíveis para a redução das desigualdades e a desconcentração de poder econômico também podem ser tidas como intrinsecamente valiosas, de modo que nenhum sistema tributário poderá ser considerado justo se não explorar essas bases.

Para fundamentar essa conclusão, a seção 2 trará uma reflexão geral sobre o fundamento do direito de propriedade e a crítica realizada por Murphy e Nagel à crença de que a distribuição de rendas realizada apenas

3 Adotar-se-á neste trabalho a definição de valor instrumental proposta por Joseph Raz, que distingue entre valores “relacionais” e “não relacionais” nos seguintes termos: “Juízos de valor não relacionais são juízos do tipo ‘X é bom (ou valoroso)’, ou ‘algo é um bom (ou valioso) X’. Juízos de valor relacionais têm a forma ‘X é bom (ou valoroso) para Y’”. RAZ, 1999, p. 252. Valores instrumentais, no entanto, são uma subespécie de valores relacionais porque é possível que haja valores relacionais dotados de valor intrínseco, é dizer, de valor em si mesmo, como explica Raz no fragmento seguinte: “Bens (ou valores) instrumentais não devem ser confundidos com bens (ou valores) instrumentais. Os últimos são bens relacionais, cujo valor reside em ter consequências valiosas (ou no fato de que eles têm a probabilidade de produzirem tais consequências)”. RAZ, 1999, p. 255.

4 DWORKIN, 2000.

pelo mercado deve ser tida como justa. Em seguida, na seção 3, será analisado o primeiro fator de avaliação necessário para valorar o sistema tributário: a eficiência de suas normas. Em seguida, na seção 4, será explorado o segundo fator de valoração – a justiça –, bem como a tese de Murphy e Nagel sobre a natureza instrumental da decisão política de escolha da base tributária em um determinado sistema jurídico. A quinta e última seção, por sua vez, reflete criticamente sobre a obra de Murphy e Nagel e fundamenta, a partir da metodologia não-arquimediana de Ronald Dworkin, a conclusão de que a justiça do sistema tributário pode ser verificada a partir do princípio da ‘prioridade local’, com a análise de certas bases de cálculo tidas como indispensáveis para qualquer sistema político preocupado, genuinamente, com a redução das desigualdades sociais.

2. Crítica à concepção liberal do direito de propriedade e ao mito da justiça da distribuição de recursos pelo mercado

As concepções sobre o direito de propriedade oferecidas pelo liberalismo clássico, cujo principal expoente é John Locke⁵, e pelo neoliberalismo contemporâneo, cujo fundamento filosófico é oferecido por Robert Nozick⁶, apresentam um traço em comum: ambas estão construídas sob a premissa de que a propriedade privada deve ser concebida como um “direito especial”, na nomenclatura de Jeremy Waldron⁷. Um direito especial é um direito que surge em razão de eventos particulares que criam ou alteram uma situação jurídica diferenciada. Como explica o autor, “é um direito que se considera que uma pessoa tem em virtude da ocorrência de algum evento ou transação contingente”⁸.

A palavra “direito” (*right*) está empregada aqui mais em uma acepção moral, é dizer, mais no sentido de um “direito humano” ou um “direito natural”, do que em uma acepção estritamente jurídica de “direito subjetivo”, no sentido de um direito criado por alguma decisão política do legislador positivo. A propriedade, para Locke, é vista, portanto, como ao mesmo tempo um direito natural (um direito imanentemente justo, que tem exis-

5 LOCKE, 1998.

6 NOZICK, 1991.

7 WALDRON, 1988, p. 107.

8 WALDRON, 1988, p. 112.

tência anterior a do Estado e que funciona como uma espécie de limite à legitimidade do poder estatal, pois o poder político só será legítimo se o respeitar) e um direito especial, ou seja, um direito que só pode ser titularizado por uma classe determinada de pessoas que tenha acesso exclusivo a um bem sobre o qual se exerce esse direito.

Mas o que é que faz com que o direito de propriedade tenha essa característica? Que tipo de relação entre uma pessoa e uma coisa é capaz de criar o privilégio de um acesso exclusivo a ela, se no estado de natureza éramos todos iguais e ninguém tinha mais ou menos liberdade do que todos os outros?

Locke acreditava que no estado de natureza não havia propriedade privada. No pensamento teológico e filosófico de Locke, a natureza, tal como Deus a criara, era um bem comum, sobre o qual ninguém poderia, originalmente, reivindicar titularidade. Não obstante, cada ser humano seria dotado de liberdade para apropriar-se de recursos da natureza se os empregasse, com o seu trabalho, para garantir a sua própria sobrevivência. Locke acreditava que um ser humano adquire direito individual exclusivo sobre uma coisa quando ele mescla o seu trabalho com essa coisa, ou seja, quando ele a emprega como um recurso. O direito à apropriação de uma coisa se daria por meio do trabalho, que lhe dá uma destinação útil não apenas para a sobrevivência individual, mas para o grupo social. Ao se apropriar de uma terra vazia, por exemplo, e trabalhar o solo para dele extrair alimentos, o homem atribui um valor especial a essa terra, justificando-se a sua apropriação.

Esse direito à aquisição pelo emprego do seu trabalho sobre uma coisa é, para Locke, o grande fundamento moral da propriedade. Locke acreditava que ao se apropriar de uma terra e torná-la útil com o seu trabalho, o homem contribui para a sociedade, pois ele aumenta a utilidade geral e torna valioso aquilo que antes da apropriação não tinha nenhum valor. Ele acreditava, ainda, que essa apropriação não causa dano aos demais cidadãos (não-proprietários), pois sempre haverá outros bens iguais em qualidade e quantidade para apropriação posterior.

Essa teoria da legitimidade da “aquisição originária” é diferente das teorias mais recentes, como a de Robert Nozick⁹. Para ele, o que importa é que a aquisição originária tenha sido justa, sendo que a titularidade

9 NOZICK, 1991.

histórica não pode ser desconsiderada para avaliar a justiça na aquisição. Essa titularidade histórica, independentemente da justificação baseada no ‘trabalho’, proposta por Locke, é um indício poderoso de que os não-proprietários consentiram com o ato de aquisição, e tanto é assim que criaram leis para proteger a propriedade privada como uma instituição jurídica fundamental. É justo, segundo Nozick, que se reconheça a titularidade da propriedade a quem primeiro tomou posse de uma terra, que antes dessa apropriação estava à disposição de qualquer pessoa (esse é, aliás, o ponto mais obscuro e criticável da teoria de Nozick, o qual Waldron denominou de “princípio da justiça da aquisição”)¹⁰.

Não obstante, tanto Locke quanto Nozick concordam no ponto que é mais importante para a filosofia do direito tributário dos nossos dias: eles concordam quanto ao denominado “princípio da justiça nas transações”. Segundo esse princípio, uma vez apropriada de maneira justa, não importa há quantas gerações, qualquer transferência de propriedade posterior, seja com base em relações contratuais, regidas pelo princípio do *pacta sunt servanda*, seja por meio de legados, doações, investimento, trabalho etc., deve ser considerada justa também.

Para Locke¹¹ e Nozick¹², uma das funções mais essenciais da sociedade é justamente proteger a propriedade, na medida em que esses autores consideram o direito de propriedade privada como uma emanção direta do direito de liberdade. Para eles, todos os seres humanos são livres e essa liberdade implica o direito de usufruir com exclusividade os bens sobre os quais exercem esse direito de propriedade.

Além desse raciocínio moral para fundamentar o direito de propriedade como um direito natural e especial, nos sentidos que foram expostos acima, os teóricos do neoliberalismo (capitaneados por Nozick) sustentam também, com fundamento no princípio da justiça nas transações, que não cabe ao Estado realizar políticas de redistribuição da riqueza. Eles acreditam que o mercado, por si só, se autorregula, sendo injustas quaisquer intromissões na distribuição de riquezas realizada pelo mercado. Noutros termos, sustentam que a tributação deve ser neutra em relação ao mercado; que ela não deve alterar a distribuição de bens sociais que resultam das

10 WALDRON, 1988, p. 257.

11 LOCKE, 1998.

12 NOZICK, 1991.

trocas, das relações de compra e venda, investimentos, trabalho etc., de modo que aquela distribuição dos bens que resultar apenas do mercado, antes da imposição dos tributos, deve ser mantida depois da tributação. Como apontam Murphy e Nagel, para o pensamento neoliberal o sistema tributário não pode alterar a configuração do mercado, sob pena de ilegitimamente infringir esses direitos naturais. Essa premissa da neutralidade da tributação foi denominada pelos autores de “libertarianismo cotidiano”¹³.

A crítica de Murphy e Nagel é dura. Em resumo, eles acusam praticamente todas as justificativas tradicionais encontradas para a tributação, na literatura internacional de direito tributário, de estarem baseadas nessa ideologia (o libertarianismo cotidiano). Vejamos com detalhe quais são essas justificativas, para que possamos entender a influência da ideologia libertária em cada uma delas.

A primeira e mais rudimentar justificativa empregada para a tributação pode ser encontrada no denominado princípio do benefício. É dizer, a tributação se justifica na mesma proporção (e de forma direta) do benefício que o Estado oferece para o indivíduo. Todos nos beneficiamos da existência do Estado e de instituições políticas como a polícia, o judiciário, o governo etc., e de serviços essenciais como construção de estradas, pontes, aeroportos, escolas etc. Qual é o benefício que a socialização traz para cada indivíduo? E quanto seria justo pagar para ter esses benefícios? De acordo com os defensores do princípio do benefício, uma vez que essas perguntas estejam respondidas teremos condições de saber quanto cada um de nós deve pagar a título de tributação.

O princípio do benefício, como intuitivamente se depreende, é defendido para se sustentar uma concepção individualista de propriedade: como todos são beneficiados com a socialização, não é justo que alguém seja sacrificado em uma proporção maior do que os demais em seu patrimônio no momento de arrecadar os recursos necessários para custear o Estado. Os adeptos desse princípio sustentam, portanto, ou uma tributação exatamente igual para todos, por meio de uma *flat tax* ou, no máximo, uma tributação proporcional aos benefícios que usufruem.

Não obstante, há uma série de problemas nesse princípio. Por economicidade, apenas um desses problemas será abordado, o que é suficiente para rechaçá-lo. Como explicam Murphy e Nagel, esse princípio é evi-

13 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 31.

dentemente equivocado porque ele “não nos dá qualquer orientação sobre qual faixa de tributação ou quais faixas de tributação deve haver, porque ele não nos dá nenhuma orientação sobre qual o nível apropriado de despesa governamental”¹⁴, de investimento em bens públicos. Trata-se de uma visão míope, pois pretende examinar a justiça de um modelo fiscal sem fornecer qualquer critério para saber que tamanho o Estado deve ter e que tipo de benefício ele deve prover.

A segunda justificativa é baseada no princípio da capacidade contributiva (ou *ability to pay*). Murphy e Nagel sustentam que não é só o princípio do benefício que pressupõe um libertarianismo de fundo na própria justificação da tributação, mas também pelo menos duas interpretações tradicionais do princípio da capacidade contributiva (a tributação pelos “talentos e oportunidades” – *endowment* – e a tributação pelo igual sacrifício). A noção de capacidade contributiva, para os autores, pode ser entendida de duas maneiras: a primeira é como um atributo pessoal, de modo que a tributação deva considerar não apenas o poder econômico de cada contribuinte, mas também (e talvez prioritariamente) os seus talentos (*endowment*)¹⁵. Embora essa ideia de medir a capacidade contributiva em função de nossos talentos seja muito pouco exequível em termos práticos, do ponto de vista filosófico ela retém uma plausibilidade interessante e pode ser defendida como um modelo teórico. Veja-se, neste sentido, o seguinte exemplo apresentado por Henk Vording em um recente estudo sistemático sobre essa proposta de justificação da tributação:

Elizabeth nasceu em uma família próspera, frequentou escolas caras, formou-se em direito, e trabalha em turno parcial como consultora para milionários, a maioria deles recrutada em seu círculo social ou em sua própria família. Sua média semanal é de vinte horas de trabalho e sua renda é de € 100.000,00. Ahmed nasceu no Iraque, em uma família de pequenos lavradores. Ele veio para a Europa como refugiado. Começou a trabalhar como motorista de taxi e, com seu modo de vida modesto, foi capaz de abrir um pequeno mini-mercado. Sua carga horária média é de oitenta horas de trabalho por semana, e a sua renda anual é de € 100.000,00¹⁶.

14 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 18.

15 MURPHY; NAGEL, 2002, pp. 20-23.

16 VORDING, 2017, p. 234.

O exemplo revela o apelo intuitivo da interpretação do princípio da capacidade contributiva em termos de capacidades subjetivas, relacionada aos recursos, oportunidades e talentos, e não apenas à capacidade econômica. No exemplo citado, Elizabeth tem uma renda igual à de Ahmed por escolha própria, pois ela poderia ter uma renda quatro vezes superior se trabalhasse a mesma quantidade de horas que ele. Deveria o direito tributário levar em conta o que as pessoas podem receber ao invés do que elas decidem receber?

A ideia de tributação com base em talentos ou oportunidades, no entanto, esbarra em uma importante objeção moral, pois ela subestima a necessidade de proteção da liberdade individual. Não devem os indivíduos escolher livremente, sem serem penalizados por essa escolha, a intensidade e a qualidade de seu próprio trabalho? Nesse sentido, John Rawls objeta que a tributação diferenciada sobre talentos ou oportunidades (*endowment tax*) – com vistas a obrigar os privilegiados a realizarem todos esses talentos e realizarem atividades valorizadas pelo mercado – limita indevidamente a liberdade dos talentosos de escolher o plano de vida que eles preferem¹⁷. Retira-lhes a sua autonomia e independência ética.

De todo modo, o debate sobre a tributação baseada em talentos e oportunidades é meramente acadêmico, e a interpretação da capacidade contributiva baseada nesta ideia está exposta às mesmas objeções da interpretação da capacidade contributiva baseada no igual sacrifício, como será analisado mais adiante.

A terceira justificativa é a baseada na interpretação da capacidade contributiva como um princípio exigindo igual sacrifício por parte dos contribuintes. A justificação da tributação com base no igual sacrifício considera a utilidade marginal do dinheiro: uma mesma proporção da renda (por exemplo, 10% dos rendimentos mensais) tem uma utilidade marginal muito maior para os cidadãos de baixa renda do que para os indivíduos que tenham maior capacidade econômica. Portanto, os contribuintes podem ser discriminados segundo a sua renda, retirando-se mais de quem tem mais, para assegurar que cada um tenha a mesma perda em termos de bem-estar. Como explicam Murphy e Nagel,

17 RAWLS, 2001, p. 158.

a premissa fática central... é da diminuição do valor marginal do dinheiro; saber se o princípio do igual sacrifício leva a um esquema de tributação proporcional ou progressivo depende do montante em que a utilidade marginal da renda diminui¹⁸.

Essa concepção, no entanto, está também exposta a uma objeção. Assim como o princípio do benefício, ela é míope porque considera apenas a contribuição que cada indivíduo deve realizar por meio da tributação, desconsiderando o conjunto de serviços e medidas redistributivas que o Estado adota. Segundo sustentam os autores, o princípio do igual sacrifício trata o direito tributário como se fosse uma subespécie de direito penal. A tributação é tratada apenas como um desastre comum a se impor sobre ricos e pobres e a justiça estaria em um sacrifício igual. Não obstante, como acertadamente postulam os autores,

tributos são instituídos para um propósito, e um critério adequado de justiça na sua imposição deve tomar em conta esse propósito. O que importa não é se os tributos – considerados em si mesmos – são justamente instituídos, mas ao invés disso se a *totalidade* do tratamento dado pelo governo aos seus subordinados, considerando suas despesas e também os seus tributos, é justa¹⁹.

Em outras palavras, se a destinação da arrecadação é justa.

Para Murphy e Nagel, as três alternativas apresentadas acima (princípio do benefício, princípio da capacidade contributiva entendido como “conforme os talentos ou potencialidades” e princípio da capacidade contributiva entendido como “igual sacrifício”) estão baseadas na ideia equivocada de que a tributação deve ser neutra, é dizer, na ideia de que deve haver uma “equidade vertical”²⁰ entre os contribuintes: todos devem sofrer o mesmo impacto com a tributação; ela deve impor a todos os cidadãos o mesmo ônus ou esforço, de maneira que ela não altere a distribuição de recursos realizada pelo mercado. O libertarianismo cotidiano está presente em todas as três concepções, pois o próprio raciocínio que está na base desses três princípios é a ideia de que a distribuição feita pelo mercado é natural e presumidamente justa.

18 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 24.

19 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 25.

20 MURPHY; NAGEL, 2002, pp. 13-16.

Mas seria essa a única interpretação do princípio da capacidade contributiva? Para os autores, a melhor interpretação é aquela que tenha como base a compreensão de que o sacrifício de quem tem maior capacidade contributiva deve ser maior, e o mercado não pode ser concebido como uma entidade natural ou mágica, capaz de sempre, sem qualquer intervenção, dar ensejo a distribuições justas. Não se trata, portanto, meramente de estabelecer que os contribuintes de maior capacidade contributiva paguem alíquotas proporcionalmente maiores, em função de o dinheiro ter para eles menor utilidade marginal; pelo contrário, trata-se de estabelecer uma alíquota suficientemente onerosa para impor-lhes um sacrifício maior do que o fixado para os contribuintes de menor poder aquisitivo.

A justiça da aquisição da propriedade e a justiça das transações para transferir essa propriedade, depois de ela ser adquirida, não podem ser presumidas. Pelo contrário, elas dependem de argumentos morais que são independentes da propriedade privada, ao invés de dependentes dela. E nem Locke e nem muito menos Nozick são capazes de se desincumbir do ônus de demonstrar a existência desse direito. Se nos livrarmos do libertarianismo cotidiano, e reconhecermos a impossibilidade de construir um argumento moral para fundamentar a propriedade privada como um direito natural especial, teremos mais êxito em avaliar a adequação de uma política tributária. Qualquer decisão sobre a configuração do sistema tributário tem que se libertar do mito de que a propriedade seria um direito com essas características, precisamente porque

(a) propriedade é uma convenção jurídica, definida em parte pelo sistema tributário; portanto, um sistema tributário não pode ser avaliado ao se olhar para o seu impacto sobre a propriedade privada, concebida como algo que tenha existência e validade independentes. Tributos devem ser avaliados como parte de um sistema geral de direitos de propriedade que eles ajudam a criar. A justiça ou a injustiça da tributação somente pode significar a justiça ou a injustiça no sistema de direitos de propriedade e alocações que resultam de um regime tributário particular²¹.

21 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 8.

A proposta de Murphy e Nagel é, portanto, considerar o regime da propriedade como em parte definido pela própria tributação. A tributação deixa de ser vista como uma interferência em um direito natural e especial preexistente e passa a ser concebida como um elemento que define o próprio sentido e o alcance desse direito. O direito de propriedade sobre um imóvel, por exemplo, não é visto como independente da tributação que sobre ele recai. Pagar os impostos incidentes sobre esse bem é uma das condições que qualquer pessoa deve cumprir para ter essa propriedade. Se a propriedade privada é vista como uma convenção, fruto de uma decisão política da comunidade, esta comunidade tem por consequência o direito de estabelecer cuidadosamente os requisitos e condições que alguém deve satisfazer para ter esse seu direito de propriedade protegido.

A propriedade privada, uma vez superado o mito de que ela seria um direito especial e natural, deve ser vista como uma convenção política; como um produto das instituições de governo, de uma decisão da própria comunidade, ou como um artefato cuja configuração concreta depende de um regime jurídico, que inclui não apenas uma regulamentação legal das formas de aquisição e transmissão da propriedade, mas também a forma de distribuição dos impostos.

Neste sentido, afirmam os autores que “direitos de propriedade são o produto de um conjunto de leis e convenções, dos quais o sistema tributário é uma parte. A renda pré-tributação, em particular, não tem qualquer significado moral independente”²². Concluem afirmando que a tributação deve ser avaliada segundo a sua eficiência e a sua justiça substancial.

3. A eficiência como parâmetro de valoração da tributação

Qualquer sistema tributário, assim como qualquer sistema econômico e qualquer configuração concreta do regime de propriedade, em uma comunidade política, pode e deve ser avaliado em termos de sua eficiência econômica. Mas o que se entende por eficiência econômica? Segundo Richard Posner, “o termo eficiência” deve ser utilizado para “denotar o tipo de alocação de recursos em que o valor é maximizado”²³. A distribuição mais eficiente de um determinado bem, portanto, é a que mantenha esse

22 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 74.

23 POSNER, 1998, p. 13.

bem nas mãos de quem lhe atribua maior valor, é dizer, de quem esteja disposto a, e tenha a capacidade de, pagar mais por esse bem, consideradas todas as variáveis. Isso se dá, segundo Posner, porque é dessa maneira que a sociedade, considerada como um todo, se torna mais rica.

Um sistema de produção, ou distribuição, ou tributação, ou circulação que crie custos sociais excessivos e seja incapaz de gerar riqueza para uma nação é um sistema ineficiente, que causa prejuízo a todos e por isso não deve ser adotado. A necessidade de um juízo de eficiência econômica revela a importante tarefa que as ciências empíricas desempenham para a avaliação ou a formulação de qualquer política pública. Uma análise econômica de prognoses acerca de uma política pode, por exemplo, ser determinante para responder se ela deve ou não ser adotada.

A eficiência econômica é um dos fatores mais importantes para o desempenho da função extrafiscal da tributação, ou seja, a função que ela exerce de interferir na economia para atingir determinados fins. Aliás, no Brasil, o próprio legislador constituinte teve plena ciência disso, quando deixou ao livre alvedrio do Poder Executivo a modificação de alíquotas de certos impostos, como os impostos sobre a importação e a exportação, que podem ter suas alíquotas determinadas por Decreto Presidencial, dentro de uma margem de decisão discricionária estabelecida pelo legislador²⁴. Em nome da eficiência econômica, o Poder Executivo deve ter esse poder em função do impacto que esses tributos têm sobre a política econômica nacional.

Qualquer sistema tributário, em qualquer nação, há de buscar a eficiência econômica e a redução de custos sociais gerados pela tributação. É o princípio da eficiência que estimulou, por exemplo, um dos mais sofisticados mecanismos de arrecadação tributária do mundo, adotado expressamente pela Emenda Constitucional n. 3/1993 (que incluiu o §7º no art. 150 da Constituição da República Federativa do Brasil): a denominada substituição tributária para frente. Nesta modalidade de tributação, autoriza-se a cobrança antecipada do tributo, devendo este ser recolhido, pelo substituto, sobre fatos geradores cuja ocorrência se dá em um momento posterior. Em impostos multifásicos, como o ICMS, por exemplo, o imposto pode ser arrecadado diretamente do fabricante, que deverá recolher

24 Ver, em especial, o § 1º, do art. 153, da Constituição da República Federativa do Brasil, que autoriza o Poder Executivo a alterar por Decreto, dentro de limites fixados em lei, as alíquotas dos impostos sobre importação (II), exportação (IE), produtos industrializados (IPI) e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF).

o imposto devido na operação de circulação do seu estabelecimento para o estabelecimento do varejista e também o imposto que incidirá em uma operação ulterior, de venda do produto do varejista (substituído) para o consumidor final. Esse mecanismo é possível por meio de uma presunção legal, que permite o recolhimento antecipado do tributo com base em uma estimativa feita pelo fisco, a partir de em critérios de mercado, do preço final que será pago pelo consumidor. A essa estimativa se dá o nome de “fato gerador presumido”²⁵.

Como se observa, a técnica da substituição tributária para frente se justifica notadamente por razões de praticidade e eficiência, pois ela maximiza a tributação e torna incomparavelmente mais fácil a fiscalização e a arrecadação dos impostos, objetivando impedir, por exemplo, as fraudes e a sonegação do imposto pelos atravessadores e comerciantes do varejo.

Por outro lado, um exemplo de ineficiência está na existência de legislações confusas, com diferenciações desnecessárias, formulários múltiplos etc., que criam uma plêiade de obrigações tributárias acessórias e aumentam o custo administrativo do Estado e dos próprios contribuintes. Cumpre ressaltar, nesse sentido, o trabalho realizado no Estado de Minas Gerais pela Comissão Permanente de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais, constituída pelo Governo do Estado e coordenada pela Professora Misabel Derzi, da UFMG, a qual identificou a ocorrência de um excesso de regimes diferenciados de tributação no Estado, levando à extinção de 501 “regimes especiais” de tributação²⁶.

Esses dois exemplos demonstram, de maneira eloquente, a importância da eficiência na avaliação de qualquer política em relação à tributação. A relevância da análise de eficiência da tributação não pode, porém, nos levar ao equívoco de considerá-la o único parâmetro relevante para a análise de todo o sistema jurídico. Tal exagero é cometido por alguns defensores da denominada análise econômica do direito, que procuram submeter todo o raciocínio e a interpretação do direito a uma “racionalidade econômica que deveria substituir a valoração moral do direito”²⁷, que propõe interpretar

25 Sobre o regime de substituição tributária para frente ver, BALEEIRO; DERZI, 2018, p. 1123-1134, bem como a posição recente do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 593.849/MG, de relatoria do Min. Edson Fachin. Sobre a praticidade e as razões de eficiência no direito tributário, ver DERZI, 2018, pp. 291-333.

26 DERZI et al., 2017, p. 427.

27 DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p. 328.

todo o direito e todas as políticas públicas, incluindo-se as políticas relativas à tributação, à luz do critério da maximização da riqueza²⁸.

O grande equívoco da teoria defendida por Posner, como explica o professor Washington Peluso Albino de Souza²⁹, está em confundir a utilidade descritiva da análise econômica com um alegado aspecto normativo dessa reflexão. É dizer, equivocam-se os defensores da análise econômica do direito quando reivindicam para ela uma teoria da interpretação e da legitimidade de políticas públicas. Como explica Ronald Dworkin³⁰, de maneira precisa, essa perspectiva é ingênua e nos deve um argumento ético em favor da superioridade da eficiência econômica sobre qualquer outro valor. Um defensor da ideia de que a maximização da riqueza é o único objetivo social valioso deveria responder, portanto, à seguinte questão fundamental: por que uma sociedade mais rica deve ser considerada melhor do que uma sociedade mais justa?

Essa pergunta é especialmente problemática porque a eficiência de um sistema tributário é um valor meramente instrumental. Nesse sentido, explicam Murphy e Nagel:

Apesar de a teoria econômica oferecer informações essenciais sobre a probabilidade dos efeitos de diferentes esquemas de tributação possíveis, ela não pode por si só determinar a escolha entre eles. Quem quer que defenda que uma política tributária é, simplesmente “melhor para o crescimento econômico” ou “mais eficiente” deve oferecer não apenas uma explicação de porque a política escolhida tem essas virtudes, mas também um argumento de moralidade política que justifique a busca do crescimento econômico ou da eficiência independentemente de outros valores sociais³¹.

Esse argumento, em nossa opinião, não pode ser encontrado, pois a configuração de um sistema tributário é, em uma medida importante (e talvez na medida mais importante), uma questão de justiça.

28 Nesse sentido Misabel Derzi e Thomas Bustamante criticam a teoria de Richard Posner porque ela “parece pressupor, sem qualquer justificação político-moral, um valor absoluto para a maximização da riqueza, ainda que o preço dessa maximização seja uma política jurídica e uma teoria da interpretação que acentuem a desigualdade das pessoas e a concentração de riquezas”. 2013, p. 331.

29 SOUZA, 2002.

30 DWORKIN, 1985, p. 240.

31 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 12.

Voltando à pergunta formulada linhas atrás (por que uma sociedade mais rica deve ser considerada melhor do que uma sociedade mais justa?), a resposta poderá jamais ser oferecida, pois a eficiência não se coloca como valor superior em relação à justiça. Uma boa política tributária deverá ser, naturalmente, capaz de atender a ambas, como é mais do que razoável se supor.

4. A difícil questão da justiça tributária e a escolha da base de cálculo da tributação

Saber que tipo de tributação é justo não é apenas saber que tipo de interferência em uma distribuição de riquezas realizada por meio de trocas determinadas pelo mercado é justa. As noções de fiscalidade e extrafiscalidade, inclusive, devem ser revistas, pois a função fiscal dos tributos não é apenas a de custear os serviços públicos ou manter o funcionamento do Estado, em um contexto em que a tributação aparece apenas como um encargo, um sacrifício que tem que ser compartilhado de maneira equitativa entre todos os membros da comunidade. De acordo com a dicotomia tradicional entre fiscalidade e extrafiscalidade, a função típica da tributação seria apenas a primeira, que consistiria em arrecadar recursos, enquanto a última seria uma função atípica, que só teria lugar no momento de intervenção do Estado no domínio econômico para alcançar determinadas políticas.

Contrariamente a essa dicotomia, Murphy e Nagel sustentam que a tributação, de modo geral, teria duas funções básicas, que nada têm a ver com a classificação adotada pela doutrina clássica brasileira. Essas funções seriam a função de “divisão entre o público e o privado” e a função de “distribuição dos bens sociais”. Segundo os autores:

A tributação tem duas funções primárias: (1) Ela determina quanto dos recursos de uma sociedade devem estar sob o controle do governo, para gasto de acordo com um processo de decisão coletivo, e quanto deve ser deixado sob o controle discricionário de indivíduos privados, como sua propriedade pessoal. Denominemos isso de “divisão entre o público e o privado”. (2) Ela desempenha o papel central de determinar como o produto social é dividido entre diferentes indivíduos, tanto sob a forma de propriedade privada como sob a forma de benefícios publicamente providos. Denominemos isso de “distribuição”³².

32 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 76.

A justiça ou injustiça do sistema tributário, portanto, deve olhar para três lados. Ela deve considerar: 1) o conjunto de tributos e o quanto cada cidadão tem que contribuir para o funcionamento do Estado; 2) o conjunto de benefícios que a comunidade oferece a cada cidadão; e 3) o resultado final dessa distribuição, ou seja, quanto cada um recebeu em resultado desse complexo sistema de regras.

Murphy e Nagel extraem uma conclusão radical desse raciocínio: não é possível estabelecer qualquer conclusão fundada em princípios de justiça sobre qual seria a melhor base de cálculo para a tributação. Para eles, a escolha entre a tributação sobre a renda ou sobre o consumo, por exemplo, não é determinada por qualquer análise independente baseada em princípios de justiça.

Ainda segundo os autores, a decisão de tributar a renda ou o consumo é meramente instrumental para fins de determinar o resultado final da distribuição dos bens sociais. Uma política tributária tem que ser avaliada tomando em conta esse resultado, e não a base de cálculo escolhida como preponderante, pois é esse resultado, considerado em sua integridade e em sua sistematicidade, que pode ser classificado como justo ou injusto e eficiente ou ineficiente. E para a avaliação da justiça na tributação, os autores se valem da mais sofisticada teoria moderna da justiça: os escritos de John Rawls.

Segundo Rawls, uma teoria da justiça deve definir a “estrutura básica da sociedade” e propor princípios para determinar a “maneira por meio da qual as principais instituições sociais distribuem os principais direitos e deveres e determinam a divisão das vantagens da cooperação social” entre os cidadãos³³.

O sentido moderno de justiça distributiva, que nos interessa nesse trabalho, é aquele relacionado a identificar qual parte dos recursos disponíveis pela coletividade caberia a cada indivíduo, ou seja, a questões pertinentes à alocação de recursos. Neste sentido, a justiça distributiva apela para uma distribuição de recursos em um contexto institucional de uma sociedade que contempla a forma como os direitos de propriedade serão alocados e o grau de satisfação de necessidades que deve ser garantido a todos. Neste sentido, Rawls entende que a distribuição dos bens sociais é uma questão coletiva – a questão mais central de moralidade política no

33 RAWLS, 1999, p. 6.

âmbito das instituições – e não uma forma de recompensar indivíduos virtuosos por seus méritos e talentos. Neste ponto há uma diferença importante entre o pensamento de Rawls e seus sucessores e a ideia clássica, da qual Aristóteles é o exemplo mais paradigmático, segundo a qual a noção de justiça distributiva se referiria aos princípios que “assegurassem que as pessoas fossem recompensadas de acordo com os seus méritos, tomando especialmente em consideração o seu status político”³⁴.

A justiça distributiva no seu sentido moderno reivindica, portanto, “que o estado garanta que a propriedade seja distribuída em meio à sociedade de tal modo que todos sejam supridos com um certo nível de recursos materiais”³⁵. Uma das implicações disso é a desnaturalização do direito de propriedade, pois a tarefa de alocar e distribuir bens, direitos e recursos é uma tarefa da comunidade política. A justiça distributiva passa a ser encarada como uma questão anterior à justificação dos próprios direitos de propriedade³⁶.

É com base nessa ideia que Murphy e Nagel sustentam que a justiça de um sistema tributário tem que ser medida de acordo com os seus resultados (*outcomes*) e não de acordo com os ônus (*burdens*) que a tributação impõe para cada indivíduo. Segundo eles,

uma vez que a tributação não é uma questão de distribuição justa dos encargos da tributação medidos em face de uma base pré-tributação, não pode ser importante em si mesmo saber que características dos contribuintes anteriores à tributação determinam a contribuição de cada um³⁷.

Murphy e Nagel não derivam dessa afirmação a irrelevância do debate sobre quais bases de cálculo, dentre as disponíveis para eleição pelo legislador, devam ser privilegiadas no momento da construção do sistema tributário. Eles derivam, porém, a conclusão de que a relevância desse debate é meramente instrumental, pois o que determina a justiça ou injustiça de um regime tributário não é a realidade econômica sobre a qual a tributação incide, mas, ao contrário, a justiça do resultado gerado pela tributação, em termos de distribuição dos bens sociais.

34 FLEISCHACKER, 2004, p. 2.

35 FLEISCHACKER, 2004, p. 5.

36 FLEISCHACKER, 2004, p. 5.

37 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 98.

Nesse sentido, afirmam que,

já que a distribuição do bem estar pré-tributação é tanto inteiramente imaginária como moralmente irrelevante, não pode ser importante saber se um esquema tributário impõe sacrifício igual, proporcional ou de qualquer outro padrão, medido à luz dessa base. A não ser que se aceite uma concepção libertária da propriedade privada, não importa se uma base de cálculo é mais ou menos precisa ao capturar a “capacidade contributiva” pré-tributação ou os níveis de bem-estar. (...). Uma vez rejeitada a ideia de que a justiça na tributação é uma questão de garantir uma justa distribuição dos encargos da tributação relativos à base “pré-tributação”, a questão da base da tributação não desaparece, mas ela assume um significado puramente instrumental no que se refere à justiça: diferentes bases de tributação podem ser melhor ou pior adequadas à tarefa do sistema tributário de ajudar a assegurar resultados sociais justos³⁸.

Segundo eles, uma política tributária sobre a escolha da base de cálculo da tributação deveria ser vista, portanto, como apenas uma fração de um conjunto de ações e decisões políticas que fixa o regime de propriedade privada em uma determinada comunidade. E é esse regime de propriedade privada (e não cada um dos tributos individuais, como o imposto sobre a renda, o imposto sobre a herança, o imposto sobre a propriedade ou os impostos sobre o consumo) que deve ser avaliado como justo ou injusto. A justiça de um regime tributário é auferida a luz de uma reflexão sobre o regime global de distribuição dos bens sociais existentes em uma dada comunidade, de modo que não faz diferença qual é a base de tributação escolhida (se a renda ou a propriedade ou o consumo etc.), senão a justiça do resultado final de repartição dos bens sociais.

E como devem ser avaliados esses resultados? Murphy e Nagel se aproximam, aqui, novamente da teoria de John Rawls e propõem que o sistema de distribuição e o regime de propriedade privada constituído por meio das leis e dos tributos sejam avaliados segundo os princípios de justiça oferecidos por Rawls, especificamente a concepção de justiça como equidade, capazes de promover a distribuição de bens sociais. Rawls busca estabelecer quais princípios de justiça poderiam ser aceitos em uma situação

38 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 99.

contrafática que ele denominou de “posição original”, em que os princípios da justiça são escolhidos sob o “véu da ignorância”³⁹.

Uma característica central da justiça como equidade é que ao deliberar sob o véu da ignorância, “ninguém sabe qual o seu lugar na sociedade, sua classe ou status social, nem sabe qual será a sua fortuna na distribuição de bens naturais e habilidades, inteligência, força e fatores semelhantes”⁴⁰. Se essas condições estiverem presentes, Rawls acredita que ninguém será favorecido ou desfavorecido no processo racional de deliberação sobre quais serão os princípios que definem a estrutura básica da sociedade. Todos estarão em uma situação em que quaisquer considerações estranhas à justiça passam a ser irrelevantes para a argumentação e para a escolha dos princípios de distribuição dos recursos existentes.

A justiça como equidade, na concepção Rawlsiana, autoriza que as desigualdades sejam aceitas somente se beneficiarem os menos favorecidos, o que não aconteceria sob a perspectiva da igualdade puramente liberal, pautada pelo mercado. A teoria da justiça de Rawls, no entanto, é uma teoria normativa, que pretende dizer quais distribuições e arranjos institucionais devem ser considerados corretos, pois ele acredita que “leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas, se são injustas”⁴¹.

Rawls, contudo, não adentra nos particulares do sistema tributário e evita predeterminar a configuração concreta da tributação, incluindo-se a sua base de cálculo. Deixa apenas as diretivas de que a tributação deve criar um arranjo distributivo que não dificulte a ninguém o acesso a cargos e posições sociais, que permanecem acessíveis segundo a igualdade equitativa de oportunidades, e de que quaisquer diferenças de distribuição devem favorecer aqueles que se encontrem na pior posição. É com base nessa ideia que Murphy e Nagel⁴² sustentam que os mecanismos particulares, incluindo-se a escolha da base de tributária, a progressividade das alíquotas e as desonerações e isenções, devem ser estabelecidas pela política.

É claro que há razões de natureza instrumental para privilegiar a tributação sobre a riqueza e a renda, por exemplo, e para instituir alíquotas

39 RAWLS, 1999, p. 12.

40 RAWLS, 1999, p. 11.

41 RAWLS, 1999, p. 6.

42 2002.

progressivas com vistas a obter uma alocação adequada de bens e uma distribuição justa. Mas isso não é nem necessário do ponto de vista lógico e nem suficiente para garantir a adequação do regime de propriedade de uma comunidade particular. Esse regime há de ser examinado em seus resultados globais, incluindo-se, também, as regras sobre intervenção estatal na economia, serviços públicos, salário-mínimo, benefícios sociais etc.

5. Contraponto crítico: o valor intrínseco da tributação sobre a renda e a redução das desigualdades

Murphy e Nagel⁴³ estão corretos ao sustentar que a escolha da base tributária é meramente uma questão instrumental para a justa distribuição de riquezas em uma comunidade política? Só se pode analisar a legitimidade da tributação a partir de uma leitura global do regime de propriedade que os tributos ajudam a construir?

Em um trabalho recente, Patrick Emerton e Kathryn James⁴⁴ oferecem uma resposta negativa a essas questões. Para eles, Murphy e Nagel corretamente sustentam que direitos de propriedade “são o produto de um conjunto de leis e convenções, dos quais o sistema tributário forma uma parte”⁴⁵. Não obstante, embora esses autores tenham razão ao dizer que o regime de propriedade privada não é definido de maneira anterior à consideração de todas as normas (incluindo as normas tributárias) que o regulam, Emerton e James pensam que existem princípios institucionalizados anteriores à definição da tributação que se refletem nas questões sobre os direitos de propriedade e sobre a estrutura tributária, incluindo-se a escolha da base de cálculo a ser adotada pelos impostos. A base de cálculo não teria valor apenas instrumental porque esses princípios têm impacto direto sobre ela.

Emerton e James oferecem dois argumentos em favor dessa interpretação, que também pretende se fundamentar no pensamento de Rawls, embora chegando a uma conclusão contrária à de Murphy e Nagel.

O primeiro argumento é o que denominaremos de argumento dos estágios de construção institucional. Para Rawls, os princípios de justiça não

43 2002.

44 EMERTON; JAMES, 2017.

45 MURPHY; NAGEL, 2002, p. 74.

operam de maneira direta sobre todas as nossas controvérsias. Eles não são considerados diretamente, em cada situação concreta, por cada indivíduo ou por cada cidadão. Eles operam por meio das instituições, que se constroem em etapas de implementação onde os princípios de justiça são considerados como ponto de partida, mas os arranjos distributivos concretos são implementados por meio de decisões políticas tomadas pela coletividade, em processos de deliberação e exercício da razão pública por meio de instituições. Como explica Rawls,

Os princípios de justiça são adotados e aplicados em uma sequência de quatro estágios. No primeiro estágio, as partes adotam os princípios de justiça protegidas pelo véu da ignorância. Limitações no conhecimento disponível às partes são progressivamente relaxadas nos próximos três estágios: o estágio da convenção constitucional, o estágio legislativo em que as leis são promulgadas tal como a constituição permite e os princípios da justiça exigem e permitem, e o estágio final em que as regras são aplicadas pelos administradores e seguidas pelos cidadãos em geral e as leis constitucionais são interpretadas pelos membros do judiciário. Nesse último estágio, todos têm acesso completo a todos os fatos. O primeiro princípio se aplica no estágio da convenção constitucional, e a questão de se as bases constitucionais (*constitutional essentials*) são asseguradas é respondida em vista da constituição e seus arranjos políticos e da maneira como eles funcionam na prática. Em contraste, o segundo princípio se aplica no estágio legislativo e ele reflete sobre todos os tipos de legislação econômica e social e sobre os múltiplos tipos de questões que surgem nesse ponto. Saber se os propósitos do segundo princípio são realizados é muito mais difícil. Em certa medida essas questões são sempre abertas a diferenças razoáveis de opinião; elas dependem da interferência e de juízos de valor ao avaliar informações sociais e econômicas complexas. Da mesma forma, podemos esperar mais acordo sobre as bases constitucionais do que sobre questões de justiça distributiva em um sentido mais estrito⁴⁶.

Rawls parece reservar à política e à razão pública um papel determinante, portanto, na configuração concreta desses arranjos distributivos. A configuração concreta do sistema tributário seria, provavelmente, uma dessas decisões legislativas que dependem de juízos de valor ao avaliar informações sociais e econômicas completas, podendo haver diferentes

46 RAWLS, 2001, p. 48.

configurações (ainda que algumas delas imperfeitas do ponto de vista da justiça substancial) dotadas de legitimidade.

Ainda assim, porém, pode-se indagar: a determinação constitucional das bases constitucionais (*constitutional essentials*) é suficientemente concreta para inferirmos a obrigatoriedade moral de se adotar determinadas bases tributárias?

Na visão de Emerton e James, uma constituição pode “constranger os processos de decisão do legislador de duas maneiras”⁴⁷: primeiramente, ao estabelecer regras escrutináveis para a legislação válida (como ocorre, por exemplo, no Brasil, com o nosso Sistema Tributário Nacional); em segundo lugar, ela pode estabelecer os parâmetros para a razão pública⁴⁸. Para os autores, é possível inferir dessas restrições sobre a legislação não apenas as limitações constitucionais ao poder de tributar, mas também os objetivos fundamentais de uma ordem econômica justa e os parâmetros fundamentais de tributação que são necessários para alcançá-los. Nesse sentido,

a escolha da base tributária pode vir a ter mais do que um significado puramente instrumental para a justiça. Em certos casos, a constituição pode conter proibições ou ordens expressas que têm relação com a base tributária, em cujo caso – no nível legislativo, quando os detalhes da política tributária devam ser desenvolvidos – os legisladores terão razões de justiça, derivadas diretamente da constituição, para preferir uma base tributária em relação à outra⁴⁹.

Na visão dos autores, quando consideramos a atividade do legislador desde o ponto de vista interno, não-arquimediano (é dizer, desde o ponto de vista da prática social de se empregar argumentos e contra-argumentos em favor de um modelo de tributação), o legislador

é obrigado a construir o seu argumento apelando a considerações de justiça que são moldadas pela constituição. E na medida em que princípios constitucionais se reflitam sobre a escolha da base tributária, essas são considerações de justiça que são, da perspectiva do legislador, não meramente instrumentais⁵⁰.

47 EMERTON; JAMES, 2017, p. 133.

48 EMERTON; JAMES, 2017, p. 133.

49 EMERTON; JAMES, 2017, p. 134.

50 EMERTON; JAMES, 2017, p. 136.

O segundo argumento para o caráter não meramente instrumental de certas bases tributárias como a renda, para Emerton e James, é que há certas bases tributárias que são imprescindíveis para a desconcentração de riqueza. Portanto, se a igualdade econômica tiver valor intrínseco, a tributação por meio de bases tributárias que têm por natureza serem condições necessárias para uma política de aliviar a desigualdade econômica deve ter valor intrínseco também⁵¹. Para os autores, a tributação progressiva da renda, por exemplo, “é essencial para prevenir excessiva concentração de riqueza”⁵². Alertam que esse problema é tão grave, que pode comprometer inclusive outras liberdades, como a liberdade política, na medida em que o poder de influência dos cidadãos mais ricos na política ordinária (através do financiamento eleitoral) é incomparavelmente mais alto do que o poder de influência do cidadão médio. Emerton e James explicam, nesse ponto, que apesar de Murphy e Nagel estarem cientes desse problema, eles propõem enfrentar o problema da desigualdade política por meio apenas de uma mudança nas regras de financiamento eleitoral, o que Emerton e James consideram insuficiente. O problema da desigualdade é anterior ao problema do desequilíbrio de forças no campo da política, e constitui uma de suas causas. Mais eficaz e mais justo é tratar a própria redução das desigualdades como dotada de valor intrínseco.

Emerton e James têm um argumento interessante, que merece ser considerado em todas as potencialidades. Um primeiro passo para construir esse argumento é reconhecer que Murphy e Nagel têm razão em sua asserção de que a distribuição de recursos realizada pelo mercado não tem qualquer valor moral e não pode ser utilizada como medida para avaliar os ônus e sacrifícios decorrentes da tributação (de modo que um sistema tributário tem que ser avaliado a partir de uma consideração global de sua capacidade de gerar distribuições justas). Não obstante, daí não se infere que não haja algumas bases tributárias cuja exploração tenha valor intrínseco (ou que a escolha da base de cálculo seja meramente instrumental).

Para demonstrar isso, faz-se necessário retomar a questão da interpretação do princípio da capacidade contributiva. Murphy e Nagel têm razão ao rechaçar duas interpretações desse princípio apresentadas na seção 2 deste ensaio: a primeira, que o entende como exigindo uma tributação

51 EMERTON; JAMES, 2017, p. 140.

52 EMERTON; JAMES, 2017, p. 141.

pessoal segundo os talentos ou oportunidades de cada contribuinte (tributação sobre o *endowment*); e a segunda, que o entende como impondo um sacrifício igual para cada contribuinte. Mas é possível, para além dessas duas interpretações, pensar em uma interpretação mais fecunda desse princípio? Nesse ponto, é possível sustentar uma terceira interpretação, que exige não apenas tratar igualmente cada membro da comunidade, mas tratar cada um deles como igual. Como explica Dworkin,

um governo legítimo deve tratar todos sobre os quais ele reivindica domínio não apenas com uma medida de consideração, mas também com igual consideração. Quero significar com isso que ele deve agir de modo que o impacto de suas políticas na vida de cada cidadão seja igualmente importante⁵³.

Nessa terceira interpretação do princípio da capacidade contributiva, a legitimidade do Estado deriva de certas obrigações associativas que uns cidadãos têm em relação aos outros. Se o princípio da capacidade contributiva for entendido como uma dimensão da igualdade substantiva, como, aliás, parte da doutrina nacional o entende, faz sentido sustentar que a tributação da riqueza, capaz de desconcentrá-la e realizar uma melhor distribuição dos bens sociais, é dotada de valor intrínseco.

Esse valor intrínseco pode ser percebido mesmo quando não houver condições de examinar toda a complexidade do regime de propriedade, com suas regras de transferência, aquisição, sucessão, seus contratos, normas sobre abuso de poder econômico, regras sobre relações trabalhistas, serviços públicos, benefícios sociais, etc. Dizer, como parecem crer Murphy e Nagel, que importa apenas o conjunto da obra ou que o que é importante é apenas o “esquema tributário” (*tax scheme*) completo cria uma espécie de bloqueio argumentativo desnecessário e dificulta perceber a importância específica de certas bases tributárias⁵⁴.

Para perceber essa importância, basta considerar os dois elementos que Emerton e James apontam em defesa do valor intrínseco da tributação da renda: a sua necessidade a partir de regras constitucionais e a sua contribuição indispensável para realização da desconcentração da renda. Com

53 DWORKIN, 2006a, p. 97.

54 Ver, nesse sentido, a discussão que os autores fazem sobre a tributação progressiva. MURPHY; NAGEL, 2002, p. 131.

efeito, pode-se perguntar: é possível algum tipo de distribuição justa dos bens e recursos que desconsidere a renda? É possível um sistema tributário que se justifique moralmente sem tributar essa base?

Pode-se afirmar que não há qualquer desenho institucional ou sistema tributário que consiga sobreviver sem essa tributação. E não é preciso realizar o trabalho hercúleo de examinar cada um dos gastos públicos ou cada uma das regras de aquisição e transmissão da propriedade para chegar a essa conclusão. Tome-se, como exemplo, a tributação sobre a renda incidente sobre dividendos pagos por pessoas jurídicas para os seus acionistas. No Brasil, essa base não é tributada por uma opção de política econômica do legislador⁵⁵. Não obstante, essa opção legislativa pela renúncia à tributação dessa renda viola de maneira grosseira o princípio da igual consideração e constitui um descumprimento, pelo legislador, de suas responsabilidades políticas mais elementares. Não é preciso analisar os gastos públicos, as leis trabalhistas, o salário-mínimo etc. para fundamentar essa conclusão.

A premissa de Murphy e Nagel de que não há um direito natural e especial de propriedade não implica a conclusão de que a única maneira de avaliar a justiça de um sistema tributário é avaliar a integralidade do regime de propriedade, com todas as suas maneiras de aquisição, distribuição etc. Nesse sentido, uma reflexão sobre o método interpretativo de Ronald Dworkin pode auxiliar.

No modelo de interpretação do direito e da moralidade de Dworkin⁵⁶, nenhum princípio pode ser analisado isoladamente. Dworkin rejeita as teorias do direito denominadas arquimedianas porque essas teorias – que tentam analisar o direito a partir de uma perspectiva teórica de segunda ordem, de onde se podem aplicar critérios neutros e desengajados para determinar a validade de uma norma moral ou jurídica – são incapazes de fornecer critérios externos à prática da argumentação em questão, tidos como capazes de fundamentar uma proposição sustentada no interior dessa prática. A proposição moral de que “o aborto é um direito fundamental”, ou a proposição de que “a tributação progressiva sobre a renda é justa” só pode ser fundamentada, na visão de Dworkin, por outra proposição moral

55 A Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, alterou a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas isentando os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir de janeiro de 1996 da incidência do imposto sobre a renda.

56 DWORKIN, 2006b, pp. 140-143.

de natureza semelhante. Não existe nenhuma fórmula metafísica, de natureza não moral, capaz de validar uma proposição moral. Por conseguinte,

juízos morais são verdadeiros, quando eles são verdadeiros, por um argumento moral adequado para a sua verdade. Claro que isso nos leva a outra questão: O que torna um juízo moral adequado? A resposta deve ser um novo argumento moral para a sua adequação. E assim adiante⁵⁷.

A correção de uma interpretação é medida, segundo Dworkin, de maneira holística. Uma proposta de interpretação é bem-sucedida quando a pretensão interpretativa aduzida se acomoda de maneira bem fundamentada diante de todas as outras proposições morais que fazem parte de um dado sistema:

A interpretação é pervasivamente holística. Uma interpretação reúne conjuntamente valores e pretensões de tipos muito diferentes, extraídas de diferentes tipos de juízos ou experiências, e a rede de valores que figura em um argumento interpretativo não aceita qualquer hierarquia de domínio ou subordinação. A rede enfrenta o desafio da convicção diante do todo⁵⁸.

Quais são as implicações desse holismo interpretativo para a prática do direito? Isso significa que só é possível analisar ou avaliar um determinado instituto jurídico à luz de todos os outros? Significa, por exemplo, que é impossível fiscalizar a justiça de uma isenção tributária, por exemplo, sem tomar em conta todo o sistema jurídico? Significa que é necessariamente impossível dizer que essa isenção é moralmente defeituosa sem tomar em conta todo o sistema tributário, além do orçamento, do direito civil, empresarial etc.?

A resposta tem que ser um sim e um não. A parte afirmativa é a seguinte: ao fim e ao cabo, como todos os valores estão interconectados e como toda interpretação é sistemática é sempre possível testar uma interpretação de uma norma tributária à luz de todo o sistema de direitos de propriedade, caso surja algum questionamento acerca da sua coerência ou de sua integridade interpretativa.

57 DWORKIN, 2011, p. 37.

58 DWORKIN, 2011, p. 154.

A parte negativa, por outro lado, diz respeito ao que Dworkin denominou de prioridade local na interpretação. Ao se interpretar um instituto jurídico, ou um ramo do direito, um subsistema qualquer, o intérprete não precisa sempre retomar os princípios mais abstratos e construir uma teoria geral da moralidade que chegue ao nível mais abstrato, como a concepção de dignidade oferecida por Kant ou os princípios de justiça oferecidos por Rawls. A argumentação jurídica, embora tenha essa dimensão holística e pressuponha que o intérprete tenha a capacidade e o dever de, se questionado, explicar a conexão de sua interpretação com os princípios mais gerais da prática social em que ele opera, reconhece a importância da prioridade local de certos princípios ligados ao departamento ou ramo do direito em que o argumento seja produzido.

Para explicar essa noção de prioridade local, Dworkin dá o exemplo do argumento seguido por Hércules, o juiz-modelo que sempre se esforça em decidir segundo o ideal político da integridade, para resolver o caso McLoughlin, sobre a responsabilidade civil por danos psicológicos:

Devo apontar com especial atenção para uma característica da prática [argumentativa] de Hércules que ainda não emergiu com clareza. Seus juízos de adequação [de um argumento à prática social em que ele é empregado] se expandem do caso imediato diante de si em uma série de círculos concêntricos. Ele indaga que interpretações em sua lista inicial se adequam a casos passados sobre danos emocionais, e depois quais delas se adequam casos de danos acidentais à pessoa em geral, e depois quais se adequam aos danos a interesses econômicos, e assim por diante em áreas cada vez mais distantes da questão inicial formulada no caso McLoughlin. Esse procedimento dá um tipo de prioridade local para aquilo que nós chamamos de “departamentos” do direito. Se Hércules descobrir que nenhum dos dois princípios [que ele adotou como possíveis soluções do caso] é diretamente contraditado pelos casos de danos acidentais em sua jurisdição, ele expande seu estudo para casos envolvendo contratos, para observar quais desses princípios se adequam melhor a decisões sobre contratos, se é que algum deles pode se adequar⁵⁹.

O que Dworkin propõe nesse fragmento um tanto confuso é que a interpretação jurídica parte de situações concretas e se apoia em princípios

59 DWORKIN, 2000, pp. 250-251.

específicos, dando uma prioridade local aos princípios que se relacionem com mais proximidade aos fatos e argumentos do caso concreto. Só é necessário elevar o nível de abstração de nosso raciocínio quando o arranjo de normas, argumentos, interpretações, princípios e decisões do legislador não for suficiente para produzir uma espécie de integridade local no interior de cada ramo ou departamento do direito.

Essa busca de integridade local na interpretação do direito tem, inclusive, respaldo no Código Tributário Nacional – CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, no art. 108, que versa sobre a integração da legislação tributária em caso de ausência de disposição expressa. Segundo a dicção do CTN, as lacunas serão preenchidas, “sucessivamente, na ordem indicada”, pelos “princípios gerais do direito tributário” e pelos “princípios gerais do direito público”. Qual a razão de o CTN realizar esse tipo de priorização? A nosso ver, o Código está adotando exatamente o tipo de prioridade local que Dworkin advoga, embora, equivocadamente, pareça supor que exista uma hierarquização entre esses. Mas se o CTN for interpretado como estatuinto apenas que nas interpretações construtivas do direito devemos iniciar o trabalho de argumentação a partir de princípios específicos, em busca de uma integridade local a partir de princípios que regem os ramos específicos do direito, ele não pode ser criticado.

A melhor maneira de analisar o direito tributário é a partir da principiologia que se aplica à escolha da base tributária, que é uma principiologia baseada na capacidade contributiva entendida em sua dimensão igualitária, é dizer, em sua pretensão de tratar a todos os contribuintes como iguais, como merecedores de igual proteção e consideração, buscando-se arranjos distributivos que levem a uma distribuição dos bens comuns da sociedade que não estabeleça privilégios para os mais ricos.

Vistas as coisas sob essa ótica, é possível concluir que em nenhuma hipótese, qualquer que seja a justificativa instrumental apresentada (seja ela baseada em considerações de praticidade, eficiência etc.), estará moralmente justificada uma tributação regressiva sobre a renda, como a causada pela isenção de imposto de rendas sobre lucros ou dividendos no direito brasileiro. Essa conclusão só pode ser justificada se reconhecermos, com base nos princípios específicos sobre a configuração do direito tributário (os quais podem ser reconduzidos, pela interpretação, tanto aos princípios de justiça de Rawls quanto aos grandes preceitos de justiça instituídos na Constituição), que a tributação sobre a renda tem valor intrínseco, e que

essa é uma base tributária que as instituições jurídicas têm a obrigação moral de explorar. Murphy e Nagel se equivocam, portanto, ao sustentar que a função da base de cálculo é meramente instrumental.

6. Conclusão

As conclusões aqui expostas são parciais e deixam várias questões em aberto para uma série de reflexões, que devem ser realizadas sob a metodologia interpretativa adotada no decorrer deste ensaio. Porém, é possível deixar assentadas algumas teses que constituem uma base adequada para futuras reflexões e para a avaliação de qualquer política tributária.

A primeira tese é a de que Murphy e Nagel estão corretos ao sustentarem que o libertarianismo cotidiano é falso. A justiça da tributação não deve ser analisada a partir da premissa equivocada de que há um direito de propriedade de cunho metafísico e especial, e de que a distribuição dos bens sociais realizada pelo mercado é justa. A tributação existe precisamente para alterar a distribuição dos bens sociais realizada para o mercado. É por meio da tributação que o governo decide que parte da riqueza deve ser colocada sob o domínio da coletividade e quais são as condições que alguém deve satisfazer para ser proprietário.

A segunda tese é a de que eles estão corretos, também, ao argumentarem que a configuração do regime de propriedade – e, por conseguinte, a configuração do regime da tributação – é uma questão política. Uma questão política que se resolve por meio das instituições em uma sociedade democrática e bem ordenada. Nessa decisão política, dois grandes conjuntos de razões ou considerações operam como fatores ou vetores importantes de decisão: razões de eficiência e razões de justiça.

Os autores se equivocam, todavia, ao advogarem que a escolha das bases de cálculo de um sistema tributário se apoia em razões instrumentais. Procurou-se demonstrar nesse trabalho que, diferentemente do que pensam os autores, há valor intrínseco em se tributar certas bases, como renda, heranças e patrimônio.

A terceira tese, portanto, é de que essas razões de justiça podem incluir princípios específicos sobre a configuração do direito tributário, aos quais se atribui prioridade local em relação a considerações gerais sobre a justiça de todo o regime de propriedade, quando estamos diante de interpretações concretas sobre a justiça da base tributária a ser adotada em uma comunidade.

Uma análise dos princípios específicos sobre o regime tributário, se realizada de maneira responsável, leva à conclusão de que a tributação de certas bases tributárias, como a renda, a riqueza extrema (grandes fortunas) ou as doações e heranças, por exemplo, têm valor intrínseco, e nenhum sistema tributário será justo se não adotar e priorizar essas bases de tributação.

Referências

- BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Brasília, DF: Presidência da República, 26 dez. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Brasília, DF: Presidência da República, 25 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593.849/MG, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, Brasília, DJe: 31-03-2017.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DERZI, Misabel Abreu Machado; SILVA, José Afonso Bicalho Beltrão da; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *ICMS: Diagnósticos e Proposições: 1º Relatório ao Governador do Estado de Minas Gerais – Comissão Permanente de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas. A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. especial em memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza, pp. 327-252, 2013 <http://dx.doi.org/10.12818/P.0304-2340.2013VWAP327>.
- DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? In: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Belknap, 1985.

- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Belknap, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Belknap, 2006a.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap, 2000.
- DWORKIN, Ronald. Taxes and Legitimacy. In: DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Princeton: Princeton University Press, 2006b.
- EMERTON, Patrick; JAMES, Kathryn. The Justice of the Tax Base and the Case for Income Tax. In: BHANDARI, Monica (Org.). *Philosophical Foundations of Tax Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- FLEISCHACKER, Samuel. *A short history of distributive justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Trad. de Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5. ed. New York: Aspen, 1998.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge, MA: Belknap, 1999.
- RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- RAZ, Joseph. *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VORDING, Henk. Talents, Types and Tags: What is the Relevance of the Endowment Tax Debate? In: BHANDARI, Monica (Org.). *Philosophical Foundations of Tax Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- WALDRON, Jeremy. *The Right to Private Property*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

Recebido em 20 de fevereiro de 2019.

Aprovado em 17 de outubro de 2019.

RESUMO: Neste artigo, são examinadas as principais teses de Murphy e Nagel sobre o fundamento político-moral do direito tributário. Sustenta-se, com os autores, que a distribuição de rendas realizada pelo mercado não pode ser tida como intrinsecamente justa, como supunham os teóricos da tradição liberal. Contrariamente aos autores, porém, entende-se que há bases de cálculo intrinsecamente justas, e que é possível analisar a justiça do direito tributário por meio do princípio metodológico da ‘prioridade local’, oferecido por Ronald Dworkin. Aplicando-se esse princípio, é possível analisar a justiça de certas bases tributárias independentemente da análise das despesas realizadas pelo Estado para o fornecimento de bens sociais.

Palavras-chave: justiça tributária, Base de Cálculo, valor intrínseco, Murphy e Nagel.

ABSTRACT: In this article we examine the core theses of Murphy and Nagel about the moral and political foundation of tax law. We argue, with these authors, that the distribution of wealth made by the market cannot be considered intrinsically just, as the scholars from the liberal tradition assumed. Against these authors, however, we think that there are tax bases intrinsically just, and that it is possible to assess the justice of a tax system by means of the methodological principle of the “local priority”, suggested by Ronald Dworkin. Once we apply this principle, it is possible to analyze the justice of certain tax bases regardless of the analysis of the expenses made by the state to provide social goods.

Keywords: tax justice, Tax Base; intrinsic values; Murphy and Nagel.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Existem bases tributárias dotadas de valor intrínseco? Uma reflexão político-filosófica sobre os fundamentos morais da tributação a partir dos escritos de Liam Murphy e Thomas Nagel. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1220>

A desconstrução da condição humana nos escritos de Bartomolé de Las Casas

The deconstruction of human condition in the writings of Bartolomé de Las Casas

Flávio Couto Bernardes*

Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte – MG, Brasil

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

Pedro Augusto Costa Gontijo**

Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte – MG, Brasil

1. Introdução

A compreensão de que o *presente* não é obra do acaso, de mera cadeia de causalidades, é fenômeno estudado há muito na filosofia e na epistemologia da história. Investigar o *presente* como o ponto de confluência entre o processo de formação da consciência histórica – sob o viés da tradição – e a articulação de expectativas em relação às inúmeras possibilidades do futuro somente pode se tornar uma tarefa a ser desenvolvida com rigor científico e metodológico a partir do momento em que colocamos o *ser* em face da sua história. Como bem destaca Tzvetan Todorov, poder-se-ia realizar tal intento em duas perspectivas: uma narrativa, ou mitológica, ou em uma argumentação lógica. A história da invasão dos territórios da Índia

*Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor adjunto de Direito Financeiro e Tributário da UFMG. Professor de Direito Financeiro e Tributário e do mestrado e doutorado da PUC-MG. Advogado. Procurador do Município de Belo Horizonte. E-mail: flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br. Orcid: 0000-0001-8180-0218

**Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Mestre em Filosofia do Direito, Legística, Teoria dos Sistemas, Direito Constitucional e Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador vinculado ao Observatório para qualidade da lei. Professor substituto de Introdução ao Estudo do Direito e Direito Empresarial da PUC-MG. E-mail: pedro-acg@hotmail.com. Orcid: 0000-0002-6977-3947

dias pelos espanhóis, por exemplo, é relatada por Todorov a partir de uma narrativa mais mitológica do que uma argumentação lógica-científica, pois, como afirma o autor, “meu interesse principal é mais o de um moralista do que o de um historiador, o presente me importa mais que o passado”¹. O intuito do presente trabalho, por sua vez, é resgatar a formação ontológica da ideia de *ser humano* no início da história latino-americana, abordando o pensamento de Bartolomé de Las Casas e seus embates e projetos teóricos quando da expansão da Conquista², bem como seus reflexos para a expansão do campo da compreensão da condição humana. A partir disso, observa-se as reverberações de seus escritos à constituição e sedimentação das bases deontológicas sobre a ideia de justiça para os latino-americanos, e posteriormente o próprio conceito de Constituição³.

Com o intuito de realizar o estudo sobre a desarticulação da compreensão do *ser* no processo de colonização hispânica nos atuais territórios americanos, parte-se para uma avaliação fenomênico-ontológica sobre a correlação existente entre o *ser* e a *tradição*, e, ao mesmo tempo, entre o *ente* e aquilo que pode se projetar como *universal*, como *essência*, como *ser*. Trata-se da verificação de como o *ser*, esse ponto mais abrangente, universal, se relaciona e leva sentido ao *ente*, esse ponto mais específico da compreensão do existir humano. Por sua vez, a contraposição da relação dos *entes* entre si deságua na análise do *eu* com o *outro*, ou alteridade, que tão bem foi explorada na vasta obra de Bartolomé de Las Casas.

O processo de desmoronamento gradual da ideia de “ser” com a obliteração realizada pelos “entes” espanhóis sobre os “entes” indígenas revela a existência de uma visão que diminui o diferente, que estabelece uma relação de precedência que efetivamente descaracteriza a própria essência do *ser*. Assim, poder-se-ia perguntar: o que diferenciaria substancialmente, no plano do *ser*, os seres humanos europeus e os seres humanos indígenas?

1 TODOROV, 2010, p. 4.

2 Pontua Enrique Dussel que a Conquista “é um processo militar, prático, violento, que inclui dialeticamente o Outro como o Indiferente. O Outro, em sua distinção, é negado como Outro e é obrigado, submetido, alienado a incorporar-se à Totalidade dominadora como coisa, como instrumento, como oprimido, como “encomendado” (DUSSEL, 1994, p. 41).

3 Salienta Lewis Hanke a proficuidade da obra de Las Casas, sendo a principal fonte para reconstruir o referido período histórico. Apesar de não ser unanimidade, e suas posições serem controversas para seus principais antagonistas em sua época e hoje, os escritos de Las Casas certamente revelam uma mensagem para além da simples teorização (HANKE, 1967, pp. 7-9 e 19-20), acerca da necessidade de se bem converter os indígenas, vertendo-se em uma mensagem sobre a própria essência humana. Sobre o constitucionalismo, ver: WOLKMER, 2005; SILVA, 2014.

Essa é a realidade de inúmeros momentos históricos da compreensão ontológica do *ser*, especialmente na virada para a denominada modernidade, no final do Século XV⁴. Pode-se interpretar, a partir da demonstração de Bartolomé de las Casas, por exemplo, em sua obra “Brevíssima relação da destruição das Índias”, quando esteve na Nicarágua em 1522⁵, que o projeto colonial ibérico, especificamente o espanhol, consistia na desconstrução dos três níveis elementares da dimensão do humano⁶, identificados por Hannah Arendt, no contexto do século XX, para conceituar o que seria a condição humana⁷: o trabalho, como aquilo que traz a subsistência humana; a obra, como aquilo que referencia ontologicamente o tempo e o espaço humano em uma estrutura concreta de reconhecimento/proteção; e a ação, que é excelência do homem como ser político⁸. A invasão cristã-

4 Como bem destacam: TODOROV, 2010, p. 7; DUSSEL, 1994.

5 Descreve Las Casas que no ano de 1522 os espanhóis passaram “a subjugar a felicíssima província da Nicarágua, o que a fez entrar em um triste momento de sua história”. Nessa província, os povos eram felizes, são, amenos e prósperos. Com a implantação do sistema de *repartimiento* e de *encomienda*, os colonizadores submetem essa gente a trabalhos forçados, para muito além de suas condições físicas. Retiravam-nos de suas comunidades e os transportavam para outros reinos e povos das índias, desarticulando seus referenciais culturais e ontológicos. “E quando alguns se cansavam e se livravam das grandes cargas e adoeciam de fome e trabalho e fraqueza, por não darem conta de se livrarem das correntes, os cortavam a cabeça, que caía para um cabo, e o corpo para o outro” (LAS CASAS, 1997a, pp. 57-59. Tradução livre).

6 O que também é deontologicamente referenciado na proposição XXVIII, de seu “Quarto Tratado”, conhecido como “*Treinta proposiciones muy juridicas*”, onde demonstra que o sistema de *repartimiento* e de *encomienda*, em verdade, somente serviu para o extermínio da organização política, espacial e de autossubsistência dos nativos (LAS CASAS, 1997a, pp. 491-493).

7 LAS CASAS, 1997a, pp. 57-63; ARENDT, 2010.

8 O trato dessa obra de Hannah Arendt como fio condutor da análise de parte dos escritos de Las Casas será realizado no presente trabalho a levar em consideração o distanciamento dos autores e uma sempre possível interpretação anacrônica, à primeira vista, como ocorre em análises deste tipo. Contudo, numa perspectiva mais detida e próxima, está-se diante de fenômenos parecidos. A realidade de Hannah Arendt, para engendrar a ideia sobre a “condição humana” é a dos Estados totalitários. Realizando um paralelo, Tzvetan Todorov chama a comparação dessas ideias de sacrifício humano e de massacre humano – ocorridas no século XVI, e replicadas de forma inimaginável no século XX – de *massacrificio*: Como nas primeiras (sacrifício), professa-se uma religião de Estado; como nas últimas (massacre), o comportamento está fundamentado no princípio kamarazoviano do ‘tudo é permitido’. Como no sacrifício, mata-se inicialmente em casa; como no caso dos massacres, oculta-se e nega-se a existência dessas matanças. Como lá, as vítimas são escolhidas individualmente; como aqui, são exterminadas sem nenhuma ideia de ritual. O terceiro termo existe, mas é pior que os dois precedentes; o que fazer?” (TODOROV, 2010, p. 369). Não é necessário ir muito longe para verificar que o estranhamento do outro, a apatia em relação à alteridade, levou a lógica do massacre ocorrido na invasão da “América espanhola” a também ser constatada no nível dos totalitarismos do século XX (TODOROV, 2010, pp. 368-369), com as devidas proporções e fundamentos “ideológicos”. Essa é a marca da Condição Humana de Hannah Arendt (2010).

-espanhola nesse espaço, por exemplo, demonstrou o quanto os cristãos poderiam despir-se radicalmente de seus dogmas⁹ e, a todo tempo, instaurar a barbárie sobre os nativos: primeiramente destruíam-se a forma de subsistência dos indígenas, que para os europeus era irracional e rudimentar; segundo solapava-se suas construções, moradas e templos; em terceiro, desconstituía-se sua unidade política, se não com a morte, com o degredo para outras áreas das índias, onde em razão da perda de referencial comunitário e à forte exploração de suas forças físicas, acabavam morrendo¹⁰.

Nesse cenário, dentre os inúmeros pontos que podem ser estudados em relação ao *ser-no-mundo* está a análise da Condição Humana, a ser definida como aquele irreduzível, inexorável e indestrutível ponto, ou universal, que agrega toda a pluralidade em um só sistema e em uma só forma, a manifestação do real, mais precisamente no mundo da vida (*Erlebnis*). Com base no estudo desenvolvido por Hannah Arendt em “A Condição Humana”, propõe-se uma avaliação do processo de invasão e de genocídio engendrado pelos conquistadores espanhóis sobre os povos e civilizações autóctones do continente historicamente conhecido como “América Espanhola”, ou referenciado por Las Casas categoricamente como “Índias”.

Como guia dessa análise filosófico-histórica, buscamos nos escritos do Frei Bartolomé de Las Casas as bases factuais daquela realidade por quem vivenciou, relatou e denunciou esse processo de extrema barbárie que contaminou o *modus operandi* dos reinos ibéricos com relação aos seus territórios ultramarinos. A partir dessa visão de mundo, explicita-se as bases pelas quais se considera que o processo de colonização se converteu em verdadeiro método de desconstituição e eliminação dos elementos que constituem a Condição Humana, pois como narra Bartolomé de Las Casas em sua “Brevíssima relação da destruição das índias”, os cristãos, especialmente os espanhóis, por todas as partes das Índias por onde passaram, sempre

9 Tais como as lições bíblicas acerca do amor e da alteridade: 1João, 4: 7-8: “7. Amados, amemo-nos uns aos outros, porque o amor é de Deus, e qualquer que ama é nascido de Deus e conhece a Deus. 8. Aquele que não ama não conhece a Deus, porque Deus é amor”; ou o caso de Mateus, 5: 43-44: “43. Ouvistes que foi dito: Amarás o teu próximo, e odiarás o teu inimigo. 44. Eu vos digo, porém: Amai vossos inimigos, bendizei os que vos maldizem, fazei bem aos que vos odeiam, e orai pelos que vos maltratam e vos perseguem”. (BÍBLIA SAGRADA, 2015, pp. 1449-1450 e 1453-1454)

10 Como narra Las Casas, após o debate entre ele e Sepúlveda em Valladolid, os ouvintes acabaram por concluir que a “Conquista” era iníqua, ilícita e injusta, de forma que deveriam ser totalmente proibidas (LAS CASAS, 2000, pp. 4-6).

massacraram os índios com toda a sorte de crueldades, matanças, tiranias e opressões abomináveis a povos inocentes. Os requintes de crueldade para desarticular a humanidade dos índios chegou a níveis nunca antes vistos¹¹.

A partir da análise das argumentações e teorias desenvolvidas por Las Casas dentro do seu contexto de atuação teológica e política, a compreensão dos fatos históricos correlatos à invasão da América Espanhola acaba por desembocar no entendimento das novas correntes constitucionalistas que se firmaram no primeiro decênio do século XXI em vários países americanos hispanófonos, que tendem a refletir no campo da normatividade a reconstrução dos estilhaços culturais que estão presentes nos rastros do ido histórico dos povos latino-americanos. Em grande medida, a obra do frei dominicano é um dos fios norteadores da interpretação sobre o que se pode considerar como sendo o produto da consciência histórica das atuais sociedades latino-americanas. É a partir dessa análise histórica e filosófica que se assentam as bases deontológicas de inúmeras correntes acerca dos Direitos Humanos no âmbito da América Latina, que têm como finalidade resgatar o porquê da proteção aos nativos em razão da história da invasão às Índias: “O século XVI veria perpetrar-se o maior genocídio da história da humanidade”¹².

Para isso, lançou-se mão do método descritivo-reflexivo a partir de pesquisa bibliográfica de viés histórico-filosófico, cujos traços históricos são reconstruídos na perspectiva de importantes autores, mas principalmente Bartolomé de Las Casas, e cujos contornos filosóficos se baseiam, especialmente, no marco teórico arendtiano para salientar, em linhas gerais, como o processo colonizador se converteu em fenômeno de rechaço das propriedades básicas do *ser* e do *ente*, a corroborar a nova tônica da modernidade como projeto: a negação do outro.

2. A correlação entre o ser e a tradição no pensamento de Las Casas: a humanidade dos indígenas e as teses contra a forma como se deu a Conquista

Falar sobre a obra do Frei Bartolomé de las Casas é se propor a pronunciar uma mensagem de resgate sobre o que é o traço definidor que separa os

11 LAS CASAS, 1997a, p. 41.

12 TODOROV, 2010, pp. 6-7.

seres humanos dos demais seres vivos. Isso pois “toda a obra lascasiana, não obstante a variedade de temas que aborda, tem uma característica sobressalente, isto é, a denúncia da destruição dos índios pela violência e crueldade dos colonizadores”¹³. Não é à toa que sua obra reflete a constante busca para remontar as origens do pensamento filosófico europeu sobre a essência humana, sobre o poder político e sobre a organização da própria sociedade. O seu trabalho é a insistente procura de resgatar a ideia do *ser*, que em sua visão, traduzida em sentido ontológico no presente trabalho, deveria se reencontrar com o *ente*¹⁴.

Sobressai de seus profícuos escritos a defesa árdua e profunda de que os nativos das Índias eram seres humanos racionais¹⁵, tal como os europeus. E a partir dessa defesa, criou um conjunto de escritos que tinham por função revisitar os grandes pensadores sobre direito das gentes, direito natural e ontologia, com o intuito de comprovar que o processo da conquista, na verdade, deveria se traduzir na conversão apostólica e humana dos infiéis, e não na sua mutilação, extermínio, profanação e despojo¹⁶. Um de seus escritos mais significativos para entender sua franca defesa dos indígenas certamente é o seu *Nono Tratado*, onde enumera quatro grandes princípios para defender a justiça para os índios, cujas principais influências teóricas foram os estudiosos ligados à tradição aristotélico-tomista.

No primeiro princípio, defende que “o domínio sobre as coisas que são inferiores ao homem corresponde a todos os homens do mundo, sem exclusão de fiéis ou infiéis, segundo a justiça e disposição divinas em comum, e em conformidade com o direito natural e com o direito das gentes, no particular”¹⁷. Sua argumentação se dá no sentido de buscar a fundamentação deontológica divina nas escrituras sagradas que vincularia o tratado dado pelos cristãos aos indígenas, cujo principal argumento é o fato de todos os homens terem sido criados à imagem e semelhança de Deus, sem distinção entre fiéis e infiéis, nos termos bíblicos. Ainda nesse ponto, narra

13 BRUIT, 1995, pp. 73-74.

14 As distinções teóricas entre ser e ente, bem como entre os aspectos ontológico e ôntico da análise fenomenológica serão melhor desenvolvidas no próximo capítulo, onde se realizará a correlação entre esses conceitos e a ideia de consciência histórica e seu papel na definição ôntico-ontológica da condição humana.

15 HANKE, 1967, p. 8; LAS CASAS, 1997b, p. 1239; ZAVALA, 1967.

16 JOSAPHAT, 2008, pp. 138-139.

17 LAS CASAS, 1997b, p. 1235. Tradução livre.

a ordem de Deus dada às criaturas racionais para que subjugu e domine as criaturas e coisas irracionais. Isso significa que o que os índios obtêm com seu trabalho, lançando mão de sua própria racionalidade, não somente os põe em igual condição ontológica com os europeus, como também demonstra a injustiça do despojo de seus bens por parte dos espanhóis¹⁸.

O segundo princípio, por sua vez, é uma clara segmentação entre a organização política que existe em toda sociedade ou agrupamento humano e a política de expansão colonial espanhola sobre os povos indígenas. Diz Las Casas que “o domínio de um só homem sobre os outros, enquanto leva consigo o dever de aconselhar e dirigir, que nada mais é que a jurisdição, pertence ao direito natural e das gentes”¹⁹. Fundamenta esse segundo princípio na ideia aristotélica de que o homem é um ser social, logo, sempre haveria a necessidade de instituir-se um governo, alguém que coordene a vida em sociedade. Essas formações sociais também são vistas na estrutura de ação política dos infiéis, que assim como os fiéis, são animais sociais e racionais, de modo que o viver em sociedade é algo natural. Diante do direito natural e do direito das gentes, a nenhuma pessoa é legítimo despojar o poder político de outrem, pois graças a tais direitos é que os próprios senhores temporais podem justificar seu domínio, seu direito e sua jurisdição sobre seus súditos²⁰.

Em relação ao terceiro princípio, Las Casas justifica que “todo homem, toda coisa, toda jurisdição e todo regime ou domínio, tanto das coisas como dos homens, de que se tratam os referidos princípios, são, ou, pelo menos, se presume que são, livres, se não se pode demonstrar o contrário”²¹. Vê-se aqui o argumento mais refinado realizado por Las Casas para inserir os índios no plano da “humanidade”. Considera-se que o *ser* de todo *ente* é dotado de liberdade, livre arbítrio. Diante de escritos clássicos, demonstra que Deus criou todos dentro de uma “natureza igualitária”, não havendo como se justificar racionalmente que um possa ser escravo do outro.

18 LAS CASAS, 1997b, p. 1239. Em sentido contrário, Juan Ginez de Sepúlveda afirma que a partir da justa guerra contra os índios, que são espécies humanas, em sua maioria, idólatras e ímpias, os homens bons e justos (os colonizadores), apoiados no direito natural e das gentes, podem se apoderar dos bens dos vencidos, pois é nessa condição que nasce a escravidão civil, a partir do justo castigo aos pecadores (SEPÚLVEDA, 1941, p. 159).

19 LAS CASAS, 1997b, p. 1241. Tradução livre.

20 LAS CASAS, 1997b, pp. 1247-1249. Tradução livre.

21 LAS CASAS, 1997b, p. 1249. Tradução livre.

A escravidão seria um mero acidente, casual e ditado pela fortuna, pois “cada coisa segue sua espécie, segundo o que é de *per se*, e não segundo o que é *per accidens*”²².

Por fim, em relação ao quarto princípio enuncia que “todo chefe espiritual ou temporal de qualquer multidão está obrigado a ordenar seu regime ao bem comum e a governá-la de acordo com sua natureza”²³. A natureza da sociedade humana está fundada na liberdade, e esta mesma liberdade, conforme os parâmetros aristotélicos, faz com que os seres racionais possam subjugar todas as coisas em seu entorno, submetendo-as à sua utilidade. O dever do governante é preservar e fomentar essa estrutura, porquanto o particular mantém a coesão do todo, mas o próprio particular depende do todo para sua própria razão de ser.

Os argumentos de Las Casas refletem as bases da própria condição humana. Ao abordar o trabalho e a organização político-social dos índios como verdadeiras fontes intransponíveis do direito natural e do direito das gentes, o pensador reduz os principais pontos que convergem para a defesa da humanidade dos índios e, para além disso, que podem servir de reflexão para a necessidade de buscar, por meio da ideia de consciência histórica, os próprios traços definidores da humanidade em nível ôntico dos indígenas em seu aspecto ontológico. Se não há justificativa de despojo dos bens adquiridos pelo trabalho, se não há argumento que faça com que outros povos possam desarticular outros politicamente, ou relegá-los à *in-existência*, chega-se a um raciocínio próximo ao construído por Hannah Arendt, sob bases argumentativas seculares, onde se constatou que nenhuma pretensão política pode superar o trabalho, a obra e a ação humana. Mais do que isso: a desfiguração da identidade do *ente* com seu *ser* levaria a formação de sociedades marcadas pela extrema desigualdade e desintegração cultural interna, cujas marcas se tornaram indelévels no plano da consciência histórica. É o que se se passa a construir nos próximos capítulos.

22 LAS CASAS, 1997b, p. 1251. Tradução livre. Conclui, então que “deste terceiro princípio se infere que quaisquer nações e povos, por infelizes que sejam, possuidores de terras e de reinos independentes, nos que habitaram desde um princípio, são povos livres e que não reconhecem fora de si nenhum superior, exceto os seus próprios, e este superior, ou estes superiores, têm a mesma pleníssima potestade e os mesmos direitos do príncipe supremo em seus reinos, que os que agora possui o imperador em seu império” (LAS CASAS, 1997b, p. 1255. Tradução livre).

23 LAS CASAS, 1997b, p. 1251, p. 1257.

3. A consciência histórica e a formação da identidade do *ente*: o papel da obra de Bartolomé de Las Casas como ponto de identificação da construção e da destruição dos referenciais ônticos e ontológicos²⁴ dos povos das Índias

A consciência histórica²⁵ é o produto inacabado, em contínuo *devenir*, da nossa natureza de *ser-no-mundo*. A marca contingencial do porvir é terminantemente amarrada, em seu traço ontológico, com aquilo que o precedeu, tendo em vista a inerente relatividade contida no interior do espírito do tempo. A contemplação da essência, que na tradição aristotélica é

24 É interessante notar, nesse aspecto singular, a diferença existente entre o ponto de vista ôntico e o ponto de vista ontológico da análise do ser em seu agora, no ente. Para Heidegger, o ôntico tem a ver com aquilo que se refere ao ente no aí, em sua própria existência. Por outro lado, o ontológico se referencia aos entes a partir da fenomenologia, ou seja, a partir de uma análise no plano epistemológico, como verdadeiro objeto de conhecimento. Para maior aprofundamento dessa distinção conceitual, ver HEIDEGGER, 2012, p. 51-67. Os tradutores da edição inglesa de “Ser e Tempo”, John Macquarrie e Edward Robinson, colocam que apesar de não haver uma clara definição dos termos na obra de Heidegger, da leitura de ser e tempo eles emergem de forma inteligível: “While the terms ‘ontisch’ (‘ontical’) and ‘ontologisch’ (‘ontological’) are not explicitly defined, their meanings will emerge rather clearly. Ontological inquiry is concerned primarily with Being; ontical inquiry is concerned primarily with entities and the facts about them” (HEIDEGGER, 1962, p. 31).

25 Os contornos especulativos acerca da formação da consciência histórica adotados no presente trabalho nos é dado por Hans Georg Gadamer em seu pequeno ensaio intitulado “O problema da consciência histórica”. Em sua visão, o filósofo alemão estabelece que o homem moderno/contemporâneo possui o privilégio de refletir sobre o tempo e o espaço histórico de sua própria existência, a lidar com o condicionamento dado pela existência do outro. Isso significa que explicar o plano da consciência histórica é aprofundar os estudos acerca da própria formação de existenciários na alteridade, ou seja, não há condicionamentos que levem à razão absoluta acerca de um dado ponto do debate. A consciência acerca da consciência histórica nos leva para o plano da relatividade dos posicionamentos, sem deixar de adotar a máxima de que é essa mesma relatividade, um universal em paradoxo, que permite o avanço acerca das discussões sobre um dado tema, sobre fatos e ideias. Dessa maneira: “A consciência que hoje temos da história difere fundamentalmente do modo pelo qual anteriormente o passado se apresentava a um povo ou a uma época. Entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião. Assim por exemplo, decerto a invasão do pensamento filosófico ou político por ideias que são designadas em alemão pelas palavras *Weltanschauung* [visão de mundo] e *Kampf der Weltanschauungen* [luta das visões de mundo] é ao mesmo tempo uma consequência e um sintoma da consciência histórica. Ela se manifesta ainda na maneira pela qual as diferentes *Weltanschauungen* exprimem atualmente suas divergências. Com efeito, para que as partes em litígio, de seus respectivos pontos de vista, cheguem a um acordo – e isso acontece mais de uma vez – sobre o fato de que suas posições antagônicas formam um todo compreensivo e coerente (concessão em que se pressupõe manifestamente, de ambas as partes, que já não se recusa mais refletir sobre a relatividade de suas respectivas posições), é preciso que cada qual esteja plenamente consciente do caráter particular de suas perspectivas. Ninguém pode atualmente eximir-se da reflexividade que caracteriza o espírito moderno” (GADAMER, 2012, pp. 17-18).

o verdadeiro sinal distintivo da natureza humana²⁶, e que diferenciaria o homem de todos os outros animais, encontra seu lugar no mundo contemporâneo mediante o discurso da pluralidade, da especulação acerca da garantia das identidades humanas em seu afloramento existencial, fenomênico. Exemplo disso é que o código pós-moderno afasta as pretensões universalizantes²⁷ acerca da possibilidade de encontro da essência. Por outro lado, não consegue desconstituir o fenômeno histórico como uma sombra que acompanha de modo imanente a estruturação do futuro, dos códigos morais e da própria identidade do *ente* em seu *ser-no-mundo*. Isso significa que por mais plural e relativo que os códigos possam parecer, há um pano de fundo os que une de modo essencial. Essa é a característica reflexiva da consciência histórica, a possibilidade de retomada de um recorte parcial daquilo que se foi, e que de alguma forma tangencia a constituição intrínseca do *ente* como *ser-no-mundo*. A consciência histórica amarra o nascimento, a história e a morte no fio do tempo de cada ser humano junto ao seu povo, à sua comunidade. A consciência histórica permite a revisitação das bases lógico-filosóficas que formam a identidade cultural, dentre elas as nossas visões sobre aspectos deontológicos no que diz respeito à construção do valor da alteridade, dos direitos humanos e da moral.

Nesse contexto, a revisitação da obra de Bartolomé de Las Casas para analisar o quadro geral da institucionalidade e do choque de culturas ocorrido entre os povos pré-colombianos e os conquistadores ganha uma nova perspectiva a partir da análise ontológica. No plano da consciência histórica, a consciência que temos de nossa perspectiva mundana se expande exponencialmente quando descobrimos o significado da alteridade para a formação da identidade do próprio *ente*, ou, nos dizeres de Heidegger,

26 Esclarece Hannah Arendt, com base na obra “Ética à Nicômaco”, de Aristóteles, que “a definição de Aristóteles do homem como *zoon politikon* não apenas não se relacionava com a associação natural experimentada na vida doméstica, mas era até oposta a ela; ela só pode ser compreendida inteiramente se se acrescentar a ela a segunda famosa definição aristotélica do homo como *zoon logon ekhon* (“um ser vivo dotado de fala”). A tradução latina dessa expressão como *animal rationale* resulta de uma incompreensão não menos fundamental que a da expressão “animal social”. Aristóteles não pretendia definir o homem em geral nem indicar a mais alta capacidade do homem – que, para ele, não era o *logos*, isto é, o discurso ou a razão, mas *nous*, a capacidade de contemplação, cuja principal característica é que o seu conteúdo não pode ser vertido em discurso” (ARENDE, 2010, p. 32).

27 Conforme estrita análise elaborada por Lyotard em *La condition postmoderne* sobre a “incredulidade no que diz respeito às metanarrativas” na pós-modernidade (LYOTARD, 1979, p. 7 e ss.).

do “Dasein”, ou “ser-aí”²⁸. A narrativa de Las Casas, por mais controversa que possa ser para alguns, nos leva a refletir sobre a antítese do pensamento ocidental no que diz respeito à conceptualização do *ser* do humano, porquanto demonstra que, muitas das vezes, invocou-se o direito natural para fundamentar a suposta inferioridade ôntica²⁹ dos povos das Índias. Este posicionamento teórico de diminuição do outro retiraria os nativos do conceito ontológico de “ser humano”, dotado de direitos intransponíveis, o que revela a existência de uma antinomia entre as formulações filosóficas e teológicas de matriz greco-romana e a prática político-institucional dos Estados cristãos.

No interior dessa problematização da imersão do *ser* no plano de formulação de seu próprio conceito, a partir da tomada de sua consciência histórica, cabe realizar uma análise preliminar sobre o aparecimento fenomênico dos *entes* indígenas em contraposição ao *ser* universal construído pela tradição filosófica europeia. A diferenciação conceitual entre “ser” e “ente” ao longo da história da filosofia perpassa por inúmeras distinções e dissensos, de maneira que o mais adequado, no presente trabalho, é trazer a diferença básica entre esses dois conceitos de acordo com a etimologia³⁰

28 HEIDEGGER, 2012, p. 59 e ss. Heidegger, que se desponta como um dos grandes expoentes da ontologia, e cujas principais influências filosóficas são tomadas a partir de Aristóteles e Husserl, foi um dos grandes autores que buscou encontrar uma resposta para o problema da unidade da pluralidade do ser. Nesse sentido, de acordo com Casanova, o fio condutor do pensamento de Heidegger é justamente “investigar a articulação entre o uno e múltiplo, sondar o mistério do ser, perguntar pelo ponto de sustentação da relação entre pensamento e ser, voltar-se para o problema do sentido são posturas teóricas diretamente derivadas da questão acerca das muitas significações de ser e de sua unidade transcendente. Dessas posturas nascem ao mesmo tempo para Heidegger dois campos de compreensão que não o abandonarão jamais: o campo da problematização entre ser e ente e o campo da facticidade (CASANOVA, 2013, pp. 17-18).

29 Como é o caso de Juan Gines de Sepúlveda (1941).

30 Opta-se pela distinção etimológica tendo em vista que a construção conceitual filosófica é também uma construção que se dá no âmbito da linguagem, no sentido da ideia de que a consciência histórica sempre permeia os fenômenos da comunicação e da argumentação humanas. A análise filosófica do termo variará conforme inúmeros autores, cada um trazendo uma nota essencial das distinções e inserindo-as em sistemas filosóficos específicos. A análise etimológica se justifica, então, pelo viés de simplificação do argumento e, ao mesmo tempo, para que o presente trabalho não se comprometa com todo o sistema filosófico Heideggeriano ou Aristotélico, por exemplo. No caso de Heidegger, pode-se observar que “Ser e tempo” se estrutura em três subprojetos, como explica Casanova: “destruição da história da ontologia, hermenêutica da facticidade e analítica existencial” (CASANOVA, 2013, p. 79). Cada um desses momentos possui pressupostos teóricos que muitas das vezes são coincidentes com a abordagem ontológica sobre as narrativas de Las Casas, mas em certos pontos não são convenientes, de forma que a análise etimológica cumpre um papel saneador. Caso contrário, haver-se-ia que elaborar certas digressões que não seriam adequadas para os limites do presente trabalho.

do “ser” e do “ente” no latim, o que permite realizar a distinção ôntica e *ontológica* do tema de forma mais precisa.

Em latim, o verbo “ser” em português corresponde ao verbo “esse” (lê-se “êsse”), do mesmo modo que corresponde ao verbo “être”, em francês, ao verbo “sein”, em alemão etc. Como no português, o verbo “esse” (ser) é irregular em sua conjugação latina. Dentro do espectro de formação temporal dos referenciais verbais, a língua latina possui uma flexão de tempo denominada participio presente³¹ – que não é reconhecido por alguns gramáticos da língua portuguesa³² como próprio ao idioma lusitano. A conjugação do verbo “esse” no participio presente, em latim, é “ens”³³, cuja declinação no caso ablativo é “ente” (entī). A importância do participio presente se dá a partir da ideia de que essa estrutura sintática permite visualizar uma espécie de redução conceitual em torno de uma dada palavra. Por se tratar de uma situação gramatical própria a contextos de modificação adnominal e que, a partir do caráter *eventivo*³⁴, traz em si um mínimo núcleo verbal de estruturação, pode-se abstrair que existe uma extensão de tempo e espaço mais bem definida em relação ao objeto de análise, que se mostra como fenômeno do momento, da mesma forma que o *ente* em sua especificação ôntica.

31 A ideia de participio presente e sua classificação lexical e sintática é extremamente complexa e controvertida. A partir dos estudos de categorização dentro do modelo de traços binários de Chomsky e do modelo funcionalista de Pompei, Fiéis et al. explicam que a formação do participio presente se dá a partir de combinações contextuais entre fragmentos de propriedades nominais e verbais, de forma que “os participios presentes estariam nessa zona mais cinzenta da escala, partilhando propriedades de verbos e de nomes” (FIÉIS et al., 2016, pp. 420-421). Nesse sentido, a utilização do participio presente se adequa mais à utilização em contextos que modificam um nome ou substantivo, trazendo-lhe um determinado condicionamento semântico que referencia uma situação concreta e imediata de ação. As linguistas concluem, então, que “considerando que o participio tem a capacidade de selecionar argumento externo, de ocorrer com sujeito próprio e de selecionar um complemento nominal, temos de admitir que, pelo menos nestes casos, é projetada alguma estrutura funcional no domínio verbal responsável pelo caráter eventivo desta forma. Assumimos, assim, que o participio pode projetar um núcleo verbal” (FIÉIS et al., 2016, p. 436).

32 Em que pese haver as flexões cujo sufixo se aloca ao morfema básico dessa flexão com as estruturas “-ente”, “-ante”, “-inte”, como explica Marcin Wlodek em seu trabalho “O participio português – formas e usos”, 2003, p. 44-45; o tratamento do participio presente no português antigo, e suas respectivas controvérsias de aplicação, é estudado de maneira detida por Alexandra Fiéis, Maria Lobo e Cláudia Martins no estudo “O participio presente no português antigo”, publicado na Revista da Associação Portuguesa de Linguística, 2016.

33 Disponível em: <https://en.wiktionary.org/wiki/ens#Latin>. Acesso em 07 jan. 2020.

34 Como bem destaca Gustavo Alexandre de Paiva, o sujeito eventivo, que é em alguma forma modificado pelo participio presente, cuja referência semântica é incorporada ao próprio participio presente, se mostra como evento transitório, factual (PAIVA, 2017, p. 3).

Nesse ponto, o caráter *eventivo* do participípio presente se mostra adequado à análise do *ser* enquanto participante do *ente*, vez que este tem sempre um caráter transitório³⁵, enquanto que o *ser* assume a característica da pretensão de permanência, da universalidade.

O caso ablativo³⁶, por sua vez, expressa, do ponto de vista da linguística histórica, a fusão de três morfemas que condicionam o arranjo semântico de sua aplicação, por meio da relação sintática estabelecida. Como explica Rubio Lisardo,

A gramática histórica nos ensinou que no ablativo latino confluem três casos morfológica e funcionalmente autônomos na pré-história da língua: esses três casos, atribuídos ao indo-europeu, são o ablativo propriamente dito, o instrumental-associativo e o locativo (...). Esta útil orientação da linguística histórica seria nefasta se somente víssemos o sincretismo no plano do significante e crêssemos que o morfema do ablativo segue abrigando no lado de seu significado as três noções antigas como noções diferenciadas. Se os três morfemas casuais se confluíram em um só morfema fortuito (o ablativo), temos de pensar que, paralelamente, as três noções primitivamente distintas (“separação”, “instrumento” e “lugar”) foram sintetizadas em uma noção única, mais geral, que abarca as três antigas sem diferenciação. O sincretismo morfológico pressupõe, por sua vez, um sincretismo sintático: em rigor, não há, pois, três ablativos (um ablativo “separativo”, outro ablativo “instrumental” e um terceiro “locativo”), mas tão somente um: o ablativo de ‘relação à causa inanimada’, como disse de Groot³⁷.

Nessa perspectiva pode-se realizar o seguinte raciocínio de base ontológica: o *ente* nada mais é do que uma situação *eventiva* dada em tempo (temporalmente neutro) e espaço (contextual) específico do próprio *ser*, que a partir da ablação pode ser percebido fenomenicamente numa relação

35 Por outro lado, há linguistas que consideram uma espécie de “neutralidade temporal” do participípio presente, a partir do momento em que “A expressão temporal do participípio presente é expressa pelo contexto, e não pela forma verbal. Apresenta aspecto imperfectivo / durativo e a ação principal pode ser interpretada de acordo com a ação desenvolvida pelo verbo da oração principal, ou pelo emprego de um advérbio. Nesse caso o participípio pode expressar as noções de simultaneidade (concomitância), de anterioridade, ou, ainda, de posterioridade. Essa particularidade do participípio foi classificada por Marouzeau como ‘neutralidade temporal’” (DIAS, 2014, p. 50).

36 Ablação, de acordo com Houaiss, é ação de tirar, de arrancar, de arrebatado.

37 LISARDO, 1982, p. 155. Tradução livre.

entre o particular e sua unidade ontológica. A perspectiva da ablação permite visualizar que este *ente* nada mais é que a parte do *ser* que se mostra de maneira individualizada, que é destacado de seu próprio *ser*, visto do ponto de vista instrumental-associativo³⁸ em relação ao seu *ser*, em um dado tempo e contexto específico. O tempo, especialmente, é o horizonte que possibilita ao *ser* se entender ontologicamente, e ao *ente* constatar sua participação ôntica no próprio *ser*³⁹. O *ente*, então, designa uma característica contingencial do *ser* numa zona de contiguidade do processo de constituição do próprio *ser* analisada sob um recorte específico. Pode-se considerar, então, que o *ser* é o aspecto universalizante do *ente*, que o constitui e é constituído por ele, em infinito movimento. O *ente* é o fenômeno do *ser* absorto em sua *facticidade*, cujas delimitações semântico-sintáticas em análise de sua referência linguística proporciona a sua abstração simbólica.

A pergunta pelo *ser* é algo que sempre se é exigido para a experiência do viver, para o conhecimento-de-si. Ao mesmo tempo, o “*ser* é um conceito indefinível. É o que se infere de sua suprema universalidade”⁴⁰. O *ser* não é um *ente*, mas participa da formação do *ente*. E isso indica algo precioso: “o *ser* não pode ser derivado por definição de conceitos superiores e não pode ser exibido por conceitos inferiores”⁴¹. O *ser* se revela a partir de *si mesmo*, vez que se traduz em “conceito que-pode-ser-entendido-por-si-mesmo”⁴². O ponto central da análise passa a ser, então, a própria forma acerca do “como” perguntar pelo *ser*, qual maneira nossa atividade intelectual deve direcionar sua força vital para o entendimento do *ser*⁴³.

38 Instrumental associativo aqui não referenciado no sentido de considerar-se o *ente* como mero meio para o alcance de uma finalidade, mas como fim em si mesmo. Isso significa que o *ente* é instrumento para a própria aparição fenomênica do *ser* em situação participativa e ablativa, cuja existência é insolavelmente associada ao seu *ser*.

39 Na perspectiva da análise ontológica de Heidegger, a pretensão se dá no sentido de refazer a pergunta para descobrir qual o sentido do *ser*, pois “a elaboração concreta da pergunta pelo sentido de “*ser*” é o objetivo do tratado que se segue. A interpretação do tempo como o horizonte possível de todo entendimento-do-ser em geral é sua meta provisória” (HEIDEGGER, 2012, p. 31).

40 HEIDEGGER, 2012, p. 37.

41 HEIDEGGER, 2012, p. 37.

42 HEIDEGGER, 2012, p. 39.

43 A história da filosofia não se furta a enfrentar a questão de indagar sobre o “*ser*”. Todo o movimento filosófico, da busca pelo conhecimento, pela “coisa-em-si”, se dá no sentido de buscar a essência, a substância, aquele elo que a tudo une e que a tudo participa. No aspecto ontológico, Heidegger disserta que sobre a estrutura formal da pergunta pelo *ser*, “a pergunta pelo sentido de *ser* deve ser *feita*. Se é uma pergunta ou mesmo *a* pergunta-fundamental, então

Parte-se, então, para o seguinte pressuposto: todo perguntar é uma busca incessante pelo *ente* do *ser*, pelo *ser-que* que participa, que está dado em um recorte de tempo e espaço, que é extraído de sua realidade referencial e instrumentalizado conforme a percepção do *ente* sobre o seu próprio *ser* e sobre o *ser-do-outro*. A grande questão que permeia o presente ensaio é o encontro entre o *ser-do-outro* a partir do próprio *ente*, ou seja, o *ente* que reconhece o outro *ente* em sua mundanidade, em sua imersão no *ser*, que inclui a si mesmo.

Os escritos de Bartolomé de Las Casas são narrativas e teses que confrontam a perda da referência teológico-filosófica do *ser* a partir da implementação dos métodos da conquista sobre os indígenas. Em inúmeras passagens, o dominicano denuncia o sistema de *repartimiento* e de *encomienda*, que combinado com as táticas de degredo dos indígenas e inúmeros trabalhos forçados e matanças sem qualquer tipo de justificativa plausível, foi responsável, somente na província da Nicarágua, em período de catorze anos, pela morte de pelo menos seiscentas mil pessoas⁴⁴. Isso tudo sob a justificativa de levar Deus – definido como amor ao próximo e como a virtude da caridade na teologia cristã – aos nativos, mesmo que para convencê-los fosse necessário usar o terror e o medo. São esses traços inumanos que marcam a desfiguração ontológica dos *entes* indígenas, aniquilada a referência do próprio *ser*. A teorização do quarto princípio de Las Casas, retratada no capítulo anterior, é o testemunho teórico disso: como manter a unidade entre o ente e o ser, numa visão teórica e prática, a partir da mutilação da liberdade dos indígenas, que em qualquer plano possui tanta liberdade quanto quaisquer cristãos?

Pode-se dizer a partir dessa breve exposição que a compreensão-de-si é uma das mais extenuantes atividades teoréticas vistas na história da filosofia. Sob o ponto de vista ontológico, com base na teorização de Gadamer, a autocompreensão somente é possível em razão da determinação da existência humana pela tradição (*Traditionbestimmtheit*), que liga ao *ente* um conjunto de pré-compreensões (preconceitos) que apenas pode se manifestar a tomar a existência do(s) *outro(s)*⁴⁵. Assim, o retrospecto da resultante do

tal perguntar exige uma adequada transparência. Por isso é preciso discutir brevemente o que em geral pertence a uma pergunta a fim de, a partir daí, poder mostrar a questão-do-ser como uma *assinhalada* pergunta” (HEIDEGGER, 2012, pp. 39-41).

44 LAS CASAS, 1997a, p. 63.

45 GADAMER, 2012, pp. 12-13.

ente no presente é o caminho a ser seguido para se compreender a estrutura histórica e ontológica sobre a qual se erige o projeto de reencontro do *ente* com seu *ser* em um *ente-pretérito*. Nesse movimento, o *ente* passa a observar, na história e na tradição, como o seu *ser* é constituído e como ele pôde ter sofrido um contínuo processo de desfiguração no tempo, a tomar como referencial sua própria perspectiva sociocultural. A busca pelo *ser* do *ente* permite, numa análise mais refinada, verificar aquilo que foi extirpado do *ser* pelo *outro-irracional*, por aquele que nega ao *outro* a condição comum ao *ser* da humanidade que é a pluralidade no mundo da vida.

Ao levar em consideração essa cadeia de condicionamentos teleológicos e causais, engendrada na história e na formação do *ente* a partir de sua singular realidade de *ser-no-mundo*, parte-se para uma reflexão sobre a conformação histórica deste e sobre as implicações advindas desse processo constitutivo para o fenômeno da compreensão. Importa, assim, saber como é possível alcançar a autocompreensão observada no *ente* do *agora* em razão do *ser* do *ente-pretérito*, que tece as linhas constitutivas da relação do *ente* com seu próprio *ser*, e, para além disso, de seu *ser-no-mundo*⁴⁶, encerrado em sua finitude⁴⁷. O processo de invasão da América Espanhola, na perspectiva dos escritos lascasianos, demonstra a negação de inúmeros *entes* que se comportavam como O *outro*, como o diferente e, conseqüentemente, a obliteração do *ser*. Nesse período, a humanidade experimentou a invisibilização e a instrumentalização do *outro* como meio para a construção da institucionalidade⁴⁸. O que se vê na obra de Las Casas é justamente

46 Como bem estabelece Gadamer, “a analítica temporal da existência (*Dasein*) humana, desenvolvida por Heidegger, penso eu, mostrou de maneira convincente que a compreensão não é um dentre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria presença (*Dasein*). O conceito de hermenêutica foi empregado, aqui, nesse sentido. Ele designa a mobilidade fundamental da pré-sença, a qual perfaz sua finitude e historicidade, abrangendo assim o todo de sua experiência de mundo. O fato de o movimento da compreensão ser abrangente e universal não é arbitrariedade nem extrapolação construtiva de um aspecto unilateral; reside na natureza da própria coisa” (GADAMER, 2012, p. 16).

47 É interessante notar, nesse aspecto singular, a diferença existente entre o ponto de vista ôntico e o ponto de vista ontológico da análise do ser em seu agora, no ente. Para Heidegger, o ôntico tem a ver com aquilo que se refere ao ente no aí, em sua própria existência. Por outro lado, o ontológico se referencia aos entes a partir da fenomenologia, ou seja, a partir de uma análise no plano epistemológico, como verdadeiro objeto de conhecimento. Para maior aprofundamento dessa distinção conceitual, ver Heidegger, 2012, pp. 51-67.

48 DUSSEL, 1994. Também Lewis Hanke narra com grande profundidade e detalhe a dicotomia do processo de conquista na formação das institucionalidades: Pizarro queria o ouro, outros queriam levar o Deus cristão aos infiéis (HANKE, 1949, p. 59 e ss.).

a tentativa de construir a identidade ontológica do ser humano por meio do resgate da tradição do pensamento ocidental, ao mesmo tempo em que se retrata a mutilação dos inúmeros *entes* que não participavam da referência de mundo europeia⁴⁹. O não reconhecimento da pluralidade nada mais é que o germen da barbárie. E é a reflexão do *ente* do *agora*, em sua imersão diante da consciência histórica, que permite a realização de uma deontologia baseada na alteridade e no respeito.

4. A condição humana e a formação do *ente* na *vita activa*

A perda dos referenciais ontológicos nos idos do processo de colonização se reflete na pergunta principal que permeia os escritos de Bartolomé de Las Casas: há alguma diferença ontológica entre o ser dos indígenas o ser dos cristãos europeus? Como desdobramento: há alguma justificativa para que os indígenas fossem submetidos à destruição de seus referenciais existenciais? Para visualizar esses aspectos da narrativa e do pensamento de Las Casas, torna-se plausível a busca pela resposta do que consistiria a condição humana, esse traço que supostamente uniria todos os seres racionais em seu aspecto ontológico. Uma das respostas mais profundas sobre a condição humana nos foi dado pela filósofa e cientista política Hannah Arendt.

Ao refletir sobre as atrocidades ocorridas na primeira metade século XX, a filósofa-política se vê envolta aos problemas da fragilidade e do aspecto do desamparo do *ente* em sua relação com o mundo. Passa, então, a buscar uma forma de teorização que tenha como mote a seguinte questão: “o que proponho, portanto, é muito simples: trata-se apenas de pensar o que estamos fazendo”⁵⁰. No presente trabalho o que se propõe é pensar o que a tradição realizou em seu projeto de construção da identidade do

49 Como bem explicita Lawrence Clayton na análise da obra de Las Casas e do período histórico retratado, há que se refletir se os espanhóis realmente viam os indígenas como uma forma inferior de humanidade “Did these same Spaniards truly think of the Amerindians as a lesser form of humankind?” (CLAYTON, 2011, p.3).

50 ARENDT, 2010, p. 6. A autora segue, ainda, dizendo que “‘o que estamos fazendo’ é, na verdade, o tema central deste livro. Ele aborda somente as articulações mais elementares da condição humana, aquelas atividades que tradicionalmente, e também segundo a opinião corrente, estão ao alcance de todo o ser humano. Por essa e outras razões, a mais elevada e talvez a mais pura atividade de que os homens são capazes, a atividade de pensar, é deixada de fora das presentes considerações” (ARENDT, 2010, pp. 6-7). Passa-se, a ver, então, quais são aqueles processos e características básicos inerentes ao existir humano, que nenhum outro homem pode deixar escapar e não depender.

ente no ser, e até que ponto essa identidade foi estabelecida na negação do próprio ser enquanto referencial do próprio humano.

Os traços fundamentais da teoria arendtiana sobre a condição humana são colocados em torno da expressão *vita activa*, que, segundo a autora, é constituída por “três atividades humanas fundamentais: trabalho, obra e ação”, sendo que cada uma dessas atividades corresponde às “condições básicas sob as quais a vida foi dada ao homem na terra”⁵¹. Essa tríade conceitual proposta pela filósofa traz o *trabalho* como aquela unidade básica que sustenta a vida biológica do corpo do ser humano em seus inúmeros processos metabólicos, desde sua natalidade até sua morte, suprindo as necessidades básicas da vida. Diante dessa manifestação, “a condição humana do trabalho é a própria vida”⁵². No mesmo caminhar, a *obra* corresponde àquelas atividades não necessariamente levadas para o campo da estrita naturalidade subjacente à concepção de sobrevivência (que se dá de forma quase instintiva), mas é acompanhada por aquilo que corresponde à uma “não-naturalidade” [*un-naturalness*] do produto da atividade humana no mundo dissociado de uma prática “sempre recorrente” [*ever-recurrent*] desta atividade na manutenção de seu ciclo biológico. Ao contrário do ambiente natural proporcionado pelo mundo, a obra é a adição artificial da presença humana, é o *locus* onde a condição humana se perfaz em estruturas que possuem caráter e pretensão de perenidade e que, correntemente, se apresenta para além do tempo humano. No interior da obra a vida individual se torna possível com maior segurança, “embora esse mundo se destine a sobreviver a transcender” todas as fronteiras da obra⁵³. Assim,

51 ARENDT, 2010, p. 8. Como bem coloca Adriano Correia na introdução brasileira de “A condição humana”, o resultado da presente obra de Hannah Arendt vai para além de investigar as bases da barbárie na modernidade, para explicar aquilo que sempre foi colocado à margem do pensamento filosófico ocidental. Narra o comentarista que “a versão definitiva de *A condição humana*, mais que uma resposta à pergunta sobre como e por que foi possível o totalitarismo, e mais que um exame da relação entre totalitarismo e tradição, converteu-se em uma fenomenologia das atividades humanas fundamentais no âmbito da vida ativa – o trabalho, a obra ou fabricação e a ação. Arendt principia sua investigação com o exame da relação entre a condição humana e a *vita activa*, definida em contraposição à *vita contemplativa*, mas visa antes de tudo a transcender a caracterização tradicional das atividades e da relação entre elas com vistas a uma indagação sobre o significado das próprias atividades e das transformações em seu caráter na era moderna” (Correia em ARENDT, 2010, p. XXIII).

52 ARENDT, 2010, p. 8.

53 Ao buscar as raízes etimológicas das palavras “trabalho” e “obra”, Hannah Arendt identifica que a distinção proposta em seu trabalho alcança um valor inusitado. Isso porque, ambas as palavras, apesar de se separarem do ponto de vista de seu preciso alcance semântico, acabaram

“a condição humana da obra é a mundanidade [*worldliness*]”⁵⁴. Por derradeiro, a face mais singular da condição humana é colocada por Arendt em torno da ideia de *ação*. Esta seria a “única atividade humana que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”⁵⁵. O fato de haver a diferença entre os homens, de não se poder identificar uma “lei geral de comportamento” repetida em todos, revela a singularidade do existir humano. Esse caráter *sui generis* da condição humana não revela uma simples superioridade humana em face da vida na Terra, contudo demonstra que a pluralidade nada mais é do que a base da condição humana, exatamente no sentido de que “todos somos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá”⁵⁶.

A partir dessas bases teóricas, podemos identificar a pluralidade compositiva do *ser* na singularidade do *ente*⁵⁷. O *ente* é apenas uma das múltiplas manifestações do *ser*. O *outro* é *ente* que compartilha o mesmo *ser* dos *outros* e *de si*, cuja subjetividade ganha unidade na ideia de sentido, observado no tempo. Cada *ente* possui sua unidade a partir de sua contingência, que é de alguma forma previamente moldada pela tradição que lhe é pretensamente oferecida pelo *ser*, imerso em sua consciência histórica, e mediante a intencionalidade e o sentido previamente contidos na *facticidade* do *ente*. Cada *ente* está limitado em sua solidão, em sua finitude e em sua potencial imortalidade a partir daquilo que lhe deriva como obra de

por serem utilizadas como sinônimas por inúmeras línguas. Mas ao estabelecer os contornos da evolução linguística, com base nos trabalhos de Grimm e Lucien Fèbre, aponta que “assim, a língua grega distingue entre *ponein* e *ergazesthai*, o francês entre *travailler* e *ouvrer*, o alemão entre *arbeiten* e *werken*. Em todos esses casos, apenas os equivalentes de “trabalho” têm uma conotação inequívoca de dores e penas. O alemão *Arbeit* se aplicava originalmente apenas ao trabalho agrícola executado por servos, e não à obra do artesão, que era chamada de *Werk*. O francês *travailler* substitui o mais antigo *labourer* e deriva de *tripalium*, uma espécie de tortura” (ARENDDT, 2010, p. 98).

54 ARENDT, 2010, p. 8.

55 ARENDT, 2010, p. 8.

56 ARENDT, 2010, pp. 9-10.

57 Como bem expressa Arendt, uma das maiores perplexidades humanas do ponto de vista da ação é justamente responder à dupla pergunta: “O que é o humano?” e “quem é o humano?”. A primeira pergunta buscaria as qualidades que qualquer homem teria em comum com outros seres vivos, enquanto a segunda pergunta marcaria a diferença específica entre um e outro ser humano (ARENDDT, 2010, pp. 226-228).

sua vida, a partir daquilo que deixa de rastro em sua brevíssima passagem, em sua fugaz *pré-sença*. Essas pegadas deixadas pelo *ente* nada mais significam que a possibilidade de a consciência histórica ser abstraída pelo *ente* por meio do fenômeno da compreensão, especialmente a *compreensão-de-si-no-mundo* e a *compreensão-do-outro* a partir da ideia de que a existência própria do *ente* é *ser-com* (*Mitsein*)⁵⁸.

Por esse raciocínio, a formação do *ente* na *vita activa* leva como substrato a ideia de interdependência recíproca entre os *entes* na formação da sua própria identidade e, por conseguinte, de sua própria existência. O caráter de *ser-com*, lançado no *interior-do-mundo* e lido mediante uma ampla cadeia teleológica, eleva a condição humana da pluralidade a patamares insubstituíveis e inalcançáveis sob a perspectiva da existência do eu-singular do *ente*. Essa característica, que revela a riqueza da pluralidade, a equiparação dos seres humanos em atividades que identificam um núcleo

58 O desenvolvimento ontológico do *ser* em sua representação submetida à investigação da alteridade foi refinadamente desenvolvido por Martin Heidegger. Em sua obra “Ser e Tempo”, o filósofo nos mostra que a característica intrínseca ao *ser-aí* (*Dasein*) – que Gadamer coloca como *pré-sença* – é *ser-no-mundo* (*In-der-Welt-sein*), ou seja, a análise parte da ideia de que a orientação de *ser-no-mundo* do *ser-aí* nada mais se opera do que de forma “codeterminada” (HEIDEGGER, 2012, p. 341). Quando se pergunta pelo “quem” do *Dasein* – que no presente trabalho é referenciado semiologicamente como *ente*, se afastando em várias consequências extraídas do conceito próprio de *Dasein*, mas que não será abordado em razão da delimitação do objeto do presente estudo – não se quer retratar aspectos transcendentais sobre a *essência* a partir da ideia de fusão entre corpo e alma, ou seja, o espírito. A *essência* do *ser* do *ente* deve ser previamente percebida como a *existência* (HEIDEGGER, 2012, p. 341). Essa *existência* se projeta em um *mundo-ambiente*, cuja imediata significação surge com a descrição, e.g., do “mundo do trabalho do artesão” que resulta em um instrumento, ou seja, aquilo que Arendt denomina de “obra de suas mãos”, de onde se extrai o processo de compreensão e autocompreensão *existência* do *ente* em sua *facticidade*. O resultado do produto da obra do artesão “vem-de-encontro ao mesmo tempo” com as outras “obras” ou outros “entes” aos quais aquela obra se destina (HEIDEGGER, 2012, p. 341), ou seja, encontra significância existencial na imersão da *facticidade*. “No modo-de-ser desse utilizável, isto é, em sua *conjunção*, reside uma remissão essencial a possíveis usuários para cujos corpos o utilizável deve ser “feito sob medida” (HEIDEGGER, 2012, p. 341). Sob a óptica do *ente* tomado em sua subjetividade imersa na consciência histórica, sua natureza de *ser-com* não permite o emprego de uma lógica de *utilizabilidade* ou de subsistência, porquanto o *ente* lançado no mundo, como *Dasein*, somente se revela a partir do momento em que *põe-em-liberdade* no mundo sua *existência*, que se dá perante outros entes de natureza subjetiva e consciência. Nesse sentido, para Heidegger, “‘mundo’ é também *Dasein*” (HEIDEGGER, 2012, p. 343). Assim, “o outro” não pode ser colocado simplesmente como o que resta do eu que se destaca. “O outro” é, para além disso, a distinta face de um semelhante-de-si que também-*ser-‘aí’* no interior de um mundo compartilhando a existência. Assim, “‘Com’ e ‘também’ devem ser entendidos como *existenciários* e não como categoriais. Sobre o fundamento desse com no *ser-no-mundo*, o mundo já é sempre cada vez o que eu partilho com os outros. O mundo do *Dasein* é *mundo-com*. O *ser-em* é *ser-com* os outros. O *ser-em-si do-interior-do-mundo* desses últimos é *ser-‘aí-com’*” (HEIDEGGER, 2012, pp. 344-245).

comum que subjuga todos os *entes* em um mesmo *modo-de-ser-no-mundo*, permite a leitura da condição humana sob o viés da garantia da dignidade. As tentativas de rebaixar a existência do outro mediante critérios intelectivo-tecnológico-étnicos resultaram na bestialidade, no não reconhecimento da singularidade do *ser-do-ente* imerso em sua própria história, único, despidido da segurança, da insolência, da jactância de seu *ego* quando contrastado à sua auto-constituição dependente do *alter*.

Pode-se dizer que a formação do *ente* na *vita activa* é uma situação ontológica. Ao situar as narrativas sobre a estrutura social dos povos indígenas antes do período da Conquista, pode-se observar a riqueza da pluralidade dessas sociedades. A ideia do trabalho e da obra eram referências ontológicas no sentido de instrumentalização do produto das mãos dos indígenas para satisfazer as necessidades do momento, na proporção exata. A ação se vertia, em muitos reinos e aldeias, na organização da interação humana a partir de laços comunitários onde inexistia a própria noção do indivíduo, dada a ausência da ideia de propriedade. A ação, como política, era construída a partir de uma óptica funcional-estrutural: cada qual cumpre um papel na institucionalidade criada a partir da ação comunitária, segundo as regras autorreferenciais. Após a chegada dos colonizadores, a realidade do trabalho para os indígenas se transforma na retirada de sua própria humanidade, na tradução de que suas forças e suas liberdades inexistiam diante da brutalidade da colonização⁵⁹.

5. A desfiguração do ente a partir da invasão da América pré-hispânica: a antítese do projeto civilizatório ocidental

Em 13 de agosto de 1521, ou seja, em Um-Serpente, segundo dia do mês de *Xocotl Uetzi*, num ano Três-Casa segundo os calendários de México-Tenochtitlan,

59 A partir de uma vasta pesquisa documental, Lewis Hanke analisou o desenvolvimento da cidade de Potosí, na região do Peru. Narra a riqueza das civilizações que ali viviam e, que com a chegada dos espanhóis, e em alguns casos de portugueses, toda a lógica do trabalho se alterou. Com o sistema de mobilização dos índios estabelecidos pelos colonizadores, narra que “os nativos trazidos das regiões mais baixas do Peru morreram facilmente diante do clima severo de Potosí. Muitos caíram pelo caminho durante a viagem, e as condições de trabalho no Cerro mataram ainda mais índios, de forma que a mera menção sobre Potosí passou a ser motivo de medo para os índios” (*The natives brought from the lower regions of Peru died easily in the harsh climate of Potosi, many fell by the wayside while traveling, and the terrible conditions of work in the Cerro killed more, so that throughout the land the Indians quickly came to dread assignment to Potosi*) (HANKE, 1956, p. 24. Tradução livre).

provavelmente no início da noite e entre dois violentos aguaceiros, em meio aos mortos e às ruínas, o último imperador asteca, Cuauhtémoc, num ato de desespero entregou a sua capital aos conquistadores espanhóis, que terminavam de eviscerar a cidade. A América maciça dos altiplanos densamente povoados ingressava brutalmente na nossa história. Irrompia ao mesmo tempo nos nossos relatos e no cortejo de imagens que compõem a nossa representação do passado⁶⁰.

Estudar e pesquisar a história da colonização ibérica sobre as Índias é desafio que assume a necessidade de se caminhar sobre a vida encoberta, sobre cadáveres esquartejados, queimados, aviltados, esquecidos em sua *in-existência*, sobre o sangue que unge o brilho hispânico-lusitano, sobre estupros, sequestros, subjugação e destruição de vidas, famílias e unidades políticas. E não que essa história tenha mudado, pelo contrário, permanece a atividade de caça àqueles que não têm como se defender, nem vontade de alcançar certo nível de irracionalidade e selvageria. Esse modo de ver *o outro* como inferior, como não digno de existência, como sem-vente ou, menos ainda, objeto, foi ricamente narrado por um dos grandes expoentes do humanismo⁶¹. A vasta obra do Frei Bartolomé de Las Casas se tornou um dos principais instrumentos para referenciar *o como* a modernidade se forma sob bases nada racionalistas, dissociando-se de toda a base filosófico-teológica ocidental. Por meio de denúncias animosas, esse frei dominicano foi responsável pela mais contundente ação de denúncia e de engajamento político em favor dos nativos americanos, chegando a suplicar inúmeras vezes aos reis espanhóis e aos papas pela vida dos nativos americanos.

60 TODOROV; BAUDOT, 2019, p. 13.

61 Escreve Antônio Armando Ulian do Lago Albuquerque que “em todo processo de destruição, descrito por Las Casas, enfoca-se o extremo rigor e desprezo dos *não-índios* para com os povos indígenas. Entretanto, Las Casas acreditava que essa política desumana não poderia ser de conhecimento do reino da Espanha, pois contrariaria os ensinamentos cristãos, disso decorrendo um pecado imperdoável aos governantes. Por essa razão, o dominicano sugere que a Coroa demonstre a sua veemente reprovação, autorizando castigos aos colonizadores anticristãos” (Albuquerque em WOLKMER, 2005, P. 39). Estudando-se a globalidade da obra de Las Casas, com Albuquerque destaca que “para Saint-Lu, todo o ideário lascasiano proporciona ecos sobre os grandes problemas sócio-políticos contemporâneos: o anticolonialismo, a autodeterminação e os Direitos Humanos. Os princípios da liberdade e da dignidade são os alicerces lascasianos na sua proposta alternativa à opressora colonização espanhola” (TODOROV; BAUDOT, 2019, p. 42).

Como bem coloca Héctor Bruit, a Conquista causou um grande trauma no pensamento ocidental, sendo objeto de grandes debates filosóficos e na historiografia:

Enquanto o processo institucional da conquista continua tendo um enorme interesse para os estudiosos, particularmente por ser um fato que permite observar os quase infinitos meandros desse evento, os ajustes e desajustes, os pálidos equilíbrios entre a teoria e a prática, entre a consciência e a ação dos sujeitos; os acontecimentos, a correntes dos fatos, miúdos ou grandiosos, a prática dos agentes sociais aparecem revestidos de significados a respeito dos quais as explicações, as justificativas, os juízos de valores, as interpretações não se esgotam. Pelo contrário, eles suscitam interrogações em cadeia que se renovam a cada vez que o estudioso os enfrenta⁶².

O primeiro tratado da compilação “Tratados”, denominado “brevíssima relação sobre a destruição das Índias”, tem como objetivo realizar um testemunho histórico sobre aquilo que Las Casas pôde observar em sua vivência da evolução processo de colonização, a descrever tanto a forma de organização dos povos e civilizações pré-hispânicas, como também o processo de exterminação aos quais foram submetidos pelos espanhóis. Como narra o dominicano, a descoberta das Índias no ano de 1492 foi acompanhada, logo no ano seguinte, de um lento processo de povoação espanhola e mapeamento de todos os territórios que foram sendo encontrados para além da grande ilha da Nova Espanha. As inúmeras ilhas eram extremamente povoadas pelos indígenas, sendo que o território continental teria mais de 10 mil léguas de costa marítima, “e cada dia se descobrem mais, todas cheias como uma colmeia de gentes, o que até o ano de 1541 se descobriu, que parece que pôs Deus naquelas terras de uma só tacada a maior quantidade de toda a linhagem humana”⁶³.

Sua descrição sobre os hábitos e o caráter dos nativos demonstra quão pecaminosa se mostrou a evolução da Conquista sobre os nativos, como se pode apreender:

62 BRUIT, 1995, p. 31.

63 LAS CASAS, 1997a, p. 15. Tradução livre.

Todas estas universas e infinitas gentes de *todo gênero* criou Deus o mais simples possível, sem maldades nem reservas, obedientíssimas e fidelíssimas a seus senhores naturais e aos cristãos a quem servem; mais humildes, mais pacientes, mais pacíficas e quietas, sem intrigas nem agitações, nem excitados, nem queixosos, sem rancores, sem ódios, sem desejar vinganças, que há no mundo. São assim mesmo as gentes mais delicadas, fracas e ternas e que menos podem sofrer trabalhos e que mais facilmente morrem de qualquer enfermidade, que nem os filhos de príncipes e senhores entre nós, criados em comodidades e delicada vida, não são mais delicados que eles (...). São também pessoas paupérrimas e que menos possuem, e menos ainda querem possuir, bens temporais; e por isso não são soberbas, não são ambiciosas, não são gananciosas. Sua comida é tal que os santos padres no deserto não parecem haver sido mais limitados, nem menos deleitosos, nem menos pobres. Suas vestimentas, comumente, são de coutos, cobertas suas vergonhas, e, quando muito, cobrem-se com uma manta de algodão, que talvez sejam como vara e meia ou duas varas de linho em quadra. Suas camas são em cima de uma esteira e, quando muito, dormem em camas como redes penduradas, que na língua da ilha Española chamavam “hamacas”. São limpos e desocupados e espertos, muito capazes e dóceis para toda boa doutrina, aptíssimos a receberem nossa santa fé católica a ser dotados de virtuosos costumes, e é a gente que menos impedimentos tem para isso que Deus criou no mundo. (...) E, finalmente, eu ouvi dizer de muitos leigos espanhóis há muitos anos e muitas vezes, não podendo negar a bondade que se vê neles: “certo, estas gentes eram as mais bem-aventuradas do mundo se somente conhecessem Deus”⁶⁴.

A passagem descreve os hábitos e a visão ontológica dos indígenas em relação à sua própria existência. A maioria dos relatos acerca dos povos e sociedades pré-hispânicas têm como traço em comum a abordagem da docilidade e da lhanza destes, bem como de sua fragilidade frente aos fatores biológicos e tecnológicos naquele momento dominados pelos europeus. Esse espanto logo se converteu em repressão, traduzida em dominação no sentido de estar-superior, de reduzir o *outro* em sua existência como algo desprezível, diminuto, que sequer possuiria, em muitos casos, significado em face da figura de Deus, considerados desprovidos de alma em razão da inexistência da fé. Por isso, subjugados, torturados, escravizados e mortos. A ojeriza é ilustrada por Las Casas em diversas passagens: “Entravam

64 LAS CASAS, 1997a, pp. 15-17. Tradução livre.

nas vilas, burgos e aldeias não poupando nem crianças e homens velhos, nem mulheres grávidas e parturientes e lhes abriam o ventre e faziam em pedaços”⁶⁵. Sobre a invasão dos grandes reinos do Peru⁶⁶, especialmente o império Inca, “não mantendo (como nunca mantiveram), nem a fé jurada nem a verdade, amarraram-no, estrangularam-no e finalmente o queimaram”⁶⁷. Essas narrativas são também vistas nos documentos produzidos pelos próprios nativos, cuja escrita se deu a partir do processo de estabelecimento da representação fonética do nauatle em relação ao alfabeto latino pelos catequistas franciscanos⁶⁸.

Um dos mais famosos textos escritos em língua nauatle e traduzidos por Georges Baudot é o Códice Florentino. Esse documento, em seu Livro XII, retrata como os espanhóis foram articulando estrategicamente a

65 LAS CASAS, 2011, p. 30.

66 O nível de desconsideração do outro chegava a tal ponto que inúmeros religiosos enviados ao novo continente passaram a se debelar e a denunciar as ações inumanas perniciosamente promovidas pelos colonizadores. Dentre eles estava o Frei Marc de Nise, franciscano, que deixou um documento cujo teor Bartolomé de Las Casas reproduz em sua obra: “Eu, Frei Marc de Nise, da Ordem de São Francisco, Comissário superior dos outros irmãos da mesma ordem nas Províncias do Peru, que fui dos primeiros religiosos a entrarem nas ditas províncias com os Espanhóis: Eu digo, dando verdadeiro testemunho de algumas coisas que vi de meus próprios olhos nessas províncias e que concernem ao tratamento e conquistas feitas sobre os naturais do país. Primeiramente, sou testemunho ocular e tenho como cousa bem certa que esses índios do Peru são a mais amável das gentes que se tem visto entre os índios, sendo afáveis e amigos dos espanhóis; e vi que lhes davam ouro em abundância, assim como prata e pedras preciosas e tudo o mais que lhes pediam, prestando ainda todos os serviços. E os índios nunca se declararam em guerra, senão que estiveram sempre em paz, enquanto os espanhóis não lhes deram ocasião de guerra em virtude dos maus tratos e da crueldade; e ao contrário receberam os espanhóis com toda amizade e honra nos povoados, dando-lhes de comer e todos os escravos machos e fêmeas que pediam para seu serviço” (LAS CASAS, 2011, p. 107-108). E mesmo após Atualpa, último grande Rei dos Incas, ter oferecido “dois milhões de ouro” e muito mais riquezas aos invasores, foi queimado vivo, assim como seu mais alto escalão. A sanha invadiu a região do Equador, e Quito vivenciou sobre seu solo, pela primeira vez, a escalada da brutalidade indizível, do enxame de vespas carnívoras e indolentes. Marc de Nise prossegue: “poucos dias depois queimaram um grão-senhor, chamado Chamba, da Província de Quito, sem que ele tivesse culpa alguma e sem que para tanto lhes tivesse dado o menor motivo. Do mesmo modo queimaram injustamente Schapera, senhor de Canarianos. Também queimaram os pés de Aluis, grão-senhor entre todos os de Quito e lhe fizeram sofrer vários outros tormentos para obrigá-lo a dizer onde estava o ouro de Atualpa; tesouro a cujo respeito, como bem se viu, ele nada sabia. (...) Certifico que os espanhóis reuniram grande número de índios e os fecharam em três grandes casas, tantos quantos em cada uma delas podia caber e deixando-lhes fogo, queimaram-nos todos sem que para tanto tivessem dado o menor motivo aos espanhóis” (LAS CASAS, 2011, p. 108-109). A imotivação da redução da *existência* ao *nada* se repetiria mais algumas vezes na história mundial e, especialmente, na história da América Latina.

67 LAS CASAS, 2011, p. 105.

68 TODOROV; BAUDOT, 2019, p. 16.

tomada da cidade do México dos Astecas, especialmente sacrificando o imperador asteca Montezuma. O capítulo XX, do livro XII, narra como os espanhóis massacraram e chacinaram os mexicanos durante a celebração da festa de *Uitzilopochtli*, em *Teotitlalco*. A descrição dos informantes indígenas colhidas pelo frei Bernardino de Sahagún demonstra a desconstrução da condição humana e a *ontologia do nada*:

E assim estavam as coisas enquanto se celebrava a festa, e já se dançava, já se cantava, e um canto já se enlaçava com outro, e a cantoria era como um estrondo de ondas, então, quando pareceu os espanhóis que era o momento de matar as pessoas, eles apareceram. Eles estavam preparados para a guerra. Chegaram para fechar as saídas, todas as entradas: a Porta da Águia, a porta ao lado do palácio, a porta da Ponta da Cana e a Porta do Espelho das Serpentes. (...) Isso feito, então, eles entraram no pátio do templo para massacrar as pessoas. Os encarregados de matar simplesmente vinham a pé, com seus escudos de couro; outros com escudos engastados de pregos e espadas de metal.

Em seguida, eles cercaram os que estavam dançando; em seguida, foram aonde estavam os tambores e, sem perda de tempo, bateram nas mãos do tamborileiro, cortaram a palma das suas mãos, das duas; em seguida, cortaram-lhe o pescoço, e o pescoço caiu longe. Em seguida, todos eles atacaram as pessoas com as lanças de metal e contra elas investiram com as espadas de metal. Algumas foram feridas pelas costas, e suas entranhas se esparramaram pelo chão. De outras eles rebentaram a cabeça, esmigalharam, reduziram a cabeça delas a pó. E, de outras, eles atingiram os ombros, vieram furar, vieram despedaçar o corpo delas. De outras eles feriram várias vezes as panturrilhas; de outras eles feriram várias vezes as coxas; de outras eles perfuraram a barriga, e todas as vísceras se espalharam no chão.

E foi em vão que as pessoas correram. Ninguém fazia senão engatinhar arrastando as suas tripas; era como se elas se enredassem nos pés de quem queria fugir. Não se podia ir a lugar nenhum. E aqueles que tentavam sair era feridos ali mesmo, eram apunhalados⁶⁹.

Apesar de toda a desumanidade e incompreensão em relação ao outro, houve quem realizasse esforços intelectuais para justificar a insânia. Dessa forma, a desumanidade se verteu em estupor legitimado pelos próprios peregrinos do Deus cristão em terras indígenas. O principal destes intelec-

69 TODOROV; BAUDOT, 2019, pp. 130-133.

tuais é o cronista do imperador Carlos V, membro da ordem dominicana, Juan Ginés de Sepúlveda.

Sepúlveda foi um dos expoentes defensores do sistema de exploração da América Espanhola baseado no instituto jurídico da *encomienda*. Esta consistia na circunscrição de um dado território entregue a um *encomiendero*, que poderia submeter a população indígena a trabalho compulsório e tributar todos aqueles que estavam submetidos ao seu jugo⁷⁰. Parte das riquezas extraídas pertenciam à Coroa e o sistema foi o mais importante veículo de acumulação primitiva de capital dos Reinos de Castilla e León. Nesse ponto, o cronista tinha como principal meta fundamentar as bases da legitimidade desse modelo de exploração. Como aponta Las Casas, Sepúlveda elaborou duas conclusões principais para demonstrar a “legalidade” da destruição dos povos autóctones das Índias, sendo a primeira no sentido de que “as guerras que foram feitas pelos espanhóis das Índias, foram justas quanto à causa e ao direito em cujo nome foram movidas, sendo que de modo geral essas mesmas guerras devem e podem ser feitas”⁷¹.

Assim, a instrumentalização da existência em razão da finalidade de locupletar a Fazenda espanhola era vista como algo natural e condescendentemente admitida. O pretexto seria a expansão da fé cristã. Além disso, dizia que os índios “são obrigados a submeter-se para ser governados pelos espanhóis, como os menos sábios devem submeter-se aos mais prudentes e sábios; e que, se não querem submeter-se, os espanhóis podem mover-lhes guerra”⁷².

70 Esclarece Manuel García-Pelayo, em introdução à obra “*Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*”, de Juan Gines de Sepúlveda, a organização político-administrativa de colonização, na visão de Sepúlveda se deu em torno daquilo que se passou a conhecer como “*encomienda*”. Este sistema de exploração da mão de obra nativa consistia, segundo o próprio Sepúlveda, em “*repartir algunos de ellos por las ciudades o por los campos a españoles honrados, justos y prudentes, especialmente a aquellos que los han sometido a nuestra dominación, para que los eduquen en costumbres rectas y humanas, y procuren iniciarlos e imbuirlos en la religión cristiana, la cual no se transmite por la fuerza, sino por los ejemplos y la persuasión, y en justo premio de esto se ayuden del trabajo de los indios para todos los usos así necesarios como liberales de la vida*” (SEPÚLVEDA, 1941, p. 40).

71 LAS CASAS, 2011, p. 126.

72 LAS CASAS, 2011, p. 126. Sobre as quatro causas levantadas por Sepúlveda, reage Las Casas fervorosamente, dizendo que “Sepúlveda alega certos argumentos falaciosos com os quais favorece a avidez avarenta dos tiranos, retorcendo as proposições dos livros sagrados e dos ensinamentos dos sábios e santos padres e dos filósofos. Enumerando os crimes e vícios naturais dos índios, que conhece por aqueles espanhóis inimigos acirrados destes mesmos índios, e apoiando-se nesses falsos testemunhos, difama aquela grande parte do gênero humana que a providência divina dispersou por aquelas imensas extensões das Índias” (LAS CASAS, 2000, p. 4. Tradução livre).

Na obra “Demócrates Segundo, ou das justas causas da guerra contra os índios”, Sepúlveda, com base em teorias desenvolvidas por Aristóteles, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino⁷³, apresenta quatro argumentos básicos para oferecer uma justificativa plausível perante o Direito das Gentes e aos códigos canônicos para que o processo de dominação continuasse nos exatos moldes em que estavam sendo colocados em marcha.

A primeira causa é uma relativização do significado da liberdade e da dignidade que Las Casas defendia ser inerente a todos os seres humanos, visto que para Sepúlveda os homens bárbaros e infiéis são, por natureza, servos. Logo, se eles se negam a serem dominados por aqueles que são mais “prudentes, poderosos e perfeitos que eles”, é justo que se faça uma guerra pois a dominação lhes traria grandes utilidades, pois lhes mostraria a justiça conforme os padrões do direito natural, onde a matéria deve obedecer a forma⁷⁴.

A segunda causa é que além de realizarem a idolatria, realizavam torpezas nefastas eles devoravam carne humana, a cometer crimes que ofendem à natureza, cultuando demônios, de forma a provocar a ira divina contra esses monstruosos ritos. Nesse sentido, deveriam os índios aceitarem o jugo espanhol, para se redimir perante a lei natural⁷⁵.

A terceira causa é que eles também imolam seus pares em rituais demoníacos e pagãos, não adorando o verdadeiro Deus. Nesse caso, haveria razões de direito natural que obrigariam todos os homens, especialmente os espanhóis, a castigarem e a repelirem as injúrias realizadas de forma injusta por um homem a outros homens, ou seja, pelos indígenas aos seus pares⁷⁶.

73 Interessante verificar que as obras de Aristóteles e Santo Tomás de Aquino foram a base para a defesa dos índios por parte de Las Casas em seus inúmeros escritos. Seu projeto apostólico e de evangelização, segundo Carlos Josaphat, se deu no sentido de que “para o futuro da teologia e de seu diálogo com a modernidade, o contato de Las Casas com a doutrina de Santo Tomás de Aquino é de grande importância. As grandes intuições evangélicas do missionário, aliás dotado de uma inteligência teórica e prática fora do comum, encontravam uma teologia bem articulada e fundamentada na Escritura e na grande tradição. Ele reconciliava no pensamento, na vida e na prática de “Fray Bartolomé de Las Casas”: contemplação, ação e formação racional” (JOSAPHAT, 2005, pp. 33-34).

74 SEPÚLVEDA, 1941, p. 153. O autor prossegue, dizendo que as normas de direito natural fundamentam que “a matéria deve obedecer à forma, o corpo à alma, o apetite à razão, os brutos ao homem, a mulher ao marido, os filhos ao pai, o imperfeito ao perfeito, o pior ao melhor, para o bem universal de todas as coisas” (SEPÚLVEDA, 1941. Tradução livre).

75 SEPÚLVEDA, 1941, p. 155; LAS CASAS, 2000, p. 7.

76 SEPÚLVEDA, 1941, p. 155; LAS CASAS, 2000, pp. 7-8.

Em quarto lugar, Sepúlveda justifica a guerra contra os índios como justa para que haja a expansão da própria fé católica sobre os infiéis, que devem ser subjugados. Dessa forma, a guerra poderia desterrar os nativos e derrubar os obstáculos para que eles se libertassem dos cultos pagãos e da idolatria⁷⁷.

O que se observa é que todos os justos motivos, em alguma medida, gravitam ao redor da ideia de que se o comportamento de tais entes não está de acordo com a hermenêutica que certos cristãos realizam sobre as escrituras sagradas, poder-se-ia implementar quaisquer instrumentos e práticas para afastá-los dessa suposta bestialidade e “indignidade”.

O discurso da subjugação se assenta sob uma suposta ascendência racional, científica e moral europeia sobre os demais povos do mundo⁷⁸. Esse artifício tem como principal argumento a utilização do modo de *ser* do *outro* como algo que deve ser modificado em razão de uma lei natural, de um princípio que deve ser seguido por todos os seres humanos no que diz respeito aos comportamentos e assimilações sociais. Como se pode observar, Sepúlveda assenta seu raciocínio numa suposta insuficiência cognitiva e sobre a prática de atos de selvageria dos nativos entre si. A argumentação mostra sua fragilidade a partir de uma análise minuciosa sobre os documentos históricos que narram as relações sociais dos povos indígenas americanos. A generalização é sempre ignóbil, não subsiste à consciência histórica⁷⁹. A não identificação dos *entes* indígenas na ideia de

77 SEPÚLVEDA, 1941, P. 155-157; LAS CASAS, 2000, p. 8.

78 Immanuel Wallerstein expõe que os argumentos utilizados por Sepúlveda ecoam na história e são paulatinamente utilizados para justificar intervenções realizadas pelos países “civilizados” sobre aqueles considerados “não civilizados” (WALLERSTEIN, 2007, p. 35). Essa impropriedade de diminuir o outro a algo inferior, inclusive, é reproduzida no art. 38 do *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*, que determina que um dos parâmetros de integração do ordenamento jurídico internacional nada mais é do que “os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas” (BRASIL, 1945. Grifo nosso). No mesmo sentido, Enrique Dussel, em sua aclamada obra “*El encubrimiento del Otro*”, 1994.

79 Wallerstein ilustra a questão a partir da reação de Las Casas a Sepúlveda no que diz respeito à ideia contida no discurso de superioridade. Segundo o autor, “a objeção de Las Casas ao argumento de Sepúlveda foi a generalização a um povo interior ou a uma estrutura política do comportamento que, no máximo, seria de uma minoria – minoria cujos equivalentes seriam tão fáceis de encontrar tanto no grupo autodefinido como mais civilizado quanto no grupo considerado bárbaro. Ele lembrou o leitor que os romanos haviam definido como bárbaros os ancestrais dos espanhóis. Las Casas propunha o argumento da equivalência moral média de todos os sistemas sociais conhecidos, de modo que não havia hierarquia natural entre ele que justificasse o domínio colonial!” (WALLERSTEIN, 2007, p. 36).

ser construído pelo pensamento europeu se realizou a partir da desconstrução paulatina não somente dos preceitos bíblicos em relação à alteridade e à compaixão em relação ao outro, como também, do ponto de vista ontológico, do dismantelamento dos elementos constitutivos da condição humana. Essa desarticulação do trabalho, da obra e da ação dos indígenas marca profundamente a institucionalidade da sociedade que dali se originou, de forma que no plano da consciência histórica, essas feridas acabam por levar à reflexão de como conciliar o passado no presente, de forma que a diferenciação feita entre os *entes* possa ser superada e a unicidade do *ser* tornar-se restaurada⁸⁰.

Nessa cadeia de argumentações, em seu Quinto Tratado, *Las Casas* expõe o *modus operandi* da colonização, na subjugação dos nativos como escravos, ao realizar duas fortíssimas críticas ao sistema posto e até mesmo aos soberanos espanhóis. Diz o religioso que “a inferioridade desse argumento [de que a submissão dos índios era justa] é manifesta, pois pode-se pressupor que não há qualquer razão de os espanhóis terem tido uma guerra justa contra os índios em nenhuma parte das Índias até hoje”⁸¹. Nesse sentido, demonstra que nunca houve os dois requisitos básicos para se declarar guerra a outros povos: uma razão justa para tal, e a autoridade do príncipe para empreender a conflagração⁸².

Manuel Garcia-Pelayo, em introdução à edição espanhola da obra “Demócrito, ou tratado sobre as justas causas da guerra contra os índios”, de Sepúlveda, analisa que dentro da obra deste teórico não é possível encontrar um conceito expresso de “causa justa” para a guerra, contudo enunciados que de alguma forma a justifiquem. Cita, então, cinco dessas justificativas: a) repelir a força com a força; b) recuperar as coisas injusti-

80 Em relação às novas perspectivas institucionais gestadas no âmbito do movimento conhecido como “novo constitucionalismo latino-americano”, Heleno Florindo Flores resgata as bases históricas de formação dos atuais estados plurinacionais latino-americanos. Nesse contexto, narra um contínuo histórico de subjugação dos povos indígenas, de forma que essa nova realização constitucional visa, no presente, superar as cicatrizes e inumanidades do passado. Isso, afinal de contas, tendo em vista que os próprios descendentes dos colonizadores dominam as institucionalidades desses países até hoje. Então, disserta que “toda essa busca, resgate, dos valores encobertos pela modernidade europeia no contexto latino-americano, de enorme diversidade étnico-cultural, política, econômica e social, corrobora uma tentativa de se resgatar no passado – de culturas milenares, (...) uma racionalidade para o futuro, que seja mais respeitosa com a diversidade cultural da América Latina, bem como com a natureza” (SILVA, 2014, p. 98).

81 LAS CASAS, 1997a, p. 507. Tradução livre.

82 LAS CASAS, 1997a, p. 507. Tradução livre.

ficadamente arrebatadas; c) castigar os malfeitores cujos delitos restaram impunes no Estado ao qual pertencem; d) a superioridade cultural de uns em relação aos outros; e, por fim, e) a luta contra as heresias⁸³.

Diante dessas breves referências, pode-se ascender ao raciocínio de que o projeto civilizatório ocidental, tomada a civilização europeia como germinadora e destinatária de seus axiomas, está fundado em uma antítese injustificável e cínica. Parte-se da ideia de que a observação do mundo realizada pelo europeu é intrinsecamente superiora do que qualquer outra visão humana. Ao mesmo tempo em que se retorna à antiguidade para fundamentar as bases da modernidade por meio da ideia da “razão”, funda-se toda a tessitura social e política do Estado Nacional dentro do artifício de obscurecimento da diferença, de negação do próprio valor que é erigido como fundamental para a sociedade europeia, mas que pretensamente não se aplicaria ao Outro, ao próximo, ao herege. Esse não emprego do universal europeu ao *outro* se dá não em razão do desconhecimento do que seja liberdade, igualdade e dignidade, mas simplesmente da necessidade de se sentir superior, de estabelecer a desvinculação do *outro ente* de seu próprio *ser* para satisfazer o ego delirante. A antítese, assim, se constitui como a tensão contínua entre esses dois opostos, que se mantêm concomitantemente válidos nesse raciocínio brutal, apesar de nada mais significarem que uma estruturação sedimentada em um paralogismo débil, mentiroso e inerte representado na manutenção do *ser* e do *não-ser* na irracionalidade da seletividade discursiva⁸⁴.

83 Pelayo em SEPÚLVEDA, 1941, pp. 18-26.

84 A prática discursiva na formação da comunicação nas bases da evolução de uma filosofia social foi refinadamente analisada por Axel Honneth em sua obra “Luta por reconhecimento”. Este trabalho tem como linha mestra a identificação de três esferas básicas de reconhecimento pelos quais o humano e o social se movem e se conformam no mundo, quais sejam, as relações primárias de amor e amizade – dedicação emotiva – as relações jurídicas, ou seja, os direitos dos sujeitos – respeito cognitivo – e a esfera de comunidade de valores, ou solidariedade – estima social, sendo as respectivas formas de desrespeito a essas esferas a) os maus-tratos e a violação; b) a privação de direitos e a exclusão; c) a degradação e a ofensa e, por conseguinte, a ter como componentes da personalidade ameaçados pelo não-reconhecimento, na mesma sequência, a) a integridade física; b) a integridade social; c) a ‘honra’ e a dignidade (HONNETH, 2003, p. 211). Em que pese suas bases teóricas não se assentarem nos marcos de uma ontologia fenomenológica propriamente dita, como aqui proposto em perspectiva de marco teórico, traz importantes aportes de autores desse segmento. Ao teorizar sobre os “vestígios de uma tradição filosófica social”, recorre em certo ponto a Sartre, de onde retira alguns posicionamentos sobre o processo de colonização. Conforme narra o autor, Sartre, em seu escrito *Wir sind alle Mörder* (Somos todos assassinos, em tradução livre), considera que “a luta por reconhecimento deixa de representar uma característica estrutural irrevogável do modo de existência humana

6. A ontologia do *nada* e seu ponto irreduzível: o *animal laborans*

A ontologia do *nada* é a observação sobre o *ser* do *ente* que é negado em sua *existência*, em sua natureza humana – e condicionalmente humana –, percebido como *não-ente*, como *ente* desviante e assimétrica e insignificadamente *in-existente*. Ela mostra na realidade a morbidez das bases racionalistas ocidentais em seus alicerces mais básicos. É na ontologia do *nada* que se observa a configuração da antítese imanente ao discurso colonial, que calca sua suposta superioridade cultural na vida do *Outro*. Apesar dessa fatal diferença existente entre todos os humanos no que toca à percepção do mundo e de sua relação com o mundo sendo *ser-lançado-no-mundo*, há que se procurar a resposta para a indagação: há algo de irreduzível e unificador à existência, que esteja presente mesmo naqueles que se projetam como superiores em sua inumanidade? Há algo, uma situação, que nos reduz à mesma condição ontologicamente?

A primeira grande constatação da tentativa de se transformar em nada o *ente* que não pertence à mesma facticidade do *ente* que olha para o *Outro* é a própria morte. Inevitavelmente, o cotidiano dos *entes* que participam do mesmo *ser* se depara com a morte vindo-de-encontro aos *entes* que participam do mesmo *ser*. E é nessa constatação, de que tanto um quanto outro *ente* possuem a mesma percepção de que a morte rodeia o presente e ocorrerá no futuro, é que se pode reduzir a existência de todos os *entes* humanos em um mesmo *ser*⁸⁵. Todos estamos condenados à morte.

e passa a ser interpretada como uma consequência, em princípio superável, de uma relação assimétrica entre grupos sociais” (HONNETH, 2003, p. 248). Para Sartre o colonialismo pode ser visto como forma de deformação das “relações intersubjetivas de reconhecimento mútuo, de maneira que os grupos implicados são prensados igualmente num esquema comportamental quase neurótico: enquanto os colonizadores só podem elaborar com cinismo ou com agressão intensificada o desprezo que sentem por si mesmos, já que degradam sistematicamente os nativos, os colonizados somente são capazes de suportar as “ofensas diárias” através da cisão de seu comportamento nas duas partes constituídas por uma transgressão ritual e uma superadaptação habitual” (HONNETH, 2003, p. 248). O aspecto neurótico do processo colonizador se baseia na formação de padrões de comunicação assimétricos, oportunidade a qual se afasta da ideia de patologia individual em relação ao conceito de neurose, para considerá-lo, consoante Sartre, como “uma distorção patológica de relações interativas resultante do fato de as relações de reconhecimento, subterraneamente efetivas, serem ao mesmo tempo negadas mutuamente” (HONNETH, 2003, p. 249).

85 Nesse caso, pode-se referenciar as reflexões relativas à morte e sua percepção ontológica em HEIDEGGER, 2012, pp. 695-733.

Para além da morte, a condição humana do trabalho e da obra se re-metem, nessa ordem, à perspectiva ontológica do *animal laborans* e do *homo faber* e suas correlações com o *animal rationale*⁸⁶. A antiguidade clássica relegava as atividades próprias dos dois primeiros àqueles humanos considerados menores, cuja natureza era própria a servir, a se ocupar das coisas mundanas e da manutenção da organicidade e da fabricação das estruturas que permitem a vida minimamente segura e referenciada. Restou à tradição clássica a identificação de quais atividades contemplativas, racionais, deveriam ser deixadas para aqueles homens livres, tidos como naturalmente dotados de capacidade teórica, logo, mais humanos que os outros⁸⁷. Todavia, esse *status* erigido na antiguidade e em alguma medida transposto na consciência histórica até a fundação do racionalismo moderno foi aos poucos se alterando com a mudança estrutural da sociedade europeia a partir, especialmente, do século XVI. Com base nas formulações propostas por Adam Smith e Karl Marx a respeito da Era moderna, Arendt identifica que este período histórico marcou a definitiva⁸⁸ inversão da

86 Em sua consideração teórica, Hannah Arendt assenta as leituras do homem como animal social ou político sob certas ressalvas e limites. Para ela, “a *vita activa*, a vida humana na medida em que está vivamente empenhada em fazer algo, está sempre enraizada em um mundo de homens ou de coisas feitas pelos homens, um mundo que ela jamais abandona ou chega a transcender completamente. (...) Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. A atividade do trabalho não requer a presença de outros, mas um ser que trabalhasse em completa solidão não seria humano, e sim um *animal laborans* no sentido mais literal da expressão. Um homem, obrando, fabricando e construindo um mundo habitado somente por ele mesmo, seria ainda um fabricante, embora não um *homo faber*: teria perdido a sua qualidade especificamente humana e seria, antes, um deus – certamente não o Criador, mas um demiurgo divino como Platão descreveu em um dos seus mitos. Só a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um deus é capaz de ação, e só a ação depende inteiramente da constante presença de outros” (ARENDDT, 2010, pp. 26-27. Grifo nosso).

87 A escravidão para os antigos era uma instituição necessária para a manutenção da vida, uma vez que, segundo a tradição grega, “trabalhar significava ser escravizado pela necessidade, e essa escravização era inerente às condições da vida humana. Pelo fato de serem dominados pelas necessidades da vida, os homens só podiam conquistar a liberdade dominando outros que eles, à força, sujeitavam à necessidade. A degradação do escravo era um golpe do destino e um destino pior que a morte, pois implicava a metamorfose do homem em algo semelhante a um animal doméstico” (ARENDDT, 2010, p. 103). Essa mensagem, de alguma forma, foi carregada pela tradição e ainda persiste como meio de raciocínio sobre o agir humano e as diferenças sociais. Nesse aspecto, o lado sombrio da tradição paira de modo subliminar sobre a composição moral do homem durante a história, sendo conteúdo que se aflora em diversas matizes irracionais, por meio da efetivação de discursos assimétricos geralmente baseados no cinismo, na mentira e na visão rasa da própria existência *de-si*, acobertada pelo ódio ao *outro*.

88 Definitiva, uma vez que a era cristã já havia carregado suficientemente do ponto de vista axiológico e existencial o valor dado à vida. Foi o pensamento cristão, de fato, que realizou a

tradição no que diz respeito à clássica hierarquia existente no interior da *vita activa*, uma vez que o trabalho passa a ser a “fonte de todos os valores e sua elevação do *animal laborans* à posição tradicionalmente ocupada pelo *animal rationale*”⁸⁹, porquanto gerador de riquezas, *conditio sine qua non* do existir social. Sendo a condição humana do trabalho a vida, esta se desnuda como “um processo que em toda parte consome a durabilidade, desgasta-a e a faz desaparecer”⁹⁰ que se revela em um processo cíclico entre vida e morte na universalidade da natureza, interminável. De toda forma, a realidade Cristã não deixou de levar em consideração a vida contemplativa, pelo contrário, dentre as atividades mais essenciais ao homem cristão estava a contemplação da infinitude da ligação estabelecida entre cosmos e Terra, entre o início da vida, como vida mortal, e a pretensa certeza de sua continuação em outro plano. A crise da modernidade instaurada pelo racionalismo cético possibilitou a inversão também da contemplação para a vida terrena, uma vez que “foi só quando perdeu o seu ponto de reverência na *vita contemplativa* que a *vita activa* pôde tornar-se vida ativa no sentido pleno do termo”⁹¹.

Nesse aspecto, retomando-se as narrativas e argumentações teóricas de Las Casas, pode-se constatar que o processo da Conquista foi a sedimentação da reificação do *ente* estranho ao colonizador, colocado como *in-existente*. A *ontologia do nada* se firma na negação da *entidade* do *ente* indígena na ideia de *ser* do europeu, momento o qual os indígenas passam a ser reduzidos utilitariamente. Para haver essa redução, primeiramente revela-se a distorção do padrão de trabalho dos indígenas para a lógica da proximidade da morte. Isso significa a negação ontológica do trabalho para os nativos como forma de subsistência, traduzindo essa importante ferra-

transposição da centralidade do *animale rationale* para o *animal laborans*, como *ente* que carrega o bem supremo da vida, esta não mais considerada em sua natural mortalidade, mas agora alçada à imortalidade celeste trazida pela “boa nova” cristã (ARENDDT, 2010, p. 392 e ss.). Em que pese essa virada, Santo Tomás de Aquino, considerava que é na vida contemplativa que se encontrava a verdadeira superioridade humana, rechaçando qualquer forma de viver cujo centro seja a ação humana (ARENDDT, 2010, pp. 387-398). Somente na contemporaneidade que a dessacralização metafísica da existência humana se opera, a partir do momento em que o *animal laborans* retoma seu significado de *estar-no-mundo* em sua mortalidade, o que revela não somente sua fragilidade frente à contingência, como também a singularidade e importância de se proteger a pluralidade humana.

89 ARENDDT, 2010, p. 105.

90 ARENDDT, 2010, p. 119.

91 ARENDDT, 2010, p. 400.

menta humana em mero instrumento para a satisfação do ente europeu. Isso significa que a redução ontológica do *ser*, a partir da negação do *ente* indígena, acaba por destruir a própria noção do trabalho: o trabalho das mãos dos indígenas não significa mais vida, senão a proximidade da morte, ou ela própria.

E nesse mesmo caminho do trabalho toda a obra foi obliterada. A estrutura referencial da cultura foi relegada à inutilidade e à banalidade. Os instrumentos e estruturas que advinham da qualificação do *homo faber* indígena foram reduzidos à ineficiência ao confrontar-se com os instrumentos europeus (especialmente os de guerra), ou considerados como lugares ou estruturas para o culto ao paganismo. A destruição do sentido da obra dos indígenas, mais uma vez, retira a possibilidade de referência ontológica desses *entes* em sua própria circunstância, em razão da desconsideração dos europeus de que o *Outro* também participa do seu próprio *ser*.

A ontologia do nada também se transformou na destruição da unidade política, da ação dos entes indígenas. O sacrifício de famílias inteiras, a aniquilação da unidade e organização políticas desses povos se deu de maneira arbitrária, injustificada e irracional, como bem pontua Las Casas em seu “Nono Tratado sobre a justiça em relação aos índios”. É a partir da desarticulação política que se pôde realizar a barbárie, vez que a perda de referência da unidade social foi capaz de desarticular a própria referência para a ação, condenando-se os indígenas a serem meros autômatos da vontade dos conquistadores.

Essa quebra da condição humana resultou na destruição do sentido ontológico que são os referenciais da própria existência e da condição humana. Como coloca Heidegger, “o conceito do sentido compreende o arcabouço formal do que pertence necessariamente ao articulável pela interpretação entendedora”⁹². O sentido é aquilo que une ontologicamente o trabalho, a obra e a ação. A articulação da *vita activa* se dá na interação mútua e factual entre o trabalho que mantém a vida, a obra que edifica a cultura e a mundanidade e a ação que abre o *ser* em sua pluralidade. Ao cindir o

92 HEIDEGGER, 2012, p. 429. O autor prossegue explicando que “quando o ente do-interior-do-mundo é descoberto com o ser do Dasein, isto é, quando veio ao entendimento, dizemos que ele tem sentido. Mas tomado rigorosamente, o que é entendido não é o sentido, mas o ente, ou o ser. Sentido é aquilo em que a entendibilidade de algo se mantém. Denominamos sentido o que é articulável no abrir que entente. (...) *sentido é aquilo-em-relação-a-quê do projeto, estruturado pelo ter-prévio, pelo ver-prévio e pelo conceito-prévio, a partir de que algo pode ser entendido como algo*” (HEIDEGGER, 2012, p. 429).

sentido da vida para o *Outro*, a civilização ocidental acabou por incorporar a instrumentalização do ente como possibilidade do ser, desorientando a forma de ser do *ser-no-mundo* como projeção de sentido e de interpretação aberta por meio da pluralidade em suas múltiplas possibilidades, trazendo a morte não como um ponto natural no fim, mas como verdadeira face da irracionalidade humana.

7. Conclusão

O leitor que se depara com os escritos de Bartolomé de Las Casas, senão os degenerados, tem como primeira reação o espanto e, logo após, a virada *para si*. Espanto ao se deparar com a falta de limites da inventividade humana para instrumentalizar e aniquilar a existência de seus iguais. A virada *para si* em busca de alguma justificativa que se converta em argumento para ensinar ao próximo quais os limites da moralidade e da alteridade para se justificar nossa própria existência. E é a partir desse espanto que essa pesquisa se iniciou.

Primeiramente buscou-se verificar o que seria o *ser* que une todos ontologicamente. E como cada individualidade, cada contingente, cada *ente*, se relaciona entre *si*, mesmo que em muitas perspectivas seja concomitantemente negado pelo outro. A partir da análise etimológica, sugeriu-se que cada *ente*, para além de participar de um mesmo *ser*, constitui-se em intrínseca transitoriedade. É o que Hannah Arendt aponta como sendo a pluralidade, que permite o estabelecimento da ação humana. O caráter *eventivo* de formação do *ente* se dá a partir do seu destacamento (ablação) em relação ao *ser*: constata-se sua individualidade, vê-se sua instrumentalização interna em face do *ser* – a partir do momento em que o *ente* se referencia ao *ser*, e este ao *ente* –, bem como esse aparecimento do *ente* se dá em uma relação contextual. Diante dessa complexidade de movimentos ôntico-ontológicos, resgatou-se alguns traços em comum, que permeariam o *ser* de todos os entes humanos: a vida e a morte traduzidas como a própria condição humana.

É a partir do resgate da alteridade, tão solene e barbaramente aniquilada no processo da Conquista, que se pode iniciar a busca pela formação das bases deontológicas das sociedades latino-americanas atuais. A ideia de *ser-com* perpassa a incessante atividade de busca por aquilo que de alguma forma tornou a existência humana supérflua na consciência histórica oci-

dental, e que deve ser resgatada e alçada como forma de regar a própria conduta humana, seja moralmente, seja por meio do Direito. Nesse cenário, os escritos de Las Casas são o exemplo mais rico de como a existência foi reduzida à ontologia do nada, do esquecido em sua insignificância nos porões de navios, nos edifícios incendiados, nas moitas das florestas tropicais encharcadas com o sangue de estupros, esquartejamentos e torturas. Mostra-se a necessidade do resgate.

Portanto o que se pretendeu nesse ensaio foi buscar algum fator que pudesse unir a existência humana e, em um contexto histórico tão relativista como o atual, falar sobre alteridade. O exercício de alteridade nada mais é do que a impossível transfiguração da existência do *eu* no *outro-eu*, ou seja, do *ente* no *ente* que compartilha consigo o mesmo *ser*. Por mais que não tenhamos acesso ao *em-si* do *outro* – ou ao *aspecto* êmico de uma outra cultura ou sociedade e de suas peculiaridades –, o exercício de alteridade pode nos mostrar de maneira aproximada a mesma condição experimentada. Um caminho seria se ler como sujeito arrastado pela história, a atentar o que o constitui em sua singularidade e contemplar⁹³ a ideia de que os passos do *ente* no *mundo da vida* são insubstituíveis e inestimáveis em qualquer medida terrena ou metafísica que se utilize⁹⁴, por mais que tal

93 E talvez seja nesse ponto que Aristóteles tenha parcial razão ao distinguir a natureza humana das demais formas de vida por meio da atividade contemplativa: a possibilidade de contemplar a condição humana que une o *ente* ao *outro*, à descoberta de que o *ser* do *ente* é *ser-com*, e nada mais. Apesar disso, como bem reflete Sartre, essa tentativa de colocar-se a si mesmo a partir do olhar do olhar do outro é operação que se mostra fracassada na história humana. Nas relações concretas do outro com o outro, o filósofo francês aponta para o fracasso do amor e da linguagem frente à atitude nadificante da subjetividade do sujeito experimentada pela prática masoquista. Nesse caso, aponta para uma segunda atitude para com o outro baseada na indiferença, no desejo, no ódio e no sadismo, sendo que ambas as atitudes nada mais são que “uma reação fundamental ao ser-Para-outro como situação originária”. Continua argumentando que “pode acontecer que, pela própria impossibilidade de me identificar com a consciência do Outro por intermédio de minha objetividade para ele, eu seja levado a me voltar deliberadamente para o outro e *olhá-lo*. Nesse caso, olhar o olhar do Outro é colocar-se a si mesmo em sua própria liberdade e tentar, do fundo dessa liberdade, afrontar a liberdade do Outro. Assim, o sentido do pretendido conflito será deixar às claras a luta de duas liberdades confrontadas enquanto liberdades. Mas esta intenção deve ser imediatamente motivo de decepção, porque, somente pelo fato de que me afirmo em minha liberdade frente ao Outro, faço do outro uma transcendência-transcendida, ou seja, um objeto” (SARTRE, 2017, pp. 472-473).

94 A referência encontra ressonância no pensamento geral de Hannah Arendt. Como explicita Jerome Kohn na introdução à obra “A promessa da política”, os escritos desta cientista-política exteriorizam a constante tensão existente entre o existir e a racionalidade dentro da esfera pública, de modo que “homens e mulheres politicamente reunidos na busca de um objetivo comum geram poder, que, ao contrário da força, provém das profundezas da esfera pública e a sustenta,

operação nos cause estarrecimento e decepção em não lograr o objetivo, contudo persistente em algum lugar do mundo ideal imaginado pela (in) consciência humana. Isso porque “o animal laborans é, realmente, apenas uma das espécies animais que povoam a terra – na melhor das hipóteses, a mais desenvolvida”⁹⁵.

O desafio dos estudos deontológicos, especialmente na construção de novas formas de comunicação normativas nas sociedades latinas atuais, é incorporar a alteridade e a pluralidade como guia da ação do Estado, da sociedade e do indivíduo, de forma que a institucionalização do *Outro* seja o remédio para que certos pontos do passado não mais nos visitem. Estas considerações são algumas das chaves para se entender a construção de uma nova forma de se pensar o fenômeno constitucional na América Latina, que passa a referenciar a máxima alteridade e reconhecimento como chave para refazer os passos do *ser*, do irreduzível que a todos une. O olhar histórico tece o futuro.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ARENDDT, Hannah. *A promessa da política*. Tradução Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: DIFEL, 2008.
- BÍBLIA SAGRADA. Utah, 2015. Disponível em: <<http://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-83800-por.pdf>>.
- BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho

como diz Arendt, enquanto eles permanecerem associados em discurso e ação. Numa época em que as instituições de governo e as estruturas jurídicas envelheceram e se desgastaram, recordar as raras ocasiões em que os seres humanos plurais puseram em prática e completaram ações políticas, e narrar essas ocasiões em histórias talvez não faça rejuvenescer as instituições e restaurar a autoridade das leis. Mas as histórias de Arendt são capazes de instilar amor pelo mundo (*amor mundi*) suficiente para nos persuadir de que vale apenas aproveitar a oportunidade de afugentar a ruína do nosso mundo” (KOHN apud ARENDT, 2008, p. 37). É ainda o *amor mundi* arendtiano que sustenta a imagética superação da contingência contida na trágica *facticidade* condicionante, para muitos *entes*, da própria forma de ser-no-mundo, de *in-existir*.

95 ARENDT, 2010, p. 104.

- de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 22 out. 1945.
- BRUIT, Héctor Hernan. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.
- CASANOVA, Marco Antônio. *Compreender Heidegger*. 4ª. ed. Petrópolis, Vozes, 2013.
- CLAYTON, Lawrence A. *Bartolomé de Las Casas and the conquest of Americas*. Chichester (UK), Willey-Blackwell, 2011.
- DIAS, Elaine Ferreira. *A evolução do participio presente em português*. Tese de doutorado apresentada perante o Programa de Pós-Graduação em Letras da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orientadora: Ângela Vaz Leão. Belo Horizonte, 2014.
- DUSSEL, Enrique. *1492 El encubrimiento del Otro: Hacia el origen del “mito de la Modernidad”*. La Paz: Plural Editores, 1994.
- FIÉIS, Alexandra; LOBO, Maria; MARTINS, Cláudia. *O participio presente no português antigo*. In Revista da Associação Brasileira de Linguística, N. 1-10, 2016, p. 417-440. Disponível em <https://run.unl.pt/bitstream/10362/27820/1/Fi_is_Madeira_Martins_O_partic_pio_presente_no_portugu_s_antigo.pdf>.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3ª ed., 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
- HANKE, Lewis. *La lucha por la justicia en la conquista de América*. Buenos Aires: Editorial Sudamerica, 1949.
- HANKE, Lewis. *Más polémica y un poco de verdad acerca de la lucha española por la justicia en la conquista de América*. Santiago de Chile: Editorial Universitária, 1967.
- HANKE, Lewis. *The imperial city of Potosí: an unwritten chapter in the history of Spanish America*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1956.
- HEIDEGGER, Martin. *Being and time*. Translated by John Macquiritie and Edward Robinson. 1ª ed. Oxford: Blackwell, 1962.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Fausto Castilho. Ed. bilingue. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa – 2ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Editora 34, 2003.
- JOSAPHAT, Carlos. *Bartolomeu de las Casas, espiritualidade contemplativa e militante*. São Paulo: Paulinas, 2008.

- JOSAPHAT, Carlos. *Las Casas: Deus no outro, no social e na luta*. São Paulo, Paulus, 2005.
- LAS CASAS, Bartolomé de. *Apología, O declaración y defensa universal de los derechos del hombre y de los pueblos*. Salamanca: Junta de Castilla y León, 2000.
- LAS CASAS, Bartolomé de. *O Paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América Espanhola*. Tradução de Heraldo Barbuy. – Porto Alegre, L&PM, 2011.
- LAS CASAS, Bartolomé de. *Tratados, vol. I*. Fondo de Cultura Económica, México, 2ª reimpressão, 1997a.
- LAS CASAS, Bartolomé de. *Tratados, vol. II*. Fondo de Cultura Económica, México, 2ª reimpressão, 1997b.
- LISARDO, Rubio. *Introducción a la Sintaxis Estructural del Latín*. 1ª ed. vol. único. Barcelona: Editora Ariel, 1982.
- LYOTARD, J. F. *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*. Paris, 1979.
- PAIVA, Gustavo Alexandre. A copula do ser do português: propriedades sintáticas e semânticas. Trabalho de conclusão de curso em iniciação científica PBIC apresentado no 23º Congresso de Iniciação Científica da Universidade de Brasília (UNB). In: *Anais do 23º Congresso de Iniciação Científica da UNB*. 2017. Disponível em http://bdm.unb.br/bitstream/10483/20268/1/2017_GustavoAlexandreDePaiva_tcc.pdf. Acesso em 14 de jan 2020.
- SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada – Ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução de Paulo Perdígão. – 24ª ed. 3ª reimp. – Petrópolis: Editora Vozes, 2017.
- SEPÚLVEDA, Juan Gines de. *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1941.
- SILVA, Heleno Florindo da. *Teoria do estado plurinacional: o novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2014.
- TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone Moisés. 4ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- TODOROV, Tzvetan; BAUDOT, Georges. *Relatos astecas da conquista*. São Paulo: Editora Unesp, 2019.
- WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.
- WLODEK, Marcin. O particípio português – formas e usos. In *anais do Romansk Forum*, N. 17, 2003/1, Oslo, p. 43-53. Disponível em: <<https://>

www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/25199/18-03.pdf?sequence=1#page=46.

WOLKMER, Antônio Carlos (coord.). *Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente*. Florianópolis: Manole, 2005.

ZAVALA, Silvio. *El mundo en la época colonial*. Tomo I. México: Editorial Porrúa, 1967.

Recebido em 07 de março de 2019.

Aprovado em 27 de janeiro de 2020.

RESUMO: os escritos do Frei Bartolomé de Las Casas sobre o processo da Conquista espanhola revelam a antítese do pensamento ocidental sobre a concepção de dignidade, liberdade e vida. Nesse sentido, o presente trabalho busca trazer algumas características da existência humana intransponíveis a tomar como base uma análise ontológica sobre a condição humana dentro da narrativa de Las Casas. Com base no marco teórico de Hannah Arendt, busca-se contrapor o discurso presente na consciência histórica europeia e sua antítese fundamental: da contraposição entre o ser e o ente, a questão do Outro é enfrentada a partir da lógica da inexistência, do nada. Nesse sentido, o trabalho aponta para futuras reflexões acerca da formação da deontologia nos países latino-americanos, seja do ponto de vista do reconhecimento moral, seja do ponto de vista do reconhecimento jurídico. Para isso, lançou-se mão de método descritivo-reflexivo a partir de pesquisa bibliográfica de viés histórico-filosófico.

Palavras-chave: Bartolomé de Las Casas; a condição humana; colonização; América espanhola; Ser e ente.

ABSTRACT: the writings of Friar Bartolomé de Las Casas on the Spanish Conquest process reveal the antithesis of Western thought on the concept of dignity, freedom and life. In this sense, the present work seeks to bring some insurmountable characteristics of human existence to be based on an ontological analysis of the human condition within the Las Casas narrative. Based on Hannah Arendt's theoretical framework, we seek to counter the discourse present in European historical consciousness and its fundamental antithesis: of the opposition between being and entity, the question of the Other is faced from the logic of nonexistence, of nothingness. In this sense, the work points to future reflections on the formation of ethics in Latin American countries, both from the point of view of moral recognition and from the point of view of legal recognition. For this, a descriptive-reflective method was used based on a bibliographic research with a historical-philosophical bias.

Keywords: Bartolomé de Las Casas; the human condition; colonization; spanish America; Being and entity.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: BERNARDES, Flávio Couto; COSTA, Pedro Augusto. A desconstrução da condição humana na obra de Bartolomé de Las Casas. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1229>

Cognitive enhancement in the judiciary

O aprimoramento da cognição no Judiciário

Giovana Figueiredo Peluso Lopes*
Università di Bologna, Bolonha - Itália

1. Introduction

Empirical research indicates that – like jurors, lawyers, and people in general – judges are frequently affected by intuitive processes to make case decisions. Although this automatic way of thinking can be surprisingly accurate, it can also lead to severe and systematic errors, especially in the courtroom. Evidence shows that judicial decisions are also prone to implicit biases, such as ingroup favoring, anchoring, statistical inferences, hindsight, and racial bias.

Given the high stakes in judicial decision-making not only for the parties directly affected but for society in general, the question of improving the quality of those decisions is important. Judicial review, workload reduction, adequate legal education and training are some of the methods commonly pointed out to reach that goal.

Judicial decision-making involves multiple tasks, each of which use various cognitive and emotional processes to different degrees. Albeit there are a growing number of investigations exploring the possibility of applying technologies to enhance cognitive function, there is virtually no research exploring the possibility of using these techniques to enhance *judicial* cognition.

Thus, this article aims at advancing such a discussion, by investigating the ways in which cognitive enhancement could improve the quality

*PhD candidate in the Law, Science and Technology program at the University of Bologna (Italy). She holds a master's degree in Law from the Federal University of Minas Gerais. E-mail: giovana.figueiredo@unibo.it Orcid: 0000-0003-4798-2542.

of judicial decisions. It also asks whether there could be a moral duty for judges to undergo cognitive enhancement under the specific ethical framework of virtue jurisprudence.

The breadth of the theoretical bases on which the proposed research is based implies, necessarily, its development from an interdisciplinary perspective that addresses not only ethical and legal aspects of the problem, but also aspects relating to cognitive psychology, behavioral law and economics (BLE) and neuroscience. Methodologically speaking, the proposed research is essentially theoretical and bibliographic, drawing on direct and indirect sources for a comprehensive review of the theme.

The paper will be developed as follows. First, the main theories comprising judicial behavior will be briefly analyzed in light of scientific evidence regarding judicial decision-making, in order to bring some clarity into how judges decide, how they are affected by external influences that are not relevant to the proceedings, and the heuristics and biases they are prone to. These insights will reveal what aspects of judicial cognitive processes could benefit from enhancement, and focus will be given to evaluating traditional and technological methods for enhancing cognition.

Then, literature regarding the ethics of human (especially cognitive) enhancement will be explored in order to analyze the possibility of deriving some common ground on which to build an ethical framework for judicial enhancement. Finally, the problem of whether there could be a moral duty for judges to cognitively enhance themselves will be approached through the lens of virtue ethics and virtue jurisprudence. The main findings and results of the research will be synthesized in the conclusion.

2. Judicial decision-making and implicit biases

The study of judicial behavior constitutes the study of the reasons behind judge's decisions, how to predict them and how to explain them¹. In other words, it encompasses the question of how do judges judge. This field has deeply mutated throughout the 20th century, with arguments mainly revolving around two venerable (and opposing) models of judging: the formalist and the realist.

1 MAVEETY, 2003.

Formalists argue that judges decide based on the mechanical interaction between norms within a legal order, in a similar fashion to that of a rational economic actor. According to them, judges apply the governing law to the facts of a case in a logical, mechanical, and deliberative way². Legal formalism, then, is descriptive theory of adjudication, according to which the law is rationally determinate, and judging is mechanical. It thus follows that legal reasoning is autonomous, since the class of legal reasons suffices to justify a unique outcome, with no recourse to non-legal reasons being required³.

On the other hand, legal realism posits that judges follow an intuitive process to reach conclusions – which only later are rationalized with deliberative reasoning⁴. For the realists, judges decide intuitively, using deliberative faculties afterwards to rationalize that intuition not only to themselves but also to the rest of society⁵. In short, legal realism challenges the idea of classical rationality by arguing that judges must be viewed as individuals with their own psychological quirks, which directly influence the outcome of their decisions.

Neither model of legal judging has proved satisfactory. Even though judges frequently rely on intuition, they do not decide based solely on it, but rather apply legal rules to facts. Considering this, contemporary scholars of judicial behavior have put the limits of judicial cognition to test over the last decades, borrowing concepts and tools from the field of cognitive psychology.

In this context, Guthrie et al.⁶ have proposed the “intuitive-override” model of judging, which posits that judges generally make intuitive decisions but sometimes override their intuition with deliberation. The authors describe it as a less idealistic model than the formal, but also less cynical than the realist, blending into a “realistic formalism”. Their model is realistic in as much as it recognizes the important role of judicial intuition, and formalist in the sense that it recognizes the importance of deliberation in constraining the influence of the said intuition.

2 NEUBORNE, 1992.

3 LEITER, 1999.

4 HUTCHESON, 1929.

5 GUTHRIE et al., 2007.

6 GUTHRIE et al., 2007, p. 130.

This dual process of judging is based on psychological research on judgment and choice and builds on insights from dual-system or two-process models of cognition, which distinguish between intuitive and deliberative processes. Adopting terms originally proposed by Stanovich and West⁷, Kahneman describes the two systems as follows:

System 1 operates automatically and quickly, with little or no effort and no sense of voluntary control.

System 2 allocates attention to the effortful mental activities that demand it, including complex computations. The operations of System 2 are often associated with the subjective experience of agency, choice, and concentration⁸.

The capabilities of System 1, which encompasses intuitive processes, include innate skills that are shared with other animals. Intuitive responses can also emerge from repetition of the same deliberative procedure, becoming fast and automatic through prolonged practice. Knowledge stored in memory can then be accessed without much effort. Being automatic, quick and easily invoked, intuition can easily dominate deliberation⁹.

System 2 encompasses deliberative processes, which are “mental operations requiring effort, motivation, concentration, and the execution of learned rules”¹⁰. Associated with controlled processing, they are “deliberate, rule-governed, effortful, and slow”¹¹. System 2 also has some ability to change the way System 1 works, by programming the normally automatic functions of attention and memory¹².

The division of labor between System 1 and System 2 is highly efficient, minimizing cognitive effort and optimizing performance. As Kahneman explains, the arrangement works well most of the time because System 1 is generally particularly good at modelling familiar situations, making short-term predictions, and initially reacting to challenges appropriately¹³.

7 STANOVICH; WEST, 2000.

8 KAHNEMAN, 2011, p. 29.

9 HOGARTH, 2010.

10 FREDERICK, 2005.

11 KAHNEMAN; FREDERICK, 2002.

12 KAHNEMAN, 2011.

13 KAHNEMAN, 2011.

System 1 quickly proposes intuitive answers to judgment problems as they arise, and System 2 monitors the quality of these proposals – endorsing, correcting, or overriding them. The judgments that are eventually expressed are called intuitive if they retain the hypothesized initial proposal without much modification¹⁴.

System 1 thinking, however, is prone to biases, i.e., “systematic errors that predictably recur in particular circumstances”¹⁵. Especially in the context of judicial decision-making, intuitive judging is more likely than deliberation to lead judges astray, and litigants might be adversely affected by judicial overreliance on intuition¹⁶.

There is no short of scientific evidence on this unconscious overreliance on intuition regarding judicial behavior. One of the most famous examples comes from a research made by Danziger et al.¹⁷, on which a review of sample parole decisions revealed that the proportion of favorable decisions was highest at the beginning of the day and after each food break, declining to near zero during each decision sessions. The authors interpreted this as a case of depletion of mental resources, which caused judges to default to the *status quo* of maintaining incarceration.

An effort of will or self-control is tiring, drawing from a shared pool of mental energy. After forcing oneself to do something, it is more likely that, when the next challenge comes around, a person will be less willing or less able to exert the same amount of self-control¹⁸.

This phenomenon has been named ego depletion, and its effects can be (at least partially) undone by ingesting glucose. The nervous system consumes more glucose than most other parts of the body, and effortful mental activity is especially consuming of it. The active involvement in difficult cognitive reasoning or in activities that require self-control results in a drop of blood glucose levels¹⁹. This is an example of how a simple intervention could improve the quality of judicial decision-making.

14 KAHNEMAN; FREDERICK, 2002.

15 KAHNEMAN, 2011, p. 10.

16 GUTHRIE et al., 2007.

17 DANZIGER et al., 2011.

18 BAUMEISTER et al., 1998.

19 GAILLIOT; BAUMEISTER, 2007.

Judges are also prone to cognitive biases such as anchoring, hindsight, base rate neglect, among others. Anchoring refers to an excessive reliance on numeric reference points when making numeric judgments. In many situations, people make estimates by starting from an initial value that is adjusted to yield the final answer. The initial value (called an “anchor”) may be suggested by the formulation of the problem, or it may be the result of a partial computation. In either case, adjustments are typically insufficient – different starting points yield different estimates, which are biased toward the initial values²⁰.

A series of studies have shown that numeric anchors influence how judges determine appropriate damage awards, criminal sentences, and fines²¹. The problem with anchors is that they create powerful intuitions even when they are meaningless, and research has revealed that they are able to influence statutory damage caps that exceed the expected award, the jurisdictional minimum in federal court, prior criminal sentences in unrelated cases, and extreme settlement offers²².

In its turn, hindsight bias is the tendency to overestimate the predictability of past events. The bias arises from an intuitive sense that the outcome that actually happened must have been inevitable. Because judges usually evaluate events after the fact, they are vulnerable to the hindsight bias²³.

Intuitive judicial decision-making is also affected by the representativeness heuristic, which results in the tendency to undervalue statistical information, leading to decision errors such as base rate neglect (discounting information about the frequency with which the underlying category occurs) and insensitivity to sample size²⁴. Notwithstanding the high relevance of base-rate statistics, judges, just like non-judges, discount their probative value in favor of impressionistic and intuitive reactions to the representativeness of the information²⁵.

20 KAHNEMAN; TVERSKY, 1974.

21 See RACHLINSKI et al., 2015; GUTHRIE et al., 2009.

22 See LAPPI-SEPPÄLÄ, 2001; BUSHWAY et al., 2012; LEIFER; SAMPLE, 2010.

23 See KAMIN; RACHLINSKI, 1995; GULATI et al., 2004.

24 KAHNEMAN; TVERSKY, 1974.

25 GUTHRIE et al., 2007. Examples can be found in GUTHRIE et al., 2001; RACHLINSKI et al., 2006; WISTRICH et al., 2007.

Of particular relevance are studies that show that judges are prone to ingroup favoritism, emotional decision-making, as well as racial and gender biases. When it comes to ingroup favoritism, evidence suggests that even meaningless distinctions between people are enough to promote it. As Tajfel and Turner²⁶ explain, the mere perception of belonging to two distinct groups is sufficient to trigger intergroup discrimination favoring the in-group.

In the judicial process, diversity jurisdiction exists due to the concern that litigants might not get equal justice when pursuing or defending claims outside of their home states. Even if most judges would reject such an overt bias, research by Wistrich et al.²⁷ testing this influence on judges resulted in their expression of a large in-state bias.

Judges also face other sources of potentially misleading intuitions when deciding cases, amongst which the influence of inadmissible evidence. Contrary to jury, judges cannot shield themselves from inadmissible evidence, and even though they have better understanding on why some evidence must be excluded from their analysis, they are unlikely to have developed any meaningful ability to compartmentalize it. Relevant but inadmissible evidence can create an intuitive sense of how a case should be resolved, and that intuitive sense likely influences how judges decide²⁸.

In a series of studies that compared decisions in hypothetical cases made by judges who were exposed to inadmissible information and by those who were not, judges found it difficult to ignore inadmissible information, relying on it to decide on the cases presented²⁹. Other studies have found a similar inability to disregard inadmissible evidence in contexts such as discussions protected by attorney-client privilege; the past criminal conviction of a civil defendant; discussions that occurred during a settlement conference; and statements made by a criminal defendant that a prosecutor had agreed not to use as part of a plea agreement³⁰. The one area in which judges clearly ignored inadmissible evidence was in making

26 TAJFEL; TURNER, 1979.

27 WISTRICH et al., 2015.

28 WISTRICH; RACHLINSKI, 2017.

29 WISTRICH et al., 2005.

30 For all, see RACHLINSKI et al., 2013.

probable cause determinations³¹. Being an area of law that requires judges to focus on the relevant precedent, engaging in a deliberative analysis, they were nudged to look beyond their intuitive reactions³².

Judges also have emotional reactions to cases or litigants that can shape or guide their legal judgments. Invidious reactions based on race and gender commonly manifest as emotional reactions that are hard to ignore, but they can also be erratic and present little or no relevance to case outcomes³³.

In one study, judges were asked to evaluate a (hypothetical) statute meant to shield the use of medical marijuana from prosecution. Results show that the defendant's characteristics influenced the outcome, with judges being less inclined to rule favorably for a defendant described as a 19-year-old taking the drug to combat seizures than for a defendant described as a 55-year-old who was dying of bone cancer³⁴.

In another research, judges were more inclined to rule in favor of an undocumented immigrant who had entered the US to earn money for a sick daughter than one who was tracking down a rogue member of a drug cartel; to rule a city jail's blanket strip-search policy was unconstitutional when the lead plaintiff was a co-ed protestor than a male armed robber; and to determine that the search of an employee's locker was constitutionally acceptable when the search uncovered a large quantity of heroin than when it uncovered only two marijuana cigarettes³⁵.

Finally, judicial decision-making is also prone to gender and racial biases. Researchers found that decisions federal appellate judges made in cases involving gender discrimination claims changed after judges fathered a daughter³⁶. In a hypothetical scenario of wrongful death, judges award more in compensatory damages for lost wages for a deceased male than a deceased female; treat male and female parents differently in divorce cases; and impose shorter sentences on female than male defendants with iden-

31 RACHLISNKI et al., 2011.

32 WISTRICH; RACHLINSKI, 2017.

33 WISTRICH; RACHLINSKI, 2017.

34 WISTRICH et al., 2015.

35 WISTRICH et al., 2015.

36 GLYNN; SEN, 2015.

tical backgrounds, convicted of identical crimes³⁷. Women convicted of drug offenses in federal court appear to draw shorter sentences than their male counterparts do, even when researchers control for background characteristics of the litigants³⁸.

Judges harbor the same measure of implicit biases concerning African Americans as most lay adults when tested with the Implicit Association Test (IAT, the most widely studied measure of implicit biases)³⁹. The judges who harbored strong white-positive/black-negative associations on the IAT assigned more severe dispositions to the juvenile after being primed with African American words than when primed with race-neutral words. In turn, judges who harbored white-negative/black-positive associations on the IAT treated the juvenile less harshly after being primed with African American words⁴⁰. However, explicit references in the testing materials to race triggered System 2 thinking on the subjects, forcing them to focus on the relevant elements of self-defense. When the materials did not explicitly identify the defendant's race but merely suggested it unconsciously, implicit associations influenced the judges⁴¹.

Levinson et al.⁴² also found that federal judges harbor invidious biases concerning Jewish, Christian, and Asian litigants. There is also evidence suggesting that judges treat white and black litigants differently in bail hearings⁴³; exhibit modest racial disparities in criminal sentences favoring defendants of their own race⁴⁴; impose harsher sentences on dark-skinned defendants⁴⁵; and are more likely to deviate favorably from sentencing guidelines for white than for black defendants⁴⁶.

In sum, all the aforementioned studies serve to corroborate Guthrie, Rachlinski and Wistrich's intuitive-override model of judging, setting aside other purely formalistic or realistic models that try to explain judicial be-

37 For all, see SPOHN, 2013.

38 MUSTARD, 2001.

39 RACHLINSKI et al., 2009.

40 WISTRICH; RACHLINSKI, 2017.

41 RACHLINSKI et al., 2009.

42 LEVINSON et al., 2017.

43 AYRES; WALDFOGEL, 1994.

44 ABRAMS et al., 2012.

45 BURCH, 2015.

46 MUSTARD, 2001.

havior. Judges frequently fall prey to the same systematic errors that lay people present when making decisions, due to the effects of cognitive heuristics and biases.

3. Enhancing judicial cognition

Differently from most of the decisions that lay people are required to make, however, there are high stakes involved in judicial decision-making not only for the parties directly involved in a case, but also for society in general. This raises the question of how the judicial decision-making could be improved to result in more fair and impartial outcomes.

Practices aimed at enhancing human cognition have been around for thousands of years, the prime example being education, which aims at improving general mental faculties⁴⁷. Other examples include training (e.g., mnemonics) and meditation. On a very basic level, most people employ cognitive boosting strategies such as sleeping and exposing oneself to stimulating and complex environments. In addition, a lot of people also have personal experiences with cognitive enhancing substances such as caffeine, nicotine, and glucose, used to increase mental functioning⁴⁸. All of these may be labeled as conventional means of enhancing cognition, which are often well established and culturally accepted.

When it comes to enhancing judicial cognition, some factors, such as adequate legal education, experience, and a good mental and physical state (e.g., adequate rest, nutrition, health), are obvious candidates for the task⁴⁹. Judicial review and auditing, the adoption of scripts, checklists, and multifactor tests, training and peer-reviewed feedback, opinion writing, reduced workload and even mindfulness meditation have also been suggested⁵⁰.

For instance, justice systems could implement auditing programs to evaluate the decisions of individual judges and to determine whether they appear to be influenced by implicit bias. The institutional context on which judges act provides them little prompt and useful feedback, and existing

47 SANDBERG, 2011.

48 FRÖDING, 2013.

49 CHANDLER; DODEK, 2016.

50 GUTHRIE et al., 2007.

forms of accountability primarily focus on a judge's performance in a particular case, not on the systematic study of long-term patterns within his performance that might reveal implicit bias. This would increase the available data regarding the extent to which bias affects judicial decision making, and it could also enhance the accountability of judicial decision making⁵¹.

Another method for improving the quality of judicial decisions is perspective taking, which basically consists of adopting the viewpoint of other individuals and examining the scenario at issue through the lens of their life experience⁵². This method is present in "social context education" initiatives, which seek to promote fairness and equality within demographically diverse societies by ensuring that judges are aware of and understand the experiences of all of those who may come before them⁵³. The court system could approach the issue by including perspective taking exercises as part of a training course in implicit bias.

Mindfulness targets implicit bias by reducing automatic associations with outgroup members, or with individuals outside of the race or ethnicity one identifies as, with negative concepts⁵⁴. There is evidence suggesting that through the practice of mindfulness meditation, judges can limit their reliance on automatic reactions (such as the ones made in the implicit association tests), allowing for fairer decision making. Research also suggests that mindfulness meditation increases compassionate feelings toward others⁵⁵.

Finally, mindfulness meditation may also help to control conditions that increase the magnitude of implicit bias, such as mood. For example, when people are in a heightened emotional state – be it from stress, anger, or even happiness – implicit bias manifests more strongly in their decisions⁵⁶. Practicing mindfulness meditation can enhance emotional regulation.

Judicial decision-making involves multiple tasks, each of which use various cognitive and emotional processes to different degrees:

51 WISTRICH; RACHLINSKI, 2017.

52 WISTRICH; RACHLINSKI, 2017.

53 CHANDLER; DODEK, 2016.

54 LUEKE; GIBSON, 2015.

55 WISTRICH; RACHLINSKI, 2017.

56 WISTRICH; RACHLINSKI, 2017.

The process of finding the facts involves hearing expert and nonexpert testimony and examining other evidence such as documents or objects; determining the weight to attribute to the evidence based on judgments about credibility, quality, and relevance (...) Trial judges must also apply multiple bodies of law (...) The process of applying the law involves careful deliberative processes including the relevant legal rules, interpreting their meaning, and determining how they apply to the facts of the case at hand. (...) Another important capacity for judges is emotional regulation, given the sometimes upsetting nature of the evidence or the frustrating behavior of some of the parties and lawyers. Concerns about uncontrolled emotional reactions to extremely upsetting evidence are revealed by rules of evidence that weigh the probative value of evidence against its inflammatory or prejudicial effect⁵⁷.

One little explored possibility to enhance these cognitive and emotional aspects of judicial decision-making is through the use of biotechnologies. Cognitive enhancement may be defined as the amplification or extension of core capacities of the mind, through augmentation or improvement of a person's information processing systems, which can be directed at any of the core faculties of the mind⁵⁸, such as attention, perception, and memory.

With the advance of cognitive neuroscience over the past decades, however, the use of biotechnologies aimed at improving cognitive function have steadily expanded⁵⁹. These biomedical enhancements, contrary to previous conventional techniques, use biotechnology to improve an existing capacity by acting directly on the body and brain of an individual⁶⁰.

In this sense, the Science and Technology Office of the European Parliament defines an enhancement as "a modification aimed at improving individual human performance and brought about by science-based or technology-based interventions in the human body"⁶¹. The focus on the scientific and technological aspects of these interventions is useful to distinguish them from cultural, social, and evolutionary processes that can also fit under the broad category of enhancement.

57 CHANDLER; DODEK, 2016, pp. 131-132.

58 SANDBERG, 2011, p. 71.

59 FARAH et al., 2014.

60 BUCHANAN, 2011.

61 EUROPEAN UNION, 2009, p. 13.

In face of the growing number of studies that apply biotechnologies to enhance cognitive function, with positive (albeit moderate) results, this research project aims at investigating the possibility of using these techniques to enhance judicial cognition. Specifically, it will analyze whether it can be said that judges have a moral duty to undergo cognitive enhancement.

Another important distinction refers to the roles of enhanced and enhancer (which can be but need not be the same). Enhanced are those on whom forms of enhancement are performed – in this case, the judges themselves. Enhancers, on the other hand, can be distinguished into operators – such as doctors, nurses, engineers, providers, and all who actually perform the treatment –, and controllers – those who take the initiative and decide about applying the specific enhancement, e.g., a legal authority⁶².

Most debates on cognition enhancement (and human enhancement in general) focus on issues regarding the definition of enhancement and its distinctiveness from therapy/medicine⁶³; safety concerns and risks associated with it⁶⁴; regulation and public policy⁶⁵; distributive justice⁶⁶; autonomy and authenticity⁶⁷; nature and the transcendence of given limitations⁶⁸.

These approaches typically treat enhancement for self-regarding or self-serving purposes⁶⁹. This means that they relate mainly and directly to the individual himself, including the pleasure of excellence or the desire to improve performance (self-regarding purposes), or aiming at economic gain (self-serving purposes). However, if enhancement primarily benefits society as a whole, it may be referred to as enhancement for the common good – an approach that has not received as much attention in the cognitive enhancement debate.

The importance of exploring cognitive enhancement through the lens of common good purpose is important, as highlighted by Vedder and Klaming because it shifts the focus from “whether it is acceptable to enhance

62 VEDDER, 2017.

63 See SAVULESCU et al., 2011; MCKEOWN, 2017.

64 See MASSIE et al., 2017; BELL et al., 2017.

65 See BLANK, 2016; HALL; STRANG, 2017; BOSTROM; ROACHE, 2011.

66 See KEOHANE et al., 2016; BUCHANAN, 2011.

67 JUTH, 2011.

68 See NIELSEN, 2011; SANDEL, 2007.

69 VEDDER; KLAMING, 2010.

normal cognitive functions to the question of under what circumstances it is acceptable and maybe even desirable to apply neurotechnologies for purposes that might benefit society as a whole⁷⁰.

Enhancement of judicial cognition fits under this category, as its underlying goal is to improve the quality of the decisions that are made by judges, reducing unconscious bias and other external influences in order to promote fairer outcomes. Judges wield enormous power over the interests of the litigants before them, as well as indirectly over the interest of all members of the society in the fair and effective administration of justice⁷¹.

Judicial cognition bioenhancement could be pursued through pharmacological substances that have physiological effects on the brain, like modafinil, methylphenidate, and donepezil. In experimental settings, evidence from healthy volunteers shows that they can moderately improve neuropsychological cognitive tasks.

As summarized by de Jongh, donepezil appears to enhance different types of memory, with both acute and repeated administration⁷². However, the small number of existing studies makes it difficult for firm conclusions to be drawn. The cognition-enhancing effects of methylphenidate are limited to memory, specifically spatial working memory, and recognition of verbal materials at longer test intervals. For amphetamine, there is stronger evidence for the enhancement of the consolidation of declarative memory, especially when longer periods intervene between learning and testing. Finally, with modafinil, a clear enhancing effect is found on attention in non-sleep deprived subjects, while in sleep-deprived participants, a single dose of modafinil had strong positive effects on executive functioning, memory, and wakefulness.

Another possible pharmaceutical enhancer is propranolol, a beta-blocker commonly prescribed for hypertension. The drug suppresses noradrenergic activity and reduces the physiological symptoms of emotional arousal. Research done by Terbeck et al.⁷³ tried to determine whether emotional arousal influenced by noradrenergic transmission plays a role in racial bias. By testing the drug's impact on responses to an implicit

70 VEDDER; KLAMING, 2010, pp. 6-7.

71 CHANDLER; DODEK, 2016.

72 De JONGH, 2017, p. 42.

73 TERBECK et al., 2013.

association test, the researchers found that it reduced implicit (but not explicit) racial bias. To the extent that implicit racial bias affects the quality of judicial decisions, propranolol might represent a promising method of enhancement.

In a different study, Terbeck et al.⁷⁴ also found that subjects who took propranolol were less likely to endorse harming one innocent person to save many others, compared to those taking a placebo. This result was contrary to their hypothesis that reduced emotional arousal due to propranolol would lead participants to make utilitarian rather than deontological judgments driven by emotional intuition.

Similarly, research by Crockett et al.⁷⁵ found that citalopram, a serotonin enhancer commonly prescribed as antidepressant, made participants less inclined to accept the utilitarian solution to the moral dilemma of directly harming one innocent person to save many others. The drug was also found to reduce the tendency to punish unfair offers in a version of the ultimatum game.

Another relatively new technology that is being increasingly used to boost human cognition directly at the source by improving brain function is noninvasive brain stimulation (NBS), like transcranial magnetic stimulation (TMS) or transcranial electrical stimulation (tES) – the most common being transcranial direct current stimulation (tDCS).

TMS has been found to improve various cognitive functions, such as analogic reasoning and working memory, and thus raises the possibility that it might be useful for improving certain aspects of learning⁷⁶. Moreover, researchers have also found an improvement in abilities like proof-reading and drawing after TMS⁷⁷. TMS also has the potential to be used to reduce false memories without affecting veridical memories⁷⁸.

Enhancement in executive functions, especially working memory (the ability to hold and manipulate information) is frequently attempted with tDCS, partly because it is believed that strengthening in this cognitive

74 TERBECK et al., 2013.

75 CROCKETT et al., 2010.

76 See PASCUAL-LEONE et al., 2006; FREGNI et al., 2005; MOSER et al., 2002.

77 SNYDER et al., 2003.

78 BOGGIO et al., 2009.

domain may transfer to more global improvement of cognition and function⁷⁹. Fregni et al.⁸⁰ reported improved working memory performance after a single session of tDCS, and other studies have also demonstrated similar benefits in tasks that rely upon working memory⁸¹. There are also noteworthy applications of tDCS involving manipulation of executive functions, which include enhancement in domains such as cognitive set-shifting performance⁸², deceptive behavior⁸³, reduced risk-taking behavior⁸⁴.

Studies that used tDCS to promote self–other representations (i.e. the ability to handle mental representations of both the self and other people, which is fundamental for humans to engage in successful social interactions) have also resulted in positive results⁸⁵.

Sowden et al.⁸⁶ were able to demonstrate that tDCS applied to the right temporo-parietal junction improved lie-detection performance when participants were confronted with statements in which the to-be-judged opinions conflicted with those held by the participants. Sellaro et al.⁸⁷ investigated the enhancing effect of tDCS over the medial prefrontal cortex in counteracting stereotypes activation resulting from in-group versus out-group categorization. In their study, participants who received tDCS showed increased cognitive control over stereotypes activation with a resulting reduced implicit negative bias towards a social out-group.

Neuroenhancement advocates do not claim that today's techniques are optimal, but rather admit that they are not as efficient as desired. Although many of them recommend methylphenidate and/or modafinil for cognitive enhancement purposes, these drugs are not the cognitive enhancers they expect for the future and on which their positive judgments are based⁸⁸.

79 KLINBERG et al., 2002.

80 FREGNI et al., 2005.

81 OHN et al., 2008; ZAEHLE et al., 2011.

82 LEITE et al., 2011.

83 KARIM et al., 2010.

84 FECTEAU et al., 2007.

85 See SANTIESTEBAN et al., 2012; DECETY; SOMMERVILLE, 2003; SPENGLER et al., 2009; BRASS et al., 2009; RUBY; DECETY, 2004.

86 SNOWDEN et al., 2015.

87 SELLARO et al., 2015.

88 HEINZ; MÜLLER, 2017.

Several proponents of cognitive enhancement advocate for more research on the effectiveness and safety of neuroenhancement methods⁸⁹. This request is supported by the fact that knowledge about the positive and negative effects of these methods, especially drugs, is insufficient, at least regarding its nontherapeutic use by persons who consume them for the purpose of enhancement. This holds particularly for the addiction potential of today's and future neuroenhancers⁹⁰.

Optimizing the cognitive effects of enhancements would therefore require, in effect, a search through a high dimensional space whose dimensions are dose; individual characteristics such as genetic, personality, and ability levels; and task characteristics. The mixed results in the current literature may be due to the lack of systematic optimization⁹¹.

Taking into consideration such limitations, there is clearly a need for further research regarding neuroenhancers. Two different research strategies could help provide answers: double-blind, randomized long-term studies with healthy volunteers; and epidemiological studies⁹².

4. The ethics of judicial cognitive enhancement

Despite the existence of multiple ethical theories that aim at explaining a judge's duty, it is possible to derive some agreed upon basic capabilities that define what a good judge and a desirable judicial decision are. These capabilities could potentially benefit from enhancement, whether through conventional techniques or by means of biotechnology.

According to Beck⁹³, many of the existing controversies regarding human enhancement in the end boil down to more general disagreements about morality. Whatever the ethical stance one adopts in the ethics of human enhancement debate, one or more reference points are necessary to assess its morality.

89 GALERT et al., 2009; GREELY et al., 2008.

90 HEINZ; MÜLLER, 2017.

91 SMITH; FARAH, 2011, p. 19.

92 HEINZ; MÜLLER, 2017.

93 BECK, 2015.

Some authors have suggested looking at notions of human nature⁹⁴, human authenticity⁹⁵, or human dignity⁹⁶ to find such reference points.

For example, appeals to notions of human nature serve the point of representing what it means to be human, as in Habermas' appeal against genetically enhancing one's child – something the author argues would threaten human nature: the ability of self-reflection and the autonomy to choose one's own life path⁹⁷. Also, the idea of human nature can feature as a feasibility constraint on morality, with authors like Sandel⁹⁸ considering enhancement objectionable precisely for removing the limitations on what can be done by humans, since there are irreplaceable goods that depend upon our having limitations.

For Fukuyama⁹⁹, the equality of human beings rests on the fact that all share the same human nature, which would be changed if some forms of enhancement were to be implemented. Therefore, any fundamental alterations to this shared nature would result on the fact that human beings would no longer be of equal moral status¹⁰⁰.

Roduit et al.¹⁰¹ suggest one could also find a reference point by looking at the 'ideal' human. According to the authors, the main goal of human enhancement is to become an 'ideal' or even a 'perfect' human being, on the sense that one wishes to enhance towards his or her idealized self.

The authors highlight that even though it is not possible to agree on what an ideal human would look like in all circumstances, or at all times, it is nonetheless possible to look at what some characteristics of an ideal human would be – referring to those as perfectionist assumptions of what it means to live a good human life.

These perfectionist assumptions can constitute a reference point to evaluating the morality of enhancing modifications, in the sense that if a given human enhancement moves in the direction of the chosen ideal, it

94 See HABERMAS, 2003; FUKUYAMA, 2002.

95 See LEVY, 2011; PARENS, 2005.

96 KASS, 2003; KASS, 2004.

97 HABERMAS, 2003.

98 SANDEL, 2007.

99 FUKUYAMA, 2002.

100 WILSON, 2007.

101 RODUIT et al., 2015.

will be seen as morally permitted, assuming there are no moral concerns with other issues of justice, safety and autonomy¹⁰².

In defining perfectionist assumptions, it is possible to identify two main views in the debate: a subjective and an objective one. According to the subjective view, one creates his own ideals, such as a list of subjective goods. This approach is deeply connected to the ethics of authenticity, with individuals being free to enhance towards the ideal he has subjectively chosen for himself (as long as others were not harmed). On the other end of the debate, according to the objective view, the common good is objectively outlined in a list of goods, which can be socially constructed and agreed upon democratically¹⁰³.

For instance, Savulescu outlines some non-exhaustive objective goods such as intelligence, memory, self-discipline, impulse control, foresight, patience, humor, sunny temperament, empathy, imagination, sympathy, fairness, and honesty¹⁰⁴. Buchanan et al.¹⁰⁵ state that these goods are introduced as general-purpose means, which are properties valuable to anyone regardless of what their view of the good life entails.

For Roduit, Heilinger and Baumann¹⁰⁶, the subjective stance does not stand on its own because, once a particular conception of the no-harm principle is outlined, an objective component is introduced. And the main problem with the objective view is the difficulty of reaching agreement in a liberal society about what the objective goods are and what virtues or types should be aimed for:

(...) in a pluralistic society and in different social and historical contexts, we will not find a consensus regarding what an ideal human being ought to be, act like, and look like. We can nonetheless discuss and agree upon some specific human characteristics (perfectionist assumptions) that appear to be essential for such an ideal human in our current societies. These characteristics can then be used as reference points to assess the morality of human enhancements in addition to other normative tools, such as safety, justice and

102 RODUIT et al., 2015.

103 RODUIT et al., 2015.

104 SAVULESCU, 2007.

105 BUCHANAN et al., 2001.

106 RODUIT et al., 2015.

autonomy. With an end-state of human perfection in mind – even if this ideal is not fully developed because it might develop as our societies change – we can have a set of perfectionist assumptions that become essential to leading an ideal life¹⁰⁷.

The authors suggest the adoption of Nussbaum's capabilities approach as a basis on which a theory of ideal humanity can be built. This theoretical framework focuses on the moral importance of individuals achieving well-being, which is understood in terms of people's capabilities, that is, their real opportunities to do and be what they have reason to value¹⁰⁸. Capabilities can be explained in comparison to functioning: People should have a set of opportunities (capabilities) that they are then free to exercise or not (functioning). Functioning is therefore the realization of capabilities¹⁰⁹.

As explained by Sen, capability is primarily a reflection of the freedom to achieve valuable functionings. It concentrates directly on freedom as such rather than on the means to achieve freedom, identifying the real alternatives that an individual has. Insofar as functionings are constitutive of well-being, capability represents a person's freedom to achieve well-being¹¹⁰.

Nussbaum puts forward a list of ten central capabilities, without which human life would be seriously impoverished: life; bodily health; bodily integrity; senses, imagination and thought; emotions; practical reason; affiliation; other species; play; and control over one's environment¹¹¹.

This capabilities approach has also been used by Coeckelbergh to assess human enhancement. For the author, it by providing a framework of an 'end-state' type of thinking, giving direction to human enhancement but not being a fixed end-state, human beings' capabilities are not fixed – but rather change together with the technological and social context¹¹².

Regarding an ethical reference point for the evaluation of judicial cognition enhancement, a similar approach can be found in works about

107 RODUIT et al. 2015, p. 627.

108 NUSSBAUM, 2011.

109 RODUIT et al., 2015.

110 SEN, 1992, p. 49.

111 NUSSBAUM, 2011.

112 COECKELBERGH, 2011.

virtue jurisprudence, a normative and explanatory theory of law that borrows resources from virtue ethics to answer some central questions of legal theory. This theory has been developed by scholars working within specific areas of law, such as tort, bankruptcy, contract, corporate law and property, among others¹¹³.

In Solum's analysis of the implications of a virtue-centred approach for a normative theory of judging, he tries to answer questions such as how should judges decide the controversies that are presented to them. According to the author's proposed virtue-centred theory of judging, "judges should decide cases in accord with the virtues, or judges should render the decisions that would be made by a virtuous judge"¹¹⁴.

For any given normative theory of judging, there is a corresponding account of the qualities that make for a good judge. For instance, in relation to Dworkin's theory of law as integrity¹¹⁵ it might be said that judges should decide cases in accord with the normative theory of law that best fits and justifies the law as a whole.

In order to do so, they need to possess certain characteristics, that Solum calls judicial virtues, which are excellences appropriate to the role of judge. An example would be the intellectual virtue of theoretical wisdom necessary to decide cases by constructing the theory that fits and justifies law as whole (something that can only be done by someone who appreciates legal complexity and sees the subtle interconnections between various legal doctrines)¹¹⁶.

Different normative theories of law may result in different lists of the excellences that are appropriate to judging. If it were possible to agree upon at least some qualities of judicial character necessary for reliably good judging, irrespective of any specific theory of judicial decision, such qualities would constitute what Solum calls a "thin" theory of judicial virtue:

A thin theory of judicial virtues might include the intellectual virtue of theoretical wisdom, which plausibly is necessary for judges to understand complex legal material. Likewise, irrespective of one's particular theory of good

113 CIMINO, 2017.

114 SOLUM, 2003, p. 182.

115 DWORKIN, 1986.

116 SOLUM, 2003.

judging, it might turn out that certain vices are inconsistent with reliably good judging. Judges who are civic cowards, slavishly seeking approval from others, may be incapable of reliably adhering to any coherent and plausible theory of good judicial decision making. A similar claim might be made about judges who are intemperate or avacarious and thus prone to sharp dealing or susceptible bribery. Hence, civic courage and temperance might be considered thin judicial virtues¹¹⁷.

The importance of defining a minimal set of judicial capabilities (a “thin” theory of judicial virtue, in Solum’s words) rests in identifying what characteristics judges must have in order to produce fair outcomes.

As highlighted by Chandler and Dodek¹¹⁸, some common principles may be deduced from the *Bangalore Principles of Judicial Conduct*¹¹⁹, which were endorsed by the UN Human Rights Commission in April 2003 and are recognized and embraced by many legal systems around the world.

Among the six core ethical principles mentioned in it, there is the duty of competence and diligence, according to which a judge must take reasonable steps to maintain and enhance his or her knowledge, skills, and personal qualities necessary for the proper performance of judicial duties, taking advantage for this purpose of the training and other facilities which should be made available, under judicial control, to judges.

According to the authors, the general principle that there is an obligation not just to have a basic level of competence but also to take active steps to enhance the skills and qualities necessary for the proper performance of judicial duties is important, and the reference to judicial control of training (and presumably other potential enhancement methods) discloses the concern to protect judicial independence.

Also, when it comes to the knowledge, skills, and personal qualities necessary for the proper performance of judicial duties might be, the *Bangalore Principles* recognize impartiality as being essential to the proper discharge of judicial office, and judges must perform their judicial duties without favor, bias, or prejudice.

117 SOLUM, 2003, p. 183.

118 CHANDLER; DODEK, 2016.

119 UNITED NATIONS, 2003.

From this, Chandler and Dodek¹²⁰ deduce a general acceptance that the judicial role comes with a responsibility to satisfy certain ethical obligations, including the obligation to acquire and enhance the skills necessary for proper performance of judicial duties. This is in line with the concept of “role responsibility”, according to which certain roles attract responsibilities in virtue of their institutional or social position.

5. Conclusion

Scientific literature on the influence of cognitive enhancement in the legal domain has focused on themes such as the re-assessment of the standards that the law uses to ascribe responsibility; the improvement of witness testimony; criminal liability and responsibility. Others have also approached the topic of the existence of a duty for certain professionals to enhance themselves, such as pilots, doctors, and soldiers, given the high stakes involved in these fields.

The use of biotechnological enhancements for improving judicial cognition, however, is a hardly explored theme. The main goal of this paper was to shed light on the topic, and to investigate whether there could be a duty for judges to undergo cognitive enhancement. Given the significance of their decisions for litigants and for society in general, it is possible to conclude that there are good ethical arguments for a judicial duty to enhance the cognitive capabilities necessary for judicial decision-making.

However, when it comes to traditional means for improving judicial decision-making, each of the proposed reforms tends to make the process of deciding cases more costly or time consuming. Some of the reforms might be sufficiently cumbersome that they do not justify the extra costs imposed on litigants and the justice system. The question of how effective and practical their implementation still remains open and requires further investigation.

The same is true for biotechnologies. At present, there are great obstacles to their use to improve judicial cognition, such as the risks presented and possible adverse effects. Nonetheless, the goal here was to focus primarily on the conceptual aspects of the problem.

120 CHANDLER; DODEK, 2016.

This means that arguments relating to it will first presuppose the existence of forms of cognitive bioenhancement that are morally acceptable, leaving aside primary concerns regarding safety and associated risks. This ideal situation allows for an analysis of the conditions that must be fulfilled for an obligation to enhance judicial cognition to exist, and for its societal acceptability. Results obtained from it may, in the future, be used to morally assess the real scenario, on which biomedical enhancements most likely will present at least some side effects.

References

- ABRAMS, David; BERTRAND, Marianne; MULLAINATHAN, Sendhil. Do Judges Vary in Their Treatment of Race? *Journal of Legal Studies*. Vo. 41, Issue 2, 2012.
- ATTIAH, Mark. The use of brain stimulation technology for cognitive enhancement and the potential for addiction. In: TER MEULEN, Ruud; MOHAMED, Ahmed; HALL, Wayne. (Org.). *Rethinking Cognitive Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 150-163.
- BAUMEISTER, Roy; MURAVEN, Mark; TICE, Dianne. Self-Control as a Limited Resource: Regulatory Depletion Patterns. *Journal of Personality and Social Psychology*. Vo. 74, 1998.
- BECK, Birgit. Conceptual and practical problems of moral enhancement. *Bioethics*. Vo. 29, Issue 4, 2015.
- BLANK, Robert. *Cognitive Enhancement: Social and Public Policy Issues*. New York: Palgrave Macmillan, 2016.
- BOSTROM, Nick; ROACHE, Rebecca. Smart Policy: Cognitive Enhancement and the Public Interest. In: SAVULESCU, Julian; TER MEULEN, Ruud; KAHANE, Guy. (Org.). *Enhancing Human Capacities*. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2011, pp. 137-149.
- BASS, Marcel; PERRINE, Ruby; SPENGLER, Stephanie. Inhibition of imitative behaviour and social cognition. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London B: Biological Sciences*. Vo. 364, 2009.
- BUCHANAN, Allen. *Better than Human: The promise and perils of enhancing ourselves*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- BUCHANAN, Allen. *Beyond Humanity? The Ethics of Biomedical Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

- BUSHWAY, Shawn; OWENS, Emily; PIEHL, Anne. Sentencing Guidelines and Judicial Discretion: Quasi Experimental Evidence from Human Calculation Errors. *Journal of Empirical Legal Studies*. Vo. 9, Issue 2, 2012.
- CHANDLER, Jennifer; DODEK, Adam. Cognitive Enhancement in the Courtroom: The ethics of pharmacological enhancement of judicial cognition. In: JOTTERAND, Fabrice; DUBLJEVIC, Veljko. (Org.). *Cognitive Enhancement: Ethical and Policy Implications on International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 329-345.
- CIMINO, Chapin. Virtue Jurisprudence. In: SNOW, Nancy. (Org.) *The Oxford Handbook of Virtue*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 621-639.
- COECKELBERGH, Mark. Human Development or Human Enhancement? A Methodological Reflection on Capabilities and the Evaluation of Information Technologies. *Ethics and Information Technologies*. Vo. 13, 2011.
- COLZATO, Lorenza; ARNTZ, Frédérique. Ritalin. In: COLZATO, Lorenza (Org.). *Theory-driven approaches to cognitive enhancement*. New York: Springer, 2017, pp. 71-82.
- COLZATO, Lorenza; MEKERN, Vera; NITSCHKE, Michael; SELLARO, Roberta. Transcranial alternating current stimulation. In: COLZATO, Lorenza (Org.). *Theory-driven approaches to cognitive enhancement*. New York: Springer, 2017, pp. 133-146.
- CROCKETT, Molly; CLARK, Luke; HAUSER, Marc; ROBBINS, Trevor Robbins. Serotonin selectively influences moral judgment and behavior through effects on harm aversion. *Proceeding of the National Academy of Sciences*. Vo. 107, Issue 40, 2010.
- DANZIGER, S; LEVAV, L; AVNAIM-PESSO, L. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Science*. Vo. 108, Issue 18, 2011.
- DECETY, Jean; SOMMERVILLE, Jessica. Shared representations between self and other: A social cognitive neuroscience view. *Trends in Cognitive Sciences*. Vo. 7, Issue 12, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- FARAH, Martha; SMITH, Elizabeth; ILIEVA, Irena; HAMILTON, Roy. Cognitive Enhancement. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science*. Vo. 5, Issue 1, 2014.

- FREGNI, Felipe; BOGGIO, Paulo; NITSCHKE, Michael; BERMPHOHL, Felix; ANTAL, Andrea; FEREDOES, Eva; MARCOLIN, Marco; RIGONATTI, Sergio; SILVA, Maria; PAULUS, Walter; PASCUAL-LEONE, Alvaro. Anodal transcranial direct current stimulation of prefrontal cortex enhances working memory. *Experimental Brain Research*. Vo. 166, Issue 1, 2005.
- FRÖDING, Barbro. *Virtue Ethics and Human Enhancement*. New York: Springer, 2013.
- FUKUYAMA, Francis. *Our Posthuman Future: Consequences of the biotechnology revolution*. New York: Farrar Straus Giroux, 2002.
- GAILLIOT, Matthew; BAUMEISTER, Roy. The Physiology of Willpower: Linking Blood Glucose to Self-Control. *Personality and Social Psychology Review*. Vo. 11, 2007.
- GALERT, Von Thorsten; BUBLITZ, Christoph; HEUSER, Isabella; MERKEL, Reinhard; REPANTIS, Dimitris; SCHÖNE-SEIFERT, Bettina; TALBOT, Davinia. The Optimized Brain. *Gehirn&Geist*, Vo. 11, 2009, p. 40-48.
- GLYNN, Adam; SEN, Maya. Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues? *American Journal of Political Science*. Vo. 59, Issue 1, 2015.
- GREELY, Henry; SAHAKIAN, Barbara; HARRIS, John; KESSLER, Ronald C. Towards Responsible Use of Cognitive-Enhancing Drugs by the Healthy. *Nature*, Vo. 456, Issue 7223, 2009, p. 702-705.
- GULATI, Mitu; RACHLISNKI, Jeffrey; LANGEVOORT, Donald. Fraud by Hindsight. *Northwestern University Law*. Vo. 98, Issue 773, 2004.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Blinking on the Bench: How judges decide cases. *Cornell Law Review*. Vo. 93, 2007.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*. Vo. 86, Issue 777, 2001.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey. Insurers, Illusions of Judgment & Litigation. *Vanderbilt Law Review*. Vo. 59, 2006.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. The Hidden Judiciary: An empirical examination of executive branch justice. *Duke Law Journal*. Vo. 58, 2015.
- HALL, Wayne; STRANG, John. Challenges in Regulating the Use of Stimulant Drugs for Cognitive Enhancement in Normal Individuals. In: TER MEULEN, Ruud; MOHAMED, Ahmed; HALL, Wayne. (Org.). *Rethinking Cognitive Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 294-301.

- HABERMAS, Jurgen. *The future of Human Nature*. Cambridge: Polity Press, 2003.
- HEINZ, Andreas; MÜLLER, Sabine. Exaggerating the benefits and downplaying the risks in the bioethical debate on cognitive neuroenhancement. In: TER MEULEN, Ruud; MOHAMED, Ahmed; HALL, Wayne. (Org.). *Rethinking Cognitive Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 69-86.
- HOGARTH, Robin. *Educating Intuition*. Chigaco: University of Chicago Press, 2010.
- HUTCHESON, Joseph. The Judgment Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision. *Cornell Law Quarterly*. Vo. 14, 1929.
- DE JONGH, Reinoud. Overclocking the brain? The potential and limitations of cognition-enhancing drugs. In: TER MEULEN, Ruud; MOHAMED, Ahmed; HALL, Wayne. (Org.). *Rethinking Cognitive Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 37-56.
- JUTH, Niklas. Enhancement, Autonomy and Authenticity. In: SAVULESCU, Julian; TER MEULEN, Ruud; KAHANE, Guy. (Org.) *Enhancing Human Capacities*. London: Wiley-Blackwell, 2011, pp. 34-48.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel. (Org.). *Heuristics and Biases: The psychology of intuitive judgment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*. Vo. 185, Issue, 4157, 1974.
- KAMIN, Kim; RACHLINSKI, Jeffrey. Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight. *Law and Human Behavior*. Vo. 19, Issue 89, 1995.
- KARIM, Ahmed; SCHNEIDER, Markus; LOTZE, Martin; VEIT, Ralf; SAUSENG, Paul; BRAUN, Christoph; BIRBAUMER, Niels. The truth about lying: inhibition of the anterior prefrontal cortex improves deceptive behavior. *Cerebral Cortex*. Vo. 20, Issue 1, 2010.
- KASS, Leon. Ageless Bodies, Happy Souls: Biotechnology and the Pursuit of Perfection. *New Atlantis*. Vo. 1, 2003.
- KLAMING, Laura; VEDDER, Anton. Brushing Up Our Memories. Can We Use Neurotechnologies to Improve Eyewitness Memory? *Law, Innovation and Technology*. Vo. 1, Issue 2, 2009.

- LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive Ideal. In: TONRY, M; FRASE, R. (Org.). *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- LEIFER, Denise; SAMPLE, Lisa. Do Judges Follow Sentencing Recommendations, or Do Recommendations Simply Reflect What They Want to Hear? An Examination of One State Court. *Journal of Crime and Justice*. Vo. 33, Issue 127, 2010.
- LEITE, Jorge; CARVALHO, Sandra; FREGNI, Felipe; GONÇALVES, Oscar. Task-specific effects of tDCS-induced cortical excitability changes on cognitive and motor sequence set shifting performance. *PLoS One*. Vo. 6, Issue 9, 2011.
- LEITER, Brian. Positivism, Formalism, Realism. *Columbia Law Review*. Vo. 99, Issue 1138, 1999.
- LEVINSON, Justin; BENNETT, Mark; HIOKI, Koichi. Judging Implicit Bias: A National Empirical Study of Judicial Stereotypes Beyond Black and White. *Florida Law Review*. Vo. 69, 2017.
- LUEKE, Adam; GIBSON, Bryan. Mindfulness Meditation Reduces Implicit Age and Race Bias: The Role of Reduced Automaticity of Responding. *Social Psychological and Personality Science*. Vo. 6, Issue, 2015.
- MASSIE, Charles; YAMGA, Eric; BOOT, Brendon. Neuroenhancement: a call for better evidence on safety and efficacy. In: TER MEULEN, Ruud; MOHAMED, Ahmed; HALL, Wayne. (Org.) *Rethinking Cognitive Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 57-68.
- MAVEETY, Nancy. The Study of Judicial behavior and the Discipline of Political Science. In: MAVEETY, Nancy. (Org.). *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003.
- MCKEOWN, Alex. Enhancement and therapy: Is it possible to draw a line? In: TER MEULEN, Ruud; MOHAMED, Ahmed; HALL, Wayne. (Org.) *Rethinking Cognitive Enhancement*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 193-212.
- MUSTARD, David. Racial, Ethnic, and Gender Disparities in Sentencing: Evidence from the U.S. Federal Courts. *Journal of Law and Economics*. Vo. 44, Issue 285, 2001.
- NEUBORNE, Burt. Of Sausage Factories and Syllogism Machines: Formalism, Realism, and Exclusionary Selection Techniques. *NYU Law Review*. Vo. 67, 1992.

- NIELSEN, Lisbeth. The Concept of Nature and the Enhancement Technologies Debate. In: SAVULESCU, Julian; TER MEULEN, Ruud; KAHANE, Guy (Org.). *Enhancing Human Capacities*. New Jersey: Wiley-Blackwell, 2011, pp. 19-33.
- NUSSBAUM, Martha. *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- OHN, Suk Hoon; PARK, Chang-Il; YOO, Woo-Kyoung; KO, Myoung-Hwan; CHOI, Kyung Pil; KIM, Gyeong-Moon; LEE, Yong Take; KIM, Yun-Hee. Time-dependent effect of transcranial direct current stimulation on the enhancement of working memory. *Neuroreport*. Vo. 19, Issue 1, 2008.
- PARENS, Eric. *Enhancing Human Traits: Ethical and social implications*. Washington: Georgetown University Press, 1998.
- PARENS, Eric. Authenticity and Ambivalence: toward Understanding the Enhancement Debate. *Hastings Center Report*. Vo. 35, 2005.
- RACHLINSKI, Jeffrey; GUTHRIE, Chris; WISTRICH, Andrew. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. *Indiana Law Review*. Vo. 90, Issue 2, 2015.
- RACHLINSKI, Jeffrey; GUTHRIE, Chris; WISTRICH, Andrew. Inside the Bankruptcy Judge's Mind. *Boston University Law Review*. Vo. 86, Issue 1227, 2006.
- RACHLINSKI, Jeffrey. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *University of Chicago Law Review*. Vo. 65, Issue 571, 1998.
- RACHLINSKI, Jeffrey; GUTHRIE, Chris; WISTRICH, Andrew. Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges? *Notre Dame Law Review*. Vo. 84, Issue 3, 2009.
- RODUIT, Johann; HEILINGER, Jan-Christoph; BAUMANN, Holger. Ideas of Perfection and the Ethics of Human Enhancement. *Bioethics*. Vo. 29, Issue 9, 2015.
- RODUIT, Johann; HEILINGER, Jan-Christoph; BAUMANN, Holger. Human Enhancement and Perfection. *Journal of Medical Ethics*. Vo. 39, 2013.
- RUBY, Perrine; DECETY, Jean. How would you feel versus how do you think she would feel? A neuroimaging study of perspective-taking with social emotions. *Journal of Cognitive Neuroscience*. Vo. 16, Issue 6, 2004.
- SANDBERG, Andy. Cognition Enhancement: Upgrading the Brain. In: SAVULESCU, Julian; TER MEULEN, Ruud; KAHANE, Guy. (Org.). *Enhancing Human Capacities*. London: Wiley-Blackwell, 2011, pp. 71-91.

- SANDEL, Michael. *The case against perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- SANTIESTEBAN, Idalmis; BANISSY, Michael; CATMUR, Caroline; BIRD, Geoffrey. Enhancing social ability by stimulating right temporoparietal junction. *Current Biology*. Vo. 22, Issue 23, 2012.
- SANTIESTEBAN, Idalmis; BANISSY, Michael; CATMUR, Caroline; BIRD, Geoffrey. Functional lateralization of temporoparietal junction-imitation inhibition, visual perspective-taking and theory of mind. *European Journal of Neuroscience*. Vo. 42, Issue 8, 2015.
- SAVULESCU, Julian. In Defense of Procreative Beneficence. *Journal of Medical Ethics*. Vo. 33, Issue 5, 2007.
- SAVULESCU, Julian. Well-being and Enhancement. In: SAVULESCU, Julian; TER MEULEN, Ruud; KAHANE, Guy. (Org.). *Enhancing Human Capacities*. London: Wiley-Blackwell, 2011, pp. 3-18.
- SELLARO, Roberta; NITSCHKE, Michael; COLZATO, Lorenza. Transcranial Direct Current Stimulation. In: COLZATO, Lorenza. (Org.). *Theory-driven approaches to cognitive enhancement*. New York: Springer, 2017, 99-114.
- SEN, Amartya. *Inequality Re-examined*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- DE SIO, Fillipo; FAULMÜLLER, Nadira; VINCENT, Nicole. How Cognitive Enhancement can Change our Duties. *Frontiers in Systems Neuroscience*. Vo. 8, Issue 131, 2014.
- SMITH, M. Elizabeth; FARAH, Martha. Are Prescription Stimulants “Smart Pills”? The epidemiology and cognitive neuroscience of prescription stimulant use by normal healthy individuals. *Psycho Bull*. Vo. 137, Issue 5, 2011, p. 717-741.
- SNOWDEN, Sophie; CATMUR, Caroline. The role of the right temporoparietal junction in the control of imitation. *Cerebral Cortex*. Vo. 25, Issue 4, 2015.
- SNYDER, Peter; BEDNAR, Martin; CROMER, Jennifer. Reversal of scopolamine-induced deficits with a single dose of donepezil, an acetylcholinesterase inhibitor. *Alzheimers and Dementia*. Vo. 1, Issue 1, 2005.
- SOLUM, Lawrence. Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging. *Metaphilosophy*. Vo. 34, 2003.
- SPENGLER, Stephanie; CRAMON, Yves von; BRASS, Marcel. Control of shared representations relies on key processes involved in mental state attribution. *Human Brain Mapping*. Vo. 30, Issue 11, 2009.

- SPOHN, Cassia. The Effects of the Offender's Race, Ethnicity, and Sex on Federal Sentencing Outcomes in the Guidelines Era. *Law and Contemporary Problems*. Vo. 76, 2013.
- STANOVICH, Keith; WEST, Richard; TOPLAK, Maggie. The Cognitive Reflection Test as a Predictor of Performance on Heuristics-and-Biases Tasks. *Memory & Cognition*. Vo. 39, Issue 7, 2011.
- Science and Technology Options Assessment European Parliament (STOA). 2009. *Human Enhancement*. Brussels: European Parliament.
- TAJFEL, Henri; TURNER, John. An Integrative Theory of Intergroup Conflict. In: WORCHEL, Stephen; AUSTIN, William Austin. (Org.). *The Social Psychology of Intergroup Relations*. Pacific Grove: Brooks Cole Publishing, 1979.
- TERBECK, Sylvia; KAHANE, Guy; MCTAVISH, Sarah; SAVULESCU, Julian; COWEN, Philip; HEWSTONE, Miles. Propranolol reduces implicit negative racial bias. *Psychopharmacology*. Vo. 222, Issue 3, 2012.
- TERBECK, Sylvia; KAHANE, Guy; MCTAVISH, Sarah; SAVULESCU, Julian; COWEN, Philip; HEWSTONE, Miles. Beta-adrenergic blockade reduces utilitarian judgment. *Biological Psychology*. Vo. 92, Issue 2, 2012.
- VEDDER, Anton. An Obligation to Enhance? *Topoi*. Vo. 38, 2017. Doi: <https://doi.org/10.1007/s11245-017-9483-7>.
- VEDDER, Anton; KLAMING, Laura. Human enhancement for the common good: Using neurotechnologies to improve eyewitness memory. *AJOB Neuroscience*. Vo. 1, Issue 3, 2010.
- VINCENT, Nicole. The Challenges Posed to Private Law by Emerging Cognitive Enhancement Technologies. *FICHL Publications Series* n° 11, 2011.
- WILSON, James. Transhumanism and Moral Equality. *Bioethics*. Vo. 21, Issue 8, 2007.
- WISTRICH, Andrew; RACHLINSKI, Jeffrey; GUTHRIE, Chris. Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*. Vo. 153, Issue 1251, 2005.
- WISTRICH, Andrew; RACHLINSKI, Jeffrey; GUTHRIE, Chris. Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? *Texas Law Review*. Vo. 93, 2015.
- WISTRICH, Andrew; RACHLINSKI, Jeffrey. Implicit Bias in Judicial Decision Making: How it affects judgment and what judges can do about it. *LawArXiv*. 2017. Doi: 10.31228/osf.io/sz5ma.

ZAEHLE, Tino; SANDMANN, Pascale; THORNE, Jeremy; JÄNCKE, Lutz; HERRMANN, Christoph. Transcranial direct current stimulation of the prefrontal cortex modulates working memory performance: combined behavioural and electrophysiological evidence. *BMC Neuroscience*. Vo. 12, Issue 2, 2011.

Recebido em 21 de maio de 2021.

Aprovado em 10 de junho de 2021.

ABSTRACT: Evidence shows that judicial decisions are prone to implicit biases, such as ingroup favoring, anchoring, base rate neglect, hindsight, and racial bias. Given the high stakes in judicial decision-making not only for the parties directly affected but for society in general, the question of improving the quality of these decisions is important. Judicial review, workload reduction, adequate legal education and training are some of the methods commonly pointed out to reach this goal. Judicial decision-making involves multiple tasks, each of which use various cognitive and emotional processes to different degrees. Albeit there are a growing number of investigations exploring the possibility of applying biotechnologies to enhance cognitive function, there is virtually no research exploring the possibility of using these techniques to enhance judicial cognition. Thus, this article aims to advance the discussion, investigating the ways in which cognitive enhancement could improve the quality of judicial decisions, and questioning whether there could be a moral duty for judges to undergo cognitive enhancement. The approach to the problem through the specific ethical framework of virtue jurisprudence reveals that it is possible to establish a common ground of values from which such a duty can be derived.

Keywords: cognitive enhancement, unconscious bias, judicial decision-making, neurolaw, virtue jurisprudence.

RESUMO: As evidências mostram que decisões judiciais também estão sujeitas a vieses implícitos, como favoritismo intragrupo, ancoragem, inferências estatísticas, viés de retrospecto e racial. Dada a grande importância do processo de tomada de decisões judiciais, não apenas para as partes diretamente afetadas, mas também para a sociedade em geral, a questão de melhorar a qualidade dessas decisões é importante. Controle jurisdicional, redução da carga de trabalho, educação jurídica adequada e treinamento são alguns dos métodos comumente apontados para atingir esse objetivo. Embora haja um número crescente de investigações explorando a possibilidade de aplicar tecnologias para aprimorar a função cognitiva, praticamente não há pesquisas explorando a possibilidade de usar essas técnicas para aprimorar a cognição judicial. Assim, este artigo tem como objetivo avançar a discussão, investigando as formas pelas quais o aprimoramento cognitivo poderia melhorar a qualidade das decisões judiciais, e questiona se poderia haver um dever moral para os juízes se submeterem ao aprimoramento cognitivo. A abordagem do problema através do quadro ético específico da jurisprudência da virtude revela que é possível estabelecer um terreno comum de valores sobre os quais tal dever pode ser extraído.

Palavras-chave: aprimoramento cognitivo, viés inconsciente, tomada de decisão judicial, neurodireito, jurisprudência da virtude.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: LOPES, Giovana Figueiredo Peluso. Cognitive enhancement in the judiciary. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Edição 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1785>.

A vontade de verdade nos discursos jurídicos como princípio da docilização dogmatizante na graduação em Direito

The truth will in legal speeches as a principle for dogmatizing docilization in the Law graduation

Herson Alex Santos*

Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande – RS, Brasil

Francisco Quintanilha Veras Neto**

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis – SC, Brasil

1. Introdução

O ingresso em uma universidade é visto como uma superação para muitas pessoas, não somente no sentido de galgar um novo horizonte de possibilidades mediante um novo estágio na vida que se sobrepôs ao anterior, mas também de seus próprios conceitos de “certo” e “errado” com relação à área de escolha que a especificidade do conhecimento pode proporcionar

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG (2016); Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG (2019); aluno de Graduação em Psicologia na Universidade Federal do Rio Grande – FURG (2017). Endereço eletrônico: herson_alex@outlook.com. Orcid: 0000-0002-0998-4654.

**Possui graduação em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (1996), Curso de Aperfeiçoamento na Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina em 1997, Mestrado em Direito na área de concentração de Instituições jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2004). Pós-Doutorado em Direito na UFSC (2014). Atualmente é professor titular do Centro de Ciências Jurídicas e do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Possui experiência nas áreas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito, História e Sociologia do Direito, Direito, ecologia política e justiça Ambiental e Cooperativismo. Endereço eletrônico: quintaveras@gmail.com. Orcid: 0000-0002-1620-6017.

ao discente na graduação. Essa abertura descortina a curiosidade enquanto necessidade humana de verdade. Fala-se então na vontade de verdade, que não é necessariamente uma novidade, principalmente no mundo que se descortina, ensino superior, meio científico, etc.

Esta vontade, na graduação, pode ser encarada como o processo que auxilia, em grande medida, o desenvolvimento psicossocial e intelectual de cada sujeito. Para ampliar esta discussão em pleno cerne de uma hiperbólica sociedade do espetáculo neoliberal globalizada, já estamos caminhando para um controle psicopolítico possibilitado pelas novas tecnologias de comunicação, que inibem a vontade própria, compreendendo novas chagas não previstas por Michel Foucault, como o “idiotismo”, a “gamificação”, o “choque”, a “cura como assassinato”. Tais temas são problematizados por Byung-Chul Han, atualizando o tema da biopolítica e que obviamente se impregnam no próprio mundo jurídico, criando novas formas de subjetivação do poder e de docilização dos corpos por uma discursividade centrada nos big data, inteligência artificial e em uma concepção totalizante do *big brother* Orweliano sem precedentes na história humana, com efeitos ainda mais deletérios na periferia capitalista brasileira, mera consumidora destas formas aterrorizantes de controle e de massificação da violência, com ampliação do consumismo e da impulsividade a um nível instintivo não reflexivo, potencializando o controle da economia política e da subjetivação neoliberal baseada em competição, individualismo e pondo fim a qualquer projeto de alteridade, de diálogo com o outro também como próprio reflexo da velocidade da comunicação:

Hoje caminhamos para a era da psicopolítica digital, que avança da vigilância passiva ao controle ativo, empurrando-os, assim, para uma nova crise da liberdade: até a vontade própria é atingida. Os big data são um instrumento psicopolítico muito eficiente, que permite alcançar um conhecimento abrangente sobre as dinâmicas da comunicação social. Trata-se de um conhecimento de dominação que permite intervir na psique e que pode influenciá-la em um nível pré-reflexivo¹.

Contudo, para Michel Foucault, essa vontade de verdade não é inata e ele tenta demonstrar que, assim como os processos de docilização que

1 HAN, 2018, p. 23.

começam desde a tenra idade, a vontade de verdade também é transmitida por meio da docilização do corpo e de uma tradição do conhecimento por diversas instituições, como é o caso da escola e da família, por exemplo, com práticas verbais e não-verbais. Paradoxalmente, tal transmissão, que é feita pelo que se pode chamar de cultura, mais tarde, com o desenvolvimento pessoal, sofre a influência da vontade de verdade que, em nível de produção e aquisição de conhecimento científico, tende a desconsiderar, em muitos casos, a própria cultura com afirmações especializadas. No âmbito jurídico, este fato pode ser ilustrado pela distinção do significado de culpa no direito penal, que, mesmo em *latu sensu*, muito se distancia do sentido “vulgar” do termo, recorrente na cultura. Procurar saber como essas noções de docilização e de vontade de verdade incutem na formação superior de um sujeito é um trabalho complexo, que não se acredita exaurir aqui. No entanto, procura-se ao menos sondar quais as possibilidades de observação de tais injunções. Essa tentativa parte da seguinte questão: a vontade de verdade nos discursos pode ser considerada como um princípio para a docilização dogmatizante no meio acadêmico, em específico os discursos nas relações aluno professor na graduação em direito? Para tentar responder satisfatoriamente tal questão, será necessária a compreensão, ainda que singela, das noções de docilização e de vontade de verdade, e no seguinte momento se utilizará de três grades curriculares de universidades público-federais, a fim de compreender quais tipos de matérias são majoritariamente contempladas em tais currículos.

2. A docilização

No vocabulário foucaultiano, a noção de docilização é melhor compreendida na obra “Vigiar e Punir”², em que Foucault, nas linhas iniciais, usa do termo para explicar o caráter que os sistemas punitivos ganham nas sociedades ocidentais. O autor fala que, nesta circunstância, vive-se uma economia política do corpo, que pode ser melhor compreendida a partir dos sistemas ditos suaves de controle, trancamento e disciplina dos corpos:

Mas podemos sem dúvida ressaltar esse tema geral de que, em nossas sociedades, os sistemas punitivos devem ser recolocados em uma certa “eco-

2 FOUCAULT, 2004.

nomia política” do corpo: ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos “suaves” de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata — do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão³.

Essa docilidade disciplinar serve não somente para o controle e melhor manejo dos corpos, mas também para sua otimização, sua utilidade em determinada estrutura, ou seja, trata-se de sua compreensão de corpos dóceis.

Parte dos argumentos Foucaultianos da economia política são resgatados da obra “Estrutura e Punição Social”, que relacionam o viés disciplinar com a emergência da economia capitalista mercantil e nas suas demais formas de desenvolvimento ulterior, o que foi facilitado pelo ascetismo calvinista. No entanto, setores da população não aderiam à visão do trabalho como essência da vida e eram disciplinados pelas instituições capitalistas adaptadas à gestão disciplinadora do mundo do trabalho:

Essas estratégias eram sustentadas pelo calvinismo. Como poderia uma sociedade que aceitava amplamente um ascetismo racional como seu credo oficial permitir que as classes subalternas desrespeitassem sua orientação para o trabalho? As pessoas que estivessem satisfeitas com o ganho de uma semana de quatro dias de trabalho e que preferissem passar o resto do tempo como bem entendesse eram levadas a acreditar que o dever para com o trabalho é a essência da vida. Obviamente muitos trabalhadores não puderam ser persuadidos a aceitar essa nova teoria voluntariamente, nem tampouco a disciplina severa imposta pelo catecismo foi suficiente para resolver os problemas sociais. Foram necessárias medidas mais radicais, como as casas de correção, onde os mais resistentes eram forçados a forjar seu cotidiano de acordo com as necessidades da indústria⁴.

Para uma melhor compreensão do conceito de docilização, ainda na mesma obra de Foucault, vê-se a construção de uma analogia que o autor faz: a suposta escrita de um grande livro intitulado “Homem-máquina”, que vai além da obra escrita por Julien Offray de La Mettrie (1709-1751),

3 FOUCAULT, 2004, p. 28.

4 RUSCHE; KICHHEIMER, 2004, pp. 68-69.

que segundo Foucault teria sido escrito em duas grandes frentes: a primeira por Descartes (1596-1650), de caráter anátomo-metafísico, cujos médicos e filósofos deram continuidade; e a segunda parte, de caráter “técnico-político constituído por um conjunto de regulamentos militares, escolares, hospitalares e por processos empíricos e refletidos para controlar ou corrigir as operações do corpo”⁵. A compreensão dessa analogia remete ao processo de formação das práticas discursivas e não-discursivas que deram significado para o saber-poder na evolução dos estados ocidentais. Vê-se uma produção que não deslegitima as práticas hegemônicas do poder em sua macro compreensão, ao contrário: tais práticas pulverizam o poder nas mais singelas relações, como a compra e venda, prestação de serviços, escolas, hospitais, presídios, etc. Apesar de existirem relações de poder anteriores a essa formação moderna, nas relações do tipo horizontais, salvo as distinções bem delineadas de classe social, o exercício do poder se dava de forma particular, e isso significa que não havia a necessidade de aval do Estado ou de instituições para tal. Com a modernidade, em conjunto com o projeto de Estado, o que se vê é o aparecimento de práticas de conversão do poder em torno de sua institucionalização. Fala-se na centralização do poder, que não significou um absolutismo, mas sim uma hierarquização disciplinar em conjunto com a desarticulação das resoluções de conflitos na forma horizontal, juntamente a reestruturação desenvolvimentista e higienista.

Para Foucault, o poder não é algo passível de apropriação, mas algo que se arrisca: consegue-se ou não exercê-lo. O poder possui uma dimensão belicosa. Ele surge como uma forma de enfrentamento estratégicos, que deve ser pensada sob o pano de fundo de uma guerra civil. O poder estatal aparece como forma concentrada, como estrutura de apoio. Assim, Foucault incorpora outras dimensões além do poder econômico, que podem ser as relações sexuais, a família, o emprego, a moradia. Foucault coloca que o poder é sempre subordinado a um modo de produção. Ele é um dos elementos constitutivos do modo de produção como elementos que sequestram o tempo para o modo de produção, adequando o indivíduo aos processos produtivos, obrigando a poupança, evitando dissipações pelo jogo para suportar as crises, a redução da atividade, o desemprego. Este tipo de sistema disciplinador de sequestro de tempo transforma o tempo de vida em força de trabalho. Este sistema impõe a coerção, que é constitu-

5 FOUCAULT, 2004, p. 163.

tiva do capitalismo. Desta forma, a técnica de reclusão dos pobres foi adotada em fábricas, prisões, asilos e escolas, eliminando a “vagabundagem” e ociosidade, prendendo os indivíduos aos aparatos sociais⁶. A interpretação arqueogenealógica foucaultiana não deve ser absolutizada, mas oferece a impregnação de elementos que transversalizam e complexificam a análise dos processos de acumulação do capital, demonstrando dimensões estratégicas que são engendradas nas formas de constituição do saber, da vontade e da verdade como vontade de poder, além de evidenciar questões difusas que podem alicerçar uma melhor compreensão de processos estruturais de forma não mecanicista e proporcionar o enriquecimento da compreensão dos processos de constituição das operações que modulam os modos de saber-poder e a microfísica, que pode estar interligada aos processos macroestruturais da economia, da política e da soberania, sem excluir elementos de normalização da sexualidade, da família e das instituições – que são invisibilizados em uma análise meramente economicista, determinista e incapaz de formar nexos ampliados das constituições dos modos de produção da verdade por formas de discursividade hegemônicas, que estão para além da ideologia, mais como sistemas práticos de biopoder e biopolítica que amalgamam a estrutura social, explicitando seu funcionamento de uma forma ampliada e historicizada, o que permite uma compreensão epistemológica do modo de produção e do mundo do trabalho para o qual os profissionais do direito são preparados.

Este processo de centralização se iniciou, segundo Foucault, durante a época clássica, quando da descoberta do corpo como objeto e alvo do poder. Foi a partir deste momento que se pôde observar uma demasiada atenção voltada ao corpo, “ao corpo que se manipula, se modela, se treina, que obedece, responde, se torna hábil ou cujas forças se multiplicam”⁷.

Com aquelas duas frentes bem distintas, supracitadas na analogia do grande livro sobre o homem-máquina, Foucault acredita que há com elas um revezamento consistente: por vezes na submissão e utilização; outras no funcionamento e explicação do corpo que é agora útil, inteligível. E neste ponto, a obra em si do

6 FOUCAULT, 2018, pp. 207-211.

7 FOUCAULT, 2004, p. 163.

‘O Homem-máquina’ de La Mettrie é ao mesmo tempo uma redução materialista da alma e uma teoria geral do adestramento, no centro dos quais reina a noção de “docilidade” que une ao corpo analisável o corpo manipulável. É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado. Os famosos autômatos, por seu lado, não eram apenas uma maneira de ilustrar o organismo; eram também bonecos políticos, modelos reduzidos de poder: obsessão de Frederico II, rei minucioso das pequenas máquinas, dos regimentos bem treinados e dos longos exercícios⁸.

Essa forma animista que Foucault sugere é foco de problematização freudiana, no seu escrito *Das Unheimlich*⁹ (1919), em que Freud contempla o animismo como forma individual de enfrentamento, compreensão e movimentação no mundo¹⁰. O que pode sugerir a vontade de verdade como uma pulsão inconsciente que, mesmo não compreendida enquanto necessidade humana de compreender o mundo a sua volta, foi capitaneada em função de algo como progresso, riqueza, saúde, segurança, etc., pelas tecnologias do saber-poder que são, de modo paradoxal, alimentados pela necessidade dialética que *Das Unheimlich* promove no indivíduo, de compreensão e dominação do estranho ou afastamento, segregação, eliminação do mesmo.

Foucault escreve que a submissão, utilização e aperfeiçoamento do corpo sempre foi uma técnica conhecida e amplamente utilizada, porém, segundo o autor, é no decorrer dos séculos XVI e XVIII que fórmulas mais concisas e distintas da escravidão foram implementadas. Técnicas que se fundamentaram na relação de apropriação institucional dos corpos, que dispensa as custosas e violentas práticas de docilização conhecidas de longa data. Essa nova forma, “elegante” nas palavras do autor, é a disciplina.

O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades,

8 FOUCAULT, 2004, p.163.

9 Traduções brasileiras como “o inquietante” ou “o estranho”: FREUD, S. “O inquietante”. In História de uma neurose infantil (O homem dos lobos): além do princípio do prazer e outros textos. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010: 328-376; FREUD, S. “O estranho” (1919). In Além do princípio do prazer (1920). E. S.B. Vol. XVII. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

10 FREUD, 2010, p. 369.

nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadriha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”¹¹.

Foucault acredita que a disciplina tem o poder de, em termos econômicos, aumentar a força do corpo e, em termos políticos, diminuir essa mesma força. E este processo pode ser evidenciado em distintas instituições, desde a escola primária, nos colégios, também nas fábricas, nos liceus, nos quartéis¹², etc.

3. A vontade de verdade

A vontade de verdade em Foucault remonta à influência de Friedrich W. Nietzsche (1844-1900) e a sua Vontade de Potência (*Der Wille zur Macht*) que, mui sucintamente, pode ser descrita como um conceito derivado da influência de Arthur Schopenhauer (1788-1860) e sua ideia de vontade, que é cega e não acessível. Sua força está, nesta forma de se mostrar, para além dos sentidos, apesar de estar presente a cada instante no modo como se vê o mundo. Portanto, não se sujeitando às leis da razão¹³. Para Nietzsche¹⁴, no entanto, essa vontade não se encontra nas relações: ela se evidencia de modo efetivo, real. Ele não crê em uma força única e indivisível, pois para ele a vontade de potência é sempre conjugada no plural, portanto, segundo o filólogo, no mundo há uma luta constante, sem que nunca haja um equilíbrio, mas sempre tensão que é provada pelo constante

11 FOUCAULT, 2004, p. 164.

12 FOUCAULT, 2004, p. 165.

13 SCHOPENHAUER, 2006.

14 NIETZSCHE, 2011.

movimento, delicado e quase imperceptível em certos momentos, noutros voraz e violento das forças. A vontade de potência sempre procura expandir-se, superar-se, juntar-se, etc. e neste sentido a vontade sempre procura fazer-se mais forte e dominar, constringer outras forças, desde as reações químicas, também no agir de animais e até na forma característica do comportamento humano¹⁵.

Partindo de tal pressuposto, Foucault descreve a vontade de verdade como indicador da gênese do caráter histórico, portanto modificável¹⁶, da separação entre verdadeiro e falso. Assim Foucault assinala como na Antiguidade helênica, com os poetas gregos do século VI a.C. a validade dos discursos era aferida pela ritualística e partia de quem estava previamente habilitado a produção daquele discurso de verdade. Esta forma de discurso baseava-se no terror e respeito por aquele que reinava, ao qual deveria submeter-se e reverenciar. Estes discursos pronunciavam a justiça e as atribuições que caberia a cada um. Séculos mais tarde a validade passa da personalidade para o que se é dito, e neste ponto se retorna a Hesíodo e Platão, afirmando que entre ambos “uma certa divisão se estabeleceu, separando o discurso verdadeiro e o discurso falso; separação nova visto que, doravante, o discurso verdadeiro não é mais o discurso ligado ao exercício do poder. O sofista é enxotado”¹⁷.

Foucault afirma que essa mudança histórica deu forma à vontade de saber. Contudo, não cessou neste ponto. Ao contrário: ela evoluiu e se deslocou para as novas formas de verdade, que foram possíveis pelos não lineares avanços e retrocessos das grandes mutações científicas ao longo da Modernidade. Para o autor,

há, sem dúvida, uma vontade de verdade no século XIX que não coincide nem pelas formas que põe em jogo, nem pelos domínios de objetos aos quais se dirige, nem pelas técnicas sobre as quais se apoia, com a vontade de saber que caracteriza a cultura clássica¹⁸.

15 NIETZSCHE, 2011.

16 CASTRO, 2016, p. 422.

17 FOUCAULT, 2010, p. 15.

18 FOUCAULT, 2010, p. 16.

Essa vontade de verdade ganhou, na Modernidade, suporte institucional, sendo reforçada e reconduzida por um complexo conjunto de práticas como a pedagogia *e.g.*, mas também com sistemas de edição de conteúdo e de produção do mesmo, das bibliotecas, “como as sociedades dos sábios outrora, os laboratórios hoje”¹⁹. Mas esta não é a única influência que deve ser vislumbrada, pois há outra forma de ser conduzida, que a verdade encontrou nas sociedades atuais: consiste, fundamentalmente, no modo como o conhecimento, ou saber, é aplicado, valorizado, distribuído, atribuído e repartido.

Pode-se aferir o significado ideológico da hermetização da linguagem situada no próprio campo epistemológico da ciência difusora da verdade nas sociedades contemporâneas de forma assertiva e as possíveis implicações de processos de estereotipização especialmente no interior da teoria da comunicação, salientando a nosso ver a inserção disto na sociedade do espetáculo e no momento de exclusão edificado pelo projeto neoconservador do neoliberalismo que cristaliza um “economicismo científico”, que amplia o tecnicismo disciplinador do Direito que adentra ao campo do ensino jurídico e sua linguagem de estereotipação pelo “senso comum” dos juristas. Para balizar esta discussão se recorre a Warat que adentra ao campo da semiótica, da estereotipação da linguagem situando a epistemologia no interior da teoria da comunicação:

Compartilhando o pensamento de Barthes, podemos afirmar que o caráter necessariamente limitativo força um processo de estereotipação das significações. Por isso podemos dizer, embora pareça forte, que a linguagem é sempre uma estereotipação da complexidade social e significativa. Frente a isto parece-me que o que se pode intentar é uma análise dos efeitos sociais dos sistemas de estereotipação, e o que devemos intentar é uma análise dos efeitos sociais dos sistemas de estereotipação. A linguagem é um jogo de estereotipação, e o que devemos intentar é a compreensão conceitual deste jogo, situando a epistemologia no interior da teoria da comunicação²⁰.

A partir dessa problematização, Foucault retoma um antigo princípio grego, que consiste na valoração da aritmética como um tema das cidades

19 FOUCAULT, 2010, p. 17.

20 WARAT, 2002, p. 306.

democráticas, por ela ensinar as relações de igualdade, e que a geometria deve ser somente ensinada nas oligarquias, por demonstrar as proporções na desigualdade. Ele retoma tal princípio clássico para, finalmente, de modo paralelo, perguntar até que ponto nas sociedades ocidentais tal pressão genealógica nos discursos, na forma de uma coerção, influíram na literatura ocidental, que teve de buscar seu apoio, durante séculos, no natural e verossímil, bem como na ciência. Ou seja, no discurso “verdadeiro”. Cita-se aqui, a título de exemplo, o discurso positivista de Sylvio Romero (1851-1914), em 1870 que Lilia M. Schwarcz traz em sua obra “O Espetáculo das raças”:

[...] lei que rege a literatura [...] é a mesma que dirige a história em geral: a evolução transformista... Se ao poeta não cumpre fazer sciencia, deve ao menos apoderar-se dela para ter a nota de seu tempo... O poeta deve da sciencia ter suas conclusões e os fins para não escrever tolices²¹.

Foucault pensa que, da mesma maneira, como as práticas econômicas foram codificadas com preceitos e receitas, desde o século XVI, procurou “fundamentar-se, racionalizar-se e justificar-se a partir de uma teoria das riquezas e da produção²²”.

Neste ponto surge um paradoxo, que consiste no fato de que a vontade de verdade se esconde ou é escondida por detrás da própria criação do discurso de verdade. E talvez, a razão disso seja

[...] que se o discurso verdadeiro não é mais com efeito, desde os gregos, aquele que responde ao desejo ou aquele que exerce o poder, na vontade de verdade, na vontade de dizer esse discurso verdadeiro, o que está em jogo, senão o desejo e o poder? O discurso verdadeiro, que a necessidade de sua forma liberta do desejo e liberta do poder não pode reconhecer a vontade de verdade que o atravessa; e a vontade de verdade, essa que se impõe a nós há bastante tempo, é tal que a verdade que ela quer não pode deixar de mascarar-la²³.

21 ROMERO apud SCHWARCZ, 1993, p.11.

22 FOUCAULT, 2010, p.18.

23 FOUCAULT, 2010, p. 20.

E dessa forma, Foucault conclui que a vontade de verdade consiste em procedimentos de delimitação de discurso, que se exercem, de certo modo, do exterior e funcionam como exclusão de elementos que não facilitam, para além do discurso, o poder e o desejo nas diversas relações.

E assim, só aparece aos nossos olhos uma verdade que seria riqueza, fecundidade, força doce e insidiosamente universal. E ignoramos, em contrapartida, a vontade de verdade, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir todos aqueles que, ponto por ponto, em nossa história, procuram contornar essa vontade de verdade e recoloca-la em questão contra a verdade, lá justamente onde a verdade assume a tarefa de justificar a interdição e definir a loucura; todos aqueles, de Nietzsche a Artaud e a Bataille, devem agora nos servir de sinais, altivos sem dúvida, para o trabalho de todo dia²⁴.

4. A docilização dogmatizante pela vontade de verdade: uma questão

Neste ponto, em específico, pode-se perceber que não somente os discursos científicos e históricos propriamente, mas também os discursos com caráter de cientificidade e historicidade e que se utilizam desses arcabouços, como as aulas de um professor, podem ser transpassados pela vontade de saber, e não somente pela própria vontade de saber do falante, em sua seleção e modo como transmite tal conhecimento, mas também na forma como os ouvintes a recebem e o que fazem com ela.

A sociedade disciplinar apontada por Foucault é guiada por dinâmicas específicas de saber e poder, remontam o desenvolvimento do modelo do inquérito na Grécia arcaica e no período clássico. O saber alquímico medieval, a cartografia e a taxionomia possuem origem em modelos inquisitivos da Igreja Medieval como a inquisitivo *generalis* e *specialis*. O sistema de provas, a formação de dubladores da vítima como o procurador do rei e a própria ordenação real de Guilherme, o conquistador, fazem parte deste processo dinâmico e não linear de formação de epistemologia que erigem formas de saber e poder específicas, que encontram outra modulação nas sociedades industriais europeias com a difusão do sequestro do tempo. O modelo do inquérito se torna um modelo fundamental para a constituição da ciência moderna e para as formas de produção da verdade

24 FOUCAULT, 2010, pp. 20-21.

contemporâneas nas instituições normalizadoras e nos processos de disciplinarização. Para sintetizar estes processos de arqueologia do saber e do poder a partir de sistemas de categorização epistemológica, que envolvem o conhecimento ainda conservado em nossas instituições de ensino jurídico, ainda moduladas nestas premissas arcaicas, que atendem as exigências da reprodução biopolítica amparada nas concepções discursivas que sustentam o ensino jurídico, seus saberes e práticas necessárias à manutenção do sistema de poder de forma dinâmica, e se pode apontar seus reflexos no cotidiano das instituições disciplinares, para melhor compreender este conceito de sequestro de tempo como origem do mecanismo de docilização dos corpos, recorre-se novamente a Foucault:

Nesta terceira função das instituições de sequestro através destes jogos do poder e do saber, poder múltiplo e saber que interfere e se exerce simultaneamente nestas instituições, temos a transformação da força do tempo e da força do trabalho e sua integração na produção. Que o tempo de vida se torne tempo de trabalho, que o tempo de trabalho se torne força de trabalho, que a força de trabalho se torne força produtiva; tudo isto é possível pelo jogo de uma série de instituições que esquematicamente, globalmente, as define como instituições de sequestro. Parece-me que, quando interrogamos de perto estas instituições de sequestro encontramos sempre, qualquer que seja seu ponto de inserção, seu ponto de aplicação particular, um tipo de invólucro geral, um mecanismo de transformação: como fazer do tempo e do corpo dos homens, da vida dos homens, algo que seja força produtiva. É este conjunto de mecanismo que é assegurado pelo sequestro²⁵.

Diante do que foi visto na primeira parte do trabalho – a docilização, conjuntamente à vontade de verdade –, é razoável propor que os discursos pronunciados em sala de aula estão envolvidos na problemática da vontade de verdade, no sentido de que ela promove uma seleção do que pode e deve ser dito. Em outras palavras, pode-se dizer que, em conjunto com a interdição, há exclusões nas práticas discursivas, que vão desde a seleção do que deve ser dito de forma objetivo-subjetivante, promovido pelo professor ou até mesmo pela coletividade, que adentra às formas de exclusão mais objetivas, compreendidas no que os alunos querem e se permitem

25 FOUCAULT, 1999, p. 122.

ouvir enquanto coletividade culturalmente definida, além da relação específica de cada sujeito com o poder que permeia a relação microfísica professor-aluno. Assim, “não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa”²⁶. E isso é bastante evidente, pois basta propor-se a assistir a uma aula de Direito Tributário *e.g.*, em que apesar da vastidão de conceitos e de igual vastidão de regras e procedimentos que devem ser levados em conta e até mesmo os objetos que são passíveis de tributação e que podem fazer parte do “discurso lógico” da aula, isso não significa que o professor à frente da disciplina possa falar sobre tudo. Os alunos olhariam com certa estranheza ou até desconforto se em um lugar e horário previamente documentado como aula sobre Direito Tributário, um professor, também previamente designado por seu conhecimento na matéria, começasse a discorrer sobre como é a vida na Europa ou outro assunto que afastasse da esperada aula de Direito Tributário.

Mas a questão que se quer aqui debater não é tão óbvia. Trata-se do que corriqueiramente se chama de lugar de fala. Na situação acima descrita, há pelo menos dois tipos de indivíduos formalmente distinguíveis: o aluno e o professor, e este está assegurado com seu poder de falar em tal situação, não somente por seu conhecimento, mas por toda a estrutura disciplinar que está por trás de sua relação com essa coletividade que recebe o nome de alunos, bem como em cada relação que este tem com cada aluno em específico. Sua fala não será, necessariamente, a fala que consta no cronograma da disciplina e tampouco precisa ser expressamente o conteúdo da matéria, mas deve respeitar “certos limites”, pois quem fala no discurso do professor não é necessariamente o professor, mas em grande medida a estrutura de poder que há por trás de si – a “grade curricular”, como amálgama dessa união entre instituição-professor-aluno que, por sua vez, pertence a outras relações como programas nacionais, políticas públicas e a cultura, por exemplo. De volta ao professor de tributário, ele não poderia começar a falar em física quântica no meio de suas explicações sobre tributos, não sem causar certa estranheza, desconforto ou até repulsa, por mais que ele tivesse formação na área, pois aquele espaço corresponde à pretensão da vontade de verdade e nela o discurso deve respeitar a previsibilidade discursiva em conjunto com a reverência às relações de poder hierárquicas, pertencentes ao espaço, por mais veladas e sutis que sejam.

26 FOUCAULT, 2010, p. 9.

Pode-se, com isso, ver a imbricação dos mecanismos disciplinadores e da vontade de verdade. De um lado uma plateia de alunos acostumados a ouvir o esperado para uma aula, com horário, temática pré-definida e estipulada de forma genérica a todos sem necessariamente contemplar suas idiosincrasias, e de outro o professor que, por mais libertário que seja, exerce de forma inexorável seu papel nesta relação de poder na ordem de um discurso que muitas vezes passa por ele, vindo da instituição à qual pertence ou dos mecanismos de aferimento de verdade, vindos das ciências que consolidaram a possibilidade de tal discurso por meio da lógica e da razão que nascem desde a Antiguidade Clássica, “[...] na vontade de verdade, na vontade de dizer esse discurso verdadeiro [...]”²⁷, com destino aos alunos que darão continuidade ao processo por meio da compreensão racional do caminho que devem seguir para poderem falar o mesmo discurso, que agora eles não podem afirmar, por não possuírem a chancela para tal. Nesse ponto, o que se quer ressaltar é a relação de poder existente nesse tipo de discurso.

Assim como o louco fez parte do sistema manicomial durante o século XVII até o século XX, suas palavras não eram tidas por verdade, e o discurso que se criou para não lhes dar voz foi a distinção entre razão e loucura.

Desde a alta Idade Média, o louco é aquele cujo discurso não pode circular como o dos outros: pode ocorrer que sua palavra seja considerada nula e não seja acolhida, não tendo verdade nem importância, não podendo testemunhar na justiça, não podendo autenticar um ato ou um contrato, não podendo nem mesmo, no sacrifício da missa, permitir a transubstanciação e fazer do pão um corpo²⁸.

Sem entrar no mérito de qual é a classificação de verdade, lança-se mão de um exemplo atualíssimo: a população carcerária, que também faz parte do sistema prisional e, no entanto, não possui voz. No seu caso em específico, a construção para silenciar tais vozes se dá em variadas frentes, como demonstra Raul E. Zaffaroni²⁹, e a maioria parte do apelo moralizante. É perceptível que os discursos para ambos os silêncios se modifica e

27 FOUCAULT, 2010, p. 20.

28 FOUCAULT, 2010, pp. 10-11.

29 ZAFFARONI, 2012.

se adapta às necessidades do poder institucional e isso pode ser percebido em Foucault na História da Loucura³⁰ e em Vigiar e Punir, no sentido que o autor mostra que o discurso científico trabalhou em ambos os casos para deslegitimar tais indivíduos e assim os controlar – tanto os loucos quanto os delinquentes.

Igualmente a ambos os casos tem-se o “corpo discente”, que, salvo a proporção, não possui voz ativa por seu discurso assim como os loucos e os apenados, carecem de verdades. E a destituição de verdade que este discurso ganha se dá pelo “fato” de estarem os sujeitos do corpo discente em formação – como se a formação não fosse uma constante, inclusive aos doutos. Desnuda-se, desse modo, a realidade por trás do discurso, local de evidência do poder, onde o aluno ainda não atingiu a posição de produtor de verdades. Grande exemplo disso é a necessidade que um aluno de graduação enfrenta por ter que contar com um professor em nível de doutorado para que sua pesquisa possa ser submetida a revistas e eventos científicos. Estes mecanismos de “credibilidade científica” sombreiam a hierarquia presente na relação de poder entre aluno e professor. Esse controle da verdade é, em última instância, a vontade de verdade, que articula a formação discursiva em prol de sua efetivação. Fala-se, então, em quem detém o monopólio de produção do conhecimento, ainda que em currais esparsos de modo caótico, e quem se subjugua a tais relações. Qualquer sujeito que não se enquadre nesse esquema estará fadado a ter seu discurso tido por irracional, pois não há como usufruir do poder do discurso sem que haja submissão ao mesmo.

Desse modo, retrocedendo à sala de aula, preocupa-se aqui em problematizar os alunos, não como a abstração “corpo discente”, mas partindo da afirmação de que os pressupostos discursivos se vinculam à vontade de verdade que, por sua vez, traz consigo a transformação que o discurso ganhou na práxis pelo advento dos mecanismos de disciplina. Pode-se argumentar que o corpo se torna disciplinado no ambiente de sala de aula. Alguns dos mecanismos disciplinares de controle são: o horário que deve ser cumprido e, do contrário, a forma de coação para o descumprimento desse mecanismo disciplinar de controle é feita pela anotação: a “falta”, no registro de chamada; outro mecanismo é o modo como as cadeiras são postas, enfileiradas de forma que todos olhem para frente sem que consi-

30 FOUCAULT, 1978.

gam a todos ver, alunos na direção de quem discursa, do professor, e este olha para todos e; principalmente é quem está na ordem do discurso, no sentido de quem tem a primeira e última palavra em sala de aula, trata-se dos papéis dos agentes envolvidos nessa relação³¹.

Esta questão se desvela por serem os agentes, envolvidos na relação aluno-professor, sujeitos históricos e historicamente assujeitados. Os alunos não aprendem a respeitar o horário, a sentarem-se em silêncio e acreditarem no discurso do professor na universidade, eles são fruto de um processo de docilização que começou muito antes, nos anos iniciais de suas vidas, e se intensificou com o processo de aprendizagem nas primeiras escolas e colégios.

A “disciplina” não pode se identificar com uma instituição nem com um aparelho; ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma “física” ou uma “anatomia” do poder, uma tecnologia. E pode ficar a cargo seja de instituições “especializadas” (as penitenciárias, ou as casas de correção do século XIX) seja de instituições que dela se servem como instrumento essencial para um fim determinado (as casas de educação, os hospitais), seja de instâncias preexistentes que nela encontram maneira de reforçar ou de reorganizar seus mecanismos internos de poder (um dia se precisará mostrar como as relações intrafamiliares, essencialmente na célula pais-filhos, se “disciplinaram”, absorvendo desde a era clássica esquemas externos, escolares, militares, depois médicos, psiquiátricos, psicológicos, que fizeram da família o local de surgimento privilegiado para a questão disciplinar do normal e do anormal), seja de aparelhos que fizeram da disciplina seu princípio de funcionamento interior (disciplinação do aparelho administrativo a partir da época napoleônica), seja enfim de aparelhos estatais que têm por função não exclusiva, mas principalmente fazer reinar a disciplina na escala de uma sociedade (a polícia)³².

Tal como os alunos, são os professores também assujeitados históricos que possivelmente estão mais habituados ao jogo de poder por estarem em uma relação de poder ativa, com relação aos alunos, consequência do

31 FOUCAULT, 2004.

32 FOUCAULT, 2004, pp. 238-239.

maior tempo em contato com os discursos e instituições, além da sua posição louvável de produção de verdades que a vontade de verdade tende a promover nestes sistemas de educação hierarquizados.

Portanto, é visível que no interior dessa relação, os sujeitos, que são transpassados desde muito cedo em suas vidas pelos mecanismos disciplinares já possuem o ranço dogmático que os fazem introjetar o sentimento de manutenção das relações. Aqui reside a necessidade de existência do aluno para o professor, tanto quanto do professor para o aluno. Sob este aspecto a noção de “facilitadores” que pode ser empregada ao papel do professor não transforma essa relação, apenas troca o símbolo cansado por outro novo e com maior aceitação no campo teórico. O facilitador ainda é chamado a exercer poder sobre os alunos que continuarão envolvidos em uma relação de vontade de verdade mediada por sujeitos disciplinadores e principalmente, instituições disciplinares.

[...] O professor e a universidade aparecem, talvez não como elementos principais, mas como “permutadores”, pontos de cruzamento privilegiados. A causa da transformação da universidade e do ensino em regiões ultra-sensíveis politicamente acha-se sem dúvida aí. A chamada crise da universidade não deve ser interpretada como perda de força, mas, pelo contrário, como multiplicação e reforço de seus efeitos de poder no meio de um conjunto multiforme de intelectuais em que praticamente todos são afetados por ela e a ela se referem. Toda a teorização exasperada da escritura que se assistiu no decênio 60, sem dúvida não passava de canto do cisne: o escritor nela se debatia pela manutenção de seu privilégio político. Mas o fato de que tenha se tratado justamente de uma “teoria”, que ele tenha precisado de cauções científicas, apoiadas na lingüística, na semiologia, na psicanálise, que esta teoria tenha tido suas referências em Saussure ou Chomsky, etc., que tenha produzido obras literárias tão mediócras, tudo isto prova que a atividade do escritor não era mais o lugar da ação³³.

Sem se ater às concepções que a educação dá ao processo de aprendizagem em sala de aula: se ele é vertical, horizontal, transversal, e até circular ou espiral, o que se pode observar diante das grades curriculares de três faculdades federais no Rio Grande do Sul (UFRGS, UFPel e FURG) é a su-

33 FOUCAULT, 2009, p. 14.

premacia de matérias com caráter dogmático, ou seja, aquelas matérias com fortes características de instrumentalidade, como os estudos dos códigos e seus códigos de processo, o que descortina o ensino jurídico, ao menos em tais instituições, demonstrando desde já, em seu nível formal, a supremacia dogmática do modo de ensino. Dogmático, pois o ensino dos códigos é como aquele ensino da técnica do “sim” em relação ao “não”, do “certo” em relação ao “errado”, pois os códigos podem ser representantes dessa vontade de verdade nas relações que o Direito se arroga. Na breve análise não se constata a problematização desse estudo, no sentido de encontrar algo como *e.g.*, “direito penal e sociedade brasileira”, ou “direito civil I e relações civis-econômicas no Brasil”, mas tão somente “Direito penal I”, “Constitucional”, “Processo civil”, etc. Como dito, não se evidencia em tais grades um caráter problematizante ou interdisciplinar nas disciplinas obrigatórias. Fato que culmina, invariavelmente, na vontade de verdade e esta, por sua vez, incluída na ordem do discurso que atua como efetivação teórico-física das relações de poder nessa microestrutura que é a sala de aula.

Nada impede que professores possam resistir a estes imperativos a que disciplina os vincula, também há sempre a possibilidade de resistência por parte dos estudantes. Contudo, essas ações são sentidas nas relações intersubjetivas que, apesar de resistentes, ainda estão ou devem estar cobertas pelo manto da formalidade burocrática que, por sua vez, reverencia a dogmática construção de discursos institucionais, daqueles estudantes que são aprovados ou reprovados, daqueles professores com desempenho satisfatório ou insatisfatório. Práticas que engessam os modos de ações, deixando pouca margem para a criatividade discursiva e que garantem um ar de controle formal inclusive às práticas subversivas, seja negativamente as suas ações ou as codificando enquanto processos institucionais, impedindo sua visibilidade em uma pesquisa de análise de documentos puramente quantitativa – em caráter oficial, não há espaço para subversões, apenas para transgressões.

5. Conclusão

Diante do breve exposto aqui, pode-se notar que possivelmente há uma relação direta entre a vontade de verdade, a docilização e dessas com a formação dogmatizante que, por serem tão imbricadas, não é possível afirmar uma ordenação entre elas. Essa impossibilidade se dá pelo processo

de docilização, que se inicia praticamente em conjunto ao nascimento do sujeito e o perpassa ao longo de toda vida, tornando-o mais produtivo, e na universidade um melhor reprodutor das verdades que, por sua vez, também acompanham o sujeito, por intermédio da vontade de verdade que se desenvolve tão cedo quanto a consciência. No ambiente acadêmico, tentar ordenar tais circunstâncias se torna um trabalho praticamente inglório. No entanto, isso não invalida a existência de ambos e sua interação simbiótica, podendo-se inclusive afirmar que o que os promove, não só ao longo dos anos antecedentes ao convívio universitário de sala de aula, mas também neste, é a disciplina, podendo ser o elemento posto como princípio de uma investigação sobre as relações de poder e a tentativa de empoderamento por meio dos discursos a partir da vontade de verdade, outrossim, de uma possível fuga do maniqueísmo: verdadeiro e falso, tão presente nas disciplinas e no discurso dogmático.

Referências

- BRASIL. Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. *Grade curricular da Faculdade de Direito – UFPEL*. Disponível em: <http://wp.ufpel.edu.br/direito/files/2011/05/GRADE-CURRICULAR-ANUAL-OFICIAL2011.pdf> Acesso em 23 abr. 2017.
- BRASIL. Universidade Federal do Rio Grande – FURG. *Grade curricular da Faculdade de Direito – FURG*. Disponível em: http://www.furg.br/bin/cursos/tela_ql_visual.php?cd_curso=052 Acesso em 23 abr. 2017.
- BRASIL. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. *Grade curricular da Faculdade de Direito – UFRGS*. Disponível: http://www.ufrgs.br/ufrgs/ensino/graduacao/cursos/exibeCurso?cod_curso=310 Acesso em 23 abr. 2017.
- CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. 2ª ed. Tradução de Ingrid M. Xavier. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.
- FOCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 20ª ed. Tradução de Laura F. de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- FOCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- FOCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

- FOCAULT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. Tradução de José T. C. Netto. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.
- FOCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 27ª reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2009.
- FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 29ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.
- FREUD, Sigmund. *Obras completas*. Vol. 14. Tradução de Paulo C. de Solza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução Maurício Liesen. Belo Horizonte/Veneza: Editora Ayiné, 2018.
- NIETZSCHE, Friedrich W. *Vontade de potência*. Tradução, prólogo [O homem que foi um campo de batalha] e notas por Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- RUSCHE, Georg; KICHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Tradução Gizlene Neder. 2ª ed. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004
- SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade de representação: livro III*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Versão para eBook: Edições Acrópolis, 2006.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio R. A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar. *Coleção Saberes Críticos*. Coordenação de Luiz F. Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, reimpressão 2002.

Recebido em 10 de junho de 2019.

Aprovado em 17 de outubro de 2019.

RESUMO: O presente trabalho procura responder a seguinte questão: a vontade de verdade nos discursos pode ser considerada como um princípio para a docilização dogmatizante no meio acadêmico, em específico os discursos nas relações aluno professor na graduação em direito? Para tal, buscou-se compreender o que Michel Foucault entende pelos conceitos de docilização e vontade de verdade, problematizando-os com o que aqui se compreende por um ambiente típico de sala de aula em uma graduação de direito. Constatou-se, com a leitura das obras “A Ordem do Discurso” e “Vigiar e Punir”, que a vontade de verdade influencia diretamente no processo dogmatizante que, por consequência, proporciona, conjuntamente com outras tecnologias disciplinares, a docilização. Observou-se, por outro lado, que a docilização é continuada na graduação, mas não iniciada, possivelmente tendo início nos primeiros anos de vida, na família e nas escolas. Porém, na graduação, a docilização favorece, em conjunto com a vontade de verdade, a dogmatização do discurso especializado (discurso jurídico), que repercute diretamente nas práticas discursivas e não-discursivas do sujeito. Portanto, conclui-se que não há, em sede de graduação, uma ordem lógica para a formação disciplinar dogmatizante do discurso jurídico. Trata-se de um ensaio com abordagem qualitativa, amparado em revisão de literatura em que se procura também destacar categorias de análise destes referenciais teóricos. Entende-se de suma relevância o tema por discutir as relações de poder em sala de aula, principalmente no tocante aos discursos e seu papel nessas relações.

Palavras-chave: vontade de verdade, corpos dóceis, Michel Foucault, discurso, relações de poder.

ABSTRACT: The present work seeks to answer the following question: can the truth will in speeches be considered as a principle for dogmatizing docilization in the academic environment, specifically the discourses in student teacher relations in the law graduation? To do this, we sought to understand what Michel Foucault understands by the concepts of docilization and will to truth, problematizing them with what is understood here by a typical classroom environment in a law degree. The reading of the works “The Order of Discourse” and “Watch and Punish” showed that the will of truth directly influences the dogmatizing process, which consequently provides docilization, along with other disciplinary technologies. On the other hand, it was observed that the docilization is continued at graduation, but not started and possibly starts in the first years of life, in the family and in the schools, but at graduation, docilization favors, together with the the will of truth, the dogmatization of specialized discourse - legal discourse, which directly affects the discursive and non-discursive practices of the subject. Therefore, it is concluded that there is no logical order for the dogmatizing disciplinary formation of the juridical discourse. It is an essay with a qualitative approach, supported by a literature review that also seeks to highlight categories of analysis of these theoretical references. The topic of discussing power relations in the classroom, especially with regard to discourses and their role in these relations.

Keywords: will of truth, docile bodies, Michel Foucault, speech, power relations.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: SANTOS, Herson Alex; NETO, Francisco Quintanilha Veras. A vontade de verdade nos discursos jurídicos como princípio da docilização dogmatizante na graduação em Direito. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1313>.

Da atuação da Defensoria Pública na judicialização da saúde: da necessidade de macrocontrole através da revisão judicial do gasto financeiro do ente político

The acting of the Public Defensory in the judicialization of the right to health: the macrocontrol need through the judicial review of the financial expenditure of the political entity

Leonardo Ferreira Mendes*

Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

1. Introdução

O presente estudo visa analisar as formas de atuação da Defensoria Pública na área da saúde e, em especial, no controle financeiro na área da saúde. Para tanto, foi descrita a atuação da Defensoria Pública nas ações individuais, tendo sido elencados os motivos das falhas da prestação dos serviços de saúde pelo Estado, os empecilhos à atuação da Defensoria Pública nas ações individuais, as principais teses do Estado para se desvencilhar de sua obrigação constitucional e qual vem sendo o entendimento jurisprudencial a respeito.

Em sequência, referiu-se à atuação da Defensoria Pública nas ações coletivas, bem como à decisão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, quando foi reafirmada a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ingressar com ações coletivas para tutelar interesses coletivos *stricto sensu*, interesses difusos e interesses individuais homogêneos. No mesmo tópico, foram mencionadas atuações da Defensoria Pública em ações coletivas na área da saúde.

*Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul desde 2016, atualmente titular da Defensoria Pública de Defesa da Saúde de Dourados-MS. E-mail: lelecolec@col@gmail.com. Orcid: 0000-0002-2396-3622

No tópico subsequente, foi analisada a possibilidade de atuação judicial da Defensoria Pública visando o controle orçamentário na área de saúde, notadamente no combate aos constantes contingenciamentos de valores destinados ao Sistema Único de Saúde. Referiu-se sobre os principais argumentos contrários à atuação e os fundamentos para superá-los.

A seguir, foram analisados dois casos de atuação da Defensoria Pública no controle de contingenciamentos do Sistema Único da Saúde, a saber, um caso envolvendo a Defensoria Pública do Tocantins e outro caso envolvendo a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Em conclusão, defendeu-se que embora não seja ideal a constante intervenção do Poder Judiciário nas políticas de saúde, tem-se que no caso brasileiro a constante malversação de recursos públicos justifica o controle de legalidade dos atos dos gestores públicos, em especial no contingenciamento financeiro da saúde que, como consequência, leva à paralisação e obsolescência do Sistema Único de Saúde.

2. Da atuação tradicional da Defensoria Pública nas ações de saúde: demandas em ação individual

O direito à saúde, para além de ser um direito humano, previsto no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹, art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais², dentre outros, também é um direito fundamental brasileiro, previsto no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil³.

O Sistema Único de Saúde brasileiro é um dos maiores sistemas de saúde pública universais do mundo⁴. Foi criado pela Constituição da Re-

1 Artigo 25.1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2 Artigo 12. 1. Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

3 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

4 ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2018, p. 4.

pública de 1988 e tem pretensões de ser universal e gratuito, conforme disposto nos artigos 196⁵ e 198, §1^{o6}, da Constituição.

Apesar do sistema ser, em certa medida, bem-sucedido, tem-se que apresenta uma série de gargalos de funcionamento. A depender do estu-
dioso do assunto, as causas desses gargalos são atribuídas às desarticula-
ções advindas do sistema federativo e do arranjo jurídico-institucional dele
proveniente⁷, escassez de recursos⁸, desorganização⁹, dentre outros.

Entretanto, a nosso ver, o grande empecilho da efetividade na presta-
ção dos serviços de saúde advém de sérios déficits de financiamento¹⁰ e
de problemas com desvios fraudulentos de recursos¹¹, o que gera carência
no fornecimento de medicamentos, serviços de saúde e de procedimentos
cirúrgicos. Sobre o subfinanciamento da saúde, obtempera o Defensor Pú-
blico Flávio Antonio de Oliveira:

Precisamente, o artigo 55 do ADCT originário continha previsão de um piso
mínimo de recursos a serem direcionados para o setor de saúde pública no
contexto do orçamento da seguridade social, sendo que tal norma estipulava
o percentual de 30% a ser vertido para a saúde sobre todo o orçamento da
seguridade social até que fosse aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias.
Todavia, esse percentual se transformou em mero programa de intenções
não tendo sido implementado, eis que o orçamento da saúde restou à mercê
do quantum fosse aprovado pela Lei de Diretrizes Orçamentárias. (PINTO,
2015, p. 101).

Sucedede que sempre é possível piorar, e esse é o atual panorama em que o
retrocesso social se instala oficialmente no Brasil através da Emenda Consti-
tucional n° 95, de 15/12/2016, que alterou o Ato das Disposições Constitu-

5 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

6 Art. 198. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional n° 29, de 2000)

7 BUCCI, 2017, pp. 706-714.

8 BUCCI, 2017, p. 1015.

9 BRITO, 2017, p. 3712.

10 BRITO, 2017, p. 3773.

11 PEREIRA, 2004, pp. 117-118.

cionais Transitórias para instituir um novo regime fiscal, o qual institui como percentual de investimento para as ações e serviços públicos de saúde para 20 (vinte) exercícios-financeiros futuros o equivalente às aplicações mínimas calculadas para o exercício de 2017, corrigidos pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou de outro índice que vier substituí-lo, vale dizer, 15% – no caso da União – da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. Em outras palavras, congelou-se o orçamento da saúde a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida da União. Este é o atual Orçamento Antissocial e Antidemocrático da Saúde! (...)¹².

Não é raro o Poder Público negar o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, ao argumento de que tal incumbência seria de outro ente político, de que o medicamento não faz parte das listas do Sistema Único de Saúde, ou mesmo de que o medicamento está em falta.

Tendo em vista que a Constituição impõe ao Estado a obrigação de fornecimento de referidos serviços e medicamentos, quando o Sistema de Saúde se recusa ao fornecimento é comum que os usuários do serviço ingressem com demandas judiciais para compelir o ente público a cumprir com sua obrigação constitucional.

No Brasil existe uma grande desigualdade social, sendo que a esmagadora maioria da população nacional é pobre, não possuindo condições para contratar advogados para ajuizamento de referidas demandas. E por se tratar de um direito humano e fundamental, o direito não pode ser renegado pelo fato de alguém ser pobre.

*El concepto de atención a la salud, reconocido en distintas maneras por constituciones, leyes y reglamentos, implica, además, que los ingresos de las personas, no deben constituir un elemento crítico para determinar quiénes reciben servicios de salud y en qué medida*¹³.

Diante disso, tais pessoas procuram a Defensoria Pública para ajuizamento das ações judiciais. A Defensoria Pública é outra construção da Constituição da República de 1988, incumbindo-lhe prestar orientação e

12 OLIVEIRA, 2019, p. 85.

13 PITTIER, 2013, pp. 57-60.

defesa jurídica dos necessitados, judicial ou extrajudicial, de forma integral e gratuita¹⁴. Tem como incumbência, conforme dicção de Tiago Fensterseifer, promover a proteção dos direitos fundamentais¹⁵, dentre os quais podem ser elencados os direitos à vida e à saúde.

As Defensorias Públicas estaduais, via de regra, contam com estrutura mínima de funcionamento e, a depender do Estado, possuem uma boa interiorização. Por tais motivos, a instituição é quem ingressa com uma grande parcela das ações judiciais na área da saúde no Brasil.

O ajuizamento de ações de saúde pela Defensoria Pública assume, tradicionalmente, dois mecanismos principais. O primeiro mecanismo é o das ações individuais de saúde. O segundo mecanismo é o das ações coletivas. O primeiro será discutido neste tópico, o segundo no tópico seguinte.

Pelo primeiro mecanismo há o ajuizamento de ações individuais, pleiteando o fornecimento dos medicamentos ou serviços específicos demandados pelo usuário da Defensoria Pública.

A Administração Pública emprega uma série de teses quando das defesas judiciais, podendo ser mencionadas o princípio da reserva do possível; a inexigibilidade do medicamento pelo fato de não constar das listas do SUS; a possibilidade de substituição dos medicamentos prescritos por medicamentos constantes das listagens; a responsabilidade de outro ente federado e conseqüente desequilíbrio federativo em caso de condenação do ente sem atribuição para o fornecimento do medicamento ou serviço¹⁶; judicialização da ação sem prévia observância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas¹⁷, dentre outros. O sucesso ou não das teses defensivas depende muito das provas carreadas pelas partes.

A tese invocando o princípio da reserva do possível raramente encontra abrigo no Poder Judiciário, notadamente nas ações mais corriqueiras, que englobam medicamentos e tratamentos de custo baixo e médio. Isso porque raramente o Poder Público se desincumbe da obrigação de compro-

14 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

15 FENSTERSEIFER, 2015, p. 35.

16 WANG et al., 2014, pp. 1191-1206.

17 WANG et al., 2014, pp. 1191-1206.

var o total esgotamento dos recursos existentes nos caixas do ente político. Outrossim, tratando-se os direitos à vida e à saúde de mínimos existenciais, tem-se que é temerário invocar a reserva do possível em grande parte das ações de saúde. A respeito, leciona Valdir Ferreira de Oliveira Junior:

Destarte, o argumento da *reserva do possível* em matéria de mínimo existencial é falacioso e viola o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, pois aceitar o argumento de carência de recursos financeiros ou qualquer dificuldade institucional para proteção da vida significa condenar o indivíduo à morte. Um país que possui recursos suficientes para pagar a sua dívida externa, que se estrutura como Estado Federal Cooperativo, deve garantir o mínimo existencial a toda e qualquer pessoa humana que transite em seu território (nacional ou estrangeiro) como forma de concretização do princípio da solidariedade.

Nenhum juiz, participante de uma ordem jurídica justa e racional, seria capaz de negar tutela e efetiva proteção ao mínimo existencial referente ao direito à vida, pois negar tal proteção resultaria em verdadeira *sentença de morte*¹⁸.

Quanto à tese de que inexistente obrigação do ente público caso o medicamento ou procedimento não esteja previsto nas listas do SUS, o argumento era superado pelo fato do direito à saúde ser direito fundamental, não podendo regramento infraconstitucional condicionar ou limitar sua eficácia. Entretanto, em 2018 o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1657156/RJ fixou parâmetros para fornecimento dos medicamentos nestas hipóteses, a saber:

[...] FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

[...]

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

18 OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 283.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. [...] Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

(REsp 1657156 RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018)

A tese de possibilidade de substituição do medicamento ou procedimento por outro constante das listas do SUS, outrossim, vai ter sucesso ou não a depender do que consta do laudo médico da prescrição do medicamento, principalmente quando explicita os motivos da impossibilidade de substituição do fármaco ou procedimento.

No que se refere à tese de a responsabilidade ser de outro ente federado e do conseqüente desequilíbrio federativo em caso de condenação do ente sem atribuição para o fornecimento do medicamento ou serviço, tem-se que existe disposição constitucional expressa, conforme se verifica dos arts. 23, II e 196, ambos da Constituição da República. De forma que, em nosso sentir, não se trata de construção jurisprudencial como tenta fazer crer parte da doutrina¹⁹, mas sim de mandamento constitucional positivo. O suposto desequilíbrio financeiro entre os entes políticos, por sua vez, encontra solução nas próprias regras ordinárias do direito, notadamente na possibilidade de ressarcimento pela via administrativa. De todo modo, não há como condicionar a aplicação de regra constitucional explícita e clara e que visa facilitar o acesso ao SUS por parte dos doentes à solução da forma de divisão de gastos entre os entes federados.

O argumento de que existe judicialização de ações sem prévia observância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas também cai por terra quando se verifica que na prática diária, o ingresso de ação judicial para obtenção de serviços de saúde, em especial por parte do assistido da

19 WANG et al., 2014, p. 1201.

Defensoria Pública, na verdade é um incômodo e, via de regra, o paciente apenas procura a instituição quando, após várias idas e vindas, o tratamento vindicado não lhe é fornecido. Seja por não ser orientado adequadamente pelos servidores do SUS, seja por haver simples negativa de fornecimento. Em qualquer caso, é praxe corrente das Defensorias Públicas, antes de ingressar com ação judicial, requisitar o serviço médico vindicado e apenas após a negativa ou a ausência de resposta ingressar com ação judicial.

Apesar de todos o exposto acima, tem-se que o modelo das ações individuais é o mais empregado pelas Defensorias Públicas e, embora seja necessário e indispensável à garantia de direitos individuais, é o que apresenta menor efetividade para uma real contribuição na solução dos gargalos da saúde pública no país.

3. Da atuação da Defensoria Pública nas ações coletivas de saúde

O segundo mecanismo é o das ações coletivas. Por esse mecanismo, são pleiteados medicamentos e serviços médicos específicos, mas para uma coletividade, determinada ou indeterminada.

Note-se que a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizamento de ações coletivas sempre encontrou muita resistência no mundo jurídico. Entretanto, o Poder Judiciário desde muito cedo, com base nas normas pertinentes, tem reconhecido que a Instituição não poderia ser afastada deste mecanismo de proteção de direitos, sob pena de uma legião de miseráveis ter negado o acesso à justiça. Nesse sentido, é o entendimento desposado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, na ementa abaixo:

APELAÇÃO Nº 00052994320148270000

EMENTA: APELAÇÃO AÇÃO CIVIL PÚBLICA LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA ACESSO DE PACIENTES E FAMILIARES ÀS INFORMAÇÕES MÉDICAS DETALHADAS E PRONTUÁRIOS MÉDICOS ART. 134 CF, LEI 7.347/85 E LEI ORGÂNICA DA DEFENSORIA PÚBLICA. Do disposto no artigo 134 da Constituição Federal e nas leis nº 7.347/85 (art. 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07) e Lei Orgânica da Defensoria Pública (artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a LC nº 132/09) conclui-se que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados/hipossuficientes, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo,

na forma da lei, de modo a garantir, primordialmente, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, temos também o direito à saúde, estabelecido como direito fundamental, inserido no art. 6º da CF e assegurado pelo art. 196, sendo responsabilidade do Estado garanti-lo. A alegação de que a presente ação pode alcançar também aqueles não necessitados é um contrassenso. A eventual procedência da demanda não pode afastar o efetivo benefício às pessoas realmente necessitadas pelo simples fato de também poder beneficiar aqueles que não se enquadram na definição de hipossuficientes. Ademais, é de conhecimento público que a grande maioria dos pacientes do SUS são pessoas necessitadas que carecem de assistência. Recurso provido para reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para atuar no pólo ativo da presente demanda. (AP 0005299-43.2014.827.0000, Rel. Des. EURÍPEDES LAMOUNIER, 3ª Turma da 1ª Câmara Cível, Julgado em 10/12/2014).

A doutrina, embora existente alguma divergência, também reconhece a legitimidade ativa da Defensoria Pública já há algum tempo:

A Lei n. 11.448/2007 alterou o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, passando a atribuir expressamente à Defensoria Pública legitimidade para propor ação civil pública. Com isso, afastou as dúvidas que havia a respeito. Antes da lei já havia forte corrente doutrinária sustentando que o rol legal não era taxativo, e que mesmo sem aludir à Defensoria, ela seria uma das legitimadas²⁰.

No capítulo mais recente desta discussão, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, entendeu pela legitimidade ampla da Defensoria Pública para ajuizamento de ações coletivas *lato sensu*.

Note-se que, no Brasil, o processo coletivo é normatizado por um microsistema, de forma que já existiam várias normas prevendo a legitimidade da Defensoria Pública, ainda que de forma indireta, podendo ser mencionado o art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor²¹. Entre-

20 GONÇALVES, 2012, p. 108.

21 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

tanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal tem grande importância, no sentido de dar segurança jurídica à temática.

Para a deflagração desse segundo mecanismo (ações coletivas de saúde) é necessário que a Defensoria Pública mantenha um controle mínimo estatístico das ações individuais ajuizadas, elencando o medicamento ou serviço médico pleiteado. Para, com a análise das ações de maior demanda e com bons resultados judiciais, ajuizar a ação coletiva pertinente.

Um bom exemplo da atuação coletiva na área da saúde é a Defensoria Pública do Estado do Tocantins, instituição que é uma das Defensorias Públicas de referência do Brasil na atuação coletiva na área da saúde. A instituição possui inúmeras ações coletivas pleiteando o fornecimento de medicamentos, manutenção de estoques mínimos²², tratamentos médicos²³ e mais recentemente, diante da pandemia da COVID-19, ingressou com ações inclusive para obrigar Municípios a adotarem medidas para o fechamento de comércio não essencial²⁴.

No Tocantins, de forma planejada pela atuação do Núcleo de Defesa da Saúde (atuação coletiva) e pela Central de Atendimento da Saúde (atuação individual), lançamos mão de uma atuação conjunta onde as demandas individuais repetitivas são coletivizadas através de procedimentos preparatórios de ação coletiva (propac) ou juntados como prova em ações civis públicas já em curso visando evitar a intervenção abrupta e desigual, já que, por vezes, os que conseguem as liminares podem “passar na frente” (furo de fila) ou pessoas na mesma situação serem tratadas de forma desigual e terem sentenças diferentes²⁵.

A atuação intensiva na área da saúde traz consigo uma série de críticas. São exemplos o argumento de que a atuação intensiva na área da saúde acaba por desregular o planejamento orçamentário do Estado e a substituir

(...)

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

(...)

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

22 TI NOTÍCIAS, 2019.

23 CONEXÃO TOCANTINS, 2020.

24 G1 TOCANTINS, 2020.

25 XIV CONADEP, 2019.

atos de gestão do Poder Executivo por decisões judiciais, significando clara situação de judicialização da política.

Os argumentos em referência tomam em conta uma suposta escassez de recursos públicos, que levaria o administrador a concretizar de maneira progressiva as obrigações da área da saúde. E com a intensa intervenção judicial, argumenta-se, tais planejamentos cairiam por terra, além de significarem indevida intromissão na opção do administrador público.

Na verdade, a expropriação judicial de bens públicos disponíveis para satisfazer reivindicações individuais é típica da jurisdição sobre conflitos de direito privado envolvendo as autoridades públicas e, no campo do direito público, é uma solução não só inadequada mas também imperfeita porque os recursos disponíveis são finitos e nem todas as reivindicações conseguem ser satisfeitas²⁶.

Os argumentos seduzem à primeira vista, havendo inclusive aqueles que entendem que na verdade os recursos nunca serão suficientes, ainda que eficientemente empregados, razão pela qual o Poder Judiciário não pode implementar políticas públicas inexistentes sob pena de violação ao princípio da equidade²⁷.

Entretanto, os grandes problemas da saúde pública no Brasil, segundo percepção de parcela da doutrina, à qual aderimos, são o subfinanciamento²⁸, a corrupção²⁹ endêmica e a má-gestão de recursos públicos³⁰. E foi por perceber tais elementos que algumas Defensorias Públicas passaram a atuar no controle judicial das finanças públicas, a fim de obrigar o Estado a realizar os aportes necessários à área da saúde, designadamente quando são realizados contingenciamentos de despesa sem razoabilidade técnica.

26 PERLINGEIRO, 2015, pp. 15-32. (Traduzido pelo autor).

27 FERRAZ; VIEIRA, 2009, pp. 231-232.

28 OLIVEIRA, 2019, p. 85.

29 WERNER, 2017, p. 4295.

30 BRITO, 2017, p. 3773.

4. Da atuação judicial da Defensoria Pública no macrocontrole financeiro do ente político

O Sistema Único de Saúde é tratado como um “sistema” pelo fato de englobar competências legislativas, organizacionais³¹ e financeiras³² de todos os entes federados existentes na configuração brasileira, a saber, União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Portanto, o SUS é financiado pela União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, depreendendo-se solidária a responsabilidade dos referidos entes no cumprimento dos serviços públicos de saúde, como previsto também no artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, ainda que haja hierarquia administrativa na divisão de responsabilidades³³.

Nos termos do disposto no art. 9º, da Lei 8080/90, a diretoria do SUS é exercida pelo Ministério da Saúde quanto à União, pelas Secretarias Estaduais de Saúde e pela Secretaria Distrital de Saúde nos Estados e no Distrito Federal e pela Secretarias Municipais de Saúde nos Municípios.

Outrossim, o art. 14-A, da Lei acima referida, regulamentado pela Portaria 2686/2011 do Ministério da Saúde, dispõe também sobre as comissões intergestores bi e tripartites, que têm competência decisória sobre aspectos administrativos e financeiros, sendo mais uma instância de controle estatal. Entretanto, todos os membros de referidas comissões advêm de in-

31 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

32 Art. 198 (...) § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

33 OLIVEIRA, 2019, p. 83.

dicação política (indicações do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde).

O controle financeiro do Estado, tradicionalmente, é realizado pelos mecanismos político-administrativos de controle. Estes, por sua vez, se dividem nos mecanismos de controle interno³⁴ (controladorias dos próprios entes controlados) e nos mecanismos de controle externo³⁵ (Poder Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas). As decisões de tais órgãos não possuem força de decisão judicial, mas sim político-administrativa.

Entretanto, mesmo com a atuação de referidas instâncias de controle, o fato é que a saúde pública do Brasil ainda está longe de atingir os graus de eficiência e universalidade de atendimento concebidos em nível constitucional.

Outrossim, a atuação em ações individuais e em ações civis públicas tradicionais, apesar de atenderem ao interesse imediato do hipossuficiente no acesso ao serviço de saúde específico, não se prestam a solucionar o problema de fundo gerador do gargalo da saúde pública brasileira.

Na realidade, a má-gestão e o desvio de recursos públicos continuam mesmo com o fornecimento dos serviços de saúde mediante ações judiciais. Isso porque, em contrapartida aos serviços prestados mediante tutela jurisdicional, outros serviços de saúde continuam ou passam a ser prestados de forma deficitária.

Isso tudo decorre da manipulação das finanças públicas pelos gestores públicos, muitas das vezes prestigiando interesses menos urgentes e até mesmo menos republicanos.

A própria legislação de direito financeiro, no Brasil, é extremamente confusa, esparsa e possui uma textura semântica indesejavelmente aberta. Sobre o assunto, Élica Graziane Pinto, Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, preleciona:

Ao nosso sentir, a insegurança jurídica e a ineficiência da Administração Pública não são problemas que se resolvem automaticamente com a criação de critérios de interpretação das normas, especialmente quando referidos parâmetros interpretativos, pela sua textura aberta, trazem grande potencial para

34 RAMOS FILHO, 2012, p. 393.

35 RAMOS FILHO, 2012, pp. 393-397.

promover o efeito inverso do desejado: a majoração dos riscos de apropriação privada do interesse público, a pretexto de mitigar os custos decisórios do ciclo da política pública³⁶.

Infelizmente, o Direito Financeiro é matéria relegada a segundo plano no Brasil. São raríssimas as Faculdades de Direito que possuem a matéria em sua grade. A disciplina, via de regra, é cobrada apenas em concursos federais e concursos para tribunais de contas. De forma que os concursos para o Judiciário estadual, Ministério Público estadual e Defensoria Pública estadual, os quais lidam com a esmagadora maioria das ações judiciais do Brasil, em especial as que envolvem Estados e Municípios, não contemplam Direito Financeiro em seus editais. Sobre o assunto:

Este artigo aponta como os 50 anos da Lei n. 4.320/1964 representaram, do ponto de vista do mundo jurídico, o “esquecimento” do Direito Financeiro, no Brasil, e o afastamento da comunidade jurídica dos debates orçamentários. Pretende-se demonstrar a maneira como o discurso jurídico, no correr das últimas décadas, deixou de lado temas de Direito Financeiro, relegando-os ao plano da política e da economia³⁷.

Percorrendo o caminho inverso do que vem ocorrendo no país e percebendo que a atuação judicial tradicional não estava solucionando os gargalos na área da saúde, mas ao contrário, por vezes até mesmo os aprofundando, algumas Defensorias Públicas passaram a perscrutar as normas de direito financeiro dos entes públicos.

Nesse momento, foram encontradas várias técnicas de criação artificial de escassez de recurso, com conseqüente subfinanciamento e realocação de recursos da saúde para outras áreas. Conforme narra o Defensor Público Arthur Luiz Pádua Marques:

Neste mesmo caminho, tivemos uma atuação coletiva conjunta com o Ministério Público no orçamento onde há anos, o governo do estado do Tocantins vem promovendo cortes dos recursos do SUS através de contingenciamentos orçamentários lineares e em seguida cancelando despesas já previstas sendo

36 PINTO, 2018, p. 9.

37 CORREIA NETO, 2019, pp. 184-191.

que, no orçamento do ano de 2017, foram cancelados mais de 116 milhões recursos que serviriam ao SUS. Friso: “despesas já programadas”. Neste modelo de atuação, os pleitos da defensoria e do Ministério Público e a decisão judicial, terminam por realizar um controle do orçamento, gerando um impacto decisivo na implementação dos direitos fundamentais da massa hipossuficiente que depende de políticas de saúde que atendam o máximo humano possível. Esse modelo de atuação também impede a ilegalidade e a inconstitucionalidade praticada pelo gestor quando decreta o corte ou cancelamento de recursos do SUS e realoca em outras pastas de somenos importância, muitas vezes em gastos desnecessários se pesarmos o princípio constitucional da “ponderação dos valores”³⁸.

O grande empecilho da atuação judicial na área do Direito Financeiro, em especial no que atine ao controle judicial de contingenciamento de gastos e remanejamento de recursos, se refere à possível invasão do Poder Judiciário em temas típicos de gestão, albergados pela discricionariedade administrativa.

Entretanto, como bem obtempera Jeff A. King, embora seja necessária alguma deferência às escolhas discricionárias dos administradores, tais escolhas não são imunes à análise judicial, ainda que se trate de decisões que impactem na alocação de recursos públicos, notadamente quando estejam em causa direitos humanos³⁹.

Aliás, conforme lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, na verdade não existe ato administrativo discricionário, uma vez que se deve sempre buscar a finalidade normativa. De acordo com o autor:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente⁴⁰.

38 XIV CONADEP, 2019.

39 KING, 2007, pp. 197-224.

40 MELLO, 2006, p. 48.

E nesse ponto, até mesmo as normas de direito financeiro não podem ser imunes ao controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário, especialmente em decorrência dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Apesar de ser uma nova técnica de atuação por parte das Defensorias Públicas, já há exemplos de ajuizamento de ações neste sentido pelo Brasil.

5. Casos de atuação judicial da Defensoria Pública no macrocontrole financeiro do ente político

O caso relatado no tópico antecedente⁴¹ se trata de uma ação civil pública ajuizada conjuntamente pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins e pelo Ministério Público do Estado do Tocantins. A ação foi autuada sob n. 0014807-32.2018.8.27.2729 e tramita no Juízo da Vara de Execuções Fiscais e Saúde de Palmas⁴².

Na petição inicial os autores narram toda a situação de caos na saúde pública do Estado do Tocantins, mencionando as ações civis públicas temáticas ajuizadas, bem como ações individuais pleiteando leitos de UTI. Em sequência, os autores descrevem os contingenciamentos ocorridos, nos seguintes termos:

Pois bem, como se não bastasse o fato dos recursos repassados para a concretização da saúde pública ser inferior à efetiva necessidade da população, sobretudo, no tocante a falta de investimentos, o Estado do Tocantins, no ano de 2017, realizou 04 (quatro) contingenciamentos, por meio dos Decretos: **5.612**, de 30 de março de 2017; **5.644**, de 30 de maio de 2017; **5.683**, de 31 de julho de 2017; e **5.743**, de 30 de novembro de 2017.

Os contingenciamentos supramencionados significaram a redução de R\$ 103.221.159,00 (cento e três milhões e duzentos e vinte e um mil e cento e cinquenta e nove reais) da saúde pública, APENAS EM 2017, fato que agravou o quadro que já era caótico no Estado, conforme anteriormente mencionado. Ressalte-se que, tal diminuição (sobre recurso já insuficiente) caracteriza violação do princípio constitucional da vedação do retrocesso social, com a relegação dos usuários do SUS ao sofrimento inexorável.

41 XIV CONADEP, 2019.

42 TOCANTINS, 2018.

Friso, por oportuno, que em outras áreas de menor importância, sob o ponto de vista da relevância pública e dos princípios constitucionais - dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, a comunicação social, houve suplementação de recursos, ao invés de contingenciamento, sendo tal fato inadmissível, pois tem-se convivido diuturnamente com óbitos evitáveis nos hospitais públicos; pessoas há 4 (quatro) anos, ou mais, na fila para operar câncer; falta de leitos de UTI para atender a demanda, e o Estado sempre alegando falta de recursos para implementação das políticas públicas de saúde e, a contrário senso, o governo retira da saúde para suplementar o orçamento da SECOM, para gastar nos diversos subseguimentos da comunicação social, muitas vezes com mídias caríssimas, desnecessárias, e quase sempre com finalidade eleitoreira. Recentemente, o governo realizou novo contingenciamento, por meio do **Decreto 5.794, de 28 de março de 2018**, subtraindo da área da saúde, com este único Ato, a soma de **R\$ 5.953.998,00 (cinco milhões e novecentos e cinquenta e três mil e novecentos e noventa e oito reais)**.

Ora, Excelência, o valor contingenciado em apenas um ato já no corrente ano é de quase **SEIS MILHÕES DE REAIS**, fato que sem sombra de dúvidas irá impactar a vida dos cidadãos, titulares do direito fundamental à saúde, e é exatamente o mesmo valor suplementado na comunicação social.

Ao que parece, o Chefe do Executivo estadual não apresenta qualquer sensibilidade ou noção do impacto da retirada de recursos da área da saúde, simplesmente visualiza o orçamento global e sai operando cortes sem observância de prioridades, violando a Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Na ação, foi pleiteada antecipação de tutela, nos termos que seguem:

1. Do exposto requerem, inaudita altera parte e com fulcro nos arts. 12 e 21 da Lei nº 7.347/85 c.c. art. 84, §3º, da Lei nº 8.078/90 e arts. 297 e 300 do CPC, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, para determinar que o Estado do Tocantins, na pessoa de seu Governador e Secretário da Fazenda, independente de quem seja a pessoa, mas aquele que esteja investido nas respectivas funções:

a) em sede de tutela inibitória do ilícito, a fim de evitar o descumprimento da LRF, o sucateamento do SUS e prejuízos aos usuários, sobretudo aos mais carentes que não tem para onde ir, requer seja determinado as autoridades acima elencadas, que se abstenham de publicar decretos genéricos como os

decretos: (DECRETO Nº 5.612, DE 30 DE MARÇO DE 2017, DECRETO Nº 5.640, DE 22 DE MAIO DE 2017, DECRETO Nº 5.683, DE 31 DE JULHO DE 2017 e DECRETO Nº 5.743, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2017) de contingenciamento do orçamento destinado a saúde pública, sem justificar as necessidades de cada política pública e sem observar o art. 9, §2 da LRF;

b) em sede controle de legalidade e de tutela de obrigação de fazer, requer a este juízo suspensão da validade do decreto Nº 5.794 de 28 de março de 2018 por estar violando o art. 9, §2 da LRF e o artigo 77, II da Constituição Federal, determinando as autoridades acima elencadas, que por ato próprio, no prazo de 30 dias, devolvam ao orçamento do Sistema Único de Saúde o valor de 5.953.998,00 milhões de reais contingenciados no ano de 2018 através do decreto nº 5.794, de 28 de março de 2018;

c) ato contínuo que se determine as autoridades acima elencadas que apresentem em juízo, no prazo de 60 dias, um planejamento orçamentário e financeiro de devolução ao orçamento da Saúde Pública, no valor de 103.221.159,00 milhões contingenciados em 2017, observado o art. 28 da lei de diretrizes orçamentárias, lei nº 3.175 de 28 de dezembro de 2016 contingenciados através dos decretos: 5.612, 5.640, 5.683, 5.743 de 2017, a fim de que se mantenham a execução dos serviços de saúde a população tocaninense;

d) em caso de acolhimento, a intimação pessoal do Governador e do Secretário Estadual de Fazenda para que cumpra a decisão liminar imediatamente;

Em que pese ter sido concedida a antecipação de tutela, nos termos do pedido inicial, pelo Juízo de primeira instância, a decisão foi reformada em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Tocantins, ao fundamento de que a antecipação de tutela esgotaria o objeto da lide. Atualmente, o processo está em fase de especificação de provas.

No Rio de Janeiro houve experiência semelhante, mas cujo transcurso processual tomou rumos diametralmente opostos. Conforme noticiado pelo site Consultor Jurídico, em três anos o Município do Rio de Janeiro deixou de investir um bilhão e meio de reais na área da saúde⁴³. Isso motivou a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a ingressarem com ação civil pública no ano de 2019. A ação tramita na 7ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro e

43 DEFENSORIA E MP PEDEM QUE RIO EVITE PARALISAÇÃO DE SERVIÇOS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2019.

foi autuada sob n. 0327400-44.2019.8.19.0001. Foram feitos uma série de pedidos em sede de antecipação de tutela, dentre os quais:

- fossem repassados 284 milhões de reais em 24h (vinte e quatro horas) ao fundo municipal de saúde, mediante remanejamento de valores orçamentários, a fim de evitar a paralisação da rede municipal de saúde, bem como fossem autorizados até 31/12/2019 os empenhos, liquidações e pagamentos necessários ao funcionamento ininterrupto da rede municipal de saúde;
- fossem condicionados novos bloqueios, contingenciamentos, cancelamentos, restrições ou limitações ao poder de gastos ou repasses de recursos aos serviços de saúde à comunicação por meios oficiais dos motivos para tanto, com 30 (trinta) dias de antecedência e em linguagem clara e acessível. As informações deveriam contemplar as razões que tornaram a medida imprescindível, quais os serviços concretamente afetados, que as restrições não afetarão os serviços já implementados e demonstrações de que os ganhos sociais com a restrição irão superar as perdas, dentre outros⁴⁴.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo Juiz de primeira instância, ao argumento de que não haveria provas do contingenciamento descrito. Diante da decisão, foi interposto recurso de Agravo de Instrumento e em decisão antecipatória de tutela recursal, foram deferidos parte dos pedidos, dentre os quais:

- (d) antes de implementar qualquer decisão no sentido do bloqueio, contingenciamento, cancelamento ou qualquer outra forma de restrição ou limitação ao poder de gasto ou repasse de recursos pelos órgãos municipais relativos a ações e serviços públicos de saúde (ASPS) ou a qualquer ação ou programa previstos no Plano de Saúde, na Programação Anual de Saúde ou na Lei Orçamentária Anual como referente à Função de Governo Saúde, se decline, mediante publicação nos meios oficiais de comunicação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, em linguagem clara, didática e objetiva, passível de compreensão pelo cidadão comum, as suas motivações para tanto, explicitando, no mínimo:
 - (d.1.) as razões que tornam a decisão proposta imprescindível, incluindo a comprovação efetiva dos fatores concretos que conduziram à frustração de

44 DPJERJ; MP-RJ, 2019.

receitas e o risco de afetação das metas de resultado nominal e primário e, conforme o caso, a justificativa para o erro de previsão de receita ou despesa feita para os meses remanescentes do exercício financeiro;

(d.2.) os valores nominais e percentuais de dotações de cada Função de Governo e unidade orçamentária correspondendo às alterações de poder de gasto – para mais ou menos – por força da decisão proposta;

(d.3.) a informação se as alterações de poder de gasto (para mais ou para menos) atingiram de forma uniforme todas as demais Secretarias assim como todas as subfunções, programas e ações da função Saúde;

d.4.) o detalhamento e quantificação de ações e seus programas de trabalho que deixariam de ser implementados por força da decisão proposta;

(d.5.) os impactos negativos esperados a partir dos efeitos da mudança da programação detalhada nos itens acima;

(d.6.) ao menos 3 (três) alternativas de restrições de menor magnitude quanto ao poder de gasto afetado para as ações e programas previstos no Plano de Saúde, na Programação Anual de Saúde ou na Lei Orçamentária Anual como referente à Função de Governo Saúde;

(d.7.) a justificativa sobre como o saldo de bem-estar social esperado a partir da decisão proposta é maior do que as alternativas relacionadas no item acima, levando em conta a equidade na distribuição dos efeitos da decisão;

(d.8.) quais os dados e sua análise que embasam as estimativas e justificativas previstas nos dois itens anteriores;

(d.9.) quais os indicadores e como será o seu monitoramento, que permitam o fiel e tempestivo acompanhamento dos efeitos e impactos produzidos a partir da decisão proposta, para averiguar se e enquanto são compatíveis com as estimativas e justificativas relacionadas nos itens d.5 e d.6;

(d.10) a declaração de que a decisão não importará em nova redução dos serviços de saúde já ofertados à população nem impactará sua fiel execução;

Como se verifica, em sede de antecipação de tutela houve parcial sucesso da ação, ao menos no sentido de garantir o princípio da publicidade, com exposição clara e minuciosa dos motivos do contingenciamento, dos ganhos esperados e no sentido de impedir retrocesso na prestação dos serviços de saúde. Entretanto, ambas as ações ainda se encontram em trâmite.

6. Conclusão

O Sistema Único de Saúde se demonstra cada dia mais imprescindível na garantia do acesso à saúde para a maior parte da população brasileira. A péssima distribuição de renda impossibilita aos mais pobres o acesso aos serviços privados de saúde. Em nossa atual quadra de desenvolvimento econômico-social, é impensável a inexistência do SUS, até mesmo porque, infelizmente, a doença é um acompanhante indissociável da pobreza.

O motivo da pobreza ainda não ter sido erradicada no país é o mesmo motivo pelo qual o sistema de saúde pública ainda enfrenta graves problemas no fornecimento de seus serviços e de medicamentos: a má-gestão⁴⁵, a corrupção⁴⁶ e o subfinanciamento⁴⁷.

A intervenção do Poder Judiciário na área da saúde, em um estado de coisas minimamente adequado, deveria ser na menor medida possível. Não é saudável que a administração pública seja “tocada a decisões judiciais”.

Entretanto, estamos longe do estado de coisas adequado no Brasil e o dinheiro público ainda é encarado como “dinheiro de ninguém” ao invés de ser tido como “patrimônio de todos”. No Brasil ainda não temos introjetado na população o espírito republicano. Isso encoraja a má-gestão e a apropriação por particulares dos recursos públicos. E os alvos preferidos do mau gestor são a educação e a saúde.

Tais mazelas restaram ainda mais evidentes na atual quadra histórica. À época de elaboração deste trabalho (maio e junho de 2020), o Brasil enfrenta uma progressão geométrica dos casos de COVID-19. E ainda assim, todos os dias são noticiados casos de desvio de dinheiro público, superfaturamento de medicamentos e de equipamentos visando o combate à pandemia.

Foram necessárias uma série de ações judiciais, movidas pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público, visando a imposição de medidas de distanciamento social, com o fechamento de comércio não-essencial, bem como para garantir o funcionamento mínimo dos serviços de saúde necessários ao enfrentamento da pandemia. Ou seja, mesmo sendo um problema de saúde que conta com poucos meses, os mecanismos de corrupção e

45 BRITO, 2017, p. 3773.

46 WERNER, 2017, p. 4295.

47 OLIVEIRA, 2019, p. 85.

desperdício estão tão enraizados no sistema administrativo brasileiro que já buscam obter vantagens com a nova pandemia.

A judicialização da saúde vem sendo tema de debates doutrinários e jurisprudenciais há um longo tempo. Cada vez mais esse ramo do direito vem incrementando complexidade em suas discussões e, atualmente, vivemos uma tendência de restrição deste direito perante o Judiciário brasileiro. E o principal argumento que vem ganhando espaço no Judiciário é o do desequilíbrio das contas públicas em decorrência da atuação judicial em casos individuais.

Tal realidade, entretanto, não pode servir de fator desencorajador aos operadores do direito e, em específico, às Defensorias Públicas. Ao contrário, a tendência atual demonstra mais do que nunca que a Defensoria Pública deve incrementar seu olhar de atuação, a fim de englobar além das ações individuais, as coletivas de saúde e as de controle orçamentário. Devem ser adotadas técnicas de judicialização que permitam fiscalizar as decisões financeiras dos administradores e combater os desvios ilegais e inconstitucionais.

Esse mecanismo de atuação se mostra mais eficaz do que os outros dois tradicionais, até mesmo porque a garantia de que os recursos sejam empregados de forma correta acaba por reduzir a necessidade de demandas individuais e coletivas-prestacionais. O que geraria os benefícios de garantir uma melhor gestão dos recursos públicos e o desafogamento das demandas de saúde que ingressam no Poder Judiciário.

Note-se que ao se defender que o controle financeiro da administração pública é mecanismo mais eficaz, **não se está a defender a substituição e o abandono do mecanismo** de ações individuais e de ações coletivas tradicional. Trata-se, na verdade, de mecanismo complementar.

A Defensoria Pública, que é a instituição que está em contato direto com a população hipossuficiente e que, conseqüentemente, é a parcela da população diretamente afetada pelas disfunções da saúde pública brasileira, possui papel importante e destacado nesta modalidade de atuação de controle judicial.

A legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública – garantida pelo microsistema de direito coletivo e reforçada pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal –, a presença capilarizada pelo Brasil, o fato de se tratar de uma Instituição do Estado e de atuar em contato direto com a população são fatores favoráveis à atuação da Defensoria Pública nesta modalidade de demanda.

Entretanto, para isso as Defensorias Públicas devem se preparar adequadamente para tal desiderato. A adoção de protocolos unificados de atuação, ao menos em nível estadual, e a exigência de cuidados instrutórios mínimos, a exemplo da instauração de procedimento administrativo preparatório, são indispensáveis para a obtenção de resultados minimamente favoráveis.

Note-se que a atuação coletiva em si já traz grandes desafios, vez que a intervenção do Poder Judiciário traz consequências financeiras sistêmicas. A atuação no controle financeiro trará desafios ainda maiores, notadamente pelo fato de que se trata de uma intervenção ainda mais aguda nas opções do administrador.

Referências

- BRITO, Patricia Ribeiro de. Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública da saúde. In: DUARTE, Clarice Seixas; BUCCI, Maria Paula Dallari (coord). *Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: DUARTE, Clarice Seixas; BUCCI, Maria Paula Dallari (coord). *Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico.
- CONEXÃO TOCANTINS. Ação civil pública da Defensoria requer regularização de centro de recuperação na Capital. *Conexão Tocantins*, Palmas, 04 de mar. de 2020. Disponível em: <https://conexaoto.com.br/2020/03/04/acao-civil-publica-da-defensoria-requer-regularizacao-de-centro-de-recuperacao-na-capital>. Acesso em: 25/06/2020.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. Os 50 anos da Lei Geral de Orçamentos (Lei n. 4.320/64): o esquecimento da lei orçamentária e do Direito Financeiro no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*. v. 12, n. 1 (2019). pp. 184-191. <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v12n1p184-191>.
- DEFENSORIA e MP pedem que Rio evite paralisação de serviços municipais de saúde. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de dezembro de 2019.

- Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-11/defensoria-mp-pedem-rio-evite-paralisacao-saude>>. Acesso em: 25/06/2020.
- DPERJ; MP-RJ. *Ação Civil Pública*. 10 de dez. de 2019. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/acp_2019_municipio_do_rio_vf_101219__assinado_dp_e_mp.pdf. Acesso em: 25/06/2020.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Revista de Ciências Sociais*, vol. 52, n. 1, pp. 223-251, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/250027366_Direito_a_saude_recursos_escassos_e_equidade_os_riscos_da_interpretacao_judicial_dominante. Acesso em: 07/06/2021.
- G1 TOCANTINS. Justiça suspende decreto municipal que permitiu reabertura do comércio em Araguaína. *G1*, 02 de abr. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2020/04/02/justica-suspende-decreto-municipal-que-permitiu-reabertura-do-comercio-em-araguaina.ghtml>. Acesso em: 25/06/2020.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.
- KING, Jeff A. The justiciability of resource allocation. *Modern law review*. vol. 70, issue 2, 2007. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2007.00634.x>
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- OLIVEIRA, Flávio Antonio de. *O papel da Defensoria Pública na implementação do direito fundamental à saúde: aspectos sobre o controle da inércia do administrador e a caracterização de ato de improbidade administrativa*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.
- OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado constitucional solidarista: estratégias para sua efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Tratado de Direito Constitucional*. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro Eletrônico.

- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Relatório 30 anos de SUS. Que SUS para 2030?* Brasília: [S.n.], 2018. Disponível em: <https://aps-redes.org/wp-content/uploads/2018/10/Serie-30-anos-001-SINTESE.pdf>. Acesso em: 25/06/2020.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Direito Sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PERLINGEIRO, Ricardo. Procedural and substantive judicial review of the right to health in Brazil. *BRICS Law Journal*. Tyumen. v. 2, n. 1 (2015). pp. 15-32. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2481539>.
- PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JUNIOR, Jesé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- PITTIER, Lautaro Ezequiel. Derecho a la salud en el derecho interno y la acción de amparo en el derecho constitucional argentino. *Pensamiento Jurídico*. Bogotá. n. 37 (2013). pp. 57-60. Disponível em: <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/73917/41190-186534-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25/06/2020.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico.
- T1 NOTÍCIAS. Justiça determina regulação de medicamentos na Saúde de Palmas; Semus responde. *T1 Notícias*, Palmas, 31 de out. de 2019. Disponível em: <https://www.t1noticias.com.br/cidades/justica-determina-regulacao-de-medicamentos-na-saude-de-palmas-semus-responde/106922/>. Acesso em: 25/06/2020.
- TOCANTINS. Vara de Execuções Fiscais e Saúde de Palmas. *Ação Civil Pública nº 0014807-32.2018.8.27.2729*. Autores: Defensoria Pública do Tocantins e Ministério Público do Tocantins. Réu: Estado do Tocantins. Palmas, 03 de mai. de 2018.
- WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*. vol. 48, n. 5, pp. 1191-1206, set. 2014 <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>.
- WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Políticas públicas e o Direito Fundamental à saúde: a experiência das jornadas de direito da saúde do Conselho

Nacional de Justiça. In: DUARTE, Clarice Seixas; BUCCI, Maria Paula Dallari (coord). *Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico.

- XIV CONADEP. “*Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Atuação individual e coletiva estratégica. Proteção das políticas públicas de saúde, inibição do dano ao erário/economia aos cofres públicos, e a luta contra as desumanidades da saúde*”. Rio de Janeiro: CONADEP, 2019. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/42565/ATUA__O_INDIVIDUAL_E_COLETIVA_EXTRAT_GICA._PROTE__O_DAS_POLITICAS_PUBLICAS_DE_SAUDE__INIBI__O_DO_DANO_AO_ER_RIO__ECONOMIA_AOS_COFRES_PUBLICOS__E_A_LUTA_CONTRA_AS_DESUMANIDADES_NA_SA_DE..pdf. Acesso em: 25/06/2020.

Recebido em 13 de outubro de 2020.

Aprovado em 03 de maio de 2021.

RESUMO: Este artigo tem por escopo abordar a atuação da Defensoria Pública na judicialização da saúde, com enfoque na atuação da instituição no controle orçamentário do ente público. Para tanto foi analisada a atuação da Defensoria Pública nas ações individuais e coletivas, foi abordada a possibilidade de atuação da Defensoria Pública no controle de contingenciamentos na orçamentários na área da saúde e, em sequência, foram analisadas duas ações civis públicas que visam referido controle. Por fim, concluiu-se pela necessidade de referida modalidade de controle pela Defensoria Pública no Brasil, notadamente porque é a instituição do sistema de justiça que tem maior contato com a parcela da população usuária do SUS e porque referido controle gera uma maior equidade quando da distribuição de recursos públicos na área de saúde.

Palavras-chave: Defensoria Pública, saúde pública, controle financeiro.

ABSTRACT: This article intends to discuss the Public Defender's office role in legal claims involving public health, focusing in the public budgetary control. To reach this, the article analyzed the Public Defender work in individual lawsuit and in collective actions, discussing the possibility of the Public Defender to file a lawsuit to control budget contingency of public health and, in sequence, analyzed two collective actions that intend to promote this control. Finally, it has been concluded that this kind of control by Brazilian Public Defender's office is necessary, mainly because it's the institution of justice system that has the major contact with the parcel of population that uses the public health system and because this kind of control grants major equity in the distribution of public health resources.

Keywords: Public Defender's office, public health, public finances control.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MENDES, Leonardo Ferreira. Da atuação da Defensoria Pública na judicialização da saúde: da necessidade de macrocontrole através da revisão judicial do gasto financeiro do ente político. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1638>.

A mobilização jurídico-política do Movimento Antimanicomial no Brasil¹

The legal-political mobilization of the anti-asylum movement in Brazil

Ludmila Cerqueira Correia*
Universidade Federal da Paraíba

1. Introdução

O Movimento Nacional da Luta Antimanicomial (MNLA) nasceu em dezembro de 1987, após a I Conferência Nacional de Saúde Mental (junho/1987), no II Congresso Nacional dos Trabalhadores em Saúde Mental, realizado em Bauru – SP, com o lema “Por uma sociedade sem manicômios”, que exigia que os hospitais psiquiátricos fossem substituídos por outras formas de tratamento, capazes de garantir a dignidade e a liberdade das pessoas com transtorno mental, com base nos seus direitos². Com o Manifesto de Bauru, documento da fundação do MNLA, este é identificado enquanto movimento social, como veio a se confirmar no I Encontro Nacional da Luta Antimanicomial realizado em Salvador – BA, no ano de 1993.

1 Este artigo traz reflexões desenvolvidas na minha tese de doutorado (UnB, 2018), a partir de pesquisa realizada com financiamento da CAPES, através do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE).

*Professora adjunta no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), onde coordena o Grupo de Pesquisa e Extensão Loucura e Cidadania. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (2018). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (2007). Integra o Grupo de Pesquisa O Direito Achado na Rua (UnB), a Rede de Estudos Empíricos em Direito e o Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). E-mail: ludmila.correia@academico.ufpb.br. Orcid: 0000-0001-5721-4032.

2 AMARANTE, 1997; 1998.

Embora se reconheça, atualmente, a existência de vários grupos oriundos do MNLA, sobretudo após as divergências e embates no início dos anos 2000, não é objetivo deste artigo discutir as cisões e as novas correntes e organizações surgidas nesse percurso histórico – MNLA, RENILA – Rede Nacional Internúcleos da Luta Antimanicomial, associações de usuários e familiares etc. No bojo dessa discussão está a discordância radical entre grupos diversos no que diz respeito à autonomização e à institucionalização do Movimento³.

Porém, não posso deixar de fazer esse registro, uma vez que faz parte da caracterização de um movimento social com tamanha amplitude e inserção na luta por políticas públicas de saúde inclusivas, e, sobretudo, com a participação de atores diversos, com destaque para as pessoas com deficiência psicossocial⁴. Sendo assim, neste artigo adotarei a denominação Movimento Antimanicomial (MA) para me referir ao conjunto de grupos, organizações, núcleos, frentes e coletivos da sociedade civil que têm lutado por uma Reforma Psiquiátrica antimanicomial no Brasil, ou seja, que reivindicam políticas públicas de saúde mental garantidoras de direitos e baseadas num modelo comunitário e territorial.

Ao enfatizar que as ações e lutas do MA estão direcionadas e impactando as diferentes dimensões da vida social, Luchmann e Rodrigues⁵ o reafirmam como um importante movimento social na sociedade brasileira, uma vez que se organiza e se articula para transformar as condições, relações e representações sobre a loucura na sociedade. Dessa forma, o MA passou a contribuir para a reconstrução da relação da sociedade com a louca e a loucura, visando a superação do estigma e da desqualificação das pessoas com deficiência psicossocial. Mais adiante, o Movimento iniciou a discussão sobre a necessidade de uma Reforma Psiquiátrica no país, na perspectiva da garantia dos direitos humanos desse grupo subalternizado⁶.

3 VASCONCELOS, 2012.

4 Tal nomenclatura é adotada neste artigo de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), assimilada pelo Brasil em 2009 com *status* constitucional, pelo Decreto Federal n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 e por documentos da Organização Mundial de Saúde (OMS, 2013). Entretanto, cabe registrar que na legislação brasileira de saúde mental, sobretudo nas normativas aqui mencionadas, consta “pessoas com transtornos mentais”. Nas ocasiões em que a referência for direta, será mantida a denominação original.

5 2007.

6 CORREIA, 2006.

Este artigo objetiva analisar a mobilização jurídico-política da Luta Antimanicomial no Brasil dialogando com a questão proposta por Santos⁷ no texto “Poderá ser o direito emancipatório?” (revisitada pelo mesmo autor⁸), quando, juntamente com Orlando Andrade, afirma “o potencial emancipador que o direito pode ter nos diferentes campos, escalas e contextos sociais, nos quais se apresenta como um recurso de resistência ou de luta para as coletividades que lutam pela transformação social”⁹.

Para tanto, realizo uma revisão teórica, tomando como referencial os pressupostos teórico-práticos de O Direito Achado na Rua, com a concepção de Direito de Roberto Lyra Filho e de José Geraldo de Sousa Junior, além dos conceitos do cosmopolitismo subalterno e da globalização contra-hegemônica, a partir das elaborações teóricas de Boaventura de Sousa Santos. Ademais, procedo a uma análise documental para abordar as principais estratégias político-jurídicas utilizadas pelo MA para implementação dos direitos das pessoas com deficiência psicossocial, como os relatórios das Conferências Nacionais de Saúde Mental, documentos legislativos, um livro, um filme, o relatório da I Caravana Nacional de Direitos Humanos, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Damião Ximenes Lopes versus Brasil* e a Carta do Encontro de Bauru – 30 anos.

Partirei da análise da mobilização política e jurídica realizada pelos atores na luta pelos direitos das pessoas com deficiência psicossocial no Brasil, em especial, daquela exercida pelo Movimento Antimanicomial e pelas associações de usuárias e familiares no âmbito da saúde mental. A escolha desses atores se justifica pelo fato de se identificarem com as práticas dos grupos compreendidos por Santos¹⁰ no campo do cosmopolitismo subalterno ou da globalização contra-hegemônica. Em seguida, analisarei as

7 2003.

8 Esta questão foi apresentada e debatida na palestra intitulada “Pode o Direito ser emancipatório? – Revisitado”, proferida por Boaventura de Sousa Santos na mesa de abertura do 1º Encontro da Seção “Sociologia do Direito e da Justiça” da Associação Portuguesa de Sociologia, no dia 08 de janeiro de 2016, na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, na qual estive presente por ocasião das atividades do meu estágio doutoral realizado naquela universidade, no Centro de Estudos Sociais. Tal debate faz alusão ao artigo intitulado “Revisitando ‘Poderá o direito ser emancipatório?’”, publicado em 2015 na Revista Direito e Práxis (ANDRADE; SANTOS, 2015).

9 ANDRADE; SANTOS, 2015, p. 5.

10 2003, 2011.

táticas promovidas por esses atores pelo reconhecimento e efetivação dos direitos desse grupo subalternizado no âmbito do Legislativo e do Executivo (legislação e políticas públicas), a partir do estudo das disputas político-jurídicas em suas demandas pelo reconhecimento dos direitos humanos para as pessoas com deficiência psicossocial.

2. Mobilização jurídico-política do Movimento Antimanicomial

A atuação do Movimento Antimanicomial (MA) em torno da luta pela garantia dos direitos das pessoas com deficiência psicossocial pode ser caracterizada como uma mobilização política e jurídica. Aqui destaca-se a importância da junção das lutas políticas e jurídicas como mecanismo necessário às conquistas do movimento e suas assessorias no campo jurídico¹¹, visando alcançar a visibilidade social e a atenção dos órgãos públicos para o conflito. Assim, torna-se relevante identificar essa junção no âmbito do MA, a partir das pautas, demandas e estratégias político-jurídicas adotadas na sua trajetória. Santos¹² problematiza o pressuposto da “integração” do direito e dos direitos em mobilizações políticas de âmbito mais vasto, que possibilitem que as lutas sejam politizadas antes de serem legalizadas:

Havendo recurso ao direito e aos direitos, há também que intensificar a mobilização política, por forma a impedir a despolitização da luta – despolitização que o direito e os direitos, se abandonados a si próprios, serão propensos a causar. Uma política de direito e direitos forte é aquela que não fica dependente apenas do direito ou dos direitos.

Essa é uma das principais características do MA ao adotar ferramentas jurídicas e políticas, com ênfase nessas últimas, como manifestações de rua, audiências públicas, inspeções e vistorias surpresas em instituições manicomiais, simulações de júris, atos públicos junto a conselhos de classe profissionais (como o Conselho Federal de Psicologia, o Conselho Federal de Serviço Social e a Ordem dos Advogados do Brasil), produção de vídeos e documentários, publicação de notas e matérias em veículos de comunicação e articulação com organizações de direitos humanos. Enfim, uma série

11 SANTOS, 2003, 2011.

12 2003, pp. 37-38.

de ações diretas que podem ser consideradas, em alguns casos, ilegais ou não reguladas pelo direito estatal, além da participação nas conferências de saúde mental e nos conselhos de saúde.

Trata-se da luta pelo reconhecimento do direito às pessoas com deficiência psicossocial, consideradas “excluídos jurídicos” ou “não-cidadãos”¹³, sendo a não-cidadania entendida como “grau zero de inclusão assente no contrato social”¹⁴. Ao questionar o lugar do direito em situações de não-cidadania, Santos¹⁵ afirma que “para o cosmopolitismo, a não-cidadania é o imperativo negativo que gera a obrigação da inclusão e da emancipação social” e conclui que “o direito é uma necessidade quase dilemática das lutas em torno da não-cidadania”. Por isso, a mobilização política do direito é relevante. Nesse sentido, Santos¹⁶, ao abordar as premissas do novo senso comum jurídico, propõe que

se amplie a compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada, dando atenção para [...] a legalidade cosmopolita ou subalterna. Noutras palavras, deve-se deslocar o olhar para a prática de grupos e classes socialmente oprimidas que, lutando contra a opressão, a exclusão, a discriminação, a destruição do meio ambiente, recorrem a diferentes formas de direito como instrumento de oposição. À medida que recorrem a lutas jurídicas, a atuação destes grupos tem devolvido ao direito o seu caráter insurgente e emancipatório.

Destaca-se, aqui, o conceito de cosmopolitismo subalterno ou cosmopolitismo dos oprimidos, o qual é definido por Santos¹⁷, como “a forma político-cultural de globalização contra-hegemônica. É, numa palavra, o nome dos projetos emancipatórios cujas reivindicações e critérios de inclusão social se projetam para além dos horizontes do capitalismo global”. Santos e Garavito¹⁸ abordam a “legalidade cosmopolita subalterna” a partir da discussão sobre as estratégias políticas que têm como eixo o direito

13 GALENDE; KRAUT, 2006.

14 SANTOS, 2003, p. 62.

15 2003, pp. 62-63.

16 2011, p. 7.

17 2003, p. 29.

18 2005, 2007.

para avançar nas lutas políticas contra-hegemônicas. Para tais autores, isso implica potencializar a voz daquelas que são vítimas da globalização neoliberal, identificadas como grupos desfavorecidos ou subalternizados.

Nesse sentido, o MA rompe com as instituições que sustentam a reprodução do capitalismo e de sua sociabilidade, como os hospitais psiquiátricos, e luta pelo direito à singularidade das pessoas com deficiência psicossocial com sua inclusão no âmbito da cidadania através da mobilização conjunta dessas pessoas, suas familiares e trabalhadoras na área. Outrossim, o movimento se projeta além dos horizontes do capitalismo global, ao empreender suas batalhas jurídicas para incluir o tempo das lutas sociais, já que estão relacionadas, por exemplo, com o capitalismo, o colonialismo, além de outros contextos históricos¹⁹.

Santos²⁰ aponta a mobilização política como um elemento fundamental no uso contra-hegemônico do direito estatal, afirmando a existência de um campo contra-hegemônico: “o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social.”. Observa-se, assim, uma maior consciência dessas pessoas de que possuem direitos e que estes devem ser respeitados, desembocando na organização destas em movimentos sociais, coletivos e associações, com a criação de um novo contexto para a reivindicação dos seus direitos²¹.

Portanto, cabe destacar a sua reflexão mais recente sobre esse tema, ao apontar quais as condições para a concretização do potencial emancipatório do direito²²: a) a mobilização jurídica precisa ser mobilizada politicamente; b) a necessidade de instituições minimamente independentes e eficientes; c) a existência de mobilizadoras do direito para a mobilização das causas populares; e d) a possibilidade de reversibilidade dos resultados. Santos esclarece tais condições, ao defender a politização da luta para depois “juridificá-la”, a possibilidade de a luta jurídica gerar alterações legislativas e interpretação

19 CORREIA, 2018.

20 2011, p. 21.

21 SANTOS, 2011.

22 Reflexão de Boaventura de Sousa Santos na sua palestra intitulada “Pode o Direito ser emancipatório? – Revisitado”, já mencionada acima.

da Constituição e das leis conforme os direitos dos oprimidos²³, a atuação de advogadas populares e magistradas progressistas, e, por fim, aduz que os resultados nesse percurso são incertos. Como discute Duarte²⁴, através da sua ação e lutas coletivas, os movimentos sociais assumiram-se como sujeitos políticos e jurídicos, uma vez que rejeitaram ficar enclausurados em um espaço público marcado pela ausência de direitos. Segundo ela, “os (novos) movimentos sociais politizaram um conjunto de temas ao transformarem carências e necessidades sociais na reivindicação de novos direitos, sublinhando, assim, a necessidade de reinvenção dos tradicionais espaços públicos de cidadania e participação, entre eles os tribunais.”²⁵.

A utilização contra-hegemônica do direito também pode ser observada a partir da mobilização jurídico-política do MA, ao pautar e reivindicar transformações na área da saúde mental que vão além do fechamento dos hospitais psiquiátricos. Por mais que seja o primeiro compromisso assumido, o fechamento dos hospícios não é solução para a garantia dos direitos das pessoas com deficiência psicossocial, uma vez que o exercício do direito por essas pessoas, ao longo dos séculos, vem sendo aprisionado pela instituição loucura²⁶. Mais do que o fim do hospital psiquiátrico, propõe-se a ruptura com o modelo manicomial, que significa a “contraposição à negatividade patológica construída na observação favorecida pela segregação e articuladora de noções e conceitos como a incapacidade, a periculosidade, a invalidez e a inimizabilidade”, possibilitando uma cidadania ativa e efetiva²⁷. Esta questão também se insere no âmbito das discussões sobre a relação intrínseca do modelo manicomial com o capitalismo, uma vez que o manicômio é identificado como uma instituição que sustenta a reprodução do capitalismo e da sua sociabilidade²⁸.

Essa é uma das tônicas principais que coloca o MA e a Reforma Psiquiátrica brasileira na direção de novas formas de apoio e cuidado às pessoas com deficiência psicossocial e da democratização institucional no campo

23 SANTOS, 2014.

24 2007.

25 DUARTE, 2004, p. 37.

26 EMERICH; CAMPOS; PASSOS, 2014.

27 LUCHMANN; RODRIGUES, 2007, p. 402.

28 PASSOS, 2017.

da saúde mental, conforme analisam Emerich, Campos e Passos²⁹ ao considerar que “cuidar do sujeito em seu território, com direito à circulação por diferentes espaços (físicos e simbólicos), qualifica o tratamento. O hospital psiquiátrico tira o que nos torna humanos: a singularidade e a liberdade”. Daí a pauta do MA por uma Reforma Psiquiátrica antimanicomial, com a criação de serviços comunitários territoriais e de instrumentos e mecanismos de garantia dos direitos das usuárias desses serviços, o que desembocou na aprovação de normas diversas e na criação de políticas públicas, além do fortalecimento das associações de usuárias e familiares. É necessário refletir também sobre um outro aspecto do direito, no sentido de que a aprovação de normas que garantem direitos, como a Lei da Reforma Psiquiátrica³⁰, não pode reduzir as conquistas do movimento social apenas à legislação. É claro que na área da saúde mental, em que os direitos das pessoas com deficiência psicossocial sempre foram negados ou violados, a conquista de instrumentos jurídicos é um ganho importante, mas é a intensificação da mobilização política que vai fortalecer os direitos ali previstos e impedir a despolitização da luta.

Como defende Janaína Silva³¹, a permanência da atuação política para a efetivação dos direitos conquistados é indispensável, uma vez que a conquista de um instrumento legal não é suficiente para a realização do princípio que o institui. As normas e leis são instrumentos importantes que podem permitir mudanças, mas não garantem que elas ocorram. Nesse sentido, Pereira³² argumenta que “a criação de uma lei abriria uma nova ordem de processos sociais, deixando a questão ainda em aberto, não sendo assim um ponto de chegada, mas sim o início de uma nova caminhada, permitida pelo novo cenário que a lei configura”. Esta autora³³, ao retomar os temas de discussão do I Encontro Nacional do Movimento da Luta Antimanicomial, realizado em 1993, destaca o tema “Legislações Psiquiátricas: a (re)construção dos direitos pela via legal” e assinala:

29 2014, p. 687.

30 BRASIL, 2001.

31 2007.

32 2004, p. 44.

33 PEREIRA, 2004, p. 159.

No Relatório final do Encontro apontava-se para a utilização do encaminhamento de leis como um instrumento de luta: “Esta iniciativa deverá ser sempre expressão da luta concreta do movimento em cada Estado, deverá estar combinada a uma estratégia definida pelo movimento em seu conjunto.” Desta forma estava expressa claramente a utilização do recurso de apresentação e tramitação de leis em saúde mental como instrumento articulado para transformação no campo da saúde mental, tendo como linha mestra as bases fundamentais da luta antimanicomial³⁴.

Essa questão também foi debatida no II Encontro Nacional do Movimento da Luta Antimanicomial, realizado em 1995, como constata-se no seu relatório, no Eixo 4 – Exclusão no Direito³⁵, ao afirmar que o direito não se resume à lei, entendendo-a como um “instrumento político, elaborado para atender o interesse de determinados grupos. A lei é interpretada como uma relação de poder da classe hegemônica, podendo formalizar qualquer tipo de injustiça. Para modificar a lei são necessários movimentos organizados.”

Conforme salienta Vasconcelos³⁶, na área da saúde e da atenção psicossocial, a concretização dos direitos previstos nessas normas depende muito da luta cotidiana das usuárias e de seus familiares, junto com as trabalhadoras e profissionais dos serviços e os demais movimentos sociais populares. Tal autor³⁷ compreende o campo do direito e a produção das normas jurídicas como um processo histórico, como “um campo que não pode ser considerado neutro ou positivo, mas inteiramente atravessado pelas lutas e contradições sociais de seu tempo, e assim, em processo de constante mudança e reelaboração.”. Isso corrobora o entendimento de Roberto Lyra Filho³⁸ acerca do direito como processo histórico, “como a positivação, em luta, dos princípios libertadores, na totalidade social em movimento”.

A legislação se configura como um dos pontos principais no âmbito da organização da Luta Antimanicomial, uma vez que é necessária a criação de instrumentos e mecanismos de garantia de direitos às pessoas com deficiência psicossocial, tendo em vista os processos de exclusão aos quais

34 MNLA apud SILVA, 2007; SILVA, 2007.

35 MOVIMENTO DA LUTA ANTIMANICOMIAL, 1995, p. 15.

36 2014.

37 VASCONCELOS, 2014, p. 272.

38 1982, p. 13.

são submetidas. Segundo Vasconcelos³⁹, as estratégias de luta na defesa dos direitos desse grupo social influenciarão nas diferentes tradições nacionais de sistemas legais nessa área, o que pode ser observado nos relatórios dos Encontros Nacionais da Luta Antimanicomial que ocorreram no período de debate do Projeto de Lei da Reforma Psiquiátrica no Congresso Nacional.

Na sua pesquisa do doutorado, Delgado⁴⁰ já afirmava a existência de uma “inquietação legiferante no campo psiquiátrico”, ressaltando o tema dos direitos humanos associado ao debate normativo e legal a partir da década de 1990. Nesse sentido, aponta o papel significativo da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Saúde (OMS) nesse processo, através da promoção de eventos e de formulações de intenção normativa⁴¹. Inicia-se, assim, um período de elaboração técnica com o objetivo de “fornecer os instrumentos para as mudanças na saúde mental”⁴², com destaque para as expressões “Direitos do paciente” e “reestruturação do atendimento”. Segundo dados da OMS, cerca de metade das leis na saúde mental existentes em 2001 foi elaborada nesse período da década de 1990⁴³.

A Declaração de Caracas merece relevo, pois tendo sido elaborada na Conferência para a Reestruturação da Assistência Psiquiátrica na América Latina, em 1990, com a participação de vários países latino americanos, inclusive o Brasil, e de entidades da área da psiquiatria, além de propor a reorientação do modelo de atenção assistencial (em vez do modelo hospitalar, o modelo comunitário), focou na necessidade de adequação das legislações dos países à promoção e defesa dos direitos humanos das pessoas com deficiência psicossocial, com a organização de serviços que garantam seu cumprimento⁴⁴. De acordo com Pereira⁴⁵, a preocupação das organizações internacionais com a mudança da legislação psiquiátrica “de modo a incorporar a garantia de direitos aos doentes mentais e estabelecer mecanismos de transformação assistencial, aparece nitidamente na Conferência

39 2003.

40 1992.

41 VASQUEZ; ALMEIDA, 2004; PEREIRA, 2004.

42 DELGADO, 1992, p. 41.

43 OMS; OPAS, 2001.

44 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1990.

45 2004, p. 80.

e se mantém como agenda prioritária nos anos seguintes.”. Observa-se, desse modo, que a Reforma Psiquiátrica brasileira está inserida num contexto internacional de mudanças, ou, pelo menos, sofre suas influências. Como afirma Delgado⁴⁶,

A inquietação legiferante que se vem observando em todos os estados do país é absolutamente significativa, como fato social e político, e representa à evidência o impacto do discurso da cidadania sobre as concepções de humanização e melhoria do atendimento psiquiátrico no Brasil. O discurso da cidadania do louco, no Brasil, no sentido estrito (direitos civis, interdição, legislação penal, internação compulsória) é anterior à Constituinte, porém inscrito nos limites da década anterior.

Ainda de acordo com Delgado⁴⁷, o período de 1987-1992 é “um período que busca uma nova lei [...], que deseja a produção coletiva de normas sobre a assistência psiquiátrica, e procura no movimento internacional de reforma da legislação psiquiátrica indicações estratégicas para o tratamento de impasses [...]”. Como analisam Vasquez e Almeida⁴⁸, há um novo enfoque, com a participação da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) e da OMS, para “promover e proteger a saúde não só através de medicamentos psicotrópicos, psicoterapia ou reabilitação psicossocial; mas também por meio da aplicação de instrumentos de direitos humanos”. Tanto que alguns países da América Latina começam a realizar reformas das legislações e das políticas de saúde mental, incorporando as normas, critérios e recomendações dos mencionados organismos internacionais, como é o caso do Brasil⁴⁹.

Nesse percurso, também é relevante frisar como o discurso sobre os direitos das pessoas com deficiência psicossocial surge e é debatido nas Conferências Nacionais de Saúde Mental, realizadas no país a partir de 1987, um dos espaços de mobilização jurídico-política do MA⁵⁰.

46 1992, p. 43.

47 1992, p. 53.

48 2004, p. 56.

49 VASQUEZ; ALMEIDA, 2004.

50 Vale dizer que nesse período tais pessoas eram chamadas de loucas, não havendo a nomenclatura prevista na legislação que adveio em 2001 – Lei n. 10.216 (pessoas portadoras de transtornos mentais) e nem a que é utilizada neste artigo de acordo com a CDPD (pessoas com deficiência psicossocial).

A I Conferência Nacional de Saúde Mental, realizada em junho de 1987, além de reconhecer a saúde como direito, teve como um dos seus três temas: “Cidadania e doença mental: direitos, deveres e legislação do doente mental”⁵¹. Nesse tema, o relatório reafirmou teses do Movimento Sanitário⁵² e apresentou sugestões para inclusão no texto constitucional, com recomendações à Constituinte acerca do direito à saúde, e reformulação da legislação ordinária que tratava especificamente da saúde mental, como o Decreto nº 24.559/1934⁵³, e as áreas do Direito Civil, Penal, Trabalhista, Previdenciário e legislação sanitária e psiquiátrica⁵⁴.

Conforme consta no mencionado relatório: “Deve ser constitucionalmente assegurada a condição de cidadania plena ao indivíduo considerado doente mental. Tal garantia pressupõe uma legislação ordinária que disponha sobre a especificidade da doença mental e coloque a necessidade de revisão de toda a legislação em vigor”⁵⁵. De acordo com Pereira⁵⁶, a necessidade de revisão dos documentos legais nessa área foi aprofundada a partir das proposições apresentadas nesta Conferência, explicitando os traços iniciais da proposta legislativa a ser elaborada e apresentada ao Congresso Nacional em 1989. Outros aspectos relevantes nesta Conferência foram a ênfase na participação popular nos fóruns de decisão e discussão dos serviços e ações de saúde e a democratização das instituições de saúde, como fruto da incorporação dos princípios da Reforma Sanitária na área da saúde mental. Além disso, no relatório está clara a ideia de que o poder público deve assumir o papel de garantir e fiscalizar o cumprimento dos direitos das loucas⁵⁷.

Já a II Conferência Nacional de Saúde Mental, ocorrida em dezembro de 1992, teve como tema: “A reestruturação da atenção em saúde mental no Brasil: modelo assistencial e direito à cidadania”. Tal Conferência teve como finalidade “definir diretrizes gerais para a ‘Reforma Psiquiátrica’, no âmbito da Reforma Sanitária Brasileira, orientando a reorganização da

51 BRASIL, 1988b.

52 YASUI, 2010.

53 Tal Decreto (BRASIL, 1934) afirmava a proteção aos “psicopatas”, mas estava baseado no conceito de defesa social e ratificava o estatuto de incapacidade civil genérico dessas pessoas.

54 BRASIL, 1988b.

55 BRASIL, 1988b, p. 21.

56 2004.

57 BRASIL, 1988b.

atenção em Saúde Mental no Brasil nos planos assistencial e jurídico-institucional”⁵⁸, através da discussão democrática entre os diversos setores da sociedade. O Ministério da Saúde (MS) adotou o relatório final dessa Conferência como diretriz oficial para a reestruturação da assistência em saúde mental, estipulando como marcos conceituais desse processo a atenção integral e a cidadania⁵⁹. A terceira parte deste relatório versa sobre “Direitos e Legislação”, com os seguintes temas: “Questões gerais sobre a revisão legal necessária”; “Direitos civis e cidadania”; “Direitos trabalhistas”; “Drogas e legislação”; e “Direitos dos usuários”⁶⁰.

A III Conferência Nacional de Saúde Mental foi realizada em dezembro de 2001, já com a Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei nº 10.216/2001, em vigor. No seu relatório, consta o tema “Direitos e Cidadania” no capítulo V, ressaltando a prioridade para a formulação de políticas que fomentem a autonomia das pessoas com transtornos mentais, incentivando o exercício de cidadania plena, no lugar de iniciativas tutelares. Registra, também, as propostas relacionadas à inserção no mundo do trabalho, por meio de projetos de geração de renda ou formação de cooperativas sociais⁶¹. Observa-se uma clara ampliação no rol das propostas acerca dos direitos das pessoas com transtornos mentais (conforme a nomenclatura da referida lei), sobretudo dos direitos sociais. Outra questão relevante é o “Controle social”, que está inserido neste relatório com uma série de propostas que realçam a ação da sociedade civil e dos movimentos sociais, integrando a participação das usuárias, seus familiares e trabalhadoras da saúde mental na elaboração e no acompanhamento das políticas públicas de saúde e das ações de saúde mental, e, ainda, o apoio às ações dos núcleos estaduais da Luta Antimanicomial na fiscalização das práticas em saúde mental⁶².

No ano de 2010 ocorreu a IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersetorial, que somente foi convocada por conta da mobilização de alguns segmentos do Movimento Antimanicomial em setembro de 2009, especialmente com a realização da “Marcha dos Usuários a Brasília – Por uma Reforma Psiquiátrica Antimanicomial”. Uma das principais pautas que essa

58 BRASIL, 1994, p. 1.

59 BRASIL, 1994.

60 BRASIL, 1994.

61 BRASIL, 2002.

62 BRASIL, 2002.

marcha reivindicava era a realização da IV Conferência Nacional de Saúde Mental e a Reforma Psiquiátrica antimanicomial, com o protagonismo das usuárias de saúde mental e o fortalecimento da sua organização política. Vale salientar que por ocasião da marcha foi elaborado um documento com propostas de diferentes coletivos organizados, de trabalhadoras e, sobretudo, de muitas usuárias, de diversos lugares do Brasil, que se reuniram, discutiram e sistematizaram suas reivindicações, apresentando-as ao poder público⁶³.

Dentre os eixos da referida conferência, estava o Eixo III, com o tema “Direitos Humanos e Cidadania como desafio ético e intersetorial”, que aglutinou o maior número de propostas (601), além de dois anexos com propostas que não foram discutidas e aprovadas, mas que a plenária decidiu anexar ao relatório final. Esta conferência foi caracterizada pela ampla participação popular e pela intersectorialidade, sendo esta última considerada um avanço em relação às conferências anteriores, refletindo a avaliação sobre a necessidade da construção de estratégias inovadoras e intersetoriais de cuidado no campo da saúde mental⁶⁴.

Observa-se, assim, a relevância dos documentos oriundos de encontros nacionais e internacionais que apontam a necessidade de mudança no modelo da assistência em saúde e saúde mental, uma vez que estes refletem muitas das reivindicações do MA. Ademais, organismos regionais e internacionais de direitos humanos, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, passaram a adotar providências para proteger os direitos das pessoas com transtorno mental, diante das violações sistemáticas de direitos humanos por elas sofridas⁶⁵.

De acordo com Pathare⁶⁶, tais violações ocorrem, em grande parte, devido à ausência de proteções legais contra o tratamento impróprio e abusivo, bem como devido à discriminação. Com o Relatório Mundial da Saúde de 2001, voltado para o tema da saúde mental, essa nova perspectiva “focada nos direitos humanos veio permitir que os abusos e violações de direitos sejam considerados não só uma questão de saúde pública, como uma responsabilidade que tem de ser assumida pelos Estados”⁶⁷. Daí a im-

63 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA; RENILA, 2010.

64 BRASIL, 2011.

65 VASQUEZ; ALMEIDA, 2004; ROSENTHAL; SUNDRAM, 2004.

66 2014.

67 FAZENDA, 2008, pp. 38-39.

portância da inclusão desses critérios internacionais nas políticas de saúde mental em diversos países.

Destaca-se, nessa seara, o lançamento, em 2012, do kit de ferramentas denominado “WHO QualityRights Tool Kit”, construído no âmbito da OMS, com informações práticas e instrumental para avaliar e melhorar os padrões de qualidade e direitos humanos em serviços de saúde mental e assistência social⁶⁸. Tal instrumento foi traduzido – Direito é Qualidade – e adotado pelo Brasil em 2015⁶⁹, e aqui vale resgatá-lo na sua contextualização⁷⁰:

Em todo o mundo, pessoas com transtornos mentais, deficiências intelectuais e com sofrimento e necessidades decorrentes do uso de substâncias psicoativas são submetidas a assistência de baixa qualidade e a violações de seus direitos humanos. Os serviços de saúde mental não conseguem incorporar tratamentos e práticas baseados em evidências, levando a resultados insatisfatórios em termos de *recovery*. O estigma associado a essas condições tem como consequência a exclusão, rejeição e marginalização dessas pessoas pela sociedade. Conceitos equivocados sobre pessoas com tais desabilidades – de que são incapazes de tomarem decisões ou de cuidar de si mesmas, de que são perigosas ou objetos de piedade e de assistência social – indicam que estas pessoas enfrentam a discriminação em todos os aspectos da vida. A elas são negadas oportunidades para trabalhar, para obter educação e para viver plenamente e de modo independente na comunidade.

No estudo organizado por Pathare⁷¹, destaca-se que embora os mecanismos internacionais possam ser eficazes para facilitar a reforma legislativa e capacitar as pessoas e os grupos envolvidos, eles não devem ser o principal método para abordar as violações dos direitos humanos. E conclui-se que “mecanismos de fiscalização, revisão judicial e acesso a recursos legais na legislação nacional devem estar disponíveis para pessoas com desabilidades mentais e psicossociais de forma igual e acessível”⁷².

68 WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2012.

69 BRASIL, 2015.

70 BRASIL, 2015, p. 1.

71 2014.

72 PATHARE, 2014, p. 63. Tradução livre do original em inglês: “Oversight mechanisms, judicial review, and access to legal remedies in domestic law must be available to people with mental and psychosocial disabilities on an equal and accessible basis”.

Sendo assim, passo a abordar as principais estratégias político-jurídicas utilizadas pelo MA para implementação dos direitos das pessoas com deficiência psicossocial. Além das Conferências Nacionais de Saúde Mental, a sua mobilização jurídica e política se dará com a apresentação do Projeto de Lei antimanicomial em 1989 até a aprovação do texto final e a promulgação da Lei nº 10.216/2001, além da publicação do livro “A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil”⁷³ e da produção do filme “Tribunal dos crimes da paz: o hospital psiquiátrico no banco dos réus”⁷⁴. Ressalta-se o seu apoio no julgamento do caso Damião Ximenes – primeiro caso de violações de direitos humanos de pessoa com transtorno mental e que gerou a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷⁵.

No que se refere à mobilização em torno da promulgação da Lei da Reforma Psiquiátrica⁷⁶, a luta pela aprovação do Projeto de Lei nº 3657/1989 tornou-se emblemática, ao representar não só a defesa do seu texto, mas também de todo um conjunto de ideias de transformação da assistência em saúde mental e de luta por direitos sociais⁷⁷. Como alega Delgado⁷⁸, “Fundadora da lei é o Movimento Nacional da Luta Antimanicomial e seus fundamentos: humanismo, ciência, técnica, comunidade, afeto e história.”. Portanto, a contribuição do MA para a aprovação desta lei foi crucial, envolvendo diversos segmentos, estratégias e novas práticas de cuidado em saúde mental. Nesse sentido, Pereira⁷⁹, ao resgatar a tramitação do Projeto de Lei nº 3657/1989 (também chamado de Projeto de Lei Paulo Delgado, em referência ao deputado que o apresentou à Câmara Federal), que ensinou a referida Lei da Reforma Psiquiátrica, enfatiza:

A apresentação do projeto à Câmara dos Deputados não pode ser entendida como a elaboração de um projeto isolado de um parlamentar, mas sim como integrada a uma estratégia do movimento social, que buscava a abertura de

73 SILVA, 2001.

74 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2004.

75 BORGES, 2009; ROSATO; CORREIA, 2011.

76 BRASIL, 2001.

77 PEREIRA, 2004.

78 2011b, p. 4702.

79 2004, p. 109.

um canal que garantisse a entrada no circuito legislativo das suas idéias e proposições. O Deputado Paulo Delgado estabeleceu esse canal, por: compartilhar de um ideário próximo ao do movimento social no campo da saúde mental; integrar um partido político que reconhecidamente estava articulado às questões populares; e, manter laços fraternais com uma das importantes lideranças do movimento social em saúde mental.

Acrescente-se que nesse período inicial da década de 1990, o Ministério da Saúde passou a publicar instrumentos normativos⁸⁰ para incentivar a criação de serviços de atenção psicossocial, com base nas experiências consideradas bem-sucedidas, realizadas em Santos – SP e São Paulo – SP, com a implantação do Núcleo de Atenção Psicossocial e do Centro de Atenção Psicossocial, respectivamente, no final da década de 1980⁸¹.

O Projeto de Lei tramitou durante nove anos no Senado (1991-1999). Pereira⁸² faz uma detida análise desse período e ao tratar de um dos pareceres dos senadores que participaram do processo, ressalta o resgate de parte significativa das ideias do MA e a influência do segmento de usuárias e familiares, que cresceu muito durante a década de 1990. Esse projeto passa a ser o principal foco de discussão e ação do MA, que promoveu estratégias de mobilização junto à sociedade, aos parlamentares e à organização do movimento, para a sua aprovação, sobretudo no período dos debates realizados no Senado, com os projetos substitutivos apresentados e com a configuração de forças no campo. Houve outro ator no processo de discussão do Projeto de Lei (PL), constituído por familiares de usuárias, que foi forjado em maio de 1991, quando o projeto já havia sido aprovado na Câmara Federal e seguia para o Senado. Trata-se da Associação de Familiares de Doentes Mentais (AFDM), que era contrária à aprovação do PL por entender que o hospital psiquiátrico era indispensável para diminuir a sobrecarga de trabalho das familiares com os seus entes “doentes mentais”⁸³. Embora representasse um grupo isolado comparado a outros grupos de familiares, tal associação exerceu pressão para que os senadores não aprovassem o PL.

80 Portarias n. 189/91 e n. 224/92 do Ministério da Saúde.

81 LUZIO; LABBATE, 2006.

82 2004.

83 PEREIRA, 2004; DELGADO, 2011a.

Outro registro relevante na tramitação desse projeto, já após a votação e aprovação pela Câmara dos Deputados no ano de 2001, de acordo com a pesquisa de Pereira⁸⁴, é que houve o reconhecimento de que mesmo antes da lei ter sido aprovada, ela já havia “provocado transformações na sociedade, seja na maior implicação do Ministério da Saúde no processo de reorientação do modelo assistencial, seja pela aprovação em diversos estados de leis estaduais inspiradas na proposta original apresentada à Câmara em 1989”. Vale recordar que este último efeito já era buscado pelo MA junto aos seus núcleos estaduais.

Além da promulgação de leis estaduais antimanicomiais no Rio Grande do Sul, no Ceará e em Pernambuco (de 1992 a 1994), foram aprovadas mais quatro leis em 1995, no Rio Grande do Norte, no Paraná, em Minas Gerais e no Distrito Federal, além do Espírito Santo, em 1996, demonstrando o amadurecimento e concretização da estratégia do MA de efetivar as propostas contidas no PL em tramitação no Congresso Nacional, antes mesmo da sua aprovação. A aprovação dessas leis foi um passo importante na perspectiva de criar novas condições sociais e políticas para o avanço do referido PL, bem como de demonstrar a real possibilidade de aplicação dos princípios do PL e da proposta de substituição dos hospitais psiquiátricos⁸⁵.

A proposta original, apresentada pelo deputado Paulo Delgado, e que, reconhecidamente, foi gestada pelo MA, refletia os anseios dos diferentes segmentos desse movimento e o acúmulo das diversas discussões e proposições amadurecidas naquele período. Nesse sentido, o referido deputado homenageou o MA como o verdadeiro autor da lei sancionada. Por outro lado, sobre a aprovação do PL, Pereira⁸⁶, mesmo admitindo a Lei como uma bandeira do MA, aponta a possibilidade do risco para as bases do movimento: “Se por muitos anos a luta pela aprovação da lei foi um ponto fundamental na mobilização dos indivíduos e grupos, a sensação de tarefa cumprida pode vir a arrefecer a intensidade da mesma luta pela transformação”. Esta questão também está relacionada com a preocupação expressada por Roberto Lyra Filho⁸⁷ quanto ao fetichismo do direito positivo, compreendendo, assim, a legislação como um instrumento e não como um

84 2004, p. 157.

85 PEREIRA, 2004.

86 2004, p. 162.

87 1984.

fim da luta. A plataforma jurídico-política que baliza a configuração social e institucional da Reforma Psiquiátrica no Brasil está profundamente marcada pela Lei nº 10.216/2001, que representou a inscrição das pessoas com deficiência psicossocial como sujeitos de direitos no ordenamento jurídico do país. Além de assegurar os direitos dessas pessoas, esta lei é considerada como o marco legal de um processo social e político que reorientou o modelo de atenção em saúde mental, reafirmando a sua cidadania⁸⁸. Ao advogar a existência do direito à singularidade a esse grupo social, Janaína Silva⁸⁹ salienta que essa lei é resultado da luta pela inclusão dessas pessoas no âmbito da cidadania através da sua mobilização com familiares, trabalhadoras e gestoras na área, enfatizando que o processo que culminou “na obtenção desse novo direito fundamental é exemplo da importância do exercício dos direitos de participação para a emancipação das minorias e para a conquista de novos direitos, em um sistema democrático”⁹⁰.

Longe de representar uma ruptura com o modelo tradicional de assistência em saúde mental centrado no hospital psiquiátrico, tal instrumento estabeleceu as bases para políticas de atenção psicossocial que convidam à participação permanente e à realização de direitos. Além de elencar os direitos das pessoas com deficiência psicossocial, esta lei também estabeleceu as estratégias e instituições para a efetivação desses direitos, como é o caso do Ministério Público. A mobilização em torno da aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica foi central para o MA, que adotou diversas estratégias nesse percurso, no sentido de ter o apoio da sociedade nas questões que pretendia transformar. Ressalta-se o lançamento dos livros “Canto dos Malditos”⁹¹ e “A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil”⁹².

Mesmo que o livro “Canto dos Malditos” tenha surgido de uma iniciativa individual do autor, Austregésilo Carrano Bueno, como forma de denunciar as violações que sofreu durante as internações a que foi submetido em hospitais psiquiátricos no Brasil, ele constitui-se num valioso documento sobre os abusos e violências cometidas em tais instituições. O

88 AMARANTE, 1998; CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005.

89 2007.

90 SILVA, 2007, p. 120.

91 BUENO, 1990.

92 SILVA, 2001.

livro foi lançado em 1990, ou seja, o Projeto de Lei Paulo Delgado já tinha iniciado a tramitação no Congresso Nacional. Além disso, o livro traz a questão manicomial através da perspectiva do considerado louco, o que traz novos contornos aos debates sobre violações de direitos humanos nessa área, no sentido de que, nesse caso, é o subalterno que fala.

Conforme atesta Simionatto⁹³, o termo “subalterno” e o conceito de “subalternidade”, contemporaneamente, têm sido utilizados na “análise de fenômenos sociopolíticos e culturais, normalmente para descrever as condições de vida de grupos e camadas de classe em situações de exploração ou destituídos dos meios suficientes para uma vida digna.” Para esta autora⁹⁴, é preciso tratar das classes subalternas desde o pensamento gramsciano, no sentido de recuperar os processos de dominação existentes na sociedade “desvendando ‘as operações político-culturais da hegemonia que escondem, suprimem, cancelam ou marginalizam a história dos subalternos’”⁹⁵. Para Spivak⁹⁶, deve-se resgatar o termo subalterno a partir do significado que Gramsci lhe atribuiu, ao se referir ao “proletariado”: aquele cuja voz não pode ser ouvida. Como analisa Spivak⁹⁷, o termo subalterno descreve “as camadas mais baixas da sociedade constituídas pelos modos específicos de exclusão dos mercados, da representação política e legal, e da possibilidade de se tornarem membros plenos no estrato social dominante”. Segundo Gramsci⁹⁸, a vida fragmentada das classes subalternas se constituía como uma característica da própria situação social em que se encontravam tais grupos, submetidos à exploração e à opressão.

Não é o caso de aprofundar aqui a construção histórica e teórica de Gramsci sobre tal categoria, mas importa afirmar que esta categoria de classes ou grupos subalternos é adotada neste artigo para referir-se ao grupo das pessoas com transtorno mental (pessoas com deficiência psicossocial, como venho chamando), uma vez que este tem um histórico de exclusão e opressão que perdura até os dias atuais. Vale uma ressalva no sentido de que ao me referir às pessoas com deficiência psicossocial, é preciso consi-

93 2009, p. 42.

94 SIMIONATTO, 2009.

95 BUTTIGIEG, 1999, p. 30 apud SIMIONATTO, 2009.

96 2010.

97 2010, p. 12.

98 2002.

derar também a dimensão de classe, uma vez que o transtorno mental não é uma particularidade de pessoas pobres, porém, a segregação e os tratamentos desumanos no âmbito da psiquiatria, historicamente, foram impingidos às pessoas loucas sem qualquer poder contratual. Uma vez louca, a pessoa considerada incapaz e improdutiva não se “integrava” à sociedade capitalista⁹⁹ e o lugar destinado a ela era o hospital psiquiátrico. E ainda, como reflete Franco Basaglia¹⁰⁰, os transtornos mentais são causados pela sociedade capitalista-produtivista, que exerce uma violência sobre as pessoas da sociedade que rejeitam os seus dogmas em espaços como os manicômios.

Ao lado disso, contemporaneamente, há estudos que relacionam a desigualdade social à incidência de transtornos mentais nas pessoas desassistidas, realizados pela Organização Não Governamental Meu Sonho Não Tem Fim, com base em dados do Censo do IBGE de 2010, e pelo Instituto Ipsos em parceria com outras instituições. De acordo com o primeiro, mais de 2,4 milhões de pessoas com problemas mentais permanentes acima de 10 anos, no Brasil, são pobres (82,32%)¹⁰¹. Já o segundo estudo, realizado em São Paulo em 2016, conclui que pobreza e baixa escolaridade podem estar associadas à expressão psicótica na população em geral, ampliando suas ações no gradiente de psicose em países em desenvolvimento¹⁰². Sionatto¹⁰³ identifica a expansão dos modos de dominação no contexto do capitalismo atual, o que tem provocado diversas modalidades de subalternização e de desmobilização das classes populares.

É o que se observa no caso de Austregésilo Carrano Bueno, considerado louco pela sua família, o que o inclui nesse grupo subalternizado, historicamente invisibilizado e excluído das possibilidades de participação na vida social e política¹⁰⁴. No seu livro, Bueno¹⁰⁵ relata com detalhes os

99 BASAGLIA, 1985.

100 2005.

101 BONIS, 2013. Conforme registra o texto “A pobreza que leva à loucura”, publicado pela ONG Meu Sonho Não Tem Fim, “Analisando essas pessoas, com problemas mentais permanentes, divididos por classes sociais, constatou-se que do total de casos apurados em 2010, a grande maioria (82,32%, sendo 36,11% sem rendimento e 46,21% até um salário mínimo) vive abaixo ou próximo da linha de pobreza estimada pela ONU para países em desenvolvimento [...]” [...]” (s.d., p. 2).

102 LOCH et al., 2017.

103 2009.

104 FOUCAULT, 2004.

105 1990.

abusos que sofreu e presenciou nos hospitais psiquiátricos (“casas de extermínio”, como chamava), alvos principais do mencionado Projeto de Lei. Outrossim, ele integrava o Movimento da Luta Antimanicomial, tendo sido eleito representante nacional dos usuários em um dos encontros nacionais, com atuação por muitos anos na Comissão Nacional de Reforma Psiquiátrica do Ministério da Saúde¹⁰⁶, se empenhando pelo fim dos manicômios no país.

O impacto do livro pode ser dimensionado pela ocorrência de alguns fatos: o ajuizamento de ações contra o autor pelos médicos psiquiatras das instituições onde foi internado e a proibição da venda do livro em todo o Brasil em 2002 (até dois anos e meio depois, quando o livro voltou a ser comercializado e foi reeditado com o acréscimo de novas denúncias). Esta obra, que se tornou um relevante documento para a Luta Antimanicomial, deu origem ao filme “Bicho de Sete Cabeças”¹⁰⁷, lançado em 2000, ou seja, ainda durante o período de tramitação do Projeto de Lei Paulo Delgado. Tal filme, premiado em vários festivais, teve grande repercussão, pois possibilitou que boa parte da sociedade brasileira conhecesse o que ocorre dentro dos muros das instituições manicomiais, inclusive as práticas do que ficou conhecida como “indústria da loucura”¹⁰⁸, e com isso, impulsionou os debates em torno da aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica.

Nesse mesmo ano de 2000 foi realizada a I Caravana Nacional de Direitos Humanos pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, que, através de alguns deputados federais, com o apoio do MA e de diversas entidades, percorreu sete estados do país realizando visitas a vinte instituições manicomiais e apontou a permanência de um modelo anacrônico de atenção à saúde mental no Brasil, indicando a necessidade de mudanças urgentes¹⁰⁹. Dentre as recomendações contidas no relatório que documentou as inspeções realizadas pela Caravana, encontra-se a sugestão de que “o Ministério da Saúde se posicione publicamente em favor

106 COLETIVO GATO SECO, 2014.

107 BODANZKY, 2000.

108 A “indústria da loucura”, assim denominada por Carlos Gentile de Mello (AMARANTE, 1999), desenvolveu-se no Brasil a partir das décadas de 1960 e 1970, início da ditadura civil-militar, com a profusão de clínicas psiquiátricas privadas, que auferiam grandes lucros, e eram financiados pelo Estado. Ela está relacionada tanto às evidências dos aportes financeiros públicos na área privada quanto ao volume expressivo de internações.

109 CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2000.

da reforma psiquiátrica brasileira emprestando seu apoio a todas as tratativas políticas necessárias para a aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica ainda este ano¹¹⁰. Esse foi mais um esforço no contexto social e político do momento da tramitação do Projeto de Lei que teve a participação significativa de integrantes do MA.

No ano de 2003, Austregésilo Carrano Bueno foi homenageado pelo então Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, pela sua atuação em prol da Reforma Psiquiátrica. Em decorrência de um câncer no fígado, Austregésilo Bueno veio a falecer em 2008. Outro livro que merece destaque nessa trajetória da mobilização jurídico-política do MA é “A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil”, organizado por Marcus Vinicius de Oliveira Silva¹¹¹, editado pelo Conselho Federal de Psicologia (CFP), um importante parceiro do MA. Este livro reúne relatos sobre sete casos de mortes de pessoas internadas em hospitais psiquiátricos no país e, conforme sua apresentação, tem como objetivo retirar as mulheres e homens, vítimas dos hospitais psiquiátricos, do anonimato, evidenciando que “morrem inutilmente quando se encontram tutelados, imobilizados, privados de liberdade e de qualquer chance de defesa, diante de um poder que nem sempre compreendem, mas que, muitas vezes, eles próprios imaginam que está sendo exercido para o seu próprio bem.”¹¹². Trata-se de uma coletânea escrita por diversas autoras que possuem representação em fóruns, organizações não governamentais e espaços de militância em torno da Luta Antimanicomial, e que conseguiu dar visibilidade às mortes de pessoas invisibilizadas.

Por fim, o ano de 2004 foi marcado por duas relevantes iniciativas no campo da Luta Antimanicomial: a divulgação do filme “Tribunal dos crimes da paz: o hospital psiquiátrico no banco dos réus”¹¹³ e a publicação do relatório “Inspeção nacional de unidades psiquiátricas em prol dos direitos humanos: uma amostra das unidades psiquiátricas brasileiras”¹¹⁴.

110 CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2000, p. 29.

111 2001.

112 SILVA, 2001, p. 5.

113 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2004.

114 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA; ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2004.

O filme “Tribunal dos crimes da paz¹¹⁵: o hospital psiquiátrico no banco dos réus”, lançado apenas em 2004, registra o júri simulado organizado pelo CFP com o apoio da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados e realizado no dia 11 de dezembro de 2001, no Senado Federal¹¹⁶. Este júri simulado teve como finalidade julgar os hospitais psiquiátricos pelas atrocidades e mortes neles ocorridas, como registrado na sua apresentação: “Essa instituição foi julgada pelos inúmeros crimes que ao longo do tempo cometeu em nome da ‘Paz’ e da boa ordem social”¹¹⁷. Para tanto, contou com a participação de juristas, psiquiatras, profissionais de outras áreas, intelectuais, parlamentares, cineastas, jornalistas, militantes do MA e, sobretudo, pessoas que foram internadas em hospitais psiquiátricos, além das suas familiares, que exerceram, no filme, os papéis de juíza, advogada e assistente de acusação, advogada de defesa, réu, testemunhas e juradas. Mesmo divulgado em formato de filme três anos após a sua realização, o referido tribunal chamou à atenção para o fato de que não bastava a aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica, com a priorização de serviços substitutivos para o cuidado em saúde mental, se no país, naquele momento, ainda havia cerca de sessenta mil leitos em hospitais psiquiátricos e uma série de mortes nessas instituições sem os devidos esclarecimentos e responsabilização.

Já a inspeção nacional foi realizada no dia 22 de julho de 2004 através de visitas simultâneas em unidades psiquiátricas localizadas em dezesseis estados e no Distrito Federal, em uma ação conjunta do CFP e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Contou com a participação de membros destes dois Conselhos, bem como das suas sedes regionais e de outras entidades, profissionais de outras áreas e integrantes do MA. O relatório da inspeção enfatiza que as usuárias, familiares e todas as pessoas que lutaram e continuam lutando pela Reforma Psiquiátrica “exigem gestos e ações concretas que assegurem a Lei e plena vigência do Direito” e traz importantes reflexões¹¹⁸:

115 O título faz alusão ao livro “Os Crimes da Paz” (título original: *Crimini di pace*), publicado em 1975, organizado por Franco Basaglia e Franca Ongaro Basaglia, o qual traz uma coletânea de textos de intelectuais críticos acerca do controle da psiquiatria sobre a vida, retratando uma denúncia e uma ruptura epistemológica ao demonstrar a relação entre a ciência psiquiátrica e a violência social e institucional.

116 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2004.

117 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2004.

118 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA; ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2004, p. 13.

O que este relatório confirma são as mais pessimistas intuições dos ativistas comprometidos com a efetividade da Reforma Psiquiátrica no Brasil. Em verdade, nosso país avançou muito nos últimos anos na aprovação de leis garantidoras de direitos, inspiradas pelo movimento em favor da humanização das instituições de atenção à saúde mental. Do ponto de vista institucional, temos, então, razões de sobra para comemorar a emergência de novos instrumentos legais comprometidos com os direitos civis dos pacientes psiquiátricos. Eles assinalaram conquistas importantes que não podem ser subestimadas e que refletem, de alguma forma, um amadurecimento alcançado pela própria sociedade civil organizada. Ocorre que tais conquistas não são suficientes. Se os governos não manifestam a determinação necessária para a efetivação da reforma, se os recursos necessários aos novos investimentos na área escasseiam, se os profissionais que trabalham nas instituições de internação não são permanentemente estimulados, capacitados e tensionados, a tendência alimentada pela inércia é a reprodução bruta e silenciosa do modelo manicomial, pelo que se começa a minar as próprias conquistas já mencionadas.

Outras inspeções semelhantes foram realizadas no país nos últimos anos, mobilizadas pelo MA e por organizações parceiras, agregando também a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal (PFDC/MPF), importante ator que passou a apoiar e integrar algumas atividades do MA, compondo significativa tarefa no âmbito jurídico-político.

A PFDC/MPF passou a elaborar pareceres sobre temas envolvendo a saúde mental e os direitos das pessoas com deficiência psicossocial, relatórios de visitas e inspeções a instituições psiquiátricas, bem como cartilhas, manuais e outras publicações com esses temas, voltadas não somente a profissionais do direito ou aos grupos e organizações que trabalham na área da saúde mental, mas também ao público em geral¹¹⁹. Além disso, tem inserido cada vez mais o tema da Reforma Psiquiátrica na sua atuação, como é o caso dos inquéritos e ações civis que vem promovendo, mas também, a sua participação em eventos e grupos de trabalho¹²⁰. Acrescente-se

119 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude-mental/pg>. Acesso em: 20 jan. 2017.

120 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/saude-mental> e <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/informativos-por-tema/saude-mental>. Acesso em: 20 jan. 2017.

que, mais recentemente, intensificou a sua participação na agenda de mobilização antimanicomial, ao lançar notas públicas¹²¹ sobre a necessidade da continuidade da execução da política de saúde mental adotada pelo Estado brasileiro com base na Lei da Reforma Psiquiátrica, e ao requerer informações ao Ministério da Saúde sobre proposta de alteração da referida política¹²² (que acabou sendo aprovada no dia 14 de dezembro de 2017, no âmbito da Comissão Intergestores Tripartite – CIT, impondo uma série de retrocessos, como será discutido mais adiante).

Nesse percurso, cabe salientar a primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em 2006, no caso *Damião Ximenes Lopes* (morto em 1999 numa clínica psiquiátrica no município de Sobral, no Ceará), que contribuiu para acelerar o processo de aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica e, conseqüentemente, para a implantação de uma nova política de saúde mental no país. Conforme declara o próprio Delgado¹²³, coordenador de Saúde Mental do Ministério da Saúde à época da tramitação desse caso, a posição do Estado brasileiro na Corte foi de reconhecer a sua responsabilidade na morte de Damião Ximenes, ao que se refere como posição histórica, afirmando, ainda:

A defesa brasileira se deu nos seguintes termos: reconhecia a responsabilidade pelo fato, mas argumentava que vinha tomando todas as medidas para a não-repetição, conceito importante nos tribunais de direitos humanos, que obriga o país a comprovar que está tomando as medidas e providências para que o agravo aos direitos humanos não se repita. Essas medidas eram a própria edição da lei, as medidas de fiscalização e fechamento de estabelecimentos como a Clínica Guararapes, de Sobral, leis como a do Programa De Volta para Casa e a substituição do modelo de atendimento centrado em hospitais pela rede de serviços comunitários.

121 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/saude-mental/atuacao-do-mpf/nota-tecnica-5-2017-pfdc-mpf> e <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/saude-mental/atuacao-do-mpf/nota-publica-pfdc-mpf-saude-mental-politicas-de-desinstitucionalizacao>. Acesso em: 20 dez. 2017.

122 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2017/Dezembro/pfdc-pede-ao-ministerio-da-saude-informacoes-sobre-proposta-de-alteracao-na-politica-de-saude-mental-no-brasil>. Acesso em: 10 jan. 2017.

123 2011a, p. 119.

Na sua sentença, a Corte determinou ao Brasil o dever de reparar moral e materialmente a família Ximenes, através do pagamento de uma indenização e outras medidas não pecuniárias: investigar e identificar os culpados da morte de Damião Ximenes em tempo razoável; e promover programas de formação e capacitação para profissionais de saúde, especialmente médicas psiquiatras, psicólogas, enfermeiras e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas à área da saúde mental¹²⁴.

Recorde-se que este caso foi relatado no livro acima mencionado, “A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil”, e também denunciado no filme “Tribunal dos Crimes da Paz”, como uma das estratégias do MA para dar visibilidade às reivindicações da Luta Antimanicomial. Além da cooperação do MA na tramitação do caso no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), as familiares da vítima tiveram o apoio da organização não governamental Justiça Global¹²⁵.

Tal sentença da Corte é a primeira, no âmbito do SIDH, que aborda o tratamento cruel e discriminatório dispensado às pessoas com transtorno mental. Ao reconhecer a situação de vulnerabilidade a que estão submetidas, a Corte ampliou a jurisprudência internacional e fortaleceu, no âmbito nacional, as atividades dos núcleos do MA, que continuam denunciando as violações de direitos humanos em instituições psiquiátricas no país¹²⁶.

Quadro 1- Principais estratégias jurídico-políticas utilizadas pelo Movimento Antimanicomial

Principais estratégias jurídico-políticas do Movimento Antimanicomial	Ano
Apresentação do Projeto de Lei antimanicomial “Paulo Delgado”	1989
Apoio à I Caravana Nacional de Direitos Humanos (Câmara dos Deputados)	2000
Edição e publicação do livro “A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil”	2001

124 BORGES, 2009; ROSATO; CORREIA, 2011.

125 LIRA; DIAS, 2010.

126 Disponível em: <http://osm.org.br/osm/contato/denuncie/>. Acesso em: 20 jan. 2016.

Participação na “Inspeção nacional de unidades psiquiátricas em prol dos direitos humanos: uma amostra das unidades psiquiátricas brasileiras”	2004
Produção, edição e divulgação do filme “Tribunal dos crimes da paz: o hospital psiquiátrico no banco dos réus”	2004
Apoio no julgamento do caso Damião Ximenes Lopes na Corte Interamericana de Direitos Humanos	2005
Mobilização e participação nas Conferências Nacionais de Saúde Mental	1992 2001 2010

Fonte: Elaborado pela autora.

A mobilização jurídico-política do MA também ocorreu através de ações de *advocacy* junto a órgãos de poder, de mediação institucional, com o objetivo de garantir o acesso aos direitos das pessoas com deficiência psicossocial, e de estímulo ao associativismo e à maior expressão dessas pessoas e suas familiares, promovendo a sua participação nos diversos níveis de decisão. Dentre essas iniciativas, destacam-se as TVs e rádios comunitárias, dando voz e visibilidade às pessoas com deficiência psicossocial, como a TV e Rádio TAN TAN, a TV PINEL, a Rede Parabolínica, dentre outras¹²⁷.

Como afirma Nabuco¹²⁸,

A *TV Pinel* surge como uma transformação cultural no cenário de novas experiências impulsionadas pelo Movimento Nacional de Luta Antimanicomial. Desta forma, os usuários saem da condição de pacientes, passivos, e se transformam em produtores, atores, câmeras, ou seja, cidadãos que produzem dentro de um contexto de resistência contra a segregação e o silenciamento a que foram submetidos por dois séculos. Ao mostrar uma nova imagem da loucura, os usuários passam a chamar a sociedade a refletir sobre o tratamento dispensado à loucura até então.

Ao longo dos últimos anos outras estratégias foram utilizadas pelo MA em sua luta pela concretização da Reforma Psiquiátrica, conforme aborda-

127 NABUCO, 2008.

128 2008, pp. 107-108.

das e estimuladas no “Manual de direitos e deveres dos usuários e familiares em saúde mental e drogas”¹²⁹, para ampliar as conquistas no cotidiano dos serviços de saúde mental e na vida desse grupo social. Através dessas estratégias, esse movimento explora a tensão entre emancipação e regulação presente na Constituição Federal de 1988¹³⁰. Tal Constituição e a Lei nº 10.216/2001 reconhecem direitos às pessoas com deficiência psicossocial que ainda não foram implementados ou que estão sendo implementados lentamente através da pressão do MA e de outros movimentos sociais e organizações. Ademais, outras normas decorrentes da Lei da Reforma Psiquiátrica carecem de regulamentação ou da atuação dos órgãos competentes para o seu cumprimento, como o Ministério Público Estadual em relação às internações involuntárias.

Como enfatizam Emerich, Campos e Passos¹³¹,

Torna-se fundamental que a temática dos direitos seja retomada e problematizada pela Reforma Psiquiátrica Brasileira, sob o risco de este catalisador e alicerce de seu movimento tornar-se apenas retórica, presente nos textos e discursos, vazio de sentido na vida dos usuários. Pensar a democracia psíquica extrapola o campo da saúde mental, comprometendo-nos com a construção de uma democracia social.

Que os sujeitos, loucos ou não, possam construir coletivamente formas de resistir ao esquecimento dos direitos humanos. E que a universalidade de acesso não seja pensada apenas a partir das portas concretas abertas mediante portarias legais, mas que, também, considere os interstícios que aquecem as relações de poder e silenciam sujeitos.

Nesse aspecto, identifica-se a percepção do direito como processo na mobilização jurídico-política empreendida pelo MA, que aponta a conquista da legislação que prevê direitos às pessoas com deficiência psicossocial como um instrumento e não como um fim da luta no campo da saúde mental, e, portanto, deve impulsionar novas estratégias de mobilização do direito, reforçando o poder desse grupo subalternizado. Além disso, o MA também vem discutindo alguns dispositivos problemáticos inseridos nessa

129 VASCONCELOS, 2014.

130 BRASIL, 1988a.

131 2014, p. 694.

legislação¹³², como as internações involuntárias e compulsórias, que têm se acentuado no país, configurando violações de direitos humanos.

Mesmo com a consolidação da Política Nacional de Saúde Mental, baseada na Lei da Reforma Psiquiátrica e em outros instrumentos jurídico-normativos que a ela se seguiram, os diversos grupos e segmentos do MA continuam promovendo mobilizações em torno das questões que se apresentam como desafios na implementação da Política: os hospitais psiquiátricos ainda em funcionamento no país; as denúncias de violências e maus tratos em hospitais psiquiátricos e comunidades terapêuticas; o processo de desinstitucionalização e garantia do direito à moradia para pessoas egressas de longas internações; a geração de emprego e renda; a persistência dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico; o financiamento público das comunidades terapêuticas com a sua inclusão na RAPS; a precarização dos serviços substitutivos que compõem a RAPS; a crescente privatização da gestão de tais serviços através das Organizações Sociais; além das práticas manicomializadas reproduzidas socialmente.

Enfim, vale registrar algumas mobilizações mais recentes em torno de dois fatos que trouxeram o tema da luta antimanicomial novamente para a centralidade dos debates nacionais: a nomeação de Valencius Wurch Duarte Filho como coordenador geral da Coordenação de Saúde Mental, Álcool e outras Drogas (CGMAD) do MS em 2015, que impulsionou o movimento “Fora Valencius”, que abrangeu várias ações¹³³, e a aprovação da Resolução nº 32, de 14 de dezembro de 2017, da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) do MS, que estabelece as diretrizes para o fortalecimento da RAPS¹³⁴, gerando uma série de reações de coletivos e segmentos do MA, que já haviam debatido o seu conteúdo no “Encontro de Bauru: 30 anos por uma sociedade sem manicômios”, em Bauru - SP, nos dias 08 e 09 de dezembro de 2017.

O psiquiatra Valencius Wurch Duarte Filho foi nomeado pelo então Ministro da Saúde, Marcelo Castro, como coordenador geral da CGMAD/MS, em dezembro de 2015. Tendo em vista o seu posicionamento contrário à Lei da Reforma Psiquiátrica e o histórico da sua atuação profissional na

132 BRASIL, 2001.

133 A “Ocupação Valente”, o “LoUcupa Brasília”, o “Abraça Raps”, além de audiências públicas no âmbito do legislativo federal, em Brasília, e estadual, como na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (SOUZA, 2016).

134 BRASIL, 2017a.

área da saúde mental, sobretudo como diretor de um hospital psiquiátrico no Rio de Janeiro¹³⁵, que foi interdito judicialmente no ano de 2012 pelas diversas violações de direitos humanos ali cometidas contra as pessoas internadas, segmentos do MA e de outros grupos e instituições passaram a questionar tal nomeação, apontando-a como o início de muitos retrocessos nas políticas públicas de saúde mental no país. Em documento enviado ao Ministro da Saúde com a assinatura de mais de 650 entidades, dentre conselhos de classe profissionais, segmentos do MA, universidades, grupos de pesquisa, familiares de usuárias e trabalhadoras do sistema público de saúde mental, associações e parlamentares, as subscritoras manifestaram preocupação em relação ao anúncio da referida nomeação, apontando-o como uma contraposição “ao compromisso do governo federal com a continuidade da Política Nacional de Saúde Mental, Álcool e outras Drogas, na perspectiva da garantia dos direitos humanos e do cuidado territorial e comunitário”¹³⁶.

Porém, mesmo com todas as manifestações contrárias, amplamente articuladas e divulgadas em veículos de comunicação e redes sociais, a referida nomeação ocorreu, o que acarretou uma grande reação do MA e de outros grupos e organizações que já estavam mobilizados. Algumas integrantes dos segmentos do MA juntamente com usuárias e trabalhadoras de serviços de saúde mental de diversas partes do país ocuparam a sala da CGMAD/MS no dia 15 de dezembro de 2015, reivindicando a exoneração do recém nomeado Valencius Wurch Duarte Filho e a nomeação de profissional com trajetória reconhecida e adequada à continuação dos avanços da Reforma Psiquiátrica¹³⁷.

Ao mesmo tempo, no mesmo dia 15 de dezembro, outra mobilização ocorria em várias cidades do país, que foi chamada de “Abraça RAPS” e reuniu usuárias e trabalhadoras dos serviços de saúde mental, bem como

135 Trata-se da Casa de Saúde Dr. Eiras (Paracambi - RJ), considerada o maior hospital psiquiátrico privado da América Latina, que já havia sido visitada pela I Caravana Nacional de Direitos Humanos promovida pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados no ano 2000, que constatou graves violações de direitos humanos nas suas dependências, conforme consta no seu relatório (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2000).

136 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE MENTAL (ABRASME) et al., 2015.

137 A ocupação denominada “Fora Valencius - contra o retorno da lógica manicomial” ou Ocupação Valente, como ficou mais conhecida (MEDEIROS; SILVA, 2017), foi amplamente divulgada através de uma *fan page* na rede social Facebook: <https://www.facebook.com/foravalencius/?fref=ts>. Acesso em: 26 abr. 2016.

familiares, que deram um abraço simbólico através de um círculo ao redor de tais serviços, em protesto à mudança na CGMAD/MS e em apoio à RAPS que está em processo de consolidação, de acordo com a Política Nacional de Saúde Mental. Outro ato nestes moldes foi realizado no dia 14 de janeiro de 2016, o “LoUcupa Brasília”, que mobilizou pessoas do país inteiro à capital federal para se juntar à manifestação pública organizada pelos grupos e segmentos do MA que já ocupavam a sala da CGMAD há um mês.

É importante realçar o apoio à ocupação por intelectuais e organizações de outros países que defendem a Reforma Psiquiátrica brasileira, como consultoras da OMS¹³⁸, e, ainda, através de uma carta de apoio escrita e divulgada no Encontro Internacional: “Uma sociedade sem isolamento”, em 17 de dezembro de 2017, em Trieste (Itália)¹³⁹.

A ocupação “Fora Valencius” durou cento e vinte e três dias, com várias atividades na sala da CGMAD/MS, alcançando ampla repercussão no país, através de notícias em jornais, *blogs*, *sites* e redes sociais. A sala somente foi desocupada no dia 15 de abril de 2016, em virtude de um Mandado de Reintegração de Posse¹⁴⁰, a partir de uma ação promovida pela União¹⁴¹. Tudo isso aconteceu em meio a uma conjuntura política turbulenta no Brasil, com a proximidade da votação do relatório do pedido de *impeachment* contra a presidenta Dilma Rousseff pela Câmara dos Deputados. No dia 17 de abril de 2016 o plenário da Câmara dos Deputados aprovou tal processo de *impeachment*, votando pela sua admissibilidade.

Nesse percurso, cabe enfatizar que outra estratégia utilizada por tais grupos do MA no período da ocupação foi a articulação junto a deputadas federais que apoiam a Reforma Psiquiátrica para a criação de uma Frente Parlamentar que agregasse mais peso político às mobilizações e se posicionasse publicamente de forma contrária a qualquer retrocesso nas políticas de saúde mental. Assim, no dia 06 de abril de 2016, foi criada a Frente Parlamentar em Defesa da Reforma Psiquiátrica e da Luta Antimanicomial¹⁴², constituída como “uma associação suprapartidária, sem fins lucrativos,

138 SOUZA, 2016.

139 LEMES, 2015.

140 Processo n. 0020633-90.2016.00043400.2.00600/00032 – 4ª Vara Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal.

141 SOUZA, 2016; MEDEIROS; SILVA, 2017.

142 DIAS, 2016.

com duração indeterminada, instituída no âmbito do Congresso Nacional, com atuação em todo o território nacional, com sede e foro na Capital Federal”, conforme consta no artigo 1º do seu estatuto¹⁴³.

Já no mês de maio, comemorado nacionalmente como o mês da Luta Antimanicomial, no qual diversas manifestações são organizadas pelos segmentos do MA, por associações de usuárias e familiares e secretarias de saúde municipais e estaduais, as atividades de mobilização em torno da exoneração de Valencius Wurch Duarte Filho continuaram. No dia 3 de maio de 2016 foi realizado um ato em frente ao prédio anexo do Ministério da Saúde, onde está localizada a sala da CGMAD, em referência à nomeação de cinco profissionais convidados por Valencius Wurch para trabalhar na sua equipe, dentre eles, um representante da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) (que já se manifestou algumas vezes de forma contrária à Política Nacional de Saúde Mental)¹⁴⁴, como continuidade das atividades das integrantes do MA após a desocupação da referida sala da Coordenação.

O fato é que no dia 6 de maio de 2016, Valencius Wurch Duarte Filho foi exonerado do cargo de Coordenador Geral de Saúde Mental Álcool e outras Drogas do MS¹⁴⁵. Cabe registrar que este cargo ficou vago até o mês de fevereiro de 2017, quando no dia 10, foi nomeado o psiquiatra Quirino Cordeiro Junior¹⁴⁶, com o apoio da ABP. Tal nomeação também foi criticada por segmentos do MA, que relacionam o novo coordenador ao retorno dos interesses financeiros do setor privado, o qual não observa a garantia dos direitos de pessoas com deficiência psicossocial. Nesse momento, Michel Temer já havia tomado posse como presidente da República, após o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, e nomeou Ricardo Barros como Ministro da Saúde, que foi alvo de críticas por profissionais da saúde, movimentos sociais e organizações como a ABRASCO, o CEBES e a ENSP, por conta das suas propostas, como os “planos acessíveis” (planos privados

143 De acordo com o Ato da Mesa da Câmara dos Deputados nº 69/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1449292.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

144 Disponível em: <https://www.facebook.com/foravalencius/posts/1696485280613673>. Acesso em: 7 mai. 2016.

145 Conforme a Portaria nº 916, publicada no Diário Oficial da União do dia 6 de maio de 2016.

146 Conforme a Portaria nº 434, de 10 de fevereiro de 2017, publicada no Diário Oficial da União do dia 13 de fevereiro de 2017.

de saúde com menor cobertura), e das mudanças na Política Nacional de Atenção Básica¹⁴⁷.

Na gestão de Quirino, dois momentos chamaram a atenção. O primeiro, no final de agosto/2017, numa reunião da CIT, na qual este coordenador da CGMAD/MS apresentou dados sobre o “Panorama e Diagnóstico da Política de Saúde Mental no Brasil”, acentuando os recursos financeiros aplicados pelo MS na RAPS e em outras ações sem comprovação de execução e a baixa taxa de ocupação dos leitos de saúde mental em hospitais gerais¹⁴⁸. O segundo momento, também numa reunião da CIT, em 14 de dezembro de 2017, que aprovou, sem qualquer discussão ou expressão do controle social¹⁴⁹, a Resolução nº 32, da CIT, a qual estabelece as diretrizes para o fortalecimento da RAPS¹⁵⁰.

Esta Resolução foi duramente criticada por integrantes e segmentos do MA, além de especialistas e organizações da área da saúde mental e da saúde coletiva, pois privilegia a internação, contrariando a priorização dos serviços comunitários, conforme prevista na Lei da Reforma Psiquiátrica¹⁵¹. Nesse sentido, vale frisar que dias antes da referida reunião, a PFDC lançou uma Nota Pública na qual aponta as ilegalidades e inconstitucionalidades das propostas apresentadas pelo MS¹⁵².

Observando esses acontecimentos no âmbito da Luta Antimanicomial, vale dizer que as pautas decorrentes da “Ocupação Fora Valencius” conseguiram agregar diversos atores do MA de várias partes do país e outros a ele ligados, mas, também, aglutinar novas forças e estratégias no enfrentamento público às possibilidades de retrocessos no campo da saúde mental.

147 Disponível em: http://dabsistemas.saude.gov.br/portaldab/noticias.php?conteudo=_&cod=2457. Acesso em: 20 dez. 2018.

148 Disponível em: http://publicbrasil.com.br/fehoesp360/11_2017/Panorama.pdf. Acesso em: 20 nov. 2017.

149 Nesta reunião estavam presentes o presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Ronald dos Santos, e o vice-presidente da ABRASCO, Paulo Amarante, que foram impedidos de falar pelo Ministro da Saúde (DIAS, 2017).

150 BRASIL, 2017a.

151 ALVES; DELGADO; TYKANORI, 2017; PINHO, 2017; http://www.abrasme.org.br/informativo/view?ID_INFORMATIVO=372. Acesso em: 20 out. 2018.

152 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/saude-mental/atuacao-do-mpf/nota-publica-gt-saude-mental-pfdc-modificacao-de-diretrizes-das-politicas-de-saude-mental-2017>. Acesso em: 20 out. 2018.

Ao analisar as ações realizadas no período da mencionada Ocupação, distinguindo-as em três frentes de luta simultâneas: a) as manifestações públicas de protesto nas ruas; b) as agendas institucionais que geraram audiências e extensa produção de documentos; e c) a “Ocupação Valente”, Medeiros e Silva¹⁵³ concluem que tanto a ocupação quanto os atos “Fora Valencius” deram um novo fôlego à Luta Antimanicomial no Brasil e “representaram uma importante possibilidade de exercício de aliança e organização dos distintos movimentos populares e entidades em defesa da Reforma Psiquiátrica”.

Por fim, é importante mencionar outra mobilização nacional significativa do MA que ocorreu nos dias 08 e 09 de dezembro de 2017, o “Encontro de Bauru: 30 anos por uma sociedade sem manicômios”, em Bauru – SP¹⁵⁴. Este encontro, que reuniu cerca de duas mil pessoas de quase todos os estados do Brasil, foi reconhecido como um momento de fortalecimento da Luta Antimanicomial. Os debates ali travados trouxeram as dimensões e os desafios da Luta Antimanicomial nas diferentes regiões do país, pautaram novos temas para a área da saúde mental, e, ainda, novas formas de enfrentamento e mobilização no contexto de sucateamento dos serviços de saúde mental e de retrocessos no âmbito do SUS¹⁵⁵.

Os vários coletivos e segmentos do MA presentes no Encontro de Bauru também se debruçaram sobre as propostas do MS que apresentavam ameaças à consolidação e ao fortalecimento da RAPS no país, se manifestando de forma contrária às mesmas. Porém, elas acabaram sendo aprovadas, como relatado acima, com a publicação da Resolução nº 32/2017, e com a Portaria nº 3.588, de 21 de dezembro de 2017, do MS¹⁵⁶. Na plenária final, foram lidas as propostas construídas para os eixos de luta e estratégias de resistência, que emergiram das Rodas de Conversa temáticas ali realizadas, e a Carta de Bauru – 30 anos¹⁵⁷, discutida e aprovada após as mudanças sugeridas, refletindo as múltiplas correntes e tendências do MA.

153 2017, p. 31.

154 Disponível em: <https://www.facebook.com/events/241599543020086>. Acesso em: 26 dez. 2017.

155 RELATÓRIO, 2017.

156 BRASIL, 2017b.

157 RELATÓRIO, 2017.

Nesse percurso, mesmo sob a vigência da Lei da Reforma Psiquiátrica, foram editadas novas Portarias que contrariam os seus princípios. É o que se observa com a Portaria nº 3.659, de 14 de novembro de 2018, que suspendeu o repasse do recurso financeiro destinado ao incentivo de custeio mensal de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), Unidades de Acolhimento (UA) e de Leitos de Saúde Mental em Hospital Geral, integrantes da RAPS, por ausência de registros de procedimentos nos sistemas de informação do Sistema Único de Saúde (SUS) e a Portaria nº 3.718, de 22 de novembro de 2018, que informa lista de Estados e Municípios que receberam recursos referentes à parcela única de incentivo de implantação dos dispositivos que compõem a RAPS e não executaram o referido recurso. Tem-se, ainda, a publicação da Nota Técnica nº 11/2019¹⁵⁸, que evidencia a tentativa do atual MS de desmontar a RAPS e criar um “novo modelo” que traz de volta a centralidade do hospital psiquiátrico.

E, mais recentemente, no final de 2020, em meio à pandemia da Covid-19, o Ministério da Saúde criou um grupo de trabalho para repensar os serviços de saúde mental e revogar as portarias relacionadas à política de saúde mental, o que pode colocar em risco o modelo de atenção psicossocial, trazendo mais retrocessos. Para enfrentar tais situações, foi criada a Frente Ampliada em Defesa da Saúde Mental, da Reforma Psiquiátrica brasileira e da Luta Antimanicomial (FASM), instituída no dia 4 de dezembro de 2020, composta por usuárias dos serviços de saúde mental, suas familiares e trabalhadoras, estudantes, entidades e movimentos sociais de todas as regiões do país. Esta Frente Ampliada tem como objetivo a defesa do cuidado em saúde mental em liberdade, especialmente diante dos contínuos ataques para o desmonte da Política Nacional de Saúde Mental e retrocessos na consolidação da Reforma Psiquiátrica brasileira, impulsionados desde o ano de 2016.

3. Conclusão

A partir dos registros acima e de acordo com Roberto Lyra Filho (1980, 1982), a metáfora da rua como espaço público se concretiza na atuação do Movimento Antimanicomial, que conseguiu demonstrar a importância da

158 BRASIL, 2019.

mobilização política para continuar avançando nas conquistas da Reforma Psiquiátrica, uma vez que estas não se reduzem à aprovação de uma lei. Nesse sentido, O Direito Achado na Rua traz uma concepção de direito que “emerge, transformadora, dos espaços públicos – a rua – onde se dá a formação de sociabilidades reinventadas que permitem abrir a consciência de novos sujeitos para uma cultura de cidadania e de participação democrática”¹⁵⁹.

Analisando a atuação do MA, identifica-se que o direito que dele emerge não se constitui como ordem estagnada. Na perspectiva histórico-dialética do direito, debatida por Roberto Lyra Filho¹⁶⁰ e constitutiva de O Direito Achado na Rua¹⁶¹, resta clara a presença da visão histórica no processo de conquista dos direitos no âmbito da Luta Antimanicomial, que não se coaduna com a concepção liberal da conquista dos direitos, pela qual o direito reconhecido e expresso em normas jurídicas seria suficiente para garantir sua efetividade.

Nesse sentido, o que se observou nos últimos anos no âmbito das ações do MA foi a tentativa de que a Lei nº 10.216/2001 não se tornasse “letra morta”, ou seja, de que o seu texto não deixasse de ser efetivamente implementado. Isso se deu, por exemplo, com a atuação de diversas associações de usuárias e familiares que passaram a exercer o controle social das políticas públicas de saúde mental implantadas nos estados e municípios, seja a partir da sua atuação nos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, seja em audiências públicas, reuniões de orçamento participativo, mobilizações pelo passe livre na saúde mental, pesquisas avaliativas dos serviços substitutivos de saúde mental ou nas Conferências de Saúde Mental.

Assim, embora a referida lei tenha gerado avanços importantes, ainda são necessárias reformulações drásticas e consistentes na legislação e políticas públicas do país para que impulsionem novas práticas e conceitos sobre transtorno mental, deficiência psicossocial, capacidade de entendimento e ação, cuidado e tratamento, visando a garantia dos direitos desse grupo social. Ademais, na conjuntura política e social atual do Brasil, além da resistência, novas estratégias de participação social são imprescindíveis para fazer frente a esse desmonte no campo da saúde mental. O momento de fortalecimento da Luta Antimanicomial em Bauru, em dezembro de 2017,

159 SOUSA JUNIOR, 2008, p. 277.

160 1982.

161 SOUSA JUNIOR, 2008.

precisa se materializar em ações de mobilização para que os coletivos e movimentos possam seguir lutando “Por uma sociedade sem manicômios”.

Como pode ser observado a partir da Frente Ampliada em Defesa da Saúde Mental, da Reforma Psiquiátrica brasileira e da Luta Antimanicomial (FASM) e da sua Carta de Apresentação da Conferência Popular Nacional da Saúde Mental¹⁶², é possível afirmar a concretização do potencial emancipatório do direito a partir da atuação do MA, tendo em vista que a luta pela garantia dos direitos das pessoas com deficiência psicossocial está sendo mobilizada politicamente, de forma ampla, com a participação popular e em interlocução com instituições minimamente independentes e eficientes. Destaca-se, também, uma das questões apontadas por Santos¹⁶³: a possibilidade de a luta jurídica gerar alterações legislativas e interpretações das leis conforme o direito dos oprimidos.

No caso do MA, na sua mobilização jurídico-política mais recente, a partir da criação da FASM, na Carta de Apresentação retrocitada, se constata que “a FASM reconhece a importância do protagonismo das usuárias e dos usuários na defesa dos direitos, nas Redes Antimanicomiais, na Reforma Psiquiátrica, na desinstitucionalização dos manicômios, na defesa do SUS e contra o higienismo social”¹⁶⁴. E é a partir desse protagonismo que se constrói o direito desses oprimidos (pessoas com deficiência psicossocial), como instrumento para a desconstrução da realidade manicomial, refletindo as experiências da Reforma Psiquiátrica brasileira nos últimos trinta anos, com a destituição da centralidade do manicômio e a criação de diversos serviços abertos de saúde mental. Isso corrobora que “os direitos não são resultado de uma norma, mas de um processo de luta, de construção coletiva, ou seja, através da atuação do sujeito coletivo de direito”¹⁶⁵.

Referências

ALVES, Domingos; DELGADO, Pedro; TYKANORI, Roberto. Retrocesso na saúde mental? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 dez. 2017. Dispo-

162 FASM, 2021.

163 SANTOS, 2014.

164 FASM, 2021, p. 2.

165 CORREIA, 2018, p. 47.

- nível em: <http://m.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/12/1943135-retrocesso-na-saude-mental.shtml>. Acesso em: 20 out. 2018
- AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. Loucura, cultura e subjetividade: conceitos e estratégias, percursos e atores da Reforma Psiquiátrica brasileira. In: FLEURY, Sonia (Org.). *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.
- AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.
- AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. Manicômio e loucura no final do século e do milênio. In: FERNANDES, Maria Inês Assumpção; SCARCELLI, Ianni Régia; COSTA, Eliane Silva (Orgs.). *Fim de século: ainda manicômios?* São Paulo: Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, 1999.
- ANDRADE, Orlando Aragón; SANTOS, Boaventura de Sousa. Revisitando “Poderá o direito ser emancipatório?”. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, pp. 1-25, 2015.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE MENTAL (ABRASME); CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS EM SAÚDE (CEBES); CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP); CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA 21ª REGIÃO – PIAUÍ (CRP-PI); INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO (IMS-UERJ); MOVIMENTO NACIONAL DA LUTA ANTI-MANICOMIAL (MNLA); REDE NACIONAL INTERNÚCLEOS DA LUTA ANTIMANICOMIAL (RENILA). 2015. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/12/Nota-ao-CNS.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.
- BASAGLIA, Franco. *A instituição negada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- BASAGLIA, Franco. *Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- BICHO de Sete Cabeças. Direção de Laís Bodanski. Brasil: Columbia TriStar, RioFilme, 2000 1 DVD (90 min.).
- BONIS, Gabriel. A pobreza leva à loucura. *Carta Capital*, [S.I.], 29 mai. 2013. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-pobreza-leva-a-loucura-3431.html>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BORGES, Nadine. *Damião Ximenes: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988a.

- BRASIL. *Decreto nº 24.559/1934, de 3 de julho de 1934*. Brasília, DF: Presidência da República, 03 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559impresao.htm.
- BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Brasília, DF: Presidência da República, 06 de abr. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *I Conferência Nacional de Saúde Mental: relatório final/ 8. Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1988b.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.588, de 21 de dezembro de 2017*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 21 dez. 2017b. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt3588_22_12_2017.html. Acesso em: 09 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 434, de 10 de fevereiro de 2017*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 10 fev. 2017c. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/137182892/dou-secao-2-13-02-2017-pg-41>. Acesso em: 20 out. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 916, de 6 de maio de 2016*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 6 maio 2016. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/06fbac7e14905e-2b745fcd8599b5ebc7246eb0d8.PDF>. Acesso em: 20 out. 2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Relatório final da 2ª Conferência Nacional de Saúde Mental*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Assistência à Saúde, Departamento de Assistência e Promoção à Saúde, Coordenação de Saúde Mental, 1994.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Intergestores Tripartite. *Resolução nº 32, de 14 de dezembro de 2017*. 2017a. Estabelece as Diretrizes para o Fortalecimento da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS).
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação-Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Nota Técnica nº 11/2019*.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Direito é qualidade: kit de ferramentas de avaliação e melhoria da qualidade e dos direitos humanos em serviços de saúde mental e de assistência social*. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.
- BRASIL. Sistema Único de Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Relatório Final da III Conferência Nacional de Saúde Mental*. Brasília, 11 a 15 de

- dezembro de 2001. Brasília: Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, 2002.
- BRASIL. Sistema Único de Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Comissão Organizadora da IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersectorial. *IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersectorial: relatório final*. Brasília, 27 de junho a 1 de julho de 2010. Brasília: Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, 2011.
- BUENO, Austregésilo Carrano. *Canto dos Malditos*. São Paulo: Lemos Editorial, 2000.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. CARAVANA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, Primeira. *Uma amostra da realidade manicomial brasileira: relatório*. Brasília: Centro de Documentação e Informação Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/memoria%20da%20loucura/projetos_e_publicacoes/Caravana.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.
- CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei 10.216/2001*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2005.
- COLETIVO GATO SECO. Pequena biografia de Austregésilo Carrano Bueno. *Frente Estadual Antimanicomial de São Paulo*, São Paulo, 12 maio 2014. Disponível em: <https://antimanicomialsp.wordpress.com/tag/austregesilo-carrano-bueno/>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Tribunal dos crimes da paz: o hospital psiquiátrico no banco dos réus*. (Vídeo). Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2004. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=x8d1ksPo0xs>. Acesso em: 20 out. 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA; ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Inspeção nacional de unidades psiquiátricas em prol dos direitos humanos: uma amostra das unidades psiquiátricas brasileiras*. Brasília: [s.n.], 2004. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuaacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude-mental/Relatorio_Inspecao_Unidades_Psiquiatricas.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA; RENILA. *IV Conferência Nacional de Saúde Mental – Intersectorial Por uma IV Conferência Antimanicomial: contribuições dos usuários*. Brasília: CFP, 2010. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/03/conferencia_final.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

- CORREIA, Ludmila Cerqueira. O Movimento Antimanicomial: Movimento Social de Luta pela Garantia e Defesa dos Direitos Humanos. *Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 5, n. 8, pp. 83-97, 2006.
- CORREIA, Ludmila Cerqueira. *Por uma pedagogia da loucura: experiências de assessoria jurídica popular universitária no contexto da Reforma Psiquiátrica brasileira*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.
- DEL ROIO, Marcos. Gramsci e a emancipação do subalterno. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 29, pp. 63-78, nov. 2007.
- DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. *As razões da tutela*. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.
- DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Saúde mental e direitos humanos: 10 anos da Lei 10.216/2001. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 63, pp. 114-121, 2011a.
- DELGADO, Pedro Gabriel Godinho. Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12, n. 16, pp. 4701-4706, 2011b.
- DIAS, Bruno C. Movimentos da luta antimanicomial lançam frente parlamentar e encontro. ABRASCO, Rio de Janeiro, 4 abr. 2016. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/movimentos-sociais/movimentos-da-luta-antimanicomial-lancam-frente-parlamentar-e-encontro/17001>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- DIAS, Bruno C. Retrocesso na Saúde Mental: CIT aprova novas diretrizes da CGMAD/MS. ABRASCO, Rio de Janeiro, 14 dez. 2017. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/sistemas-de-saude/retrocesso-na-saude-mental-cit-aprova-novas-diretrizes-da-cgmad-ms/32530/>. Acesso em: 20 out. 2018.
- DUARTE, Madalena. O acesso dos movimentos sociais ao direito e à justiça: uma discussão por fazer. *Revista Manifesto – Justiça: Olhares sobre a Cegueira*, Lisboa, n. 7, pp. 33-41, 2004.
- DUARTE, Madalena. Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. *Oficina CES*, Lisboa, n. 170, 2007.
- EMERICH, Bruno Ferrari; CAMPOS, Rosana Onocko; PASSOS, Eduardo. Direitos na loucura: o que dizem usuários e gestores dos Centros de Atenção Psicossocial. *Interface*, Botucatu, v. 18 n. 51, pp. 685-696, 2014.
- FAZENDA, Isabel. *O puzzle desmanchado: saúde mental, contexto social, reabilitação e cidadania*. Lisboa: CLIMEPSI, 2008.

- FASM. Frente Ampliada em Defesa da Saúde Mental, da Reforma Psiquiátrica e Luta Manicomial. *Carta de Apresentação da 1ª Conferência Popular Nacional da Saúde Mental Antimanicomial 2021*. [S.I.], 2021. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1ask055zQ3F96Lkb-GHh21OHV6onfZpj2r/view>. Acesso em: 22 mar. 2021.
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- GALENDE, Emiliano; KRAUT, Alfredo Jorge. *El sufrimiento mental: el poder, la ley y los derechos*. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2006.
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Edição e tradução de Luiz Sérgio Henriques; co-edição, Carlos Nelson Coutinho e Marco Aurélio Nogueira. 5. v. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- LEMES, Conceição. Consultores da OMS se unem a entidades brasileiras contra novo diretor de Saúde Mental. *VioMundo*, [S.I.], 22 dez. 2015. Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/denuncias/consultores-da-oms-se-unem-a-entidades-brasileiras-contra-novo-diretor-de-saude-mental-movimentos-sociais-protestam-em-todo-o-pais.html>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- LIRA, Renata; DIAS, Rafael Mendonça. A Saúde Mental na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Jurídica Consulex*, [S.I.], v. xiv, p. 43-44, 2010. Disponível em: <http://global.org.br/programas/a-saude-mental-na-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- LOCH, Alexandre Andrade; CHIANCA, Camille; ALVES, Tania Maria; FREITAS, Elder Lanzani; HORTÊNCIO, Lucas; ANDRADE, Julio Cesar; BILT, Martinus Theodorus van de; FONTONI, Marcos Roberto; SERPA, Mauricio H.; GATTAZA, Wagner Farid; RÖSSLER, Wulf. Poverty, low education, and the expression of psychotic-like experiences in the general population of São Paulo, Brazil. *Psychiatry Research*, [S.I.], v. 253, p. 182–188, 2017. <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2017.03.052>.
- LUCHMANN, Lígia Helena Hahn; RODRIGUES, Jefferson. O movimento antimanicomial no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, pp. 399-407, mar./abr. 2007.
- LUZIO, Cristina Amélia; L'ABBATE, Solange. A reforma psiquiátrica brasileira: aspectos históricos e técnico-assistenciais das experiências de São Paulo, Santos e Campinas. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 10, n. 20, pp. 281-98, jul/dez 2006.

- LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- LYRA FILHO, Roberto. *Pesquisa em QUE Direito?* Brasília: Edições Nair Ltda, 1984.
- MEDEIROS, Larissa Gonçalves; SILVA, Alyne Alvarez. A Ocupação Valente e a luta contra os retrocessos na Reforma Psiquiátrica brasileira em tempos de golpe. In: *Conversações transversais entre Psicologia política, social e institucional como planos dos direitos, educação e saúde*. Curitiba: CRV, 2017.
- NABUCO, Edvaldo. *Da reclusão à criação: construção da memória dos usuários do Movimento Nacional de Luta Antimanicomial*. Dissertação (Mestrado em Memória Social) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
- OMS. *Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2020. Informe de Secretaría*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2013. Disponível em: https://www.who.int/mental_health/publications/action_plan/es/. Acesso em: 10 mar. 2021.
- ONG MEU SONHO NÃO TEM FIM. A pobreza que leva a loucura. [S.I.], [s.d.]. Disponível em: <http://www.meusonhonaotemfim.org.br/download.asp>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- PASSOS, Rachel Gouveia. Luta Antimanicomial no Cenário Contemporâneo: desafios atuais frente a reação conservadora. *Sociedade em Debate*, Pelotas, v. 23, n. 2, p. 55-75, jul./dez. 2017.
- PATHARE, Soumitra. *Discrimination against persons with mental disorders: the importance of the legal capacity*. Pune: D G Copiers, 2014.
- PEREIRA, Rosemary Corrêa. *Políticas de saúde mental no Brasil: o processo de formulação da lei de reforma psiquiátrica (10.216/01)*. Tese (Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004.
- PINHO, Leonardo. Crônicas do Retrocesso: A desconfiguração da Política Nacional de Saúde Mental, Álcool e outras Drogas. *Psicanalistas pela democracia*, [S.I.], 17 dez. 2017. Disponível em: <http://psicanalisedemocracia.com.br/2017/12/cronicas-do-retrocesso-a-desconfiguracao-da-politica-nacional-de-saude-mental-alcool-e-outras-drogas/>. Acesso em: 20 out. 2018.
- RELATÓRIO final do encontro de Bauru: 30 anos de luta “por uma sociedade sem manicômios”. In: POR UMA SOCIEDADE SEM MANICÔ-

- MIO, 2017, Bauru. *Relatório Final* [...]. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2017/12/CARTA-DE-BAURU-30-ANOS.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.
- ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, [S.l.]; v. 8, n. 15, pp. 93-113, dez. 2011.
- ROSENTHAL, Eric; SUNDRAM, Clarence J. *The role of international human rights in national mental health legislation*. Geneva: World Health Organization, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, pp. 3-76, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César Augusto Rodríguez. *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contra-hegemónica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; GARAVITO, César Augusto Rodríguez (Coords.). *La globalización y el derecho desde abajo*. Hacia una legalidad cosmopolita. México DF: UAM-C / Anthropos, 2007.
- SILVA, Janaína Lima Penalva da. *O direito fundamental à singularidade do portador de sofrimento mental: uma análise da Lei nº 10.216/01 à luz do princípio da Integridade do Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (Org.). *A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2001.
- SIMIONATTO, Ivete. Classes subalternas, lutas de classe e hegemonia: uma abordagem gramsciana. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 12, n. 1 pp. 41-49 jan./jun. 2009.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

- SOUZA, Paula Clapp de. *Para além do Fora Valencius: as forças militantes e a Reforma Psiquiátrica*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Saúde Mental e Atenção Psicossocial) – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2016.
- SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- VASCONCELOS, Eduardo Mourão. Desafios políticos no campo da saúde mental na atual conjuntura: uma contribuição ao debate da IV Conferência Nacional. In: VASCONCELOS, Eduardo Mourão. (Org.). *Desafios políticos da reforma psiquiátrica brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2010.
- VASCONCELOS, Eduardo Mourão. Impasses políticos atuais do Movimento Nacional de Luta Antimanicomial (MNLA) e propostas de enfrentamento: se não nos transformarmos, o risco é a fragmentação e a dispersão política! *Cadernos Brasileiros de Saúde Mental*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, pp. 57-67, jan./jun. 2012.
- VASCONCELOS, Eduardo Mourão (Coord.). *Manual de direitos e deveres dos usuários e familiares em saúde mental e drogas*. Rio de Janeiro: Escola do Serviço social da UFRJ; Brasília: Ministério da Saúde, Fundo Nacional de Saúde, 2014.
- VASCONCELOS, Eduardo Mourão. *O poder que brota da dor e da opressão: empowerment, sua história, teorias e estratégias*. São Paulo: Paulus, 2003.
- VASQUEZ, Javier; ALMEIDA, José Miguel Caldas de. Salud mental y derechos humanos: un nuevo enfoque. *Revista Átopos*. Vol. 2. Madrid: Exlibris Ediciones, 2004.
- YASUI, Silvio. *Rupturas e encontros: desafios da Reforma Psiquiátrica brasileira*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO QualityRights tool kit: assessing and improving quality and human rights in mental health and social care facilities*. Geneva: World Health Organization, 2012.

Recebido em 05 de março de 2019.

Aprovado em 28 de fevereiro de 2021.

RESUMO: Este artigo objetiva analisar a mobilização jurídico-política do Movimento Antimanicomial no Brasil para a afirmação e garantia dos direitos das pessoas com deficiência psicossocial e para a consolidação da Reforma Psiquiátrica. Para tanto, identificam-se e analisam-se as estratégias adotadas pelo Movimento Antimanicomial para a aprovação da Lei nº 10.216/2001 e da Política Nacional de Saúde Mental. Toma-se como referencial os pressupostos teórico-práticos de *O Direito Achado na Rua*, com a concepção de Direito de Roberto Lyra Filho e de José Geraldo de Sousa Junior, e as construções teóricas de Boaventura de Sousa Santos acerca do cosmopolitismo subalterno e da globalização contra-hegemônica. Observa-se que a metáfora da rua como espaço público se concretiza na atuação do Movimento Antimanicomial, que conseguiu demonstrar a relevância da mobilização política para continuar avançando nas conquistas da Reforma Psiquiátrica brasileira. Conclui-se que mesmo com os avanços alcançados, ainda são necessárias reformulações drásticas e consistentes nas políticas públicas do país para que impulsionem novas práticas e conceitos sobre sofrimento mental, capacidade de entendimento e ação, cuidado e tratamento, visando a garantia dos direitos desse grupo social subalternizado.

Palavras-chave: Movimento antimanicomial, mobilização jurídico-política, *O Direito Achado na Rua*; cosmopolitismo subalterno.

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal-political mobilization of the Anti-asylum Movement in Brazil for the affirmation and guarantee of the rights of the people with psychosocial disabilities and for the consolidation of the Psychiatric Reform. It identifies and analyzes the strategies adopted by the Anti-Asylum Movement for the approval of Law nº 10.216/2001 and the National Mental Health Policy. Take as reference the theoretical and practical assumptions of *The Law Found on the Street*, with the conception of Law by Roberto Lyra Filho and José Geraldo de Sousa Junior, and theoretical constructs of Boaventura Santos about subaltern cosmopolitanism and globalization counter-hegemonic. The metaphor of the street as a public space is concretized in the work of the Anti-Asylum Movement, which was able to demonstrate the relevance of the political mobilization to continue advancing in the achievements of the Brazilian Psychiatric Reform. Even with the advances achieved, drastic and consistent reformulations of the country's public policies are still necessary to foster new practices and concepts about mental suffering, care and treatment, aiming at the guarantee rights of this subalternized group.

Keywords: anti-asylum Movement, political-legal mobilization, *The Law Found on the Street*, subaltern cosmopolitanism.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: CORREIA, Ludmila Cerqueira. A mobilização jurídico-política do Movimento Antimanicomial no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1227>.

Estado Socioambiental de Direito e Direitos Humanos: os danos de Belo Monte a partir da perspectiva de gênero

*Socio-environmental State of Law and Human Rights:
Belo Monte's damages from the gender perspective*

Marcelo Cesar Bauer Pertille*

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

Thais Silveira Pertille**

Universidade Federal de Santa Catarina – SC, Brasil

1. Introdução

Considerando as noções de Estado Socioambiental de Direito, tem-se como premissa que considerável dimensão da dignidade humana pode ser extraída da relação dos cidadãos com o meio ambiente natural. Constitui-se essa interação também na efetivação do princípio constitucional da solidariedade, manifestado, dentre outras formas, em respeito às gerações futuras.

Porém, em que pesem todas as garantias estabelecidas por essa modalidade de Estado, a prática tem demonstrado, das mais diversas formas,

*Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela UNIVALI. Professor de Direito Penal e de Direitos Humanos do curso de graduação em Direito da UNIVALI/São José. Membro do grupo de pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime da PUCRS. Professor e coordenador do Rico Domingues Jurídico. Advogado. E-mail: marcelopertille@yahoo.com.br. Orcid: 0000-0003-0083-450X.

**Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora do Observatório de Justiça Ecológica da Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada. E-mail: thaispertille@gmail.com. Orcid: 0000-0003-2939-8238.

a falha em sua implementação no que tange seu mote protetor. Exemplo latente disso é o caso da instalação da Usina de Belo Monte no Pará e os consequentes desastres ambientais e humanos nas fases pré e pós-implantação do projeto.

Nesse âmbito, o objetivo deste artigo é analisar gênero e ambiente e seus traços comuns na perspectiva de desenvolvimento em andamento no Brasil, especialmente no caso da implantação da Usina de Belo Monte.

Tendo-se em mente que na seara acadêmica nomina-se paradigma aquilo que exemplifica de forma clara e concreta os fenômenos que em teoria são debatidos, a Amazônia, pelos mitos que a envolve, por sua extensão geográfica, história, povos e seres que a habitam, sobrevive, desde a chegada dos europeus, como um acurado paradigma da influência internacional no modo de existir do ambiente e de seus seres. Primeiro pelo eurocentrismo e a legitimação cristã e, atualmente, pela globalização que possibilita a influência estrangeira, agora legitimada pelo discurso do desenvolvimento.

Os impactos socioambientais causados pela construção e funcionamento de Belo Monte, em especial os que atingiram a comunidade ribeirinha, serão tomados a partir da divisão das dez capacidades elencadas pela autora Martha Nussbaum em duas frentes de violações. A primeira diz respeito à conexão das pessoas com o ambiente natural como reflexo de dignidade humana; a segunda procura analisar como variados cenários de violência social aumentaram exponencialmente por conta da destituição das capacidades das deslocadas ambientais de Belo Monte.

Com esse mote, o primeiro tópico versará acerca da formação do Estado Socioambiental de Direito brasileiro. Para a compreensão que se entende necessária acerca do que se tem por justiça no Brasil quanto à relação entre seres humanos e ambiente natural, fundamental guardar algumas transformações estruturais na formação de Estados que passaram a incluir em suas normas de organização política os temas ambientais.

Por isso é que o primeiro tópico se destina a um resgate do que possibilitou a inclusão da tutela do meio ambiente no âmbito jurídico, visando à preservação de ecossistemas diante de práticas atentatórias à sustentabilidade ambiental. Para isso, a virada nos movimentos constitucionais da segunda metade do século passado constituiu-se em marco de fundamental importância, haja vista a inclusão, a partir desse período, de critérios éticos atrelados à valorização da dignidade humana na função de interpretação das leis.

Até essa época, apesar da modernidade ter se instaurado em busca da valorização dos direitos individuais, questões ligadas aos modelos de produção econômica, que originaram as revoluções industrial e tecnológica, impediam uma igualdade de proteção social e jurídica a todos. Ademais, fruto do positivismo, a teleologia da interpretação das normas transformava o sistema jurídico em algo denso, estável, impossível de se moldar às situações concretas. O segundo pós-guerra trouxe a importância da interpretação das normas a partir de aspectos morais, tendo se iniciado uma declarada busca pelo bem-estar dos seres humanos e sua forma livre sob variados aspectos. Nessa perspectiva, o Estado de Direito deixou de ser concebido como mera organização política regida por leis, mas sim como ente constituído sob formato destinado, em seu fim último, à execução do compromisso ético de satisfação dos ideais humanitários.

A ecologização do Estado de Direito enquadra-se nesta busca pela viabilidade da dignidade humana quando define que a satisfação dos direitos fundamentais dos indivíduos tem ligação imanente com o meio ambiente equilibrado. Desastres ambientais, fruto da geração de riscos sem os necessários cuidados, evidenciaram o potencial lesivo das atividades humanas ao meio ambiente, incentivando a discussão sobre novas práticas ecológicas e redundaram em formatos de Estados Socioambientais de Direito que redimensionaram estruturas legais dos Estados e, nessa toada, estimularam o necessário debate quanto à atuação do sistema jurídico nessas questões.

Na sequência, o segundo tópico pretende demonstrar a falha na implementação desse ideal de Estado no que tange seu mote protetor. Para tanto, levanta-se o exemplo da instalação da Usina de Belo Monte no Pará e os consequentes desastres ambientais e humanos nas fases pré e pós-implementação desse projeto industrial.

Por fim, avalia-se a necessidade de que todos os atores sociais sejam contemplados. Objetivando repensar os modelos não só de Estado, mas do próprio sentido de igualdade, é que a partir deste ponto passa-se a analisar de que modo o gênero, como identificação social, está imbricado com as consequências trazidas com a chegada da Usina de Belo Monte. Pretende-se demonstrar que a injustiça de gênero é agravada em um processo de subalternização naturalizado e que impede a implantação de um verdadeiro Estado de Direito Socioambiental que resta suprimido pelo discurso do desenvolvimento e do progresso.

2. A formação do Estado Socioambiental de Direito no Brasil e a garantia dos Direitos Humanos

Não há dúvida de que a análise das bases teóricas daquilo que a partir da segunda metade do século XX passou a ser chamado de Estado de Direito Ambiental é tema complexo e que apresenta diversas variáveis. Essa conclusão permite, desde já, que seja necessário fazer a advertência de que a limitação da abordagem que ora se inicia sobre a inserção da importância da ecologia no raio de preocupação das normas, sobretudo no âmbito constitucional, centrar-se-á em demonstrar a relevância do tema diante da indispensável tutela do meio ambiente natural como meio de fruição dos direitos humanos em espaços de democracia.

Para compreensão desse ideal de Estado de Direito Socioambiental remonta-se ao começo do século XX que, marcado pela revolução industrial, nascida na Grã-Bretanha, recebeu forte influência do movimento de independência dos Estados Unidos, bem como das ideias iluministas que sustentaram a revolução francesa. O modelo econômico de produção passou a constituir o foco das sociedades ocidentais com o objetivo de acúmulo de capital. Esse arquétipo fomentou processos de industrialização e de inovação científica que começaram a compor um entendimento de desenvolvimento humano ainda em curso. Nas palavras de Oswaldo Rivero “a ciência não possibilitou ao homem conceder alma às máquinas asimovianas, contudo, a partir dela, a civilização atingiu níveis de desenvolvimento jamais vistos, mesmo sob a forte crítica de um ‘mito do desenvolvimento’”¹. Segundo o autor, no começo do século XXI, os países latino-americanos não haviam conseguido tornar-se parte dos países capitalistas desenvolvidos e permaneceram em uma corrida pelo pretenso progresso nos quais definham seus recursos naturais e humanos.

A partir daí surgem questões como o gerenciamento dos chamados riscos ambientais dessa revolução industrial e tecnológica da segunda metade do século passado. Conforme Beck², a ciência, com liberdade de atuação e recebendo fortes incentivos para pesquisas, justificava os eventuais impactos negativos de alguns de seus projetos e fracassos de suas tentativas experimentais com a necessidade de desenvolver cada vez mais novos métodos de produção e acumulação.

1 RIVERO, 2002, p. 48.

2 BECK, 2009, p. 61.

As consequências desse arranjo de uso desmedido dos recursos naturais não demoraram a demonstrar sua face destrutiva com a derrubada de florestas inteiras e extinção de espécies da fauna e flora. Além disso, o crescimento populacional demonstrava que a oferta produzida pelas indústrias não seria suficiente a esse novo contingente. Em 1972 publicou-se o relatório do Clube de Roma, intitulado *Os limites do crescimento*; segundo as conclusões nele apresentadas, o Planeta Terra não suportaria o crescimento populacional devido à pressão gerada sobre os recursos naturais e energéticos e ao aumento da poluição.

Tais problemas já evidenciavam uma crise ecológica, que pode ser contextualizada como “consequência da adoção de um modelo de civilização preponderantemente utilitarista e desenvolvimentista, pautado na economia, que tem depredado a natureza e exaurido os recursos naturais existentes”³. Essa percepção motivou diversos setores e grupos sociais na defesa da natureza, sendo que essa movimentação culminou no surgimento de valores e práticas no ceio comunitário.

Ainda assim, é visível que a crença otimista em recursos infundáveis, perpetuada com o ideal de desenvolvimento e refletida no crescimento econômico desde a revolução industrial, permanece vigente. E não somente em uma visão privada de empreendimento, mas também partindo das noções de governabilidade e implementação de políticas públicas, nota-se a afirmação da ideia de que o “desenvolvimento é tarefa e virtude exclusiva e, principalmente, do capital. Mais ainda, têm entendido que somente o grande capital teria o impulso capaz de desenvolver a região, dada sua grande extensão”⁴.

Diante desse cenário, foi necessário o furor público para que não se pudesse mais fugir à percepção da falência do modo utilitarista de se compreender a natureza. Tornou-se urgente migrar para um modelo de Estado sustentável, evoluindo de sua concepção centrada somente nos indivíduos para conceber um aporte mais amplo de responsabilidades.

O Estado Socioambiental de Direito, por sua vez, é decorrente da necessidade premente de convergência das pautas “sociais e ambientais em um mesmo projeto jurídico e político”⁵. Peter Häberle afirma que os ob-

3 WOLKMER; PAULITSCH, 2013, p. 257.

4 LOUREIRO, 2002.

5 FENSTERSEIFER, 2008, p. 1.

jetivos do Estado Ambiental, assim como do Estado Social, em seu conteúdo fundamental, são consequências do dever jurídico-estatal de respeito e proteção da dignidade humana, no sentido de uma “atualização viva do princípio”, considerados os novos valores humanos que são incorporados ao seu conteúdo normativo, o que acaba por exigir uma medida mínima de proteção ambiental⁶.

A essa nova estrutura de Estado de Direito, a doutrina reconheceu princípios basilares, delimitando-os na precaução, prevenção, responsabilização, poluidor pagador, participação, cidadania, democracia, informação, proibição do retrocesso ecológico e mínimo existencial ecológico. Importante salientar que todos eles teriam como parte indissociável um princípio maior, a solidariedade, identificada na necessária responsabilidade ambiental que o tema suscita com a vida e a saúde de todos, assim como com a possibilidade de as gerações futuras também terem condições de usufruir dos sistemas naturais equilibrados e com potencial de uso, aproveitamento e contemplação⁷.

Trazendo à baila o Preâmbulo da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) recorda-se que o ser humano deve moldar suas ações no mundo “com a maior prudência, em atenção às suas consequências ambientais. Pela ignorância ou indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao ambiente terrestre de que dependem nossa vida e nosso bem-estar”⁸. Desse modo é que a proteção ambiental e social se projeta como valor constitucional demasiadamente importante a ser incorporado como objetivo de um Estado de Direito que deseja dizer-se realmente democrático. Isso no sentido de dar fim às conjunturas autoritárias que historicamente mantiveram estruturas de poder propagadas por meio da relação dominados/dominadores, a qual será melhor descrita a diante.

Salienta-se, contudo, que o equilíbrio a todo tempo tratado não diz respeito somente ao dever de cuidado com o meio ambiente natural, mas à harmonia que deve ser estabelecida nas relações entre humanos e o espaço que ocupam e do qual usufruem. Destarte, não pode o Estado, à escusa da manutenção ecológica dos direitos, desrespeitar outros fundamentos que são diretamente ligados à dignidade humana, aos valores democráticos e

6 HÄBERLE, 2005, p. 128.

7 LEITE; AYALA, 2012, p. 228.

8 ESTOCOLMO, 1972.

diretrizes que baseiam a democracia, pois, seja feita a ênfase necessária, trata-se de um Estado “Democrático” Socioambiental de Direito.

Destarte, por uma análise inicial, já é possível conceber um quadro corrente na tratativa das questões socioambientais, o fato de que, superado o modelo de Estado de uso indiscriminado da natureza, outro sistema só será sustentável quando a manutenção do esquema de dominação for ultrapassada, permitindo novos meios de relação.

Nesse sentido, o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de Direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos e, considerada a inevitável globalização do ambiente na atualidade, esses mesmos princípios deveriam tutelar as intenções internacionais entre Estados.

O Estado Socioambiental de Direito pode ser visto, então, como uma decorrência da formatação estatal entendida sob o aspecto social, onde se exigem “ações de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos, utilizando mecanismos precaucionais, preventivos, de responsabilização, preservação e reconstituição”⁹. Por isso, pode-se dizer, até mesmo, que para além de um Estado de Direito Ambiental, essa nova perspectiva pode ser traduzida nos limites daquilo entendido como Estado Socioambiental, onde a propriedade não pode mais ser fruída sem limites, onde as políticas ambientais retratam interesses de toda uma coletividade, seja no gozo dos benefícios de ecossistemas equilibrados, seja na redução dos riscos inerentes ao trabalho (saúde, higiene e segurança).

Tais direitos vêm no sentido de “combater a hipertrofia do indivíduo e a base axiológica marcadamente patrimonialista do modelo do Estado Liberal”¹⁰. Denota-se que a solidariedade como princípio tem profunda relação com a questão ambiental, pois a dignidade da pessoa humana não pode ser admitida tão somente focada no indivíduo, mas também deve ser vista em sentido coletivo, em uma dimensão geral. Logo, a solidariedade transcende direitos da esfera privada e obriga que os direitos fundamentais sejam garantidos sob uma perspectiva ética também às gerações futuras¹¹.

Especificamente quanto à realidade brasileira, destaca-se que a solidariedade representa um princípio objetivo do Estado, expressamente pre-

9 LEITE; AYALA, 2012, p. 27.

10 FENSTERSEIFER, 2008, p. 3.

11 LEITE; AYALA, 2012, p. 229.

visto no art. 3º, I, da Constituição Federal, o que permite inferir as metas políticas brasileiras dentro do tripé liberdade, justiça e solidariedade.

A previsão constitucional mostra-se determinante sob o enfoque simbólico do tema e colabora sobremaneira para a instrumentalização das políticas ambientais, visto que permite que sejam delineados valiosos conceitos, criando princípios e direções concretamente estabelecidas para o tema.

No Brasil, a promulgação da Lei 6.938, ainda em 1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), e a introdução do tema na Constituição de 1988 podem ser vistas como correspondências diretas da vontade nacional de atender o intuito internacional propagado pela Declaração de Estocolmo de 1972. Nesse sentido, são estabelecidos novos compromissos éticos que se desenvolvem tendo em vista os propósitos assumidos com as futuras gerações.

O período legislativo brasileiro inaugurado com a Constituição Federal de 1988 foi chamado de “fase da constitucionalização da proteção ambiental”. Segundo Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer “a grande inovação trazida por tal período diz respeito à centralidade que os valores e direitos ecológicos passaram a ocupar no ordenamento jurídico brasileiro, o que representa uma virada ecológica de índole jurídico-constitucional”¹².

O Estado Democrático de Direito Socioambiental reflete-se na Constituição brasileira em institutos bastante importantes, que se antes já habitavam a estrutura de Estado, na nova Constituição ganharam valoração consciente do impacto da convivência entre humanos e meios.

Consequência disso observou-se no grande símbolo do liberalismo, a propriedade, a qual recebeu contornos específicos, fazendo lembrar que o uso da forma inexorável como se dava, sem o devido compromisso com os impactos socioambientais decorrentes dessa prática, detinha alto poder ameaçador aos recursos naturais e também às condições de vida das diferentes classes sociais das sociedades contemporâneas. Trata-se da dimensão ecológica da função social do Estado produzindo efeitos de forma a administrar o direito de propriedade que deve levar em conta não apenas interesses particulares, mas também os sociais, especialmente, a sustentabilidade ambiental.

Nesse novo formato de interpretação da propriedade, salienta-se que a Constituição brasileira também qualificou como sendo direito fundamental

12 SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 241.

o meio ambiente, o que pode ser observado da leitura do art. 225, *caput*. E o Texto Constitucional, importante salientar, concebe aplicação imediata aos direitos dessa espécie, eis que no art. 5º, §1º, encontra-se expresso o mandamento de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹³. De modo que o meio ambiente ecologicamente equilibrado também passou a dever fundamental, “implicando também todo um conjunto de deveres de proteção do Estado e também de deveres atribuídos aos particulares (...)”¹⁴

Também é característica dos Estados Socioambientais de Direito o reconhecimento da proteção do meio ambiente como direito fundamental a dar aso à dignidade humana. Sendo assim, entende-se que a própria noção de justiça fica comprometida com a possibilidade de um meio ambiente ecologicamente desequilibrado. Sobre a questão, Morato Leite lembra que “assim como todo direito fundamental, possui um conteúdo essencial oriundo de sua natureza principiológica, núcleo esse que representa a própria justiça, essência do Direito. Referido conteúdo não é absoluto, nem imutável”¹⁵.

Outro aspecto intrínseco ao modelo de Estado Socioambiental de Direito diz respeito às questões ligadas à instrumentalização da democracia. Considerando que as possibilidades de situações que comprometem o bem-estar ambiental estão em constante variação, na mesma medida devem ser as maneiras diversas de enfrentamento para controle dos riscos criados. Nesse diapasão, a participação popular vem cumprir o real significado de democracia quando assumida como “governo onde todos tem voz”¹⁶.

Nesse mote democrático, a ação popular, constante da Lei 4.717/65, é um dos instrumentos de maior amplitude, vez que a legitimidade da propositura é conferida aos cidadãos, não necessitando de representantes como no caso da ação civil pública.

Porém, apesar de todas as garantias estabelecidas por essa modalidade de Estado, a prática tem demonstrado a falha no que tange seu mote protetor. A instalação da Usina de Belo Monte e os consequentes desastres ambientais e humanos são exemplos dessa realidade.

13 BRASIL, 1988.

14 SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 48.

15 LEITE, 2015, p. 82.

16 SEN, 2011, p. 26.

Constata-se que, apesar de um ideal de proteção socioambiental, o sistema jurídico pátrio tem, claramente, primado pelo capital à revelia dos direitos humanos e ambientais. Sendo que o direito nacional cada vez mais tem sofrido ameaças de retroagir em termos de proteção, possibilitando a degradação ambiental ao não disciplinar normas capazes de defender os direitos dos atingidos por grandes obras e os tornando ainda mais vulneráveis no processo.

Sobre Belo Monte, esperava-se que ao menos o mote democrático do Estado brasileiro permanecesse inabalado, contudo, pouco restou inalterado. É como se compreende as palavras de uma militante dos movimentos sociais da região de Altamira, quem explica que “em Belo Monte nada é isolado! O que agride você agride a mim. Agride a todo mundo”¹⁷.

A virada democrática brasileira ocorrida em 1988 de fato reestruturou o Estado para que fosse possível atender aos anseios dos novos ares republicanos, sem que os representantes políticos, de outro ponto, radicalizassem o conceito e os objetivos de uma real democracia num Estado com tanta diversidade e modos de vida a serem preservados.

Destarte, o próximo tópico abordará as violações de direitos que minam a possibilidade de um concreto Estado Socioambiental de Direito, tomando por paradigma as consequências da instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

3. A falha do ideal do Estado Socioambiental de Direito: as consequências ambientais e humanas das fases pré e pós instalação de Belo Monte

É na relação entre o mito que representa e as práticas que a atingem que a Amazônia se conforma em decisivo paradigma brasileiro. O aspecto atribuído ao Brasil de terra tropical de abundância de recursos físicos e humanos à disposição do explorador estigmatizou-se sobre as terras amazônicas, as quais se tornaram vítimas inclusive dos próprios brasileiros, os quais – perfeitamente colonizados – perpetuam a exploração do colonizador.

Referindo-se aos recursos extraídos da Amazônia é que ganham espaço as fábulas. Essa toada sobrenatural mitológica faz lembrar o nome de uma importante teoria nomeada “maldição dos recursos naturais” bastante

17 PADINHA, 2017, p. 37.

condizente com a situação da região amazônica. Tal teoria se desenvolveu por diferentes correntes, havendo os que a defendam como uma constante¹⁸, assim como os que a negam¹⁹ pela variabilidade de interferências que se dão na geração de riquezas ou não para os países de origem dos recursos.

Ainda assim, vários fatores colaboram para a explicação do fenômeno que, basicamente, atribui pobreza aos países que concentram maiores quantidades de recursos naturais. Dentre esses fatores, está a volatilidade dos preços das comódites extrativas, levando a efeitos que prejudicam a governança e as instituições democráticas tanto durante o ápice de venda como na queda. Outro fator é o consequente impacto sobre os pobres, visto na tendência da extração de recursos em gerar riqueza para as grandes empresas ou indivíduos ricos. Esta distribuição afeta o financiamento dos governos por meio da tributação e de contribuições mais diretas aos dirigentes políticos por meio de doações eleitorais ou, até mesmo, corrupção. Esses líderes tornam-se, por consequência, mais sensíveis às demandas de seus benfeitores do que aos interesses da população em geral²⁰.

Os pontos citados acerca da “maldição dos recursos” são facilmente constatáveis no que diz respeito à Amazônia, especialmente tendo em vista as condições em que se deram grandes empreendimentos na região. Exemplo disso constitui a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, cujo projeto encontrou forte resistência nos anos de 1980 pelos movimentos sociais, ONGs, sindicatos e povos indígenas. Por essa razão, na retomada do projeto buscou-se conhecer seus adversários e contornar sua luta procurando apoio com vereadores e prefeitos com a promessa de *royalties* para o orçamento das prefeituras²¹.

Além disso, no plano político nacional vê-se ligação direta entre as empresas que tiraram Belo Monte do papel e o financiamento das campanhas de partidos como o antigo PMDB e PT. As construtoras Odebrecht, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez puderam prever os problemas que viriam com as questões ambientais e sociais no Xingu, o que, possivelmente, as tenha feito abrir mão de concorrer no leilão de Belo Monte que as tornaria responsáveis por todo o impacto social e ambiental do empreendimento.

18 SACHS; WARNER, 1995.

19 SMITH, 2015 *apud* SILVA, 2016.

20 FEARNSIDE, 2016.

21 SEVÁ, 2005.

Ainda assim, em razão da sua experiência, acabaram subcontratadas pelo Consórcio vencedor do procedimento licitatório para executarem as obras, lucrando com isso sem assumir as responsabilidades que puderam prever em todo seu planejamento anterior.

Dessa forma, compreende-se que a ideia de desenvolvimento recorrentemente está atrelada a um efetivo enriquecimento, mas que beneficiará poucos, a despeito da subalternização das vidas costumeiramente consumidas no processo. Como bem explica Oswaldo Sevá, a dominação ocorre sempre pela política, sendo que boa parte destes surtos e ciclos é baseada em informação privilegiada. “A acumulação de capital em poucas mãos se instrumentaliza por meio de negociações entre partes desiguais”²².

Quando o objeto de estudo é a região amazônica, a palavra desenvolvimento é praticamente inevitável. No entanto, é estranho que “desenvolvimento” – apesar de tão utilizado enquanto justificativa básica para a exploração ambiental e humana – tenha uma complexidade de dimensões atreladas ao seu próprio conceito, o que o torna paradigmático. Exemplos indissociáveis da esfera desse conceito são as questões sociais, ambientais e políticas. Tanto é assim que “nas últimas décadas tem sido notável a ampliação do discurso e da problematização acerca do que seria o almejado desenvolvimento sustentável no contexto de produção capitalista”²³.

A Amazônia tem se tornado alvo desse modelo capitalista e recebeu, por consequência, o estigma de a “última fronteira” de desenvolvimento do capitalismo internacional. Conforme Flávia do Amaral Vieira, “o estado brasileiro vem tentando aplicar o modelo de crescimento econômico do sul do Brasil, sem observar as características físicas, biológicas, socioculturais e históricas que diferenciam estas regiões”²⁴. Ou seja, por desenvolvimento não se tem a pretensão de dar instrumentos à vida local para que ela evolua em sua própria concepção do que é bom, mas modificá-la em moldes pré-estabelecidos que, invariavelmente, não condizem em nada com a cultura local.

Nesse sentido, Paes Loureiro salienta que, no final do século passado, a toada desenvolvimentista proposta pelo regime militar à Amazônia teve como foco a atração de capitais, nacionais e internacionais, a fim de viabilizar grandes projetos voltados à exploração de recursos naturais, como a

22 SEVÁ, 2005.

23 FAINGUELERNT, 2013, p. 32.

24 VIEIRA, 2015, p. 56.

bauxita, ferro, manganês e energia elétrica que viria por meio das Usinas Hidrelétricas de Tucuruí e Belo Monte²⁵.

A busca em ritmo declaradamente acelerado por uma posição nesse contexto global iniciou-se em uma época em que o meio ambiente ainda não era pauta dos governos. Mesmo os direitos humanos não estavam em voga, pois só se tornariam prioridade internacional após o fim da segunda guerra e, em contextos que oscilavam para a ditadura até finalmente tê-la estabelecida em 1964, essa espécie de direitos realmente não tinha espaço frente à corrida desenvolvimentista.

A escala de prioridades estabelecida pelo modelo expansivo vigente interpretou o ambiente como recurso, deixando de levar em consideração os indígenas, ribeirinhos, comunidades tradicionais e quilombolas de vivência tão peculiar e relacionada com o ambiente natural que habitam.

Grupos sociais esses que são intensamente vulneráveis aos impactos socioambientais desencadeados na medida em que os abalos representados por grandes empreendimentos são ameaças não apenas à “reprodução cultural, mas também à integridade e ao bem-estar físico destas populações, dada a intrincada interdependência entre as condições materiais de existência e os territórios tradicionalmente ocupados”²⁶.

De forma que não é só o nome da região que está envolto em um mito, como também toda a concepção sobre o lugar e as pessoas da região. O olhar estrangeiro desde os primeiros europeus que aqui aportaram disseminou uma visão sobre a Amazônia que se perpetuou de modo a influenciar, até mesmo, na maneira do brasileiro enxergar a região. A Amazônia tornou-se a terra distante e vertente de riquezas a ser explorada.

Entre 1975 e 2011, quando foram iniciadas as obras da primeira barragem, no Baixo Xingu, houve um intenso dispêndio de energia por parte de setores da política estadual e nacional pela consecução deste projeto. Antes rejeitado em razão de irregularidades técnicas e jurídicas, foi implantado pelo Governo como necessário para suprir as demandas energéticas do desenvolvimento econômico brasileiro²⁷.

Todo o esforço para consecução desse projeto, embora revestido da intenção de promover o “desenvolvimento nacional” é questionável quando

25 PAES LOUREIRO, 2003, p. 120.

26 FGV; IFC, 2016, p. 132.

27 VIEIRA, 2015, p. 42.

outras produtoras de energia da região têm como destino da maior parte de sua produção de energia assegurar o funcionamento e a ampliação de atividades como a mineração e a transformação metalúrgica²⁸. De forma que, entre os principais beneficiados estão os exportadores transnacionais de minerais em estado bruto e siderúrgicas, o que evidencia que a política mineral e energética do país está diretamente vinculada à estrutura dos pactos políticos entre o governo e as oligarquias regionais associadas ao capital internacional.

As águas que impulsionam a cobiça desse processo de exploração são as do rio Xingu, o qual se torna foco quando o assunto é a instalação da Usina de Belo Monte. Isso porque, tanto o empreendimento se fez baseado na força de suas águas, como a maior parte das pessoas afetadas pela Usina foram as que detinham todo seu modo de vida baseado no contato com o rio e a vida nativa de seus entornos.

Sobre a implantação da Usina e seu potencial energético, Fernando Roscoche e Daniel Vallerius apontam que na área conhecida como Volta Grande do Xingu, onde a vazão foi reduzida, também foi descoberto ouro. Para a extração do ouro a empresa Canadense Belo Sun Mining, que tem os direitos de exploração da área, sustentou a necessidade de uma grande quantidade de energia para viabilizar a extração do minério²⁹. Consequência disso é a lucratividade dessa riqueza mineral brasileira, com destino estrangeiro. Até mesmo o ônus indireto de sua extração, qual seja, a necessidade de se construir outras empresas para tarefas indispensáveis a esse trabalho é problema brasileiro.

Grande parte dessas pessoas já estava ligada à cidade de Altamira, o que contribui decisivamente para uma mudança social do lugar. Sobre essa questão, importante lembrar que o Mapa da Violência de 2016 apontou a cidade como a mais violenta do país, ratificando que as mudanças ambientais e sociais implementadas em nome do desenvolvimento não foram, em uma visão final, positivas. A Usina não apenas redimensionou a natureza da região, abalando o modo de vida dos locais, comprometendo fauna e flora, como levou problemas sociais de respostas incalculáveis diante da já conhecida deficiência do Estado brasileiro em administrar distribuição de renda e as questões que desse tema se originam.

28 SEVÁ, 2005.

29 ROSCOCHE; VALLERIUS, 2014, p. 7.

Compõe esse contingente de seres afetados pela instalação da Usina os povos indígenas, comunidades tradicionais e quilombolas que, historicamente, mantêm relação com esse eixo desenvolvimentista da Amazônia marcado por processos de expropriação territorial, restrição do acesso aos recursos naturais, violências e coerção, entre outros desdobramentos.

Os ribeirinhos, cuja principal atividade econômica se dá pela pesca, foram afetados para além do que estava previsto antes da efetiva instalação da Usina. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) reconheceu que a obra impactou negativamente a atividade na região. Segundo o Instituto Socioambiental (ISA) no “Atlas dos Impactos da Usina de Belo Monte sobre a Pesca”, a luminosidade dos canteiros que funcionavam 24 horas, a alteração na turbidez da água e as explosões de dinamite na obra eliminaram áreas de pesca e mudaram a dinâmica pesqueira da região. Ademais, oficialmente, apenas os canteiros de obras e uma pequena faixa de segurança das barragens foram, inicialmente, reconhecidos como áreas impraticáveis para a pesca durante a construção da usina³⁰.

A morte de um rio tem dimensões catastróficas para o ambiente e para o modo de vida que ali se reproduz. A seca de um rio não é somente um fim em si mesmo, mas o início do extermínio de toda vida em seu entorno. A vida ribeirinha, tão peculiar, presencia seu esquecimento enquanto é privada de sua essência e nem mesmo tem a quem recorrer, pois aqueles que deveriam ressarcir seus prejuízos não compreendem que o modo de vida em torno do rio não pode ser reproduzido pelo capital. Aliás, grande parte do valor da vida ribeirinha está em não poder ser monetizada.

O impacto sistêmico de poluição, barramento de rios, extinção ou redução crítica de espécies de fauna e flora, desmatamento, eram previstos na fase de projeto da Usina. Conhecia-se o potencial destrutivo do projeto e se chancelou sua implantação em prejuízo do meio ambiente natural e dos fatores humanos dele decorrentes.

Constata-se que dos mitos que compõem o imaginário acerca da Amazônia o que mais tem interferido na preservação da dignidade e da vida no local é o do desenvolvimento. Se desenvolver não se tornou sinônimo de evoluir – permanecendo em um porvir infindável para os milhares de nativos que foram atingidos pela instalação da Usina de Belo Monte – o conceito de justiça em um ambiente democrático certamente também restou prejudicado.

30 ISA, 2015.

Como explica Alessandro Pinzani, os seres humanos possuem necessidades que vão além dos direitos. Segundo ele, efetivar a justiça é reconhecer a necessidade de “ampliar o espectro das exigências de justiça legítimas além das meras pretensões jurídicas, sem por isso ampliar o conceito de justiça a ponto de torná-lo sem sentido prático”³¹. Com esse objetivo, Pinzani se utiliza da teoria das capacidades para referenciar as necessidades básicas dos seres humanos que estão além do que o juridicamente proposto.

Tais impactos não foram recebidos sem resistência. Além dos defensores dos direitos humanos e ambientais que atuam por conta e risco próprio, os movimentos sociais e a Justiça Federal têm tido função vital no enfrentamento das injustiças decorrentes da instalação e funcionamento da Usina.

A pressão exercida pelo próprio Estado para dar sequência a uma obra de impacto tão severo, utilizando de recursos jurídicos de forma questionável, não tardaria a demonstrar as forças corruptas que por trás de um discurso de desenvolvimento empenharam-se em não ser barradas. Para isso as instituições públicas do Ministério Público, o Tribunal de Contas da União, a Defensoria Pública da União e a Polícia Federal estão ainda em corrente luta para demonstrar que a Usina serviu como “caixa dois”, operando como fonte para o financiamento ilícito de campanhas eleitorais no Brasil. Assim é que, conforme Eliane Brum, um projeto iniciado na Ditadura brasileira, porém só executado durante a democracia, expõe um lado da corrupção que não se constitui somente em aumento da miséria, mas em um ato de extermínio.

Como explica Emmanuelle Tourme-Jouannet, a lei do desenvolvimento impulsionou diversos países a buscarem os padrões internacionais, mas, da mesma forma, legitimou a inexorável lei internacional da globalização neoliberal³².

Constata-se também, que se a devida consciência de atuação com decência não tomou forma prática suficiente nas relações internacionais particulares, nas relações públicas também tem eficácia bastante questionável. Exemplo disso é que na seara da justiça internacional, em especial no caso de Belo Monte, a atuação internacional como implementadora de justiça tem esbarrado na soberania dos países e em sua autonomia para sujeitar os mais vulneráveis à subalternização externa.

31 PINZANI, 2009, p. 104.

32 TOURME-JOUANNET, 2013.

Explica-se que em abril de 2011, organizações da sociedade civil, em nome das “comunidades indígenas da Bacia do Xingu” solicitaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) medidas cautelares com relação às ameaças que a implantação da Usina de Belo Monte implicava. Em resposta, a CIDH outorgou, em abril de 2011, medidas cautelares em favor das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, determinando a imediata suspensão do processo de licenciamento de Belo Monte até que fossem observadas medidas mínimas.

No dia 5 de abril de 2011, o Ministério das Relações Exteriores do Brasil expediu a nota nº 142/2011 na qual dizia que “o Governo brasileiro tem atuado de forma efetiva e diligente para responder às demandas existentes” e que “considera as solicitações da CIDH precipitadas e injustificáveis”³³. Posteriormente, o governo brasileiro manifestou-se formalmente à CIDH e obteve sucesso em ter seus argumentos acolhidos, com o que a Comissão deixou de recomendar a suspensão das obras, asseverando somente medidas para redução dos impactos dessas.

Deisy Ventura e Raísa Cetra analisam a oscilação do comportamento do Brasil com relação às recomendações da Comissão Interamericana segundo o conceito de “Estado heterogêneo” pelo qual o país alterna entre o acolhimento e a indiferença com relação ao apontado pela Comissão. As autoras destacam que mesmo com a gravidade das medidas cautelares já outorgadas pela Comissão com relação ao Brasil, esse jamais havia reagido por meio de rechaço público à Comissão ou mesmo ao Sistema Interamericano e Direitos Humanos³⁴.

Essa revisão dos acontecimentos nacionais e internacionais que se deram até a construção de Belo Monte demonstra o esforço do Estado brasileiro em dar seguimento à obra a despeito da resistência que demonstrava os danos que estavam por vir. Hoje, a construção da usina é um fato consumado, os danos, porém são concretos e continuam em andamento.

Dadas as relevantes transformações econômicas e demográficas regionais trazidas pela instalação e operação do grande empreendimento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, concebida apenas sob uma ótica urbana e de cultura alheia à dos povos tradicionais, foram gerados conflitos e processos de degradação irreversíveis aos laços comunitários, ao ambiente, à vida dessas pessoas.

33 BRASIL, 2011.

34 VENTURA; CETRA, 2013.

Essas violações não atingem de forma padrão a todos. O desenvolvimento tem consequências diversas sobre o gênero fazendo com que haja seres mais vulneráveis dentre os vulneráveis. Destarte, o próximo tópico focará na questão de gênero, no impacto que sofreram as mulheres com a implantação da Usina de Belo Monte e, especificamente, naquelas que em sua razão foram obrigadas a se deslocar.

4. Colonização e desenvolvimento: da exploração amazônica à subjugação feminina

A visão eurocêntrica não atingiu somente os espaços, mas também as pessoas que ali habitavam. Destarte, a análise que segue diz respeito à perspectiva de gênero, considerando que em países como o Brasil o fator colonial desenvolveu uma visão da mulher equiparada à terra, como recurso a ser utilizado, como bem disponível e, assim como a terra explorada, a possibilidade de ser devastada.

Muito embora aqui a população indígena tenha sido praticamente dizimada e a opressão contra pessoas negras seja de especificidades aviltantes às variadas formas de dignidade humana, a análise que aqui se pretende estabelecer centra-se na ideia da mulher mestiça como entendimento colonial do que é ser mulher brasileira. Embora as mais desfavorecidas sejam demasiadamente mais afetadas, ser mestiça tem a ver com nacionalidade, com pertencimento a uma origem e um gênero que localizam seu lugar no mundo como ser servil.

Piscitelli assevera que no lugar desigual atribuído ao Brasil no âmbito global, a nacionalidade brasileira, mais do que a cor da pele, confere-lhes uma condição. Esse estigma seria se não extirpado, ao menos reduzido, se no âmbito nacional houvesse um reduto de segurança independente dessa construção misógina³⁵. Todavia, a influência do olhar colonizador mostra-se como uma triste realidade também no tratamento destinado às mulheres dentro do Brasil, o que produz uma esquizofrenia social, onde o homem colonizado, em uma espécie de subpoder, dispensa o mesmo tratamento colonizador.

Compreender o efeito colonial ainda vigente sobre essas mulheres, agora sob o novo signo de desenvolvimento, é contribuir para novas possibilidades

35 PISCITELLI, 2008, p. 265.

de implementação dos direitos humanos. A proposta é que pelo estabelecimento da dignidade humana enquanto reconhecimento da diversidade de sujeitos e suas formas de existência, as demandas específicas ganhem voz e, possivelmente, modelos novos de execução da justiça sejam traçados.

Não à toa, Martha Nussbaum sintetiza o problema da justiça atual no questionamento de como fazer para globalizar a própria justiça. Essa é uma das razões que fazem refletir que “o enfoque das capacidades, em algumas de suas versões, nos ajuda a pensar satisfatoriamente sobre qual deveria ser o objetivo das relações internacionais”. Para a autora é essencial a reflexão de que todos os seres humanos precisam de “um conjunto de direitos básicos para todas as pessoas – e desenvolvendo uma concepção para o propósito de cooperação social centrada tanto na solidariedade quanto na vantagem mútua”³⁶. Ou seja, independentemente do que os países pobres podem oferecer aos países ricos, estes têm obrigação ética de colaborar para a melhora de condições das vidas que habitam aqueles.

Ademais, a abordagem das capacidades pode ser entendida como uma nova perspectiva para análise dos problemas da justiça e dos direitos fundamentais. A autora as enumera e descreve da seguinte forma:

As capacidades humanas centrais:

1. Vida. Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes, que a própria vida seja tão reduzida que não valha a pena vivê-la.
2. Saúde física. Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver.
3. Integridade física. Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra-ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.
4. Sentidos, imaginação e pensamento. Fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”, um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.

36 NUSSABAUM, 2013, p. 112.

5. Emoções. Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado pelo medo e ansiedade.
6. Razão Prática. Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (inclui proteção da liberdade de consciência religiosa).
7. Afiliação.
 - A. Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social.
 - B. Ter as bases sócias de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros.
8. Outras espécies. Ser capaz de viver com uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.
9. Lazer. Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.
10. Controle sobre o próprio ambiente.
 - A. Político. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito a participação política.
 - B. Material. Ser capaz de ter propriedade; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra a busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com demais trabalhadores³⁷.

Tendo em conta que a subalternidade, portanto, é característica socialmente atribuída ao gênero feminino, na região de Altamira a violência que aumentou com a instalação da Usina de Belo Monte repercute de forma ainda mais grave na vida das mulheres. Tornaram-se mais vulneráveis em razão do novo ambiente e modo de vida aos quais tiveram de se adaptar por causa do deslocamento, visto que inúmeras famílias foram obrigadas a deixar suas casas em razão dos alagamentos e desvios ocorridos no rio e entornos.

Os ribeirinhos foram os últimos a serem deslocados. Isso se deu sem que estudos ou levantamentos fossem feitos acerca de suas especificidades históricas e culturais. Como consequência, não se garantiu a continuidade

37 NUSSBAUM, 2013, p. 92.

do modo de vida de aproximadamente 235 famílias. Muitos desses que, por serem moradores das ilhas do Xingu, eram posseiros e por essa razão não foram indenizados pela terra, somente por aquilo que haviam construído. Considerando que as moradias eram bastante simples, basicamente feitas à base de madeira, palha e barro, os valores que receberam não lhes possibilitou comprar uma nova casa. Dispersadas desses ambientes, muitas famílias foram separadas provocando a “corrosão do tecido social”³⁸.

Como esclarece Santos, “um sujeito atingido é um sujeito socioespacialmente atingido”³⁹. O espaço que foi tomado guardava as raízes e constituía-se no reflexo das pessoas que ali viviam. Os ribeirinhos atingidos por Belo Monte correspondem a um complexo social incompreensível ao capitalismo e ao desenvolvimento econômico que o tem por base. São o novo Outro da colonização, retratam a alteridade a ser subalternizada.

E nesse contexto, há grupos humanos que têm suas dignidades mais expostas quando do relacionamento com o ambiente, fato que se constata não somente na intersecção de fatores como classe social e ambiente, mas também no gênero.

A partir da perspectiva das capacidades de Martha Nussbaum, são as mulheres por si mesmas que precisam ter condições mínimas para que possam dizer o que lhes é digno avaliando por suas próprias definições o ambiente que deixaram, o novo para o qual se deslocam e a conjuntura que as cerca. De modo que a partir deste momento, as capacidades humanas centrais descritas por Nussbaum passam a ser confrontadas com as situações por essas mulheres, vivenciadas e descritas no intuito de compreender se seus direitos humanos foram assegurados no processo de deslocamento. A escolha metodológica é por dividir as dez capacidades elencadas pela autora em duas frentes de violações. A primeira diz respeito à conexão com o ambiente como reflexo de dignidade humana; a segunda se liga com as variadas formas de violência social que apresentam íntima relação com o fenômeno da urbanização desregrada, improvisada, descuidada à luz dos direitos humanos por quem detém do poder político necessário a sua implementação.

Assim, compreendido o modo de vida como parte substancial da dignidade dos seres, é possível avaliar como foram afetadas as seguintes capa-

38 FRANCESCO; HARARI, 2017.

39 SANTOS, 2004, p. 38.

idades centrais antes descritas na lista de Martha Nussbaum e numeradas na sequência exposta no início deste tópico, quais sejam: 5) Emoções; 6) Razão prática; 7) Afiliação; 8) Outras espécies e 10) Controle sobre o próprio ambiente. As mencionadas capacidades dizem respeito, basicamente, à potencialidade humana de viver o coletivo em proveito da evolução da espécie humana sem deixar de lado o respeito e o controle do próprio ambiente em que isso se realiza.

Logo, a primeira capacidade que se avalia trata das “Emoções”. Apoiar essa capacidade, segundo Nussbaum, significa contribuir para as formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento, algo que no contexto desta pesquisa é essencial, pois trata da concepção de desenvolvimento a partir da própria realidade daqueles cujas vidas foram e estão sendo afetadas.

A liberdade para desenvolver a capacidade das “Emoções” - que está diretamente ligada à possibilidade de amar – já não era plena antes de Belo Monte, mas tornou-se ainda mais violada depois do início das obras. Nesse caso, é preciso compreender que a liberdade de amar para as mulheres é historicamente negada pelos homens, para quem as mulheres não precisavam sentir, deveriam servir. Essa cultura de cunho machista é ainda mais acirrada pelo aumento da violência e seu emprego em restringir as liberdades das mulheres.

De modo que os homens envolvidos com atividades violentas como as que passaram a crescer na região de Altamira trouxeram o acirramento dos comportamentos selvagens para dentro de suas casas. Essa é a história de Jéssica, morta na frente da casa de sua mãe, Dalva. A emboscada era para ele, “Algo corriqueiro na cidade à beira do exuberante Rio Xingu, cortada pela Rodovia Transamazônica, a 754 quilômetros da capital, Belém, e tomada por disputas do crime organizado em torno do tráfico”. Conforme Dalva, Jéssica estava tensa nas últimas semanas tentando se separar do marido, porém essa não era uma opção. Nas palavras de Dalva, “ele disse a Jéssica que andasse ligeiro, porque os passos dela estavam curtos. Foi uma ameaça”⁴⁰.

Aqui é pertinente também que a capacidade da “Razão prática” seja trabalhada. Ela se conforma por uma concepção do que é o bem, de uma construção crítica dos seres para formar um planejamento para a própria vida, em síntese, uma ética. Nesse caso, a ideia exógena de desenvolvimento

40 Z Aidan, 2017.

contraria totalmente a possibilidade de que essas pessoas decidam para si próprias como planejar suas vidas. A violência acirrada pela chegada da Usina também não permite que as pessoas possam executar qualquer plano sem antes pensar que a falta de segurança é um fator limitante.

A família de Virgínia Batista é exemplo de como as pessoas podem ser tomadas de sua razão prática. Ela trabalhava em um sistema familiar agroextrativista no Paratizão, seu núcleo familiar foi disperso com o processo de deslocamento forçado. Apenas um dos filhos, Dinaldo, foi reconhecido como ribeirinho, com direito ao retorno para a beira do rio. Os demais membros da família estão espalhados pela cidade de Altamira ou vivendo com parentes em reassentamentos na beira do Rio Xingu⁴¹. Vê-se que as consequências foram severas em termos individuais e coletivos, privando as pessoas de sua própria identificação e toda uma geração seguinte de se desenvolver sob a influência da sua cultura de origem.

Já a capacidade da “Afiliação” é algo que os ribeirinhos poderiam exportar para todo o mundo devido ao seu modo de vida coletivo e à amplitude do conceito de família em que vivem. Afiliação diz respeito à capacidade de viver voltado para os outros, mostrando preocupação com outros seres humanos, envolvendo também a empatia. Segundo Nussbaum, proteger esta capacidade significa “proteger a liberdade de associação e de expressão política”⁴². Essa capacidade é, ainda, composta por bases sociais de autorrespeito e não humilhação, concernente à possibilidade “de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros”.

“Antigamente a gente esperava tudo da Norte Energia. Toda vida nós estávamos debaixo do sapato da Norte Energia. Ela que dava as ordens, se a gente iria, se a gente não iria”. Essas são as palavras de Cléo, moradora de uma das ilhas que foram alagadas para dar lugar ao reservatório principal de Belo Monte. Ao reconhecer sua subalternização perante a vontade da empresa e sua dependência, sua fala reveste-se em exemplo de quão aviltada foi a capacidade da afiliação dos ribeirinhos. Segundo Cléo, a expressão política, sua e da comunidade ribeirinha, só foi retomada com a organização do Conselho Ribeirinho: “Agora nós temos autonomia para poder responder”⁴³.

41 FRANCESCO; HARARI, 2017.

42 NUSSBAUM, 2013.

43 FRANCESCO; HARARI, 2017.

Nessas falas, a subalternização e sua antítese composta pela tomada de voz são percebidas com clareza. Na conjuntura dos ribeirinhos, a voz não significa necessariamente que tiveram suas demandas ouvidas, mas que a partir de sua organização, eles mesmos vão dizer que capacidades, que direitos foram afetados. Algo extremamente importante no âmbito globalizado, no qual o desenvolvimento e os direitos humanos não estão exatamente na mesma direção, está no fato de que os problemas precisam ser apontados em som audível não só para o Estado Nação, mas para todos os atores nacionais e internacionais que direta ou indiretamente a influenciam.

Assim como na capacidade da “Afiliação”, a capacidade “Outras espécies” é daquelas fundamentalmente ligadas à forma de vida ribeirinha. Remete-se à capacidade de viver uma relação próxima e respeitosa com animais não humanos, plantas e o mundo da natureza. Tem em consideração uma relação com o mundo que supera a visão androcêntrica, percebendo o equilíbrio do qual os humanos fazem parte com grande potencial destrutivo.

A possibilidade de viver uma relação respeitosa com seres de outras espécies foi profundamente afetada agora que peixes endêmicos e as mais diversas espécies de plantas sofreram impactos irreversíveis por conta da falta de água. Com o barramento do rio o fluxo passou a ser controlado pela empresa. Consequência disso é que o nível e a velocidade da água diminuíram, alterando o equilíbrio socioambiental da região.

Conscientes de cenários como esse e, mais do que isso, atuando como crítica que transcende o indivíduo humano e seja capaz de percebê-lo como parte de um todo da existência é que atuam frentes como a das autoras de ética ecoanimalista feminista. Sônia Felipe explica que elas partem da perspectiva de que não é suficiente que as mulheres sejam integradas à estrutura desenvolvida pelos homens, porque a simples integração a um sistema opressor não evita que ainda haja subalternos⁴⁴.

A capacidade “Outras espécies” parte da compreensão de que o conceito de dignidade não está atrelado somente aos humanos e que a própria dignidade humana depende da possibilidade de que as espécies interajam sem subalternizarem umas às outras.

Finalmente, a capacidade de “Controle sobre o próprio ambiente” foi inegavelmente levada ao nível negativo no caso das mulheres ribeirinhas.

44 FELIPE, 2014.

Autoexplicativa em sua nomenclatura, essa capacidade tem duas subdivisões que a esclarecem e a tornam ainda mais pertinente no quadro das violações de Belo Monte.

Uma delas é a dimensão política que se refere à capacidade de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida. Apesar de a participação pública ser prescrita legalmente, a qualidade em que ocorre pode dar pistas de quão saudável é uma democracia. No caso de Belo Monte, dos onze municípios considerados diretamente afetados no licenciamento ambiental, apenas em quatro foram realizadas audiências públicas⁴⁵.

A outra dimensão do controle sobre o próprio ambiente é a material. Está atrelada à necessidade que emergiu na sociedade moderna de não somente habitar e desfrutar os lugares, mas de possuí-los. Essa capacidade tornou-se severamente importante no caso dos ribeirinhos porque só comprovando seu domínio no ambiente que viviam é que puderam ser ressarcidos pelo espaço de que foram destituídos. Contudo, em geral, a relação dos ribeirinhos com seu ambiente não era de propriedade, mas de existência, de fazer parte do local, sem necessidade entre eles de que houvesse severa demarcação dos âmbitos que ocupavam.

Segundo a moradora Mayelle Wagner, as periferias da cidade começaram a surgir com os conjuntos de casas constituídos nos Reassentamentos Urbanos Coletivos (RUCs) construídos pela Norte Energia. “Foi aí que a cidade passou a ter periferias”. Seu relato dimensiona a consciência do lugar em que antes moravam e a violação da dignidade promovida pela Norte Energia ao negar aos ribeirinhos a escolha, o controle sobre o próprio ambiente⁴⁶.

Para muitos povos tradicionais brasileiros, a noção de espaço é relativa e varia conforme o tempo e o uso. Ou seja, não há relação de propriedade para com a terra, mas sim uma relação de necessidade e utilização. Embora muitas mulheres não tenham as terras que habitam por suas, elas próprias têm relação de pertencimento ao local, por verem naquele espaço sua caracterização enquanto forma de vida e, por conseguinte, de dignidade.

Dar perspectiva de propriedade ao espaço ribeirinho tem consequências ainda mais graves para as mulheres, pois suas atividades quando avaliadas no contexto da pesca, são consideradas não comerciais, não produzi-

45 FAINGUELERNT, 2013, p. 65.

46 ZAIDAN, 2017.

vas e, portanto, isentas de valor que lhes garanta propriedade. Ainda assim, a resiliência das mulheres afetadas pela Usina fica evidente na atitude das que ainda resistem para ter seu lugar junto ao rio novamente: “Eu não me canso de lutar. Quero voltar para a beira do rio. Viver em um ambiente parecido com o lugar de onde saí arrancada”.

Diane é mais um exemplo dessas mulheres, filha da já citada Dona Virgínia, passando pela terra em que um dia já viveu demonstra a forma contrariada pela qual foram retirados do espaço que habitavam ao afirmar que “Um lugar desses é para criar neto. Se eu conseguir esse pedaço de terra, eu vou terminar de criar meus filhos e depois os netos. Minha vida vai ser nessa terra, se eu conseguir ela de volta”. Ela não foi considerada ribeirinha, por isso não foi reassentada novamente perto do rio, recebeu uma carta de crédito da Norte Energia e comprou uma terra longe do rio e de todos os seus familiares⁴⁷.

Acerca da capacidade de “Controle sobre o próprio ambiente”, agora sob a ótica “material”, tem-se que abrange a garantia de que as mulheres tenham a possibilidade de ter direito de candidatarem-se a empregos em base de igualdade com os demais. Capacidade bastante comprometida como é possível observar do relatório da Comissão Especial “Atingidos/as por Barragens”, do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), de 2010. O referido relatório indica existir um padrão de violação de direitos humanos decorrentes de todo o processo de construção das barragens. Sendo que, destas violações, sofrem opressão mais grave as mulheres, inclusive a “invisibilidade do trabalho, perda do trabalho também gerador de renda, a não adaptação ao trabalho urbano”⁴⁸.

Pode-se afirmar que Altamira se tornou ainda mais tirana com as mulheres na mesma velocidade de sua expansão. Isso se deve, em grande parte, ao mercado de ilícitos que foi potencializado com a maior circulação de dinheiro. Não há mais hospital para todos, aumentaram os acidentes de trânsito, assaltos, furtos, estupros e latrocínios. Tornaram-se abundantes as drogas e a prostituição. No mesmo contexto desses ilícitos, acentuou-se o tráfico de mulheres de todas as idades⁴⁹.

47 FRANCESCO; HARARI, 2017.

48 MAB, 2017.

49 ZAIDAN, 2017.

A condição de cidade mais violenta do Brasil ilustrada por tais requintes de violações demonstra cabalmente que as capacidades centrais de 1) Vida; 2) Saúde física; 3) Integridade Física; 4) Sentidos e 9) Lazer estão longe de fazer parte da vida das mulheres afetadas por Belo Monte. Essas capacidades dizem respeito à possibilidade de que a partir de que as pessoas desfrutem dos sentidos mais básicos da vida, que são o direito à vida e à integridade física, possam reunir condições de se desenvolver em emoções e bem viver.

Continuando a compreensão prática das capacidades humanas centrais, aquela que se refere à “Vida” é descrita pela autora como a possibilidade que todos devem ter de viver uma existência de duração normal. Ou seja, “não morrer prematuramente”. Retoma-se o caso do homicídio de Jéssica e seu companheiro: Mhoab Kayan Azevedo, delegado que investiga o duplo homicídio, revela ter achado “uma quantidade expressiva de maconha”, estocada por Antônio no endereço que dividia com Jéssica. O delegado considerava impossível que ignorasse aquela quantidade de droga em sua casa.

No contexto até aqui narrado de violações, medo e morte que envolveu as ribeirinhas, falar nas capacidades de “Saúde física” e “Integridade física”, certamente, não se dá em perspectiva positiva. Desde a fase de implantação da usina, o número de trabalhadores que foram atraídos de outras regiões contribuiu para a modificação da dinâmica populacional das áreas de influência do empreendimento. Salienta-se que os Estudos de Impacto Ambientais são insatisfatórios no que tange os impactos à saúde, pois, em geral, são encarados como efeitos secundários do impacto ambiental.

A capacidade “Saúde física” é também descrita por Nussbaum com a propriedade de “dispor de um lugar adequado para viver”, circunstância que não pode ser observada na realidade dessas pessoas. Recorda-se que mais de novecentas famílias vivem em palafitas sobre a lagoa, no Jardim Independente I. As mulheres ali levam suas vidas carregando crianças, compras e roupas para lavar, “estão sempre olhando para baixo, do contrário, se atolam em lixo, fezes e entulhos ou são atacadas por ratos e cobras”⁵⁰.

A agente comunitária Hirlen Silva explica que antes da usina a lagoa raramente enchia, agora os moradores vivem entre seus objetos e dejetos, além disso, “Há meninas de 13 e 14 anos grávidas, registros de tuberculose, hepatite A e B, hanseníase, dengue, doenças de pele e diarreia”⁵¹.

50 BRUM, 2018.

51 ZAIDAN, 2017.

É certo que, nesta conjuntura, a capacidade “Integridade física” segue o mesmo caminho de declínio, uma vez que diz respeito à possibilidade de se movimentarem livremente, estando protegidas contra ataques de violência, inclusive as de ordem sexual e a liberdade de escolha em questões de reprodução.

A líder do movimento de mulheres Antônia Martins explica que Altamira “inchou de 109 mil para 150 mil habitantes em 2014, no pico das obras”⁵². Todavia, não era somente a quantidade de moradores que se multiplicava, nessa mesma proporção a população feminina “passou a conhecer formas de violência mais graves, como estupro e assassinato, violações inexistentes ali até então conforme os registros da Secretaria de Segurança Pública do Pará”. Em 2015, o número de ocorrências contra mulheres chegou a 607, quase o triplo de cinco anos antes. Segundo Antônia Melo, ativista do movimento Xingu Vivo, “Belo Monte trouxe um adoecimento humano, principalmente para as mulheres”⁵³.

Como explica Nussbaum, ao se descrever as capacidades violadas em casos específicos, o quadro de capacidades não parece ser uma importação alienígena. Como se pode perceber dos relatos também descritos neste trabalho, a avaliação do desrespeito aos direitos humanos a partir da perspectiva das capacidades parece se encaixar muito bem com as reflexões que essas mulheres já vinham fazendo sobre suas vidas. A crítica trazida pelas capacidades, portanto, coaduna com seus discursos e demandas à medida que implica crítica à cultura tradicional. É importante que isso seja enfatizado, dado que demonstra que a abordagem das capacidades não está criando problemas que não existiam, ou agindo de forma a interferir na cultura dessas mulheres da maneira como fez a colonização e o discurso atual de desenvolvimento.

Tendo em vista o exposto até aqui, falar da capacidade “Lazer”, que diz respeito à viabilidade de “rir, brincar, gozar de atividades recreativas” parece inadequado, por sugerir que se possa ser feliz nas situações que se encontram as pessoas atingidas, mas não o é quando se concebe que ter motivos para sorrir e conseguir desfrutar do tempo livre de forma saudável é parte imprescindível de uma vida digna. Destaca-se que o lazer está expressamente disposto no artigo sexto da Constituição Federal, quando o Texto trata dos direitos sociais, tidos como de segunda dimensão.

52 ZAIDAN, 2017.

53 RIBEIRO; CORRÊA, 2018.

Conseguir desfrutar da capacidade do “Lazer”, todavia, não é uma capacidade independente. Para poder gozar de atividades recreativas as pessoas precisam ter liberdade de agir, advinda da segurança de que desfrutam de autonomia para usufruir da companhia de outras pessoas nesses momentos. No caso das mulheres essa liberdade é tolhida pela ideia de posse que predomina sobre muitos relacionamentos e, por uma cultura de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”, o que tem distanciado a polícia de seu dever de proteção no âmbito doméstico.

Assim é que Hirlen Silva realizava um baile quando seu marido, enciumado, entrou alcoolizado e iniciou uma briga com o professor de capoeira local. O companheiro de Hirlen foi tirado por ela do baile para que fosse ao hospital. No caminho passaram em casa para pegar seus documentos, ele passou a agredi-la, puxou-a pelos cabelos e jogou-a no chão. O barulho fez acordar a filha de Hirlen, quem, no intuito de defender sua mãe, jogou uma pedra no padrasto que, então, seguiu para o hospital, enquanto Hirlen foi à delegacia. Nas palavras de Hirlen, “O escrivão disse que meu marido estava ferido e eu não apresentava hematoma”. Vítima de violência doméstica nos dois casamentos anteriores, sabia da possibilidade de que a história fosse invertida e desistiu do boletim⁵⁴.

A falta de preparo dos agentes públicos é também mais um reflexo que inviabiliza a segurança pública em Altamira. Somado a isso, a delegacia da mulher não está sempre à disposição por falta de efetivo. Leda Salgado, titular da Delegacia da Mulher, afirma que “as paraenses não são submissas, embora denunciem pouco”. Segundo ela, os boletins de ocorrência cresceram com a autonomia conquistada na economia aquecida, “Muitas começaram a trabalhar e a considerar novas possibilidades”. Porém, “Voltavam para casa e encontravam o marido furioso, imaginando que elas estavam com um amante”. Para a delegada, a nova dinâmica social mexeu com as relações de poder entre homens e mulheres⁵⁵.

A ingerência sobre o próprio corpo pela falta de informação, consentimento ou mesmo pela impossibilidade de não levar adiante uma gravidez indesejada também ocasiona uma natalidade bastante precoce e frequente na vida das mulheres de Altamira. Isso somado ao fato de que cuidar dos filhos permanece como uma tarefa quase que exclusivamente feminina,

54 Z Aidan, 2017.

55 Z Aidan, 2017.

torna bastante escassas as possibilidades dessas mulheres. Como se extrai do relato de Jeanne Coletto: “Não é fácil ser avó tão cedo. É preciso criar as filhas e a neta e cuidar para que não nasçam outros bebês”⁵⁶.

A construção de Belo Monte acentuou a falta de liberdade das mulheres para dedicarem seu tempo a si mesmas. Se culturalmente criar os filhos já era considerada uma tarefa feminina mesmo com os pais presentes, em Altamira a situação ainda se tornou mais específica pelos homens que vieram trabalhar nas barragens, engravidaram inúmeras mulheres e depois, com o fim das obras, as deixaram sem qualquer auxílio. Seus bebês ficaram conhecidos como filhos da barragem.

“Sentidos, imaginação e pensamento”. Não à toa, essa capacidade é aqui narrada por último. Isso porque ela vincula não somente a possibilidade de uma educação adequada para que as pessoas possam desenvolver sua liberdade de pensamento e imaginação, como também que tenham espaço seguro para exercitar a liberdade de expressão existencial e política.

Como visto anteriormente, a liberdade de expressão no sentido de existir sem dúvidas foi obstaculizada quando retiraram os ribeirinhos do ambiente que os definia, o rio. Já a liberdade política, apesar do esforço – bastante contraditório em um governo democrático – de fazer calar a voz dos atingidos, não foi completamente silenciada.

Recorda-se que a Força Nacional foi chamada pelo governo do Pará para reprimir tanto as manifestações de indígenas, ribeirinhos, agricultores e moradores urbanos atingidos pela hidrelétrica quanto as greves de trabalhadores nos canteiros da obra⁵⁷.

Ainda assim, no mesmo dia em que a Norte Energia comemorou o giro da primeira turbina da hidrelétrica de Belo Monte, as mulheres indígenas que vivem cerca de dez quilômetros da barragem principal da usina bloquearam o acesso de trabalhadores para pleitear uma reunião com a empresa Norte Energia sobre os danos causados pelo enchimento do reservatório⁵⁸.

Segundo informativo do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), as demandas das mulheres contêm, imprescindivelmente, a pauta do direito de demandar. Isso decorre do “não reconhecimento da voz das

56 ZAIDAN, 2017.

57 BRUM, 2015.

58 ISA, 2016.

mulheres em espaços deliberativos (reuniões de negociação), ausência de serviços que possibilitem às mulheres acessar o espaço público, tais como creche e transporte”. Ademais, a participação das mulheres nos processos de negociação com as barragens é reduzida, em geral, pela “postura machista das empresas que elegem os homens como mais legitimados para representar as comunidades. Relação preconceituosa das construtoras: não reconhecimento das mulheres como interlocutoras”⁵⁹.

Ainda conforme o MAB, são recorrentes os casos da utilização de mecanismos de coerção. Neles, as empreiteiras responsabilizam as mulheres pelo bom ou mau andamento das negociações, o que as obriga a convencer todos os membros da família a aceitar a carta de crédito como a melhor e mais rápida alternativa diante da ameaça da obra.

Compreendendo essa realidade, o MAB tem focado esforços na afirmação do Coletivo de Gênero com o mote de construir a auto-organização das mulheres. Além disso, em um processo oposto do que tem sido proporcionado pela chegada dos megaempreendimentos na Amazônia, o MAB, ao colaborar com a emancipação das mulheres, tem fortalecido as populações atingidas como um todo.

Exemplo do qual se orgulham é o das arpilleras. Trata-se de uma técnica de bordado utilizada por mulheres chilenas como ferramenta de denúncia durante a ditadura militar (1973-1990). Segundo representantes do movimento, utilizando desse mesmo sentido político, “resgatamos essa técnica para que nós, atingidas por barragens, pudéssemos expressar com agulha, linha e retalhos as violações de direitos que sofremos no processo de construção das barragens”⁶⁰.

Por derradeiro, é de se destacar que se nesse cenário, em que ganham reconhecimento as discussões acerca da necessidade de justiça ambiental, a justiça de gênero tem obtido espaço, não é pela promoção de um real Estado Socioambiental de Direito, e sim pela resiliência das mulheres direta e indiretamente afetadas por Belo Monte. Isso faz crer que mesmo em situações tão invisibilizadas como essa, o levante cultural do que se entende por feminino certamente está ganhando novas dimensões

59 MAB, 2017.

60 MAB, 2017.

5. Conclusão

No primeiro tópico tratou-se do desenvolvimento da ideia de Estado Socioambiental de Direito e sua confirmação pela Constituição Federal de 1988. Acredita-se ser inegável a necessidade de cada vez mais os Estados passarem a incluir nas suas políticas públicas mecanismos de proteção do meio ambiente natural. A virada constitucional que marcou a segunda metade do século XX, denominada neoconstitucionalismo, quando a dignidade humana passou a ser o centro do agir político, também deve, cada vez mais, buscar a implementação da dimensão ecológica referente à vida e ao bem-estar humanos. Por isso, conclui-se a necessidade premente de formação de Estados Socioambientais de Direito na expectativa de que para além dos direitos individuais e sociais, que marcaram a formação histórica dos Estados de Direito, o meio ambiente também constitua parte estruturante daquilo que deve compreender-se por desenvolvimento social e humano.

A manutenção dos sistemas naturais mostrou-se de fundamental importância para a vida e o bem-estar humanos, assim como, viabiliza as expectativas de um futuro. Todavia, tomada a expectativa de Estado Socioambiental de Direito frente às reais políticas ambiental e econômica desenvolvidas no Brasil, denota-se um embate no qual a vida humana e os interesses ambientais restam demasiadamente prejudicados.

Nesse contexto, o segundo tópico observou o papel do Estado, bem como a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso em comento, onde se pode concluir que não houve, dentro ou fora do país, justiça que acolhesse os atingidos por Belo Monte. Depreendeu-se que, a despeito das demandas específicas das mulheres, não há, nem mesmo no Estado Socioambiental de Direito em sua previsão teórica, ressalva capaz de abarcar as necessidades evidenciadas no embate que coloca de um lado mulheres e ambiente e do outro o desenvolvimento.

Para consecução do projeto Belo Monte, como visto no trabalho, foram ignoradas e rejeitadas as recomendações da CIDH, fato que deixou em aberto a possibilidade para que o governo brasileiro retome a mesma posição agressiva em futuras decisões contra os interesses ambientais, fomentando políticas desfocadas dos princípios reitores do já reconhecido Estado Socioambiental de Direito na Constituição. Tal postura levou a concluir que o projeto iniciado durante a ditadura brasileira ainda preserva o autoritarismo dessa época de violações, servindo como clara demonstração da

falta de compatibilidade entre os conceitos de desenvolvimento e aqueles atrelados ao equilíbrio ambiental.

A forma como o ambiente e suas vidas são tratados serve como um sismógrafo da democracia, de quão sadia ela ocorre em uma nação. Nesse sentido, o que se conclui desta pesquisa é que os rumos tomados pela política ambiental no Brasil estão cada vez mais distantes de se efetivar à luz das previsões constitucionais.

Essa naturalização dos prejuízos humanos por conta do desenvolvimento em Belo Monte preocupa ainda mais quando se conclui que os problemas ocasionados pelos interesses internacionais são convenientemente tratados pelo próprio Estado brasileiro. Há, pode-se dizer, a adoção de fundamentos utilitaristas para o desenvolvimento, permitindo-se que questões ambientais e aquelas atinentes às dignidades humanas sejam pautadas por processos orientados ao lucro econômico sem apego final ao bem-estar social.

Nesse sentido, constata-se que, apesar de um ideal de proteção socioambiental, o direito nacional tem, claramente, primado pelo capital à revelia dos direitos humanos e ambientais. Assim é que mulheres e meio ambiente natural não encontram guarida em face da toada desenvolvimentista que ainda atinge a Amazônia, sendo que o direito nacional cada vez mais possibilita a degradação ambiental e não disciplina normas capazes de defender os direitos dos atingidos por grandes obras.

Dessa forma, a avaliação das capacidades humanas centrais confirmou a maior vulnerabilidade das mulheres, além de expor violações flagrantes aos direitos mais básicos que um Estado Socioambiental de Direito deveria garantir.

Compreendeu-se, nesse sentido, que a liberdade, como substância da dignidade humana e da justiça, só é possível com a implementação de requisitos mínimos que componham as chamadas capacidades humanas centrais. Nesse contexto, observou-se que o controle sobre o próprio espaço e sobre o próprio corpo são capacidades diretamente violadas no caso das deslocadas ambientais de Belo Monte e extremamente ligadas ao ranço colonial presente no discurso do desenvolvimento.

Destarte, conclui-se desta pesquisa que conceitos essenciais à democratização do desenvolvimento não foram concebidos nos moldes da realidade nacional e, nem mesmo pensados em prol dos problemas das mulheres que ali viviam. Os impactos sociais de Belo Monte, focados aqui nas deslocadas ambientais, sequer podem ser acudidos pelo sistema de

leis enquanto a base do próprio sistema jurídico não sofrer mudança que contemple as especificidades do gênero. Igualmente, a ideia de desenvolvimento permanecerá constituindo paradoxo enquanto sua implementação não for pensada tendo como beneficiários as brasileiras e os brasileiros.

Referências

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Nota nº 142. Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA. 2011. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2555:solicita>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- BRUM, Eliane. A Veneza de Belo Monte. *El País*. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/14/politica/1526322899_121198.html> Acesso em: 18 nov. 2018.
- BRUM, Eliane. Belo Monte, empreiteiras e espelinhos: Como a mistura explosiva entre o público e o privado, entre o Estado brasileiro e as grandes construtoras, ergueu um monumento à violência, à beira do Xingu, na Amazônia. *El País*. 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/06/opinion/1436195768_857181.html>. Acesso em: 27/11/2018.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Medidas outorgadas pelo CIDH no ano de 2011*. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- ESTOCOLMO. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano*. 1972. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- FAINGUELERNT, Maíra Borges. *Belo Monte: o estado democrático de direito em questão*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Apicuri, 2013.
- FEARNSIDE, Philip M. *Alumínio e Barragens: A maldição dos recursos naturais*. Amazônia Real. 2016. Disponível em: <<http://amazoniareal.com.br/aluminio-e-barragens-4-a-maldicao-dos-recursos-naturais/>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

- FELIPE, Sônia T. O cuidado na ética ecoanimalista feminista. In: BORGES, Maria de Lourdes; TIBURI, Marcia. *Filosofia: machismos e feminismos*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014.
- FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1669, 26 jan. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10887>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- FGV; IFC. *Grandes Obras na Amazônia: Aprendizados e Diretrizes*. 2016. Disponível em: <<http://diretrizes-grandesobras.gvces.com.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- FRANCESCO, Ana de; HARARI, Isabel. A luta dos ribeirinhos no Xingu: Será que todo mundo evaporou? *Le Monde Brasil*. 2017. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/sera-que-todo-mundo-evaporou/>>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ISA. Instituto Socioambiental. *Atlas dos impactos da UHE Belo Monte sobre a pesca/ organização Ana De Francesco e Cristiane Carneiro*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2015.
- ISA. Instituto Socioambiental. *Cinco anos após início da instalação de Belo Monte, Ibama reconhece impactos na pesca*. 2016. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/cinco-anos-apos-inicio-da-instalacao-de-belo-monte-ibama-reconhece-impactos-na-pesca>>. Acesso em: 16 jul. 2017.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração*. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: naturezas e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEITE, José Rubens Morato (Coordenador). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOUREIRO, Violeta Refjalefsky. Amazônia: uma história de perdas e danos, um futuro a (re)construir. *Estudos avançados*, São Paulo, v.16, n. 45, maio/agosto 2002.

- MAB. Movimento dos Atingidos por Barragens. *As violações dos direitos das mulheres atingidas e a luta pela vida*. 2017. Disponível em: <<http://www.mabnacional.org.br/noticia/viola-es-dos-direitos-das-mulheres-atingidas-e-luta-pela-vida>>. Acesso em: 28/11/2018. Acesso em: 28 nov. 2018.
- NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça: Deficiência, Nacionalidade, Pertencimento à Espécie*. São Paulo – SP: WMF Martins Fontes Ltda, 2013.
- PADINHA, Marcel Ribeiro. *Grandes objetos na amazônia: das velhas lógicas hegemônicas às novas centralidades insurgentes, os impactos da Hidrelétrica de Belo Monte às escalas da vida*. 2017. Tese (Doutorado em Geografia) – Faculdade de Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2017.
- PAES LOUREIRO, J.J. *Cultura Amazônica: uma poética do imaginário*. São Paulo: Escrituras, 2003.
- PINZANI, Alessandro. Reconhecimento e solidariedade. *Ethic@*. Florianópolis, v. 8, n. 3, pp. 101-113, maio 2009.
- PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura*, vol. 11, n. 2, pp. 263-274, julho/dezembro 2008.
- RIBEIRO, Aline; CORRÊA, Hudson. O legado de violência deixado por Belo Monte. *Revista Época*. 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2018/03/o-legado-de-violencia-deixado-pela-usina-de-belo-monte.html>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- RIVERO, Oswaldo de. *O Mito do desenvolvimento: Os países inviáveis no século XXI*. Petrópolis/ RJ: Editora Vozes, 2002.
- ROSCOCHE, Luiz Fernando; VALLERIUS, Daniel Mallman. Os impactos da usina hidrelétrica de Belo Monte nos atrativos turísticos da região do Xingu (Amazônia – Pará- Brasil). *Revista Eletrônica de Administração e Turismo*, v. 5, n. 3, julho/dezembro 2014.
- SACHS, J., Warner, A.M. *Natural resource abundance and economic growth*. Development discussion paper n. 517a. Harvard Institute for International Development (HIID), Cambridge, Massachusetts, 1995.
- SANTOS, Milton. *Pensando o espaço do homem*. 5ª Ed. São Paulo: Edusp. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

- SEVÁ, Oswaldo. A lógica da Volta Grande adulterada: consequências prováveis afetando moradores urbanos, rurais e ribeirinhos em Altamira e municípios vizinhos; efeitos possíveis para os arquipélagos, pedrais, cachoeiras e na “ria” do baixo Xingu. In: SEVÁ, Oswaldo (org.). *Tenotã-Mõ: Alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no Xingu* – São Paulo: International Rivers Network, p. 192-198, 2005.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA, Luiz Gustavo Araújo da Cruz Casais e. *A maldição dos recursos naturais: uma análise dos municípios do Estado da Bahia no período de 2002 a 2013*. 2016. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.
- TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. *What is a Fair International Society? International Law Between Development and Recognition*. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2013.
- VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: De Maria da Penha à Belo Monte. In: SILVA, José Carlos Moreira; TORELLY, Marcelo (orgs). *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Forum, 2013.
- VIEIRA, Flávia do Amaral. *Direitos Humanos e desenvolvimento na Amazônia: Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito e Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.
- WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do poder judiciário. *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 18, n. 2, pp. 256-268, maio/agosto, 2013.
- ZAIDAN, Patrícia. Altamira: A cidade mais cruel e violenta com as mulheres. *Revista Cláudia*. Agosto de 2017, p. 02. Disponível em: <<https://claudia.abril.com.br/noticias/altamira-cidade-cruel-violenta-mulheres/>>. Acesso em: 30 set. 2018.

Recebido em 02 de maio de 2019.

Aprovado em 26 de novembro de 2019.

RESUMO: Considerando a formação do Estado Socioambiental de Direito no Brasil e a não concretização dos Direitos Humanos das Mulheres da Amazônia, questiona-se, a partir do caso da instalação da usina hidrelétrica de Belo Monte no Pará, se o modelo de justiça proclamado pela Constituição brasileira tem se efetivado diante das especificidades das demandas daquelas que tiveram a dignidade violada pela desconstituição do próprio ambiente. O método empregado é o dedutivo e o procedimento é o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico. Toma-se a abordagem de Martha Nussbaum sobre as capacidades humanas centrais analisadas da perspectiva do gênero feminino para compreender os impactos ambientais e humanos que envolveram as mulheres atingidas pela usina. Denota-se da pesquisa os impactos socioambientais causados pela construção e funcionamento de Belo Monte, em especial os que atingiram a comunidade ribeirinha que, tomada a partir da divisão das dez capacidades elencadas pela autora, demonstram que a perda de conexão com o ambiente reflete-se decisivamente como perda de dignidade. Ademais, procura-se analisar como o aumento da violência urbana, maximizada em proporções aviltantes frente às variadas espécies de direitos humanos, envolveu-se na destituição de capacidades das deslocadas ambientais de Belo Monte.

Palavras-chave: perspectiva de gênero, Estado Socioambiental de Direito, Belo Monte, Direitos Humanos das Mulheres.

ABSTRACT: Considering the formation of the Socio-Environmental State of Law in Brazil and the non-realization of the Human Rights of the Women from Amazon, it is questioned, from the case of the installation of the Belo Monte hydroelectric plant in Pará, if the model of justice proclaimed by the Brazilian Constitution has become effective faced the specificities of the demands of those who had their dignity violated by the destruction of their own environment. The method used is the deductive and the procedure is the monographic one, being used as bibliographic research criterion. Martha Nussbaum's approach on the central human capabilities analyzed from the perspective of the female gender is taken to understand the environmental and human impacts that affected the women affected by the plant. The research shows the socio-environmental impacts caused by the construction and operation of Belo Monte, especially those that reached the riverside community, which, taken from the division of the ten capacities listed by the author, demonstrate that the loss of connection with the environment reflects, decisively as a loss of dignity. In addition, it seeks to analyze how the increase in urban violence, maximized in demeaning proportions against the different species of human rights, was involved in the removal of capacities of the displaced people of Belo Monte.

Keywords: Human Rights, social and environmental Law, Belo Monte, Human Rights of Women.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: PERTILLE, Marcelo Cesar Bauer; PERTILLE, Thais Silveira. Estado Socioambiental de Direito e Direitos Humanos: os danos de Belo Monte a partir da perspectiva de gênero. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1273>.

Elemento vital e garantia interna da Constituição: vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional

Vital element and internal guarantee of Constitution: will of constitution, constitutional sentiment, and constitutional patriotism.

Raoni Macedo Bielschowsky*

Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia – MG, Brasil

1. Introdução

A constituição é o *locus* em que, de forma mais clara, Direito e Política articulam-se dialeticamente na dinâmica da vida de uma comunidade que se pretenda comprometida com um projeto de Estado de Direito. Ela é o *topos* em que normalidade e normatividade, permanência e transformação, estaticidade e dinamicidade, mais marcadamente apresentam sua tensão e complementariedade, sendo o eixo jurídico-político por excelência de uma experiência estatal. De mesmo modo, essas faces tampouco são cindíveis na realidade constitucional, pois, exceto para fins de mera exposição e classificação, dificilmente se poderá falar de uma dimensão estritamente jurídica ou estritamente política de uma constituição. Isso porque sua normatividade decorre, em parte, de certa normalidade, ao mesmo tempo em que pretende prescrever uma outra normalidade ainda por vir a ser¹, isto é,

*Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia; Doutor em Direito pela UFMG; Mestre em Ciências-Jurídico Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal; Bacharel em Direito pela UFRN. Pesquisador do Grupo “Politeia: cultura política, teoria e identidade constitucional”. E-mail: rmabel@hotmail.com. Orcid: 0000-0003-2316-3534.

1 HELLER, 1998.

uma normatividade essencialmente contrafactual². Assim, é possível afirmar que toda constituição jurídica é *politicamente* projetada, *politicamente* legitimada e, conseqüentemente, de certo modo, *politicamente* válida.

No entanto, não apenas a legitimidade/validade de uma constituição coloca(m)-se de forma (jurídico-)política, mas sua própria eficácia (social) também se faz possível, em boa medida, politicamente. Desde essa perspectiva, é possível apontar que esta dimensão está bastante relacionada àquilo que por vezes pode ser tratado como o *elemento vital de toda Constituição*, isto é, a sua “capacidade de mobilizar as emoções e energias sociais com vistas à sua realização”³; e também pode ser identificada como uma das faces do *dinamismo constitucional*, mais especificamente aquela relacionada à garantia interna de uma constituição, logo, à “adesão à normatividade constitucional por parte daqueles que se lhe subordinam”⁴. Isso porque, desde essa tradição, é um equívoco pretender que os *textos jurídicos*, por si só, sejam capazes de transformar a realidade ou, ainda, considerar que a simples existência de um texto constitucional seja capaz de hermeticamente garantir a efetivação constitucional⁵.

Nesse sentido, há uma série de chaves que correntemente são vinculadas a esse mencionado *elemento vital* e todas elas referem-se, de uma forma ou de outra, à relação dos cidadãos com sua constituição. Embora tenham isso em comum, também é interessante compreender como cada uma dessas construções teóricas acaba por dar maior ênfase a uma determinada forma/força de associação/vinculação dos cidadãos com sua comunidade jurídico-política e seus respectivos projetos constitucionais.

No mais das vezes, essas *ideias força* têm tido, quando muito, sua relação/aproximação rapidamente mencionadas⁶, mas não têm sido abordadas ou articuladas analiticamente, menos ainda, em conjunto. Assim sendo, este artigo pretende apresentar uma revisão bibliográfica que contextualize as bases desses conceitos, levantando suas formulações mais importantes e originais, com o condão de apresentar uma reconstrução de três das principais chaves correntemente relacionadas a esse elemento vital: *vontade de constituição*, *sentimento constitucional*, *patriotismo constitucional*.

2 ROSENFELD, 2010.

3 SAMPAIO, 2003, p. 81.

4 COUTINHO, 2009, pp. 377-380.

5 CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 70.

6 MIRANDA, 2006; COUTINHO, 2009; SAMPAIO, 2003.

2. Vontade de Constituição

O termo *vontade de constituição* ganha projeção no famoso opúsculo *A força normativa da Constituição*⁷, fruto de discurso proferido por Konrad Hesse, na Universidade de Freiburg, por ocasião da aula inaugural do ano de 1959. Tendo sido aluno de Rudolf Smend⁸, Hesse é autor de grande impacto no constitucionalismo do pós-guerra, não apenas na Alemanha, mas também no Brasil e no mundo constitucional como um todo. Sua projeção é tanta que Massimo La Torre chega a indicá-lo como o mais influente constitucionalista alemão pós-1945⁹.

Contudo, antes mesmo dessa formulação de 1959, Werner Käge, um dos principais expoentes da Escola de Zurique, em obra publicada em 1945, já utilizara a expressão *vontade de norma* (*Wille zur Norm*)¹⁰ cunhada em oposição à expressão nietscheana *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) – uma dicotomia também presente no discurso de Hesse. Käge, inclusive, detalha mais motivos para essa oposição que o faz Hesse, na medida em que comenta que a *vontade de norma* estaria cada vez mais sendo substituída pela *vontade de poder*, num contexto em que muitas constituições (do período entreguerras) teriam sido, efetivamente, destruídas e eliminadas porque alguma *vontade de poder* assim o quisera¹¹.

Parte importante da crítica de Käge àquilo que trata como “uma crise de seu tempo”, vincula-se ao que o suíço chama de decadência do normativo que, por sua vez, estaria relacionada a quatro dimensões distintas: *a) à geral decadência do normativo na existência humana em comunidade; b) à mudança da ideologia política e da ideia de Estado; c) à crescente pluralização, diferenciação e dinamização da existência social; e d) à crise da Constituição normativa.*

7 HESSE, 1991.

8 A construção jurídico-constitucional de Smend, com sua importante teoria da integração, exerceu imensa influência na vida e desempenho do Tribunal Constitucional Alemão a partir de 1949, e, antes mesmo disso, ele também foi um dos principais atores da luta pelo método da Teoria do Direito do Estado de Weimar (*Methodenstreit der Weimaraner Staatsrechtlehre*).

9 LA TORRE, 2007.

10 A tradução castelhana consultada traduz “*Wille zur Norm*” por “*Voluntad por la Norma*”. No entanto, aqui preferimos seguir a mesma lógica utilizada na tradução para português de “*Wille zur Verfassung*” por “vontade de constituição”.

11 KÄGI, 2005.

Tal *decadência do normativo*, portanto, estaria relacionada a algo que se apresenta como bastante central na mundivisão do professor de Zurique: uma preocupação com a perda da referência a valores universais, levada a cabo por um processo de *mundanização* da experiência, exposta como uma mais ampla e geral *decadência do normativo na existência humana na comunidade*. Nesses termos, naquele período entreguerras, o idealismo teria sido definitivamente substituído por várias correntes de pensamento, as quais Kági pretende agrupar como *ideologias materialistas*, marcadas: pela desvalorização da razão, pela dissolução do conceito de verdade, pelo *empalidecer dos valores absolutos*, pela “*crise des idéés*”, pela depreciação do conceito de lei, enfim, em sentido amplo, por aquilo que trata como a *decadência do normativo*¹².

Diante desse quadro, Kági atribuiu a Nietzsche a autoria da mais clara e pronta exposição acerca da *troca do apolíneo pelo dionísio*, cenário que, caracterizado pela desvalorização e dissolução do normativo, seria o pano de fundo do desenrolar da experiência constitucional daquela primeira metade do século XX. Segundo essa leitura, o normativo teria sido substituído pela *vontade de vida de Schopenhauer*, estabelecida como essência de todas as coisas; haveria, portanto, uma substituição do “sistema de razão” pela “metafísica do irracional”, da razão pela vontade, do idealismo pelo voluntarismo.

Assim sendo, as pretensas mortes da razão, da verdade absoluta e dos valores objetivos – todos vencidos pelo relativismo, pelo ceticismo, pelo agnosticismo e pelo nihilismo – apresentavam-se para Kági como motivo de grande angústia, gerada pelo quadro de seu tempo. Nesse sentido, citando nominalmente *A Genealogia da Moral*, apontava ser a moral uma mera “*idiosincrasia de decadentes con la intención oculta de mantenerse con vida*”. *La ‘voluntad por el poder’, en sí misma, ‘más allá del bien y del mal’*,

12 “*Reiteradas veces se trató de esbozar la evolución filosófico-ideológica de los últimos ciento cincuenta años en pares opuestos, por ejemplo, como el cambio del racionalismo al irracionalismo (el destronamiento de la razón, la ‘abdicación de la razón’); la sustitución del idealismo por la amplia corriente de la ideología materialista que atraviesa el siglo XIX; a crisis del idealismo como una prevención hacia el ‘naturalismo’, ‘materialismo’, ‘positivismo’, ‘realismo’, hacia la filosofía de la vida (vitalismo) y existencialismo; y un deslizamiento hacia el relativismo y sus ismos de tendencias análogas (pragmatismo, instrumentalismo, utilitarismo, convencionalismo). Sin embargo, es común a todas esas interpretaciones, que en su formalismo resultan inevitablemente insuficientes, mostrar la desvalorización de la razón la ‘démision de l’espirit’, la disolución del concepto de verdad, el palidecer de los valores absolutos, la ‘crise des idéés’, el menoscabo del concepto de ley la decadencia de lo normativo en el más amplio sentido de la palabra*” (KÁGI, 2005, pp. 56-57).

*ignora las normas y ordenamientos que la limitan*¹³. Destarte, para o jurista de Zurique essa crise dos valores do normativo – marcada pela perda, dissolução e demonização dos ordenamentos humanos – no fundo, teria suas raízes cravadas em uma efetiva crise de crenças.

De mesmo modo, essa *geral decadência do normativo na existência humana em comunidade* caminharia lado a lado com um outro fenômeno descrito como a *mudança da ideologia política e da ideia de Estado*. Ela estaria manifesta na modificação da valoração do normativo estatal e marcada pelo estabelecimento da “supremacia do existencial sobre toda mera normatividade” como dogma – construção que Kāgi explicitamente relaciona ao pensamento de Carl Schmitt¹⁴. Nesse percurso, várias transições seriam significativas: do individualismo ao coletivismo; do Estado liberal ao total; do Estado democrático ao autoritário; do Estado federalista ao centralista; da forma “racional” de domínio à “carismática”; enfim, do Estado de Direito ao Estado de Poder.

Ainda nesses termos, para Kāgi, também o aumento das funções do Estado e a conseqüente ampliação de atribuições e capacidade de ação do Poder Executivo contribuíam para uma *volta ao voluntarismo*. Esta seria identificada pelo enfraquecer do “Estado de Lei” – alegadamente legitimado pelo normativo – frente a um modelo cuja legitimação seria fundada na autoridade pessoal e carismática de um líder capaz de decidir sem limitações normativas. Tal conformação induziria a experiência jurídico-política a uma situação tendencialmente casuística, de insegurança e exceção, regida por um Estado que não se definiria pelo indivíduo desde a norma, mas, sim, desde a totalidade, desde a existência, isto é, pela *Razão de Estado*: “*Ya no es ‘Estado de Derecho’, sino ‘Estado político’, Estado de poder*”¹⁵.

Frente a isso, e nesses termos, o suíço faz sua exposição em expressa referência ao *Conceito do Político*¹⁶ de Schmitt, em que, segundo sua leitura, todo o Direito existiria apenas como sombra de uma grande decisão política e, assim, se apresentaria em permanente perigo, uma vez que estaria à mercê do decisionismo. Neste aspecto, Kāgi novamente volta a dialogar com a filosofia nietzschiana e com aquilo que trata como um entendimento

13 KĀGI, 2005, p. 57.

14 KĀGI, 2005, p. 59.

15 KĀGI, 2005, p. 61.

16 SCHMITT, 2016.

primitivo, marcado pela total falta de laços do Estado:

La voluntad titánica, tendente a lo inmensurable, prime todos los límites. Todo es consagrado a la voluntad de poder. (...) Por encima de la relatividad de los valores, aún los estatales, se encuentra como valor absoluto la voluntad de poder del “superhombre”. “La autonomía de la razón es sustituida por el arbitrio del superhombre – ese era el camino de Kant a Nietzsche que recorrió el siglo XIX” (Windelband). El siglo XX mostraría que, con ello, también se insinúa la trayectoria del Estado; una vez más se repite aquel fenómeno que diagnostica Pascal en sus Pensées (fragmento 299): “Ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force”¹⁷.

Em meio a isso, haveria um quadro marcado por uma acelerada complexificação da vida, identificado como uma *crescente pluralização, diferenciação e dinamização da existência social e estatal*. Essa aceleração e acirramento das conjecturas, bem como as reviravoltas da política exterior, representariam certa perda de previsibilidade e maior habitualidade da condição de anormalidade tendente a um *perpétuo estado de exceção*. Isso contribuiria para a necessidade (real ou criada) de rápidas tomadas de decisão por parte dos governos, inclusive ao arredo das normas, mesmo ao das normas constitucionais¹⁸.

Nessa construção, Kāgi menciona que a *decadência do normativo*, resultado da *interação entre fatores sociológicos e ideológicos*, conduzia os Estados a uma *crise da Constituição normativa*, ligada tanto à decadência do normativo, quanto à crise do próprio conceito moderno de lei. Para ele, o constitucionalismo surge com o intuito de substituir o “*government of men*” por um “*government of law*”, sobretudo a partir de constituições pretensamente eternas e imutáveis, com a meta de a política constitucional estabelecer e garantir uma legalidade ampla e total. Assim, no momento seminal do Estado de Direito, teria havido a intenção de, com a norma, eliminar o arbítrio da *práxis estatal* (característica da ordem do *ancien régime*), por meio da proteção de uma autoridade que seria, nas palavras de Kāgi, a mais pura expressão da *vontade do normativo* (*Willen zum Normativen*): o juiz independente¹⁹.

17 KĀGI, 2005, p. 62.

18 KĀGI, 2005, p. 63.

19 KĀGI, 2005, p. 64.

Assim, o suíço afirma que em quase todo o século XIX houve uma *tendência pelo normativo* direcionada à *juridificação (juridización)* da atividade estatal, pautada pelos princípios constitucionais básicos, especialmente, sobre os direitos de liberdade e o princípio da separação dos poderes. A unanimidade de tais valores também seria explicada por uma alegada e notável estabilidade do período – na sua leitura – constante mesmo sobre as várias crises e convulsões sociais vividas. Uma normalidade que favoreceria a *vontade de norma (Wille zur Norm)* e, por conseguinte, uma progressiva *objetivação e previsibilidade do político*, tratada como expressão de *ampla racionalização das estruturas de poder*.

A partir da Primeira Guerra, no entanto, teria havido um progressivo esvanecer dessas condições favoráveis relacionadas à unidade de uma ordem de valores unanimemente aceitos, o que estaria refletido em mudanças no formato das normas constitucionais e em sua aplicação. O modelo normativo formal e racionalizado do primeiro ciclo do constitucionalismo dava espaço a um momento em que as leis, de um modo geral, e as normas constitucionais, em especial, teriam assumido cada vez mais um formato provisório e experimental marcado por *fórmulas de compromisso dilatatório* ou de *objetivos programáticos*. A própria legalidade tornar-se-ia cada vez menos certa e a Constituição *já não seria mais um nomos com um conteúdo comprometedor, mas, sim, no melhor dos casos, uma regra de jogo convencional na luta pelo poder*²⁰.

Essa seria uma *crise de legalidade* que estaria em pauta em vários trabalhos do período²¹. Assim, a perda da generalidade e formalidade da lei em detrimento de uma posição “decisionista”, marcada pela inexistência de uma unidade de valores e ordem, também se veria refletida na interpretação jurídica e no fortalecimento daquilo que Kāgi tratou por “uma degradante *jurisprudência circunstancial (Situationsjurisprudenz)*”. Esta seria caracterizada por ser conscientemente condicionada pela conjuntura política e pelos vários interesses em torno da tomada de decisão, sendo consequência da ampla pluralidade de ideologias e sistemas de aplicação do direito; portanto, saldo da perda de uma racionalidade decisória unânime.

20 KĀGI, 2005, p. 65. Na voz e tempo original: “ya no es más un nomos con un contenido comprometedor sino, en el mejor de los casos, una regla de juego convencional en la lucha por el poder”.

21 KĀGI, 2005, pp. 67-68.

Nesse contexto, haveria uma hipertrofia normativa que ao invés de significar um privilegiar da lei, representaria seu ocaso. Isso porque o grande volume normativo também seria obra da relativização dos valores, geradora de um enfraquecimento da segurança interna de estabilidade e continuidade da ordem, que teria por característica a produção de simples “medidas-lei” (*Massnahme*), que seriam apenas formalmente gerais e abstratas²².

Nessa esteira, seria também atrelada a esse momento de “*vacance de la légalité*” a amiúde quebra e suspensão da constituição, não justificadas por uma certa *Razão de Estado*, mas resultantes do próprio enfraquecimento da *vontade normativa* e “*del avance hacia la falta de limites que ambiciona el poder político*”²³. A isso tudo estaria ligado o *ocaso da Constituição*.

Para Kāgi, contudo, os desmontes e as feridas causadas às constituições não teriam representado sua eliminação total e a pretensa primazia do real (do existencial, da prática e da ação) sobre o normativo transpareceria em algumas marcantes dicotomias enfatizadas no discurso político do período, especialmente, naquelas entre: o “Estado de Direito” e o “Estado justo”; o “Estado constitucional” e o “Estado social”; a “democracia formal” e a “verdadeira democracia”. Para Kāgi, no entanto, tais dicotomias não deveriam ser encaradas como opositivas, pois a verdadeira e perene antítese da experiência jurídico-política não estaria ligada a nenhuma delas, mas à oposição entre o Estado de Direito e o Estado de poder. Nessa tensão haveria um *valor eterno* em jogo, o da justiça social, e a forma do Estado Constitucional e do Estado de Direito – fórmula, em suas palavras, sempre de algum modo imperfeita – seria aquela que ofereceria a melhor garantia para sua realização²⁴.

Haveria, portanto, duas constates ameaças ao ordenamento *iusnormativo*: uma apresentada pela *vontade de poder* (*Machtwillen*) e outra oferecida pela indiferença dos cidadãos. Isso porque, para Kāgi, a possibilidade de sequência e realização do normativo (e talvez seja neste ponto final que esteja mais patente a continuidade de sua construção com a de Hesse):

su última garantía, sobre la cual recién pueden construirse todas las demás garantías (organizativas-institucionales), es la formación del ciudadano responsable y vigilante.

22 KĀGI, 2005, p. 69.

23 KĀGI, 2005, p. 66.

24 KĀGI, 2005, p. 74.

El sentido y objetivo de esa “verdadera formación” ya fueron definidos con autoridad por Platón en su Leys: “Educación para la areté, que llena al hombre con el afán y deseo de convertirse en un perfecto ciudadano, que sepa tanto dominar como dejarse dominar sobre la base del Derecho”. La democracia es la “forma de madurez del Estado”. Pero, precisamente por eso, también es la “forma incómoda del Estado”. Su realización es una tarea permanente y significa siempre un nuevo esfuerzo para la “animación de la Constitución”, para la vivificación del derecho y de deber²⁵

Várias das ideias de Kāgi terão continuidade no constitucionalismo do segundo pós-guerra, inclusive, várias delas estão claramente refletidas no *A força normativa da Constituição* de Konrad Hesse. Por exemplo, sem dúvida é marca de várias das formulações do Estado Democrático de Direito a tentativa de (re)substancialização do próprio direito constitucional, fazendo do Constitucionalismo, em boa medida, uma *teoria normativa da política*²⁶, que se faz refletida na tentativa de apresentar conceitos normativos sobre *o que é direito* e sobre *o que é Constituição*. De mesmo modo, é muito presente nesse momento a preocupação por se reconhecer a imperatividade e eficácia da norma constitucional como *lex legum*. Contudo, em que pese muitas vezes ser apontado ao período pós-1945 um certo retomar (mais ou menos consciente, mais ou menos explícito) de algum jusnaturalismo – ou, pelo menos, de certa justificação axiológica transcendente ou de certa ligação do jurídico com algum *normativo* anterior –, talvez seja possível dizer que são poucas as construções contemporâneas colocadas em termos e moldes similares aos do jurista de Zurique.

Em *A força normativa da Constituição*, Konrad Hesse, por sua vez, articula várias das ideias do constitucionalismo da segunda metade do século XX, basicamente, articulando-as a partir das formulações de outro famoso discurso: *O que é uma Constituição?*²⁷, de Ferdinand Lassalle, originalmente publicado em 1862. Neste, Lassalle define a essência da Constituição como

25 KĀGI, 2005, pp. 74-75.

26 CANOTILHO, 2000, pp. 1334-1335.

27 O título original do opúsculo é *Über Verfassungswesen*. Assim, ele poderia ser traduzido de forma literal por: Sobre a natureza da Constituição ou ainda Sobre a essência da Constituição. Esta última, inclusive, é a opção seguida por algumas edições brasileiras (LASSALLE, 2001). De todo modo, o título do ensaio não raramente recebeu a tradução livre *O que é uma Constituição?* que aparentemente decorre da tradução castelhana mais corrente em diversas edições (LASSALLE, 1931).

“a soma dos *fatores reais de poder* que regem um país”²⁸. Assim, afirma que os problemas constitucionais são, primordialmente, problemas de poder e não de Direito. Nesse sentido, assinala que as constituições escritas só têm valor e são duradouras na medida em que deem fiel expressão aos fatores de poder imperantes na realidade social²⁹. É de se apontar que a análise lassaliana coloca-se não como prescritiva ou normativa do que deve ser uma constituição, mas sociológica e especialmente crítica àquela realidade política e jurídico-política vivida no mundo alemão de meados do século XIX.

Assim, Hesse, de sua parte, busca articular a força normativa da constituição desenvolvendo-a em oposição àquilo que pretende imputar à formulação de Lassalle. Destarte, assinala, de modo um tanto prescritivo, que no choque entre os fatores reais de poder e a Constituição, não há, necessariamente, prevalência absoluta daqueles sobre esta, de modo que se contrapõe à clássica definição do líder socialista “da Constituição como mera folha de papel”. Embora não seja possível aprofundar essa questão neste trabalho, é possível questionar se a crítica de Hesse a Lassalle é precisa e, mesmo, justa. O que de fato pode ser apontado é que é nessa construção que o catedrático de Freiburg utiliza a chave *vontade de constituição* (*Wille zur Verfassung*) em espelho ao já mencionado conceito nietzscheano de *vontade de poder* (*Wille zur Macht*).

Para Hesse, embora a constituição não possa, ela mesma, realizar nada, pode, no entanto, impor tarefas e tornar-se força ativa na medida em que, por um lado, tais tarefas sejam efetivamente realizadas e que, por outro, exista disposição dos cidadãos – particularmente dos principais responsáveis pela ordem constitucional – de orientar a própria conduta de acordo com a ordem por ela estabelecida. Ou, nas palavras de Hesse: “se a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem”³⁰.

Assim, é apelando para um espírito, uma consciência geral de todos, que o jurista alemão desenvolve a chave da *vontade de Constituição*. Com ela, Hesse acaba por apontar para uma atitude voluntária de opor-se àquelas tendências constitucionais (decisionistas e antidemocráticas) que mais comumente pleiteiam e instrumentalizam a ideia de *vontade*. Vê-se, por-

28 LASSALLE, 1931, p. 65.

29 LASSALLE, 1931, p. 90.

30 HESSE, 1991, p. 19.

tanto, nessa sua formulação que, no fundo, ele pretende conciliar as duas ameaças (negativas) ao *iusnormativo* apresentadas por Kāgi – a *Machtwillen* e a indiferença do cidadão – em uma suprassunção (positiva), de certo modo simplificadora, em torno da categoria de *vontade de Constituição*.

Nessa linha, La Torre entende que com o desenvolvimento desse conceito, Hesse afirma ser preciso tomar-se uma decisão fundamental, identificada com a amiúde disposição de se viver na esfera pública de entendimento partilhado, base essencial do Estado. Para Hesse, tal decisão não pode ser concebida de forma incompatível com a democracia ou tomada de maneira individual por um ator pré-constitucional, no caso, o Estado, pois este, ao mesmo tempo em que é indispensável à ordem constitucional, também precisa ser diferenciado da sociedade civil³¹. Com isso, Hesse parece apontar para o fato de:

que a força vital e eficaz da Constituição assenta-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, mas sua força normativa não deriva dessa adaptação a uma dada realidade, antes se devendo a um fator de natureza espiritual e cultural, que ele [Hesse] sugestivamente denomina *vontade de Constituição*³²

Nessa construção, se vê claro o espírito da ideia de *plebiscito diário*, já exposto no século XIX por Ernst Renan³³, mas que no caso de Hesse foi mais imediatamente herdado das construções dos “autores dialéticos” de Weimar, particularmente, de Rudolf Smend³⁴, mas também de Heller³⁵.

Assim, Hesse assinala que a *vontade de Constituição* origina-se desde três vertentes diversas: “na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”; em igual medida, “na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação)”; mas que se coloca, também, sobre a “consciência de que, ao contrário do que

31 LA TORRE, 2009, pp. 33-34.

32 COELHO, 2004.

33 “la existencia de una nación es (perdonen esta metáfora) un plebiscito cotidiano, como la existencia del individuo es una afirmación incansante de vida” (RENAN, 2010, p. 66).

34 LEPSIUS, 2008, p. 269.

35 HESSE, 1998, p. 28.

se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”³⁶.

Portanto, de algum modo, ainda que não explicitamente, reconhece uma relação necessária entre o processo de legitimação – e o sentimento de legitimidade – de uma ordem democrática com sua própria eficácia (enquanto sua realização e concreção), na medida em que, no plano constitucional, esta necessariamente demanda *vontade de Constituição*.

Desse modo, parece-nos possível afirmar que Hesse, assim, já aponta para uma relação necessária entre eficácia e reafirmação política da comunidade com o projeto constitucional de modo volitivo, logo, em alguma medida, de modo essencialmente político. Isso estará patente, também, quando ele identifica as duas tarefas fundamentais de uma constituição como sendo as de *criação e manutenção do ordenamento jurídico* e de *formação e manutenção da unidade política*³⁷.

É, portanto, uma vontade que pode ser concebida como especialmente decorrente de um fator racional, mas, também, de um sentimento em relação à Constituição e, no mais das vezes, na conjunção de ambos.

3. Sentimento Constitucional

Se por um lado a compreensão da dimensão vital da cultura constitucional depende da vontade dos cidadãos, de outro, leva em si uma boa parte de sentimento construído e observado em relação a uma constituição. Desse modo, Raúl Machado Horta define que:

o acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espalha na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional³⁸.

36 HESSE, 1991, pp. 19-20. Neste ponto, fazendo referência expressa à obra de Heller (nota 12).

37 HESSE, 1998, pp. 29-37.

38 HORTA, 1992, p. 8.

O conceito de *sentimento constitucional* desenvolve-se, basicamente, da articulação entre o dinamismo constitucional e o *sentir jurídico*, tendo por base uma chave mais antiga, a do *sentimento jurídico* (*Rechtsgefühl*). Esta foi amplamente utilizada por importantes juristas do século XIX e da primeira metade do XX, como Rudolf Stammler, Rudolf von Jhering, Gustav Radbruch e, especialmente, Erwin Riezler, responsável pela principal monografia sobre o tema: *Das Rechtsgefühl*, publicada em 1923. Com o sentimento jurídico, todos esses buscavam chamar a atenção à importância da dimensão emotiva à experiência jurídica em oposição a certa exacerbação da racionalidade ligada ao formalismo.

Diante dessa construção, Pablo Lucas Verdú ressalta que, embora sejam indispensáveis ao Direito a racionalização, a formalização e a sistematização, a conceptualização não suprime a necessidade e operabilidade do sentir jurídico, assinalando, inclusive, ser contraproducente a tentativa de desconsiderá-lo³⁹.

Em linhas gerais, aponta-se que o sentimento jurídico floresce da convicção de que determinadas normas, escritas ou não, são convenientes e justas para a convivência em comunidade. A partir dessa convicção é possível que surja uma adesão tão profundamente interiorizada, que permita que aqueles que a sentem acabem por obedecer às normas jurídicas não em virtude do aparelho coercitivo existente, mas porque tomam como seu o próprio projeto comum do grupo social, integrando-se livre e espontaneamente a ele⁴⁰.

Destarte, para essa tradição, é graças ao sentimento jurídico que, em boa medida, a normatividade jurídica torna-se capaz de enraizar-se profundamente na sociedade, a ponto de tornar-se mais plenamente eficaz. Isso porque ela não apenas se impõe a partir de suas virtudes conceituais e formais, mas também é, e precisa ser, intensamente, incorporada pelos cidadãos que passam a *tê-la* e *senti-la* como sua.

De toda sorte, mesmo essa adesão que comporta o sentimento jurídico, propõe Lucas Verdú, não é totalmente emotiva, sendo também, em certo grau, um cálculo racional. Tal normatividade é aceita porque *conveniente* e *boa* para a integração social, de modo que em todo sentimento jurídico encontra-se tanto o elemento emocional, quanto o elemento intelectual.

39 LUCAS VERDÚ, 1985, pp. 4-5. Em sentido similar: RADBRUCH, 2010, p. 158.

40 JHERING, s.d., p. 241.

Nesses termos, a efetividade de toda normatividade jurídica depende da coincidência entre o grau de empatia e o implícito grau de racionalidade ínsito a todo sentimento jurídico⁴¹.

Deste modo, remetendo à formulação de Riezler, Lucas Verdú identifica três maneiras diferentes de manifestação do sentimento jurídico, que se apresentam de forma não isolada, mas entrelaçada: a) no sentir sobre *o que é o Direito* – dimensão relacionada à capacidade de captar intuitivamente e aplicar de forma justa o direito vigente com o *tato jurídico*, com o *sensus juridicus*; b) no sentir sobre *o que deve ser o Direito existente*, em referência ao “ideal jurídico”; c) e, ainda, no sentir acerca da *atitude a respeito do Direito vigente*, ou seja, no sentimento *a respeito do ordenamento jurídico*⁴².

Diante dessas constatações, o professor de Madri sintetiza o conceito de *sentimento jurídico* como a convicção emocional intimamente vivida por um grupo social quanto à justiça e à equidade do ordenamento jurídico vigente; que, por sua vez, motiva sua adesão pelo corpo social e conduz ao rechaço aqueles que venham a transgredi-lo. Nesses termos, entende que o conteúdo do sentimento jurídico, enquanto representação emocional de um ideal jurídico, coloca-se em relação à história, “*cambiante de la mediación entre la idea de la igualdad y la idea de la libertad y por las energias para aquella mediación*”⁴³.

É partir dessa construção que se desenvolve a ideia de *sentimento constitucional*, sendo particularmente destacadas, quanto a ela, as formulações de Karl Loewenstein e do próprio Pablo Lucas Verdú.

Karl Loewenstein, judeu alemão exilado nos EUA desde 1933, antes mesmo de publicar seu clássico *Political power and the governmental process*⁴⁴ – obra em que mais claramente aborda a questão do sentimento constitu-

41 LUCAS VERDÚ, 1985, pp. 4-5. É também nesse sentido que se dá o transladar desse conceito para a tradição anglófona, ainda que em abordagem um tanto diferente (DUBBER, 2006, p. 8).

42 LUCAS VERDÚ, 1985, pp. 50-51.

43 LUCAS VERDÚ, 1985, pp. 57-58.

44 A primeira edição do *Political power and governmental process* é de 1957. Para este trabalho, foi consultada a segunda edição de 1965 que conta com um *post scriptum* adicional à primeira edição. Essa obra original em língua inglesa basicamente corresponde ao conteúdo das versões ulteriores em alemão (*Verfassungslehre*) e castelhano (*Teoría de la Constitución*). Esta, no entanto, possui ainda outros *post scripti* não encontrados na edição americana que tivemos acesso. Além da mencionada edição americana, para esta pesquisa foi utilizada, basicamente, a segunda edição em castelhano (LOEWENSTEIN, 1976).

cional – trabalhou ideia relacionada, a de *democracia militante*, em textos de 1935 e 1937. A chave da democracia militante foi importante para a cultura constitucional alemã a partir de 1949 e veio a influenciar a construção de outro conceito ligado ao *elemento vital da Constituição*, o *patriotismo constitucional*, originalmente formulado por Dolf Sternberger⁴⁵. Além disso, ela contribui para a compreensão do próprio conceito de constituição como utilizado por Loewenstein, situado na relação entre o ideal e o real.

A ideia de *democracia militante* é desenvolvida em meio ao auge das experiências autoritárias da primeira metade do século XX. Nesse espírito, Loewenstein inicia um de seus artigos de 1937 afirmando que o fascismo não se tratava de mais um simples incidente isolado na história particular de alguns países, mas que, àquele tempo, desenvolvia-se em um movimento universal, em um “impulso aparentemente irresistível” comparável, inclusive, à própria insurreição do liberalismo europeu contra o absolutismo na sequência da Revolução Francesa⁴⁶. Em resposta a essa ascensão, Loewenstein protestava alegando que uma democracia não poderia se contentar em responder ao desafio de enfrentar e resistir contra o fascismo apenas através de uma postura passiva, com um “legalismo cego” ou com o “formalismo exagerado do Estado de Direito” (liberal). Alegava que, juntos, em um discurso de “fundamentalismo democrático”, essas duas *formas* poderiam servir, ambas, como cavalo de Tróia contra o próprio regime democrático⁴⁷. Assim, seria necessária uma *democracia militante* que se colocasse ativamente, impondo medidas que a aportassem substantivamente e que a permitissem enfrentar e impedir o avanço do autoritarismo.

As posições de Loewenstein quanto à democracia e quanto à constituição são, similarmente, axiológicas. Ele as compreende desde uma construção ideal, ligadas à democracia liberal-constitucional ocidental. É também nessa esteira que no pós-1945 o autor formula sua classificação ontológica da constituição a partir da análise dos processos de constitucionalização que sucederam à segunda guerra e das novas constituições que surgiram naquele momento. Estas, por sua vez, simbolizavam uma de três experiências: ou marcavam a estatalidade e a independência recém-adquirida de alguns países; ou representavam a reconstitucionalização de países que

45 MÜLLER, 2007, p. 23 e ss.

46 LOEWENSTEIN, 1937, p. 417.

47 LOEWENSTEIN, 1937, p. 424.

havam sofrido experiências autoritárias; ou, ainda, eram marcos para Estados que haviam passado por revoluções e demandavam uma nova organização dos poderes⁴⁸.

Para sua classificação ontológica, Loewenstein considera a relação de concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder, tendo como ponto de partida “a tese de que uma Constituição é o que os detentores do poder dela fazem na prática – o que, por seu termo, depende, em larga medida, do meio social e político em que a Constituição deve ser aplicada”⁴⁹.

Tendo isso em conta, Loewenstein dividiu as constituições em *normativas*, *nominais* e *semânticas*. A lógica dessa categorização é bem explicada a partir de uma chave formulada por Pablo Lucas Verdú que, ao defender uma Teoria da Constituição motivada por sua fundamentação axiológica, aponta que uma comunidade pode *ter constituição* e pode *estar em constituição*.

Ter constituição significa possuir um “Código fundamental sistemático”, formal e materialmente constituído, isto é, uma lei fundamental hierarquicamente superior, comprometida com determinada fundamentação axiológica, particularmente, com os valores da liberdade, da justiça, da igualdade, do pluralismo político e, sobretudo, com a premissa antropológica do Estado Democrático de Direito: a dignidade humana⁵⁰. *Estar em constituição*, por seu turno, significa, justamente, viver-se em um ambiente constitucional, em que essa ordem de valores culturalmente compartilhados seja presente, viva e eficaz. Isto é, nas palavras de Lucas Verdú: “Estar en Constitución significa la aplicación de derechos y deberes socioeconómicos mediante la anulación de los privilegios de los beati possidentis”⁵¹.

Nesses termos, uma constituição é normativa quando, ao mesmo tempo, é formal e materialmente – portanto, axiologicamente – constitucional, além de viva, vivida e defendida pela comunidade. É, portanto, quando há uma relação dialética entre a constituição ideal, limitadora do poder e promotora de uma ampla participação democrática nele e na realidade social. Dito de outra forma, é quando a constituição jurídica possui força normativa, logo, quando uma comunidade *tem constituição* e, ao mesmo tempo, *está em constituição*.

48 LOEWENSTEIN, 1955; LOEWENSTEIN, 1976, pp. 216-222.

49 MIRANDA, 2003, p. 330.

50 LUCAS VERDÚ, 1998, p. 40.

51 LUCAS VERDÚ, 1998, p. 44.

Uma constituição nominal, por seu turno, é aquela que é formal e materialmente constitucional, porém, não vivida na prática. Ela é legítima e válida, mas não eficaz. Ou seja, quando uma comunidade *tem constituição*, mas não *está em constituição*.

Por fim, uma constituição semântica verifica-se quando em uma comunidade existe um texto que se pretende constitucional, portanto, uma constituição instrumental que, inclusive, é formalmente (positivamente) constitucional, mas que, no entanto, não o é materialmente (axiologicamente) e, a esse passo e ao mesmo tempo, não é vivida nem feita viva num ambiente constitucional. Por conseguinte, uma comunidade tem uma constituição semântica quando nem se *tem constituição*, nem se *está em constituição*. Nessa situação, a constituição escrita passaria a ser utilizada para perpetuação de um poder ilegítimo, ao invés de ser meio de limitação do poder, como pretende Loewenstein.

Nesses termos, Lucas Verdú defende que para que uma constituição seja viva, ela tem de ser vivida por todos os membros da comunidade, quer por seus destinatários, quer pelos detentores do poder, sendo necessário que comunidade e constituição estejam em simbiose, sendo esta, por sua vez, integrada e integrante da sociedade estatal. Consequentemente, para que a constituição seja efetiva, é indispensável que ela esteja observada lealmente por todos os cidadãos, sendo possível, somente neste caso, falar em constituição normativa, isto é, quando: “*sus normas dominan el proceso político o, a inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas*”⁵². Nesse sentido, para Loewenstein, a *constituição normativa* só será alcançável a partir de um enorme esforço político⁵³.

Tal esforço se destaca, na medida em que se constata que, como toda obra humana, a constituição escrita não apenas é incompleta, mas especialmente “deficiente”, no sentido de que cada constituição, na verdade, não é mais que um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam em sua conformação⁵⁴. É a esse compromisso, ou, mais precisamente, à força que possibilita seu cumprimento que Loewenstein chamará *sentimento constitucional* (*Verfassungsgefühl*).

O autor dirá que a expressão *sentimento constitucional* acaba por tocar um dos fenômenos psicológico-sociais e sociológicos de mais difícil com-

52 LOEWENSTEIN, 1976, p. 217.

53 GONZALEZ CASANOVA, 1965, p. 85.

54 LOEWENSTEIN, 1976, p. 199.

preensão na vida política. Pois ele se coloca como a consciência da comunidade que integra os detentores e os destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória (a constituição), de modo a submeter o processo político aos interesses da comunidade, alocando-o acima de todos os antagonismos e tensões nela existentes. Para Loewenstein, esse fenômeno pode ser fomentado através da educação e, em aproximação a Smend, pela *utilização consciente, mas não insistente, do simbolismo nacional*. Registra, no entanto, que ele pertence ao imponderável e que é impossível de ser produzido racionalmente. Para o autor, seria algo relacionado a fatores irracionais, à mentalidade e à vivência histórica de um povo, não se confundindo, entretanto, com a consciência nacional. Além disso, reconhece que o sentimento constitucional não pode ser explicado tão somente a partir da constatação da longevidade de uma constituição, contudo, afirma que a ampla e amiúde reforma constitucional colabora para o enfraquecimento desse sentimento.

Curiosamente, Loewenstein relata que, passada pouco mais de uma década de sua entrada em vigor, a Lei Fundamental de Bonn – tão cantada pelos pensadores do patriotismo constitucional anos depois – não fora, ainda, capaz de criar tal identificação, nem com os destinatários do poder, tampouco, com seus detentores. Em que pese a crítica, Loewenstein reconhece ser injusta qualquer resposta mais peremptória acerca da Lei Fundamental alemã, tendo em vista seu ainda curto período de vigência até aquele momento. De todo modo, relata que o povo (alemão) deixou de ter contato pessoal com sua constituição, apontando para certa “desconfiança” e, mesmo, alguma inimizade entre aquela constituição e o povo; no que destaca, ainda, novamente em aproximação a Smend, que a participação política do povo (particularmente, no caso da reforma constitucional) é uma *“contribución viva a la educación política y un elemento de integración política. Una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente”*⁵⁵.

Quanto ao tratamento dado por Pablo Lucas Verdú ao tema do *sentimento constitucional*, o espanhol destina-lhe uma monografia específica⁵⁶, que como toda sua obra é muito influenciada pelo trabalho e pela postura

55 LOEWENSTEIN, 1976, p. 205.

56 LUCAS VERDÚ, 1985.

metodológica de Rudolf Smend⁵⁷, além da constante presença de o Karl Loewenstein.

Lucas Verdú recupera o conceito de *sentimento jurídico* (*Rechtsgefühl*) a partir de autores como Jhering, Riezler, Isay e Coing, não sem uma pequena digressão sobre suas origens teórico-filosóficas mais remotas, quando menciona Aristóteles, Cícero, Hugo Grocio, Spinoza, Hume, Rousseau, e outros⁵⁸, e a partir da ideia de sentimento jurídico, desenvolve mais propriamente uma formulação acerca do sentimento constitucional. Para tanto, revela que a própria *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição) surge em um momento de crise do conceito jurídico-normativo de constituição, marcado por várias respostas antiformalistas que invocavam dimensões extranormativas para a compreensão desse próprio conceito. Nesse contexto, teriam sido marcos importantes dessa virada: a posição schmittiana, quando definiu a constituição como a decisão conjunta de um povo sobre sua existência política; a resposta helleriana a ela, a partir de uma Teoria do Estado que concebe a constituição como estrutura e realidade social; a formulação de Rudolf Smend, que apresentava a constituição como técnica dos processos vitais de integração do Estado; e, também, a construção do suíço Dieter Schindler, que propôs uma abordagem da constituição “mediante a consideração compensatória do *ambiance*”.

Para Lucas Verdú, o que todas essas propostas têm em comum é a própria dissolução da racionalidade normativa ou, pelo menos, sua relativização em relação a outras dimensões: Smend em relação aos valores culturais e à simbologia política; Schmitt em destaque ao acento voluntarista; Heller e Schindler, cada um a seu modo, em ênfase às objetivações sociais, ou seja, a uma comunidade em que se vive em uma estrutura (Heller) ou que disfruta de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa (Schindler). Em todas essas construções, no entanto, Lucas Verdú identifica importância e espaço para a compreensão do sentimento constitucional⁵⁹.

Nesses termos, o jurista espanhol aponta que a moderna Teoria da Constituição, particularmente desenvolvida desde Weimar, é mais doutrina (*lehre*) que teoria (*Verfassungstheorie*), uma vez que não se coloca unidimensionalmente apenas em argumentações lógico-jurídicas, mas, também,

57 LUCAS VERDÚ, 1987.

58 LUCAS VERDÚ, 1985, pp. 14-40.

59 LUCAS VERDÚ, 1985, p. 69.

considera – “*sin yuxtaposiciones*” – os elementos da realidade social em relação de complementariedade com a normatividade constitucional. Nesse sentido essa “Doutrina Constitucional”, como prefere, não pode ser compreendida como fruto exclusivo da inteligência constitucional, mas, também – e por vezes de forma muito marcante – como resultado da sensibilidade constitucional.

Desse modo, destaca que a compreensão das conexões normativas do *estar em constituição* sempre tem de ter em vista as motivações emocionais do *ter constituição* e de conviver conforme a constituição. Nesse contexto, afirma que “*toda política constitucional estriba no sólo en tener y estar en Constitución, sino también, en sentirla como algo propio estimado por su forma originaria y en sus desarrollos expresos y tácitos*”⁶⁰.

Para tanto, retoma a ideia de Pelegrino Rossi da existência de um vínculo moral entre as instituições e os homens e, a partir disso, define que

*el sentimiento constitucional consiste en la adhesión interna a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estiman (sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento) que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia*⁶¹

Como atenta Nelson Camatta Moreira, sentir, em Lucas Verdú, significa “estar implicado em algo”, portanto, o sentimento constitucional, para ele, identifica-se como a conexão subjetiva entre o cidadão, de um lado, e o ordenamento jurídico e instituições constitucionais da comunidade, de outro⁶². Essa implicação se alicerça, justamente, na identificação especialmente emotiva – ainda que não apenas emotiva – de que as normas e instituições de sua constituição são boas, justas e aptas para o desenvolvimento e perpetuação da comunidade. Assim: “*el sentimiento constitucional tiende a persistir a pesar de su labilidad, es espontáneo – aunque estimulado por el contexto, por el ambiente ideológico y la situación sociopolítica –, es público y representativo y muestra, además, cierta expansividad*”⁶³.

60 LUCAS VERDÚ, 1985, p. 131.

61 LUCAS VERDÚ, 1985, p. 171. O original também apresenta itálico.

62 MOREIRA, 2010.

63 LUCAS VERDÚ, 1985, p. 72.

Desse modo, Lucas Verdú, ao relacionar o *Rechtsgefühl* não apenas com emotividade (*emocionalidade*) mas também com a dimensão intelectual, o vê como comprometido com valores tidos como “superiores”, inspirando e servindo o sentimento constitucional para a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo. Nesse sentido, afirma que o caráter material do Estado de Direito coloca-se quando o Estado só intervém na esfera individual na medida em que é conformado por normas jurídicas que não apenas expressam a vontade estatal, mas que, também, são determinadas por um *Rechtsgefühl* regulador da *Rechtsgemeinschaft* (comunidade jurídica). E, até por isso os direitos fundamentais são, portanto, uma manifestação típica do Estado de Direito material⁶⁴.

Sendo assim, as construções quanto ao sentimento constitucional atentam para o fato de que se por um lado a força motriz e vital de uma cultura constitucional depende de uma fundamentação racional, por outro, ela também é algo que precisa ser sentido, em boa medida, como algo *constituente* da própria comunidade e de cada cidadão.

4. Patriotismo Constitucional

Além da vontade de constituição e do sentimento constitucional, há pelo menos mais uma terceira ideia-força que surge no contexto constitucional alemão e que merece destaque: o *patriotismo constitucional*. O conceito foi formulado ainda no contexto de uma Alemanha dividida, reconstruindo-se a si e a sua identidade no período do pós-guerra, tendo paulatinamente assumido outros contornos a partir da reunificação, em 1989, fazendo-se bastante presente, ainda hoje, nos debates acerca do multiculturalismo e da formação de uma identidade europeia.

Em 23 de maio de 1979, por ocasião da comemoração dos trinta anos da *Lei Fundamental alemã*, Dolf Sternberger publicou texto no jornal *Frankfurter Allgemeine Zeitung* em que pela primeira vez abordou o conceito de *patriotismo constitucional* (*Verfassungspatriotismus*)⁶⁵. Essa chave foi muito

64 LUCAS VERDÚ, 1985, p. 155.

65 Depois dessa primeira abordagem, voltou ao tema em trabalhos e discursos posteriores. Destaque-se, especialmente, um proferido em 1982, por ocasião do jubileu da “Academia para formação política”, e um de 1987, em colóquio sobre “Patriotismo” realizado pelo Instituto de Ciência Política e da Faculdade Histórico-Filosófica da Universidade de Heidelberg, por ocasião da comemoração do aniversário de 80 anos de Sternberger. Seu prestígio é revelado, por exem-

influente nos debates – constitucional e de filosofia política – da Alemanha, tendo ganhado ainda maior difusão e notoriedade a partir de seu emprego por Jürgen Habermas, inicialmente, na *disputa dos historiadores* (*Historikerstreit*) ocorrida na segunda metade da década de 1980.

Em linhas gerais, Jan-Werner Müller define o patriotismo constitucional como uma ideia normativa de que o vínculo político não deve estar relacionado a uma “cultura nacional” – como pretende o nacionalismo liberal – tampouco girar em volta de uma “comunidade global de seres humanos” – como quer o cosmopolitismo. Ao contrário do que defendem essas posições, ele deveria gravitar em torno de normas, valores e, de forma um tanto mais indireta, em torno dos procedimentos da *constituição democrática e liberal*⁶⁶.

Também nessa perspectiva, particularmente em menção ao sentido dado por Habermas, Attracta Ingram identifica no patriotismo constitucional a ideia do Estado como a associação de cidadãos ligados não por fins comuns partilhados, mas, antes, por regras e práticas comuns, separando-o, assim, da questão da identidade de motivações tribais, étnicas ou confessionais⁶⁷. Nessa linha, entende que o conceito avança no sentido de afastar Estado e nação e, por isso, afirma que não se trata de ideia significativamente nova, estando ela ligada, desde sempre, à própria questão da cidadania.

Para Ingram, já no republicanismo clássico, com a narrativa do mito fundador, mas também no republicanismo liberal, com o contrato social, afirmava-se a criação da comunidade política como um ato de transformação moral no qual os indivíduos desenvolviam-se e relacionavam-se enquanto cidadãos, criando uma união que independia de laços anteriores de qualquer natureza. Assim, para a autora, o que passou a ser tratado por patriotismo constitucional converge com a própria ideia de que o Estado em si é a fonte de sua própria união. Faz essa relação não sem destacar que, em que pese a ideia não ser nova, a chave do patriotismo constitucional

plo, pelo fato de Richard von Weizsäcker, à oportunidade, Presidente da República Federal da Alemanha, ter apresentado uma conferência no evento (STERNBERGER, 2001).

66 MÜLLER, 2007.

67 É curioso que a relação entre patriotismo constitucional e estatismo se relaciona bastante mais com o primeiro sentido dado à expressão por Sternberger que, exatamente, aos contornos que ele foi tomando no curso dos debates de Teoria Política, especialmente, pela linha aberta por Habermas.

diferencia-se das formas anteriores assemelhadas pelo seu compromisso com a pluralidade e sua preocupação de conciliar diversas identidades ético-culturais em uma unidade política⁶⁸.

De todo modo, o surgimento do termo *patriotismo constitucional*, propriamente dito, se dá de fato no cenário alemão e está relacionado a duas questões particulares: à *memória* e à *militância*⁶⁹. Isto é, à memória do Holocausto e do regime nazista e à militância contra grupos tidos como “inimigos da democracia” que atuaram na Alemanha Ocidental da segunda metade do século XX⁷⁰.

Particularmente quanto à dimensão da memória, Jan-Werner Müller remete suas raízes a Karl Jaspers e a algumas de suas formulações posteriores à Segunda Grande Guerra. Nelas, Jaspers – orientador não apenas de Sternberger, mas, também, de Hannah Arendt – desenha uma seminal distinção entre culpa criminal, culpa moral, culpa política e culpa metafísica⁷¹. Com isso, apresentava a especial preocupação com o modo como os alemães tratariam das atrocidades do regime nazista e, conseqüentemente, com a própria identidade daquele “novo país” que se formava em articulação com as condições políticas que se apresentavam.

Historicamente, a Alemanha sempre tivera sua estabilidade política assegurada por governos fortes e, muitas vezes, autoritários. A partir de 1945 um novo desafio estava posto: a formação e manutenção de uma estabilidade política através de uma identidade cívica particular, de uma identidade moral coletiva; e muitos eram os juristas e politólogos que tentavam articular essa nova e dura tarefa de um país assombrado pelo fracasso da República de Weimar.

68 INGRAM, 1996.

69 MÜLLER, 2007, pp. 10-11.

70 Esse combate implicou o banimento de partidos políticos pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na década de 1950, quer de direita (do neonazista *Sozialistische Reichspartei Deutschlands*, SRP, em 1952), quer de esquerda (o *Kommunistische Partei Deutschlands*, KPD, em 1956).

71 JASPERS, 2001, pp. 25-26. O livro em que Jaspers trata dessa questão, *Die Schuldfrage* (*The question of German Guilty*) foi originalmente publicado em 1947. De forma resumida, Jan-Werner Müller (2007, p. 16) esboça essa distinção nos seguintes termos: “*Definitions of criminal and moral guilt were relatively straightforward; political guilt, in Jaspers’s conception, attached to all those living under cruel and unjust regimes; metaphysical guilt, finally, referred to a rupture in a deep level of solidarity that Jaspers assumed existed among all human beings*”.

Nesse contexto, vários intelectuais sentiam ser imputada “ao povo alemão” certa *culpa coletiva* pelas atrocidades do nazismo, o que para Jaspers não fazia sentido. Isso porque para ele a ideia de culpa coletiva seria inadequada, uma vez que não seria possível fazer-se de “um povo” “um indivíduo”. Defendia que essa compreensão pressuporia uma falsa e equivocada substancialização de uma coletividade que resultaria na degradação da condição de indivíduo das pessoas. Um povo não poderia ser destruído heroicamente, tampouco poderia ser considerado criminoso; não poderia agir moral ou imoralmente; e, por isso, seu julgamento categórico como um ente único e substantivado sempre seria injusto. Para Jaspers, as ações seriam feitas apenas pelos indivíduos e, por essa razão, somente estes poderiam ser considerados culpados ou inocentes, nunca um povo em unidade. É nesse contexto, em oposição à ideia de *culpa coletiva*, que apresenta seu conceito de *responsabilidade coletiva* dos alemães que permitiram que o regime nazista se erguesse sobre eles⁷². Assim, apenas a partir do assumir dessa *responsabilidade* seria possível construir a unidade alemã.

Para Jaspers, uma identidade política democrática e uma adequada integração social só seriam possíveis na medida em que os alemães suportassem a *responsabilidade coletiva* pelo que acontecera. Entendia que mesmo um passado negativo poderia se tornar fonte de coesão social, portanto, para ele, no caso alemão, a postura de não enfrentar o passado faria da coesão social uma realização difícil ou, mesmo, impossível. Para tanto, repudiou sua própria posição anterior de defesa do nacionalismo – que a princípio herdara de Max Weber, seu professor – e, nos termos de sua filosofia de livre comunicação entre iguais – que veio a influenciar seu pupilo Sternberger e, anos mais tarde, Habermas – explicitamente ligou a ideia de “trabalhar com o passado” desde uma nova forma de cosmopolitismo na qual: “o projeto de contínua contestação da memória e a ideia de ‘filiação universal’ tornavam-se inseparáveis – ainda que não fosse exatamente claro o que implicava ‘filiação universal’”, em Jaspers⁷³.

Foi sob essa influência que anos mais tarde, em 1979, Sternberger desenvolveu seu conceito de patriotismo constitucional, ainda que o tema do patriotismo, em si, já lhe tivesse surgido anos antes.

72 JASPERS, 2001, pp. 69-75.

73 MÜLLER, 2007, pp. 16-17.

Müller atenta para o fato de Sternberger ter sido um colaborador muito próximo de Jaspers⁷⁴, tornando-se um dos decanos da teoria política democrática da Alemanha do pós-guerra⁷⁵. Já em 1947 formulou seu *Conceito de Pátria*, em texto homônimo⁷⁶, assegurando que este se realiza, primeiramente, na constituição política com a participação ativa e livre de todos como cidadãos emancipados na constituição real. Nesse sentido, em seus textos Sternberger reiteradamente recorre à paradigmática passagem de La Bruyère: “não há pátria alguma no despotismo”⁷⁷. Assim, colocava sua formulação sobre o conceito de pátria em sentido diametralmente oposto a qualquer tipo de nacionalismo, que no contexto alemão passara a ser especialmente ligado à concepção nazista de cunho etnocêntrico. Nessa ordem, aponta, por exemplo, que no nazismo o próprio termo patriotismo estivera prestes a ser extinto sendo substituído, amiúde, pela lealdade ao *Führer* e ao *Reich*⁷⁸. E é nesse distanciamento, inclusive, que, não por acaso, inicialmente se firmará a incorporação do termo *patriotismo constitucional* por Habermas⁷⁹.

Já na década de 1960, Sternberger desenvolve a ideia de *amizade para o Estado* (*Staatsfreundschaft*)⁸⁰ chamando-a de uma “razão passional”⁸¹. Nesse desenvolvimento é marcante o traço da *militância* em seu pensamento, quando tem uma clara tomada de posição no sentido de defender uma *democracia não neutral*, mas, sim, ativa e bastante relacionada às ideias e

74 Em outros textos, Jan-Werner Müller (MÜLLER; SCHEPPELE, 2008) trata que Sternberger também fora pupilo de Hannah Arendt, no entanto, Arendt, nascida em 1906, é apenas um ano mais velha que o cientista político. O que é seguro é que desde que se conheceram em 1927, ao que consta, nas aulas do próprio Jaspers em Heidleberg, travaram uma forte amizade que durou por toda a vida (VOGEL, 2007).

75 MÜLLER, 2007.

76 STERNBERGER, 2001a.

77 “*Il n’y a pas de Patrie dans le despotisme*”, passagem da única obra conhecida do autor, *Les Caractères ou les Mœurs de ce siècle*, uma coleção de textos curtos e crônicas sobre o cotidiano francês do século XVII. A frase completa que é reproduzida em nota de rodapé por Sternberger, seria: “Não há pátria para o despotismo; outras coisas suprem sua falta: a cobiça, a glória, o serviço do príncipe”. A passagem é do capítulo intitulado *Do soberano e da república* (LA BRUYÈRE, s.d.).

78 STERNBERGER, 2001c, pp. 93-94.

79 CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 67.

80 Discurso produzido por ocasião do centenário do SPD (Partido Social Democrata da Alemanha), com muitas referências a Marx e, especialmente, a Lassalle.

81 STERNBERGER, 2001b.

estruturas da *democracia militante*⁸². Desse modo, Jan-Werner Müller definirá a *Staatsfreundschaft* como um tipo de razão cívica que faria com que os cidadãos se identificassem com o Estado democrático e, também, o defendessem de seus inimigos⁸³.

Nesses termos, Sternberger coloca-se dentro da tradição do republicanismo⁸⁴, sendo influenciado por Aristóteles, Hannah Arendt e, particularmente, fazendo muitas referências a Montesquieu, pondo-o em diálogo, em mais de uma oportunidade, com o pré-romântico Thomas Abbt⁸⁵.

É nesse contexto que Sternberger, já utilizando a chave do *patriotismo constitucional*, une e articula os dois radicais da expressão, remetendo sua construção a um certo espírito patriótico que teria por referência o sentido de patriotismo ainda pré-nacional, de tradição antiga, aristotélica, romana e republicana, anterior à própria ideia de nacionalismo⁸⁶.

Nessa linha, em metáfora, o autor descreve a pátria como algo diferente do seio materno ou de algum ser místico ou mítico qualquer, no qual se enterrasse toda personalidade e liberdade individual. Ao contrário disso, Sternberger entende que é um dever da constituição conferir solidez e conteúdo ao patriotismo, afirmando que:

*lo que caracteriza a la patria es precisamente que en ella podemos respirar el aire de la libertad, o sea, con las palabras de Abbt, gracias a sus saludables leyes. 'Leyes' es el término empleado por Montesquieu en el Espíritu de las Leyes e es lo que en el lenguaje moderno se domina Constitución*⁸⁷.

Nesse desenvolvimento, Sternberger vai além e deixa claro que por constituição não entende o texto constitucional, mas a “ordem fundamen-

82 Sobre os “inimigos da Constituição e da Democracia”, a partir dos quais se vê o conceito de democracia militante posto em prática, na década de 1970 houve o emblemático caso da Fração do Exército Vermelho - *Rote Armee Fraktion* (RAF), também conhecido como Grupo Baader-Mainhofer. Nesse episódio, Dolf Sternberger posicionou-se publicamente contra o perdão de Ulrike Meinhof, militante da RAF. Para uma abordagem geral sobre a democracia militante, desde Loewenstein, passando pelo tratamento do tema na Alemanha da segunda metade do século XX, chegando ao conceito de republicanismo negativo, ver: MÜLLER, 2012.

83 MÜLLER, 2007, p. 21.

84 ROSALES, 2001; CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 66.

85 Thomas Abbt (1738-1766) foi um filósofo e matemático alemão cuja obra mais famosa foi *A morte pela pátria (Vom Tode fürs Vaterland)*, de 1761.

86 MÜLLER, 2007; COUTINHO, 2009, p. 377, nota 1300.

87 STERNBERGER, 2001c, p. 100.

tal democrática e livre” capaz de esperar e despertar adesão e lealdade, valendo-se, para tanto, da locução cunhada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão: “*un orden que, al excluir cualquier clase de dominación violenta y arbitraria, ofrezca un régimen de Estado de derecho, que se funda en la autodeterminación del Pueblo, conforme a la voluntad de la mayoría, así como a la libertad y a la igualdad*”⁸⁸.

Desse modo, Sternberger carrega algo que já está presente em Hermann Heller e também, ainda que de modo um pouco diferente, em Smend, que é a compreensão da constituição – e para Sternberger, por conseguinte, da pátria – como algo não estático, mas que se faz viva a partir de sua própria vivência pela comunidade⁸⁹.

Há algo de particular em sua construção a respeito do patriotismo constitucional, que a distingue dos conceitos de *vontade de Constituição* e *sentimento constitucional*. Enquanto esses tratam particularmente da integração ou da vinculação do indivíduo à constituição, o patriotismo constitucional estará significativamente mais relacionado à *integração pela Constituição*. Ou seja, Sternberger liga-se a uma determinada tradição alemã de *estatalismo (estatism)*, o que vincula seu conceito não exatamente a uma forma de empoderamento cívico, mas, particularmente, a uma *Staatsbewusstsein*, portanto, a uma *consciência de Estado* – ou ainda, a uma consciência de pertencimento ao Estado – que, ao invés de gravitar ao redor do sentimento nacional, nesse caso, orbitaria em torno da constituição⁹⁰. Isso porque sua principal preocupação era garantir certa estabilidade política a partir do que, por vezes, foi chamado *patriotismo constitucional protetivo*. É nessa dimensão que se destaca sua relação com os elementos controversos da democracia militante⁹¹.

88 STERNBERGER, 2001c, p. 101.

89 “*En palabras políticas más claras, el concepto de patria se realiza en principio [sic] en su Constitución libre, no sólo en la escrita sino en la Constitución viva, en la que os encontremos todos como ciudadanos de este país, en la que diariamente participemos y continuemos construyendo. La patria llama cada día, pues cada día tenemos y queremos nosotros vivir allí, vivir unos con otros. Este es el concepto vivo, y no el muerto, de patria*” (STERNBERGER, 2001a, p. 83). Aqui o autor utiliza a ideia de “um conceito vivo” em expressa oposição à formulação de Abbt que, segundo o próprio Sternberger, defende a ideia de pátria, mesmo, sob uma monarquia absolutista.

90 MÜLLER, 2007, p. 22. Nesse sentido é bastante interessante a observação de Bernhard Schlink acerca do estatismo que marca a identidade constitucional alemã: SCHLINK, 2012, p. 1871.

91 Controversos porque, apesar de muito influentes na cultura política alemã do segundo pós-guerra, significavam posturas e medidas antiliberais, que quando abusadas ou mal utilizadas, importavam no risco de se cercar não apenas movimentos patentemente extremistas e anti-constitucionais, mas, também demandas legítimas.

Em seu *patriotismo protetivo*, Sternberger tinha como fim último “estabelecer paz”, sendo-lhe marcantes uma redução dos níveis de tolerância política e uma importante dose de elementos pedagógicos. É nesses termos que Jan-Werner Müller identifica que os laços afetivos típicos do patriotismo constitucional de Sternberger são, marcadamente, muito mais verticais que horizontais. Ou seja, para ele, o cidadão vincula-se e preocupa-se com instituições concretas e particulares na medida em que as identifica com a proteção de sua liberdade e com a paz.

Nesse sentido, esse vínculo e essa lealdade colocam-se em relação a uma tradição constitucional particular, a suas instituições jurídico-políticas específicas, construídas e “historicamente *obtidas*”. Tal lealdade e vínculo se dariam a partir de uma vontade continuamente *renovada* de dar suporte a essas instituições, particularmente, em *oposição* a outras propostas políticas não correspondentes, tidas como “antidemocráticas”⁹².

É por isso que, em que pese já estarem presentes em Sternberger as duas dimensões do *patriotismo constitucional* destacadas por Jan-Werner Müller, *memória* e *militância*, a segunda se faz mais forte em sua construção. Isso se constata até mesmo em razão do contexto em que o autor formulou sua proposta, como consequência da especial preocupação de sustentação, conservação e manutenção da ordem constitucional alemã que lhe guiava.

Habermas, por sua vez, ao utilizar a chave do *patriotismo constitucional* tende a dar maior ênfase à dimensão da memória, sobretudo, em uma primeira abordagem.

Como mencionado, o conceito lhe chega, especialmente, a partir do episódio conhecido como a *disputa dos historiadores (Historikerstreit)*, ocorrido na Alemanha dos anos 1980. Ele iniciou-se no verão de 1986 e foi marcado pela publicação de textos e troca de acusações públicas em jornais de grande circulação. No episódio, o autor da segunda geração da Escola de Frankfurt teve papel preponderante, sendo considerado, inclusive, seu principal instigador.

Do ponto de vista “estritamente historiográfico”, a princípio, a querela dava-se acerca das singularidades do nazismo alemão e do Holocausto, além de sua aproximação e/ou diferenciação em relação ao Stalinismo e aos Gulags. Discutia-se, também, uma determinada defesa que começava a ganhar corpo no debate historiográfico alemão que pretendia defender a posição de

92 MÜLLER, 2007, pp. 24-25.

que o nazismo teria ocorrido como uma reação alemã à violência bolchevique e ao avanço do Exército Vermelho. Como pano de fundo, no entanto, essa disputa tinha como desdobramento político o “problema da identidade histórica alemã dentro da ideologia dominante na Alemanha Ocidental”.

Habermas, na esteira de Sternberger – e, de algum modo, também de Jaspers – confrontou a posição conservadora de historiadores revisionistas como Ernst Nolte, Andreas Hillgruber e Michael Stürmer, que, segundo Leaman, “constrangedoramente” apresentavam a “embaraçosa” experiência nazista como um mero acidente na história alemã, que, por sua vez, essencialmente, nunca se repetiria. De um modo geral, o foco e o peso que esses historiadores davam a figuras políticas, diplomatas e alguns militares, em particular, ajudava a concentrar as lentes e a responsabilidade por todo o terror do regime nazista em Hitler e alguns líderes do partido, de modo a escusar as elites econômicas, acadêmicas e, inclusive, militares, que, por seu turno, teriam simplesmente “tolerado” o regime, segundo essa visão⁹³.

Hillgruber, por exemplo, defendia que as ações do Exército Alemão no front oriental, especialmente entre 1944/45 (período e local em que funcionavam os campos de concentração e extermínio), deveriam ser entendidas como uma forma de proteção ao Reich e sua população contra as “atrocidades” do Exército Vermelho. Defendia, também, que a “solução final” seria uma posição pessoal e isolada do próprio Hitler, não suportada, nem mesmo, por altos líderes do partido nazista como Göring e Himmler. Nolte, por sua vez, justificava que Hitler tinha boas razões para acreditar que os inimigos (judeus) também queriam sua aniquilação, o que fazia de sua postura, meramente reativa. Sustentava esse ponto utilizando como prova uma “declaração de guerra” que Chaim Wieszmann teria entregado no Congresso Judaico Mundial em setembro de 1939, o que, para Nolte, consentia a Hitler o direito de tratar todos os judeus como prisioneiros de guerra e o autorizava a deportá-los. Além disso, também defendia que o horror de Auschwitz pouco tinha de único, uma vez que era uma reprodução de um modelo “asiático”, dos Gulags, e que a “tão falada aniquilação dos Judeus durante o terceiro Reich era uma reação ou uma cópia distorcida e não um primeiro ato, uma versão original”⁹⁴.

93 LEAMAN, 1998, p. 520.

94 HABERMAS, 1988. Esse artigo de Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung*, é um dos artigos semanais do debate publicado no jornal *Die Zeit*, em 11 de julho de 1986. Nele, o autor da

Com esse movimento, afirma Marcelo Cattoni, historiadores neoconservadores tentavam justificar certa normalização da história alemã, construída a partir de uma certa tradição cultural herdada, que proporia a negação ou, mesmo, o olvidar do holocausto e da experiência nazista⁹⁵.

Habermas, de sua parte, acusou esse “Novo Revisionismo” conservador de manipular a história e, também, de articular-se para tanto, de modo a implantar sua posição institucionalmente⁹⁶. Nesse sentido, Habermas apontou que aqueles que planejavam essa ideologia tinham basicamente dois objetivos: construir um consenso sobre a revitalização da consciência nacional e, ao mesmo tempo, aproximar a ideia do Estado-nação alemão ao anti-bolchevismo e à OTAN⁹⁷. Portanto, todo esse movimento conservador “apologético” apontava no sentido de reestabelecer um novo nacionalismo.

O autor de Frankfurt colocou-se, justamente, contra essa agenda, entendendo que a ausência de um patriotismo exacerbado no pós-guerra permitia à Alemanha desenvolver o comprometimento com valores liberais e, nesse contexto, passou a utilizar a chave do *patriotismo constitucional*⁹⁸. Essa postura vai ao encontro do que Habermas pretende quando trata da *racionalização das identidades coletivas, pós-convencionais e reflexivas, nas sociedades pós-tradicionais*, formadas no *locus* privilegiado da esfera pública.

Passada a *disputa dos historiadores*, Habermas voltará a utilizar a chave em outras publicações com significativas diferenças em relação ao conceito ou, pelo menos, ao foco original dado por Sternberger. O autor da Teoria Crítica estará mais preocupado com questões relacionadas ao liberalismo, enquanto o cientista político de Heidelberg sobrepesava os elementos republicanos da construção. Nessa linha, Habermas dá ao conceito um matiz fortemente universalista, ao ponto de Rosenfeld tratá-lo como transnacio-

Escola de Frankfurt faz um apanhado dos principais argumentos desses historiadores conservadores revisionistas.

95 CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 67.

96 Um dos episódios mais importantes que ajudou a desencadear a discussão foi a construção de dois museus/memoriais sobre a Alemanha nazista, um em Berlim Ocidental, outro em Bonn.

97 HABERMAS, 1988, p. 36.

98 “The only patriotism which does not alienate us from the West is a constitutional patriotism. A commitment to universalistic constitutional principles which is anchored by conviction has unfortunately only been able to develop in the German Kulturnation since - and because of - Auschwitz” (HABERMAS, 1988, p. 39). Habermas, neste texto, não faz qualquer menção a Sternberger ao tratar do termo patriotismo constitucional.

nal, o que definitivamente não era uma marca da formulação original⁹⁹. Com isso, acabou, também, por mitigar e, mesmo, eliminar boa parte do estatualismo presente na formulação de Sternberger¹⁰⁰.

De algum modo, isso pode ser visto, por exemplo, quando, tratando do multiculturalismo, o autor de Frankfurt indica haver duas esferas de assimilação (integração) no processo de imigração de um indivíduo a um novo país. Uma delas relativa à integração cultural (ético-cultural) propriamente dita, e outra relativa ao que chama de integração ético-política.

Quanto à integração ético-cultural, Habermas trata da integração do indivíduo na nova comunidade em que se insere. Ela estaria relacionada à “vontade de se tornar aculturado”, de incorporar práticas, costumes e modo de vida da cultura local. A esfera ético-política, no entanto, é relacionada à “aceitação dos princípios da constituição dentro do escopo de interpretação determinado pelo auto-entendimento ético-político dos cidadãos e pela cultura política do país”¹⁰¹. Nessa ordem, defende que a “integração ética de grupos e subculturas com as próprias identidades colectivas deve ser separada da integração política abstracta que inclui todos os cidadãos igualmente”¹⁰².

Ao indicar essa separação, Habermas compreende que “a integração política dos cidadãos assegura lealdade à cultura política comum”. Esta, segundo ele, “tem sua origem numa interpretação dos princípios constitucionais a partir da perspectiva da experiência histórica da nação”¹⁰³ o que, por sua vez, admite não ser eticamente neutro. Desde sua perspectiva, no entanto, tratará que tais debates sempre são travados acerca dos mesmos direitos e princípios constitucionais e que é isso que caracteriza o “ponto de referência fixo para qualquer patriotismo constitucional que situa o sistema de direitos dentro do contexto histórico de uma comunidade legal”¹⁰⁴.

99 ROSENFELD, 2010, p. 259.

100 MÜLLER, 2007, p. 31.

101 HABERMAS, 1998, p. 155: “Noutras palavras, assimilação do modo no qual a autonomia dos cidadãos é institucionalizada na sociedade recipiente e o modo como o «uso público da razão» é aqui praticado”.

102 HABERMAS, 1998.

103 Essa “cultura política comum”, será tratada, ainda que não em termos idênticos, por Fletcher (1994) e Rosenfeld (2004; 2010), por identidade constitucional e por Jan-Werner Müller (2007) como cultura constitucional.

104 HABERMAS, 1998, p. 151. A ideia de ponto fixo do constitucionalismo, sem que ele seja implicitamente ligado a alguma substância é questionável. Não se pode negar que a ideia de pluralidade é absolutamente determinante para Habermas, mas as bandeiras dos valores

Essa posição expõe o pensamento de Habermas a, pelo menos, duas críticas que não necessariamente se excluem¹⁰⁵. A primeira consiste, basicamente, no questionamento sobre se os “direitos e princípios constitucionais” e os valores, premissas e parâmetros dos quais eles decorrem são efetivamente universais, ou se esses direitos, princípios, valores, premissas, parâmetros, instituições, procedimentos e direitos não são, em si, culturalmente localizados e particulares de uma dada cultura política típica do Ocidente. Ou seja, quando Habermas identifica as vantagens do patriotismo constitucional, apontando para o sentido universalista desse tipo de patriotismo¹⁰⁶, é possível perguntar se este, efetivamente, é universalista ou se, na verdade, não se trata de arranjos típicos de uma cultura específica, a do constitucionalismo¹⁰⁷. Dito de outra forma, ambas as formas de integração, efetivamente se diferenciariam de algum modo?

Nessa mesma linha desenvolve-se a segunda crítica, mais prontamente apresentada por Frank Michelman. O professor de Harvard aponta que Habermas, ao tratar do patriotismo constitucional, curiosamente, de algum modo reporta-se a uma ordem ética, concreta e substantiva de valores não universais. Assim, a justificação política que lhe é tão cara, dependeria do partilhar consciente pelos cidadãos do sentimento de pertença à comunidade concreta, na forma de uma constituição integradora. Essa posição, aparentemente, colide com a tentativa de formulações de “tendências universais” e dos pressupostos *neoiluministas* do autor de Frankfurt. Nesse aspecto, Michelman chega a, ironicamente, apontar contradição entre o

liberdade e igualdade, sempre estiveram presentes no discurso da imensa maioria dos regimes que se pretenderam legítimos no Ocidente, por mais autoritários que tenham sido. Por exemplo, Giovanni Gentile, principal pensador do fascismo italiano, não hesitava em identificar o Estado Fascista como o efetivo “Estado do povo”, portanto, como o Estado Democrático por excelência. O mesmo pode se dizer da aproximação dos conceitos de democracia e ditadura em Schmitt. Por outro lado, em alguns momentos, há uma importante seletividade no que é ou não tolerável sob a capa desses valores. Isto é, as elites, por diversas vezes, rearticulam esses “pontos fixos” de modo a eles adequarem-se a seus interesses e aspirações. Em sentido similar, Hayward (2007) articula essas questões utilizando documentos da política externa do governo George W. Bush.

105 HAYWARD, 2007; MÜLLER, 2009. Müller, com um tom, inclusive, algo irônico.

106 “*The advantage of a recourse to ‘constitutional patriots’ lies in the universalist meaning of the core of this kind of patriotism, thus providing an implicit overlap with the patriotism of other communities. On this basis we might even hope to develop further interculturally acceptable interpretations of human rights*” (HABERMAS, 2003, p. 193).

107 Aparentemente, nem o próprio Habermas nega a origem “localizada” dos direitos humanos, por exemplo. Nesse sentido: CITTADINO, 2007, p. 67.

conceito de patriotismo constitucional e os pressupostos da filosofia habermasiana¹⁰⁸.

De todo modo, a ideia de patriotismo constitucional toma outras dimensões, sobretudo a partir de algumas circunstâncias do fim do século XX e início do XXI, especialmente: a queda do muro de Berlim e a reunificação da Alemanha; a reconstrução de Estados nacionais recém-saídos da cortina de ferro e as consequentes disputas pelas nacionalidades; as preocupações com a integração e construção de uma “cidadania europeia”; e, ainda, com o grande fluxo migratório dos países periféricos aos países centrais¹⁰⁹. Nesses contextos, a partir desses fatos, tem sido reforçado o lado integrativo, inclusivo e multicultural do patriotismo constitucional. Ele é visto como uma saída para agregar várias culturas nacionais em torno de uma cultura política comum, plural e inclusiva.

É nesse sentido que avança, por exemplo, Dieter Grimm que, tratando da chave da *integração pela Constituição*¹¹⁰, aborda o patriotismo constitucional, não precisamente desde a Teoria e/ou a Filosofia Política como o fizeram Sternberger e Habermas¹¹¹, mas, atento a preocupações mais típicas de um constitucionalista¹¹². Grimm aponta para o fato de a Lei Fundamental alemã ter ocupado um “vácuo de fatores de identificação”, especialmente, na medida em que ela se apresentou como garantidora de prosperidade econômica e estabilidade política.

Nesse contexto, para o jurista, nada define melhor a situação alemã que a expressão do patriotismo constitucional. Ela se tornou símbolo do papel integrador da constituição alemã, que em uma sociedade desprovida de outras bases de identificação nacional, se tornou o documento que representava e representa os valores alcançados e estimados pela sociedade da Alemanha, antes Ocidental, hoje unida. Nesse sentido, destaca que, diferentemente da Constituição de Weimar, as disputas a respeito das

108 MICHALEMAN, 2001.

109 Não por acaso, em texto inicialmente publicado ainda em 1990, Habermas (2011) aponta que especificamente esses movimentos mexem com a relação entre cidadania e identidade nacional. Nesse texto o autor chega a falar de um “patriotismo constitucional europeu”, também presente em: HABERMAS, 1995a, p. 96.

110 GRIMM, 2005.

111 Há um diálogo público importante acerca dessa questão entre Habermas (1995b) e Grimm (1995).

112 Grimm, inclusive, foi juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão entre 1987-1999.

normas constitucionais, apesar de por vezes muito acirradas, nunca se desenvolveram em torno da validade e/ou legitimidade da *Grundgesetz* em si (sempre entendida como fundamentalmente aceita), mas, apenas, em torno de diferentes interpretações constitucionais. Assim, quando se argumenta a respeito de qual o “sentido adequado da constituição”, de forma reflexa, está a se reafirmar a constituição através desses conflitos básicos, isto é, da disputa pelo sentido da Constituição em alternativa a uma tentativa de fuga dela; portanto, nessas disputas reafirma-se a própria força da Lei Fundamental¹¹³.

O patriotismo constitucional, portanto, coloca-se, nesses termos, como a força em torno da qual os diferentes indivíduos, de diferentes culturas e mundividências, integram-se na *cultura política comum* de modo a respeitar as instituições, parâmetros normativos e procedimentos democráticos e constitucionais. Deste modo, o patriotismo constitucional de alguma maneira, encara a constituição como um símbolo através do qual se dá o processo de integração dos indivíduos, sem que essa integração intervenha na identidade ético-cultural de cada um, afirmando-a apenas no plano ético-político. Nesse contexto, a “idéia de patriotismo constitucional baseado em uma lealdade à Constituição”¹¹⁴, seria, de algum modo, um conceito normativo de “natureza instrumental” a essa integração política.

Ele adquire esse sentido desde a formulação de Sternberger, mas, especialmente, com Habermas e o desenvolvimento das questões da formação de uma identidade política conciliável com a pluralidade de culturas diversas, quer na reunificação da Alemanha, quer na recomposição dos Estados do leste europeu, das ondas migratórias de sul e leste para a Europa e, mais tarde, na tentativa da criação/consolidação de uma identidade europeia comum. Por conseguinte, estará relacionada à integração *pela* constituição.

Há na articulação dessas chaves (vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional), no entanto, o fio condutor do *elemento vital da constituição*. Ele importará, por um lado, na *integração à constituição e pela constituição*, sem dúvida, mas, por outro, também estará presente na compreensão de que a própria eficácia e efetividade do projeto constitucional dependem de outra ordem de integração: *a integração para a constituição*, para a realização desse projeto transformador da própria co-

113 GRIMM, 2005.

114 BUNCHAFT, 2007.

munidade que tem o condão de torná-la aquilo que ela é, a partir da efetivação, renovação e reafirmação desse projeto. Isto é, na configuração de uma *cultura de constituição*.

5. Conclusão

Partindo e situando-se em tradições diferentes – ainda que todas elas bastante vinculadas ao debate alemão – as chaves da *vontade de Constituição*, do *sentimento constitucional* e do *patriotismo constitucional*, têm a qualidade de apontar para um ponto que é crucial para a compreensão da experiência constitucional: seu *elemento vital*.

Há ainda outras chaves que, embora não tenham sido abordadas neste trabalho, também se relacionam a essa dimensão, como são os casos da *cultura constitucional*, tratada com alguma frequência no ambiente lusófono¹¹⁵ ou, ainda, a *consciência constitucional*, também presente, ainda que de modo menos detalhado, na obra de Loewenstein¹¹⁶.

Há, também, várias questões que se desdobram daí, ligadas a diversas dimensões relacionadas à temática da identidade coletiva, da psicologia social, à dimensão ideológica desse elemento vital e dos laços possíveis entre os cidadãos, uns com os outros, e entre estes e a comunidade. Elas, no entanto, demandariam trabalhos específicos e detidos sobre cada uma dessas abordagens.

De todo modo, o que se conclui dessa digressão inicial acerca das figuras do elemento vital de uma constituição é a atenção que elas dão à dimensão política da experiência de uma comunidade constitucional. Mesmo a possibilidade jurídica de uma constituição – quer do ponto de vista de sua legitimidade, quer de sua eficácia – depende, em imensa medida, de sua potencialidade política de integrar os cidadãos e toda a comunidade, fortalecendo e mantendo uma unidade jurídico-política mínima.

115 MIRANDA, 2006; CUNHA, 2012. No ambiente alemão a expressão cultura constitucional tem sido utilizada em sentido um tanto diferente, mais relacionado àquilo que pode ser tratado como identidade constitucional (VORLÄNDER, 2012).

116 LOEWENSTEIN, 1938; LOEWENSTEIN, 1976; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 1992.

Referências

- BUNCHRAFT, Maria Eugenia. A integração do conceito de patriotismo constitucional na cultura política brasileira. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.30, pp. 177-199, jan./jun. 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte, 2006.
- CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 31, pp. 58-68, jul./dez. 2007.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição. *Direito Público*, Porto Alegre, a. 1, n.3, p. 05-23, jan./mar. 2004.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *Autoridade Moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- DUBBER, Markus Dirk. *The sense of justice: empathy in Law and punishment*. Nova York: New York University Press, 2006.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel. La conciencia constitucional y su aplicación al caso chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 19 n. 3, pp. 461-479, 1992.
- FLETCHER, George P. Constitutional Identity. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham: Duke University Press, 1994, pp. 223-232.
- GONZALEZ CASANOVA, J. A. La idea de Constitución en Karl Loewenstein. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 139, pp. 73-98, jan./fev. 1965.
- GRIMM, Dieter. Does Europe need a Constitution? *European Law Journal*, v. 1, n. 3, pp. 282-302, nov. 1995.
- GRIMM, Dieter. *Integration by Constitution*. *International Journal of Constitutional Law*, Nova York, v. 3, n. 2-3, pp. 193-208, mai. 2005.
- HABERMAS, Jürgen. A Kind of Settlement of Damages (Apologetic Tendencies). *New German Critique*, n. 44, v. especial sobre o Historikertreut, pp. 25-39, primavera/verão, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. Cidadania e identidade nacional. In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, pp. 279-305.

- HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. In: TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, pp. 125-127
- HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da Soberania e da cidadania. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 43, pp. 87-101, nov. 1995a.
- HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement; Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*, v. 16 n. 2, pp. 187-194, jun. 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Remarks on Dieter Grimm’s ‘Does Europe Need a Constitution?’. *European Law Journal*, v. 1, n. 3, pp. 303–307, nov. 1995b.
- HAYWARD, Clarissa Rile. Democracy’s Identity Problem: Is “Constitutional Patriotism” the Answer? *Constellations*, v. 14, n 2, pp. 182-196, abr./jun. 2007.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Tradução Luís Tobio. México: FCE, 1998. [1934]
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. [1959]
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HORTA, Raúl Machado. Permanência e mudança na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 115, pp. 5-26, jul./set. 1992.
- INGRAM, Attracta. Constitutional patriotism. *Philosophy & Social Criticism*, v. 22, n. 6, pp. 1-18, nov. 1996.
- JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt*. Tradução E. B. Ashton. 2 ed. Nova York: Fordham University Press, 2001.
- JHERING, Rudolf von. *A evolução do Direito*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand – José Bastos & C.a. – Editores, s.d.
- KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2005. [1945]
- LA BRUYÈRE, Jean. *Caractères*. Tradução Luiz Fontoura. s.d. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/caracteres.html>
- LA TORRE, Massimo. *Constitutionalism and Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2007.

- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?*. Madri: Cenit, 1931. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2284>
- LEAMAN, Jeremy. The decontamination of German history: Jürgen Habermas and the ‘Historikerstreit’ in West Germany. *Economy and Society*, v. 17, n. 4, pp. 518-520, 1998.
- LEPSIUS, Oliver. El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal. *Historia Constitucional*, Madri, n. 9, pp. 259-295, 2008.
- LOEWENSTEIN, Karl. Legislative Control of Political Extremism in European Democracies II. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 38, n. 5, pp. 725-774, mai. 1938.
- LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, Washington, v. 31, n. 3, pp. 417-432, jun. 1937.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2 ed. Chicago: Chicago University Press, 1965.
- LOEWENSTEIN, Karl. Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age. In: ZURCHER, Arnold J. *Constitutions And Constitutional Trends Since World War II: An examination of significant aspects of postwar public law with particular reference to the new constitutions of western Europe*. 2 ed. Nova York: New York University Press, 1955, pp. 191-224.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madri: Reus, 1985.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madri: Tecnos, 1987.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid, Dykinson, 1998.
- MICHELMAN, Frank I. Morality, Identity and ‘Constitutional Patriotism’. *Ratio Juris*, v. 14, n. 3, pp. 2533-271, set. 2001.
- MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *O Direito*, Lisboa, a. 138, n. VI, 2006. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Notas-sobre-cultura-Constituicao-e-direitos-culturais.pdf>.

- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n 8, Vitória, pp. 15-54, jul./dez. 2010.
- MÜLLER, Jan-Werner. *Constitutional Patriotism*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- MÜLLER, Jan-Werner. Seven ways to misunderstand constitutional patriotism. *Notize di POLITEIA*, v. 25, n. 96, pp. 20-24, 2009.
- MÜLLER, Jan-Werner; SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional patriotism: an introduction. *International Journal Constitutional Law*, v. 6, n. 1, pp. 67-71, jan./mar. 2008.
- MÜLLER, Jan-Werner. Militant Democracy. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 1253-1269.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. [1932]
- RENAN, Ernst. *¿Qué es una nación?*. Tradução Ana Kuschnir e Rosáio González Sola. Buenos Aires: Hidra, 2010. [1882]
- ROSALES, José Maria. Estúdio preliminar: experiência constitucional e identidade cívica. In: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 11-52.
- ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun.2004
- ROSENFELD, Michel. *The identity of constitutional subject: selfhood, citizenship, culture and community*. Nova York: Routledge, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada: justiça constitucional como guardião das minorias políticas. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 79-131, jul./dez. 2003.
- SCHLINK, Bernhard. The constitutional subject and its identity: my german experience. *Cardozo Law Review*, Nova York, v. 33, n. 5, pp. 1869-1873, 2012.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2016.

- STERNBERGER, Dolf. Conceito de pátria. In: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001a, pp. 53-83.
- STERNBERGER, Dolf. La Amistad hacia al Estado. In: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001b, pp. 121-163.
- STERNBERGER, Dolf. Patriotismo Constitucional. In: STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001c, pp. 91-110.
- VOGEL, Bernhard. Dolf Sternberger, Vater des Verfassungspatriotismus. *Die Politische Meinung: Integrationsland Deutschland*, n. 452, pp. 69-72, jul. 2007.
- VORLÄNDER, Hans. What is “constitutional culture”? In: HENSEL, Silke; BOCK, Ulrike; DIRCKSEN, Katrin; THAMER, Hans-Ulrich (Eds.). *Constitutional Cultures: On the Concept and Representation of Constitutions in the Atlantic World*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2012, pp. 21-42.

Recebido em 17 de fevereiro de 2020.

Aprovado em 29 de março de 2020.

RESUMO: Toda Constituição vive sobre um paradoxo. Por um lado, sua normatividade, em boa medida, depende de sua correspondência com certa normalidade existente na vida da comunidade que pretende reger; por outro, sendo norma, toda constituição sempre tem uma dimensão essencialmente contrafactual. Não apenas a legitimidade/validade de uma constituição coloca-se de forma (jurídico-)política, mas a própria dimensão da eficácia também se faz possível, em grande parte, politicamente, estando bastante relacionada àquilo que por vezes pode ser tratado como o *elemento vital de toda Constituição*. Vários são os conceitos recorrentemente vinculados a essa dimensão e todos eles referem-se, de uma forma ou de outra, à relação dos cidadãos com a própria constituição e vida de sua comunidade jurídico-política. Tais chaves têm recebido pouco tratamento detido, mas quase nunca articulados analiticamente em conjunto, quando muito, são rapidamente mencionados. Este trabalho pretende, através de uma revisão bibliográfica, contextualizar de forma crítica alguns desses conceitos, levantando seus desenvolvimentos mais importantes e originais com o condão de apresentar uma reconstrução de três das principais formulações nesse sentido: *vontade de constituição*, *sentimento constitucional*, *patriotismo constitucional*.

Palavras-chave: elemento vital da Constituição, vontade de Constituição, sentimento constitucional, patriotismo constitucional.

ABSTRACT: Every Constitution lives under a paradox. By one hand, its effective normativity depends of some correspondence between the norms and some normality pre-existent in the community's life; by the other hand, as norm, every Constitution always has a contrafactual dimension, as well. Not only the legitimacy/validity of a Constitution is related to a political element, but even the very dimension of effectiveness also largely depends on the political aspect of constitutional reality and it is closely related to what sometimes is treated as the vital element of every constitution. There are many concepts linked to it and all of them refer, in many ways, to the relation between the citizenship and Constitution itself. These keys have received little detained treatment, but they almost have never been analytically articulated together. Thus, this work intends, through a bibliographical review, to critically contextualize some of these main concepts, presenting theirs most important and original developments with the aim of introduce a reconstruction of three of the main formulations in this sense: *constitutional will*, *constitutional sentiment (constitutional sense)*, *constitutional patriotism*.

Keywords: vital element of the constitution, constitutional will, constitutional sentiment (constitutional sense), constitutional patriotism.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Elemento vital e garantia interna da Constituição: vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1260>.

Simpatia e espectador imparcial: conceitos fundamentais para discussões éticas e políticas

*Sympathy and impartial spectator: key concepts for ethical
and political discussions*

Sandro Fröhlich*

Universidade do Vale do Taquari, Lajeado – RS, Brasil

1. Introdução

A história costuma reservar um lugar especial para autores e ideias que se notabilizam por alguma razão. Um nome que ocupa um espaço destacado na galeria dos clássicos é, sem dúvida, Adam Smith. Reconhecido como o fundador da ciência econômica moderna, este filósofo escocês se destacou e se destaca por sua profundidade de pensamento, pela clareza de exposição das análises realizadas e pela centralidade de suas ideias, que são sempre atuais, apesar da passagem dos anos.

Smith é um dos grandes representantes do que é chamado como a escola escocesa de filosofia moral. Embora seja um dos nomes mais proeminentes de tal escola, é necessário apontar também as influências que têm da filosofia e das ideias de outros pensadores, principalmente dois que se destacam: Francis Hutcheson e David Hume. Conforme compreende Braun¹, tal escola pretendia para a ciência social o que Newton havia logrado com a ciência natural: “uma teoria geral da moral, da política e da

*Doutor em filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestre em Ciências Criminais e Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Professor na Univates. Pesquisador do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. E-mail: sfrohlich@gmail.com. Orcid: 0000-0001-7077-9513.

1 BRAUN, 2013, p. 10.

sociedade”. É de destacar também a influência que Smith recebe de Hume, que vinte anos antes de Smith publicar *A teoria dos sentimentos morais*, havia publicado (aos 28 anos) seu livro *O Tratado da Natureza Humana*², sendo um dos mais sofisticados estudos filosóficos sobre as questões da natureza humana. Assim, é compreensível o quanto o “estado da arte” da filosofia moral saxônica influenciou Smith.

A interpretação das ideias de Adam Smith tem representado um verdadeiro campo de batalhas ao longo dos tempos. Inclusive, nas últimas décadas do século XIX, foi planteada uma polêmica intelectual denominada como “*Das Adam Smith Problem*”, que visava (questão que persiste para os tempos hodiernos) discutir e “resolver” a pretensa inconsistência ou ruptura entre as ideias apresentadas em suas duas obras mais conhecidas: *A teoria dos sentimentos morais* (1759) e *A riqueza das nações* (1776)³. Tal polêmica se acentua pelo fato de, ao longo da história, ter-se atribuído à Smith a ideia de que a motivação humana por excelência seria o egoísmo; ou seja, a Smith é atribuída – por parte de muitos pesquisadores – a defesa da ideia de que os seres humanos buscariam exclusivamente o auto-interesse. Sobre essa questão polêmica, buscar-se-á apresentar elementos que corroboram o que já Amartya Sen havia afirmado: “embora alguns homens nasçam pequenos e alguns alcancem a pequenez, é evidente que a Adam Smith muita pequenez foi imposta”⁴.

2 Conforme Ganem, entre outros tópicos, alguns merecem destaque na obra de Hume: “1 - [...]; 2 - elabora um novo tratamento ao dualismo da ética inglesa e ao princípio das paixões compensadoras, substituindo o altruísmo de Hutcheson (altruísmo x egoísmo) pela simpatia, elemento este que se torna central na sua obra; 3 - funda a sociabilidade no desejo de ganho comum a todos os homens; 4 - articula, como Locke, o desejo do homem ao trabalho, sendo este ‘a única maneira do homem obter coisas’; 5 - explora uma questão importante da filosofia moral, que é o sentimento e o julgamento de aprovação, estabelecendo a necessidade de uma análise comportamental que leve em conta as relações intersubjetivas” (GANEM, 1999, p. 6.)

3 Embora conhecida como “*A riqueza das nações*”, o título completo da obra é: “*A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*”. Interessante observar o que comenta o pesquisador Pablo Sánchez Garrido (2008, p. 283.) sobre a celeuma em torno “*Das Adam Smith Problem*”: “*A partir de este problema se planteó una doble ruptura interconectada respecto a la teoría smithiana: en primer lugar, una ruptura entre la disciplina ética y la económica; en segundo lugar, una ruptura entre el comportamiento basado en el (auto)interés y el comportamiento basado en la simpatía (o el espectador imparcial, así como la benevolencia, que también juegan un papel importante en su ética)*”. Importante aporte é apresentado por Gold (2019) ao discutir a pertinência da discussão em relação à escolha racional ou das possibilidades da transformação de interesses individuais em escolhas e políticas sociais.

4 SEN, 2011, p. 219.

Tendo em consideração a vastidão de ideias do autor, neste artigo se pretende abordar alguns tópicos que possam auxiliar e enriquecer a compreensão de uma economia e de uma situação político-social mais humana e democrática. O desenvolvimento e abordagem de ideias como “simpatia” e “espectador imparcial” – entre outras – podem iluminar formas distintas de formular as relações, fundadas mais sobre o valor do próprio ser humano, do reconhecimento de suas riquezas e também de suas diferenças. Serão analisados esses dois “conceitos” importantes na compreensão de Smith, buscando em seguida apresentar uma releitura contemporânea a partir da interpretação ampliada do pensamento de Amartya Sen. Tal análise se faz num contexto que toma em consideração as questões éticas, políticas e econômicas, dentro de um horizonte de discussão da ideia de justiça.

O trabalho estará dividido em quatro grandes partes: a primeira irá analisar a noção de simpatia a partir das ideias de Adam Smith. Já a segunda parte buscará apresentar a perspectiva smithiana do “espectador imparcial”. Por sua vez, na terceira parte, guardar-se-á espaço para abordar a questão da “imparcialidade” como elemento fundamental para o âmbito de discussão de critérios de justiça; neste ponto, será apresentado – e criticado – o artifício do “véu de ignorância” de Rawls e a proposta de complementariedade do espectador imparcial a partir da releitura de Amartya Sen. Por fim, se tentará apresentar a perspectiva e interpretação seniana do dispositivo do espectador imparcial e sua viabilidade nos tempos atuais.

2. A simpatia

Uma das questões mais caras a todas as relações – e reflexões – humanas e, ao mesmo tempo, um dos conceitos que se apresenta como verdadeiro alicerce das ciências humanas, da economia, ciência política, psicologia etc., é a *simpatia*. Embora usado desde a antiguidade, foi na modernidade que o tema ganha mais fôlego, sendo Smith um dos grandes referenciais de tal conceito. É sobre esse sentimento ou reconhecimento da condição que os outros enfrentam que se debruçará neste momento, buscando “desvendar” algumas nuances sobre essa questão central.

A compreensão ou inteligibilidade da condição humana e da ordem social, para Smith⁵, passa necessariamente pela sensibilidade, pela experiência.

5 SMITH, 1999, pp. 05-06.

Não se compreendem os fenômenos humanos e sociais a partir da criação de uma ideia perfeita e completa, mas a partir da observação do comportamento humano. O ponto de partida é a análise do homem como ele realmente é, com suas riquezas, limitações e circunstâncias, buscando compreender as paixões ou sentidos que o movem. Não há uma lógica, uma racionalidade e muito menos uma ética que seja natural e perpétua, de modo que as verdades passam a se constituir como a adequação do pensamento à realidade. Conforme interpreta Ganem, para o pensador escocês “não há um sentido moral inato, tornando necessário, portanto, a elaboração de regras sociais que se constroem a partir das experiências”⁶.

Smith⁷ é partidário não da erradicação das paixões e sentimentos, mas de sua moderação e do autocontrole – o que expõe sua influência estoica⁸. Quanto à análise dos juízos morais, o escocês põe mais ênfase na adequação entre o sentimento e as causas que o suscitam, do que nas consequências que os atos provocam (mérito ou demérito). Para ele, “*la moral, entonces, es corrección, mientras que la virtud es excelencia*”⁹. Na ideia de correção se entende que os sentimentos morais dos sujeitos são moderados e modelados pela sociedade; o homem é um ente que em seu ser compreende a vida em comunidade, desenvolvendo-se na convivência com os diferentes grupos coletivos que compõem a sociedade. Aprende-se a considerar ou julgar a correção ou incorreção das atitudes através da simpatia¹⁰.

O elemento fundamental para melhor se posicionar diante dessa questão é a *imaginação*. Se pelas experiências múltiplas o indivíduo consegue “colocar-se no lugar de outro” e perceber as diferentes circunstâncias e acontecimentos que perpassam pela vida, é pela imaginação que se observa e é capaz de captar as sensações que perpassam pelo outro. É a capacidade de se imaginar na situação de outro que é um dos elementos fundamentais que Smith utiliza para expor suas ideias de filosofia moral. Para o fundador da economia moderna, pela imaginação “podemos nos colocar no lugar do outro, concebemo-nos sofrendo os mesmos tormentos, é como se entrás-

6 GANEM, 2002, p. 108.

7 SMITH, 1999, p. 27.

8 É bastante perceptível a influência estoica em algumas ideias de Adam Smith, principalmente em sua ética; ideias essas herdadas a partir da leitura de Marco Aurélio, Cícero e Epiteto.

9 BRAUN, 2013, p. 13.

10 SMITH, 1999, pp. 11-19.

semos no corpo dele e de certa forma nos tornássemos a mesma pessoa, formando, assim, alguma ideia das suas sensações”¹¹. O desafio hoje talvez fosse incentivar mais tal tipo de imaginação que seja capaz de “sentir” e interpretar os sofrimentos e dificuldades dos outros, situar-se “em seu local de fala” para compreender sua situação, ver através dos seus olhos e assim ser possível de tolerar, aceitar e, em comunidade, pensar e fomentar um modelo de vida mais equânime, livre, democrático e participativo.

Ao sentimento que nos faz contemplar a situação ou emoções dos outros ou, quase “transfundir-se” em suas condições, Smith denomina como “simpatia” (que remete à origem grega: *sympátheia*) que, embora tenha raízes em Hume, em Smith tem um caráter próprio¹². O termo simpatia foi ao longo da história utilizado em diferentes disciplinas, inclusive na área da medicina e fisiologia no mundo grego e romano (*sympathetic nervous system*), bem como estando presente no pensamento estoico.

Também no período do iluminismo escocês, o termo é utilizado no campo da fisiologia e na relação médico/paciente. Hume, que utilizou essa terminologia no campo da filosofia moral, foi conhecedor da forma de utilização desse conceito no campo médico, onde era empregado, como afirma Broadie “os danos e, portanto, a dor em uma parte do corpo, podem ter um efeito à distância sob a forma de danos e, portanto, doer em outra parte do corpo”¹³. Complementa ainda o pesquisador que “este conceito é claramente muito semelhante em forma aos conceitos filosóficos de simpatia, sob os quais caem casos em que um sentimento de prazer ou dor, ou uma emoção sofrida por uma pessoa pode ter um efeito na forma de um sentimento ou emoção semelhante em alguém à distância”¹⁴.

11 SMITH, 1999, p. 06.

12 A proximidade dos trabalhos destes pensadores é apontada por Giannetti, defendendo a ideia de que ambos tinham em comum algumas concepções básicas sobre o comportamento humano, os hábitos mentais etc. Vale o destaque de uma passagem da obra: “Enquanto na doutrina utilitarista tradicional, como se sabe ‘a natureza colocou a humanidade sob o governo de dois senhores soberanos, a dor e o prazer’, para Hume e Smith não é a utilidade ou prazer, e sim a imaginação, ou seja, a simpatia e a estima, que recebeu poderes soberanos sobre os homens” (GIANNETTI, 2003, p. 131).

13 BROADIE, 2006, p. 161, tradução livre. No original: “to explain how damage and therefore pain in one part of the body can have an effect at a distance in the form of damage and therefore pain in another part of the body”.

14 BROADIE, 2006, p. 161, tradução livre. No original: “this concept is plainly very similar in form to philosophical concepts of sympathy, under which fall cases in which a feeling of pleasure or pain, or an emotion undergone by one person can have an effect in the form of a like feeling or emotion in someone a distance”.

O conceito “simpatia” passa a ocupar um lugar de destaque no campo da economia e da filosofia moral. É uma ideia que se aproxima do que hoje se entende por empatia¹⁵, mas que possui uma riqueza conceitual muito mais ampla. Não podendo meramente ser confundida com benevolência, a simpatia é a capacidade “de se colocar no lugar do outro”, é “acompanhar” o outro em seus sentimentos, sejam sensações de prazer, dor, tristeza etc. É buscar estar na posição do outro que sofre uma ação ou passa por determinada situação, imaginar como o outro está se sentindo e compadecer-se ou alegrar-se com aquilo que passa pelo e com o outro. Como afirma o próprio Smith, “assim como sentir uma dor ou uma aflição qualquer provoca a maior tristeza, do mesmo modo conceber ou imaginar que a estamos sofrendo provoca certo grau da mesma emoção, na medida da vivacidade ou embotamento dessa concepção”¹⁶.

Daí a importância da imaginação, pois a simpatia smithiana requer “colocar-se na pele do outro” e conseguir perceber, sentir, o que o outro está vivenciando. É muito mais do que um entendimento intelectual da situação que os demais vivem ou enfrentam, mas supõe uma espécie de acompanhamento vivencial ou existencial para compreender de fato o que se passa com o outro, olhando a partir de sua perspectiva e horizonte. Como afirma Broadie, “como Smith usa a ‘simpatia’, a raiva do espectador contaria como simpatia com o sentimento companheiro da raiva do agente, e sua alegria, com o sentimento companheiro da alegria do agente, contaria também como simpatia, e assim por diante para todas as emoções do espectador”¹⁷.

A simpatia é um sentimento imediato ou instantâneo pelo qual o sujeito “julga” – moralmente – a atitude de um agente. Por meio dela – da simpatia – o sujeito avalia as paixões, emoções e ações do agente. Importante recordar que, para a compreensão de simpatia smithiana, esse acompanhamento não é racional, mas um compartilhamento instantâneo dos sentimentos e sensações do outro. Conforme a interpretação de Braun¹⁸,

15 Conforme afirma Aleán Pico (2014, p. 366), “*aunque puede que los conceptos tengan semejanzas, no son necesariamente iguales. La empatía tiene que ver con sentir los sentimientos de la otra persona, mientras que la simpatía se refiere a tener sentimientos por el otro, pero sin percibir necesariamente sus sentimientos. En el caso de la simpatía, por ejemplo, podemos sentir vergüenza ajena, pero sin avergonzarnos de nosotros mismo*”.

16 SMITH, 1999, p. 06.

17 BROADIE, 2006, p. 164, tradução livre. No original: “*as Smith uses ‘sympathy’, the spectator’s anger would count as sympathy qua fellow-feeling with the agent’s anger, and his joy, qua fellow-feeling with the agent’s joy, would likewise count as sympathy, and so on for all the spectator’s emotions*”.

18 BRAUN, 2013, p. 14.

la simpatía nunca es perfecta, nunca podemos saber exactamente cómo se sienten otras personas, pero la clave estriba en el proceso de ponerse en el lugar del otro e asumir su situación. En este proceso puede existir el amor propio, la preocupación por uno mismo, que es compatible con la preocupación por los demás. Lo que no puede existir es el egoísmo, que es incompatible con la simpatía.

Tal sentimento permite ainda a existência de uma simpatia mútua. O prazer proporcionado se expressa tanto no agente quanto no espectador e o mesmo aconteceria quando se invertessem os papéis ou situações. O sujeito sente satisfação em contemplar no outro um sentimento que lhe traz felicidade ou alegria e igualmente se compadece ou entristece ao observar no outro a tristeza (antipatia)¹⁹. Nesse diapasão, afirma Aleán Pico que “*mientras la simpatía mutua nos proporciona felicidad, la antipatía nos genera sentimientos desagradables. Hay una identificación entre las dos personas, el espectador y el agente, que se da por medio de la simpatía mutua*”²⁰.

A simpatia acompanha o outro no seu sentimento de felicidade quando ele assim se sente, ou na sua dor quando essa é a sensação pela qual passa o agente. Contudo, ainda que a simpatia seja esse “companheirismo no sentimento do outro”, essa coincidência com a sensação do agente não representa uma compaixão ou um acompanhamento incondicional em todas as situações. Quanto aos sentimentos de ira ou raiva, é prudente que, antes de simpatizar com tal sentimento, verifiquem-se as causas ou motivações que levaram a tal, para acompanhar – ou não – tais sensações. A mera expressão de ira não é suficiente para gerar simpatia, mas é fundamental conhecer a circunstância ou as causas que levaram a tal ira.

Smith insiste nesse aspecto de conhecimento da situação que levaria – ou não – a um sentimento de simpatia com o agente. A simpatia é mais fruto da circunstância que promove a observação do que da mera observação em si mesma. Ou, como afirma o escocês, “às vezes sentimos por outra pessoa uma paixão da qual ela parece totalmente incapaz; porque, quando nos colocamos em seu lugar, essa paixão que brota em nosso peito se origina da imaginação, embora no dele não se origine da realidade”²¹.

19 “Mas, seja qual for a causa da simpatia, ou do que a provoca, nada nos agrada mais do que observar em outros homens uma solidariedade com todas as emoções de nosso próprio peito; e nada nos choca mais do que a aparência do contrário” (SMITH, 1999, p. 11).

20 ALEÁN PICO, 2014, p. 367.

21 SMITH, 1999, p. 09.

Entretanto, há situações em que o agente não possui a condição de sentir ou corresponder à simpatia com que o espectador está imbuído. Dois exemplos ilustram a situação. O primeiro é o referente àquele que é acometido com a perda da razão, que de todas as calamidades que possam acontecer, talvez seja uma das mais terríveis para Smith. Muitas vezes aquele que perde a razão encontra-se alheio à situação, feliz ou desfrutando de uma sensação que expressa contentamento. Enquanto isso, o espectador contempla como ele se sentiria em tal situação se reduzido a um estado que ele considera infeliz. O segundo exemplo refere-se à imaginação de uma pessoa morta. Também nesse caso a sensação sentida pelo espectador não pode ser compartilhada pelo ente morto. Por maior que seja o esforço de ‘colocar-se no lugar’ do falecido, escapa toda possibilidade de sentir ou perceber o que se passa com o falecido²².

O fato de Smith, com insistência, defender a ideia da simpatia como a capacidade de um sujeito colocar-se – pela imaginação – na situação do outro, identificando-se com ele, desmente duas crenças equivocadas sobre o autor. Demonstra, primeiramente, que Smith não compreende o ser humano como alguém isolado, que busque naturalmente a solidão e despreocupado com a condição dos demais; o ser humano é um ser social, que expressa suas paixões em diferentes grupos e busca uma correspondência de sentimentos com os demais. Outro argumento refutado é a ideia de um sujeito totalmente egoísta; o sujeito compreendido por Smith é alguém que possui amor-próprio (*self-love*), conceito e sentimento que é distinto de egoísmo (*selfishness*).

Ao colocar-se na situação do outro, abre espaço para a vivência de diferentes paixões, entre as quais se destaca o amor. O amor é uma das paixões mais fortes do ser humano, podendo constituir-se como base para outras paixões e virtudes. O amor-próprio pode muitas vezes ser um motivo virtuoso para agir. Imaginar ou querer que as pessoas nos estimem não possui nada de errado e não é nenhuma vaidade ilusória. O egoísmo, uma vaidade exacerbada para alcançar atenção, é diferente do amor-próprio; esse

22 “O tributo de nossa solidariedade parece ser-lhes duplamente devido, agora que estão em perigo de ser esquecidos por todos, e, com as vãs honrarias que prestamos à sua memória, tentamos, para nossa própria infelicidade, manter viva, artificialmente nossa melancólica lembrança de seu infortúnio. O fato de nossa solidariedade não lhes dar nenhum consolo parece agravar essa calamidade; e pensar que tudo o que podemos fazer é inútil, e que aquilo que alivia todas as demais aflições – o remorso, o amor, e os lamentos de seus amigos – já não os pode confortar, serve apenas para intensificar nossa sensação e sua desgraça” (SMITH, 1999, pp. 10-11).

amor-próprio pode entender-se como um desejo natural de ser estimado, reconhecido como agente e membro de seu grupo social.

O ser humano deve cuidar primeiramente de si mesmo porque é o que melhor está preparado para tal, é quem mais sabe de sua situação, de suas necessidades e não há nenhum “deslize moral” quanto a isso²³. O amor-próprio – em sua justa medida – é capaz de gerar uma virtude que Smith tem muito em conta: o autocontrole. Conforme entende Raphael, “humanidade e autocomando juntos constituem para Smith ‘a perfeição da natureza humana’, uma combinação de virtude cristã e estoica”.²⁴

Fundamental observar que a ideia de amor-próprio de Smith não é egoísta, ou de um ‘olhar unicamente desde e sobre si’. O amor-próprio deve ser sempre compreendido em consonância com a prudência e o autocontrole, que “exigem a presença do outro”, de forma que Smith afirma que “assim como amar a nosso próximo do mesmo modo que amamos a nós mesmos constitui a grande lei do Cristianismo, também é o grande preceito da natureza amarmos a nós mesmos apenas como amamos a nosso próximo, ou, o que é o mesmo, como nosso próximo é capaz de nos amar”²⁵. O amor-próprio smithiano não é um amor narcísico, cujo ponto de referência é ele mesmo refletido no espelho, mas um amor em relação com os outros, seja de forma real e concreta ou imaginando o quanto e como os outros lhe amariam.

Para compreender ainda melhor a ideia de simpatia – também o conceito de espectador imparcial (concepção que será mais bem exposta em seguida) – conceitos fundamentais na filosofia e economia smithiana, há de se terem presentes outros elementos importantes, que são os de adequação e aprovação (desaprovação). A ideia de ser humano, compreendida pelo escocês, não é de um egoísta avarento, centrado exclusivamente em seus benefícios e vantagens – como algumas vezes é difundido. Para ele, a natureza “criou o homem com o desejo espontâneo de alegrar aos

23 “Sem dúvida, todo homem é por natureza primeiro e principalmente recomendado a seus próprios cuidados, e como é mais adequado para cuidar de si mesmo do que qualquer outra pessoa, é adequado e correto que faça assim. Portanto, todo homem está muito mais profundamente interessado no que diz respeito imediatamente a si, do que no que diz respeito a outro homem qualquer [...]” (SMITH, 1999, pp. 102-103).

24 RAPHAEL, 2007, p. 34, tradução livre. No original: “*humanity and self-command together constitute for Smith ‘the perfection of human nature’, a combination of Christian and Stoic virtue*”.

25 SMITH, 1999, p. 26.

seus semelhantes, de comprazer-se junto aos demais e de uma aversão a ofendê-los”²⁶.

E mais, além de naturalmente tender a buscar a aprovação dos demais, o ser humano quer que tal admiração seja justa ou justificada, ou seja, o ser humano deseja ser amado e ser ao mesmo tempo amável. Que aquilo que as pessoas amam nele seja efetivo e não uma farsa. Mesmo que os outros, porventura, não o reconheçam, que suas atitudes sejam carregadas de virtudes. Que aquilo que os outros aprovam ou admiram nele seja uma manifestação ou reflexo do que efetivamente constitui seu ser e suas atitudes, que a admiração que os demais nutram por ele seja conforme e adequada com os valores e atitudes amáveis que ele carrega e expressa. Não quer ser apenas amado, mas ser um “objeto” justo desse amor e aprovação dos demais. Para Smith, em relação ao homem,

a natureza o dotou, pois, não apenas de um desejo de ser aprovado, mas de se tornar objeto de aprovação necessária, ou de ser aprovado pelo que ele mesmo aprova em outros homens. [...] Desejar ou até mesmo aceitar louvor, quando nenhum louvor é devido, pode ser apenas efeito da mais desprezível vaidade. Desejá-lo quando é realmente devido é nada menos que desejar que se nos faça o mais essencial ato de justiça²⁷.

3. O espectador imparcial

É no contexto compreensivo de partilhar emoções, no esforço humano para ser amado e amável, que se pode compreender a figura que Smith denomina como “espectador” ou “espectador imparcial”. A aprovação ou não aprovação alcançada é efeito da visão e dos julgamentos dos espectadores. Cada sujeito considera aos demais como espectadores que o estariam “julgando constantemente”. A consciência ou a sensação de estar sendo assistido pelos demais desenvolve o mecanismo de imaginarmos internamente como um espectador estaria nos avaliando, aprovando ou desaprovando²⁸.

O espectador é aquele que “observa” nossos sentimentos e condutas. É “produto” de um ato imaginário e que possui uma existência intencional, o que em terminologia da filosofia medieval poderia ser expressa como

26 SMITH, 1999, p. 150.

27 SMITH, 1999, pp. 146-147.

28 SMITH, 1999, pp. 140-141.

um *esse intentionale* e não um *esse naturale*²⁹. Nesse sentido, é bastante categórico o estudo do pensador escocês Raphael, ao afirmar, abordando o “suposto espectador imparcial de Smith”, que “não é o próprio espectador que pode expressar aprovação ou desaprovação de minha conduta. Ele é uma criação da minha imaginação. Ele é de fato eu mesmo, embora no caráter de um espectador imaginado, não no caráter de um agente”³⁰. Para o filósofo escocês não é, portanto, um espectador real que teria um poder excepcional de conseguir ser imparcial, mas um “sujeito” que tem sua existência concretizada na ideia, é um agente imaginado em nossa existência.

O espectador imparcial é o que o próprio Smith, em diferentes momentos, proclama como “o homem dentro do peito”³¹. A figura do espectador imparcial como uma configuração interna pode ser interpretada como a “voz da consciência”, exercendo a função de parâmetro moral das pessoas. Isso porque é a voz da consciência “que espelha ou reflete o que eu imagino e que, com o conhecimento das circunstâncias que se possui, poderia ser considerado um agente imparcial, uma pessoa que olhasse desde fora”³². A ideia do espectador como um agente interno é uma construção ou um processo de internalização de uma pessoa de fora, que refletiria como nós mesmos julgaríamos o nosso agir. Não é um membro real da sociedade, mas uma construção imagética que reflete em nossa consciência um olhar de aprovação ou desaprovação daquilo que realizamos.

Há uma relação entre o conceito de simpatia e o de espectador imparcial na medida em que Smith insiste na ideia de que o espectador deve ser afável com a pessoa implicada, com o agente. A ideia de afabilidade é no sentido de colocar-se na posição do outro, simpatizando ou sintonizando-se com a condição e sentimentos do outro. Simpatizar também no sentido de respeitar e compreender a situação na qual o outro se encontra, ter o autocontrole, educando suas emoções e mantendo uma comunicação transparente com o outro. Embora a moral de Smith se fundamente sobre os sentimentos, o aspecto racional tem sua função no sentido de educar os sentimentos e controlar suas paixões³³.

29 BROADIE, 2006, p. 181.

30 RAPHAEL, 2007, p. 35, tradução livre. No original: “is not the actual bystander who may express approval or disapproval of my conduct. He is a creation of my imagination. He is indeed myself, though in the character of an imagined spectator, not in the character of an agent”.

31 SMITH, 1999.

32 RAPHAEL, 2007, p. 36.

33 SMITH, 1999, pp. 143-144.

O espectador como uma criatura da imaginação do próprio sujeito não possui mais ou menos informação do que o próprio agente sobre o conteúdo do que vai ser julgado. Ou seja, o espectador não possui conhecimentos privilegiados ou está mais bem informado sobre a própria situação, visto que é a mesma pessoa que ocupa a posição de agente e espectador. É o sujeito que pergunta a si mesmo como deveria agir, de que forma se portar. Essa é também a interpretação de Broadie, que afirma que

o agente se pergunta qual seria o julgamento dos espectadores externos se eles soubessem o que ele sabe. Ao tentar responder a essa pergunta, o agente tenta ver sua própria situação de forma desinteressada, enquanto se beneficia do nível de informação que o próprio agente tem³⁴.

O sujeito enquanto espectador “simpatiza” com a figura do agente, devendo esse agente controlar suas paixões para que o espectador possa perceber adequadamente o que está se passando. O espectador tem em mente um padrão de comportamento, de conduta, minimamente aceitável e correto, e observa o comportamento real do agente e os relaciona. O julgamento das emoções e sentimentos expressos pelo agente tem como padrão uma “visão idealizante” que serve de critério para o espectador imparcial. Quanto mais próximo o comportamento real estiver do ideal (baseado no consenso humano), mais virtuosa seria a pessoa. E, assim, o espectador, tal como a humanidade, simpatiza com sentimentos e posturas consideradas decentes, como a benevolência, o amor, a justiça e cria ojeriza com a injustiça, a ira e sentimentos antissociais.

O julgamento dos sentimentos – apropriados ou inapropriados – é realizado a partir do horizonte do próprio sujeito, com as emoções correspondentes a ele mesmo. O ser humano julga aos outros e a si mesmo, com suas “próprias vistas”; a medida com que julga ou observa os outros é a sua própria medida. Mas a ideia do espectador imparcial nos faz recordar que nenhum ser humano é melhor do que outro, ajuda-nos a corrigir os abusos e confusões de nosso amor-próprio. É o olhar do espectador imparcial que nos posiciona, adverte-nos da nossa situação humana e igualmente nos co-

34 BROADIE, 2006, p. 182, tradução livre. No original: “*the agent asks himself what the judgment of the external spectators would be if they knew what he knows. In seeking to answer this question, the agent tries to see his own situation in a disinterested way, while benefiting from the level of information that the agent himself has*”.

loca diante dos outros, como iguais. Eis uma citação que – embora extensa – mostra o ensinamento de Smith sobre esse aspecto:

é a razão, o princípio, a consciência, o habitante do peito, o homem interior, o grande juiz e árbitro de nossa conduta. É ele que, sempre que estamos por agir, de modo a afetar a felicidade alheia, grita para nós, com uma voz capaz de deixar estupefata as nossas mais presunçosas paixões, que somos apenas um na multidão, em nada melhores do que qualquer outro indivíduo; que, ao nos preferirmos aos outros tão vergonhosa e cegamente, nos tornamos objetos apropriados de ressentimento, horror e execração. É apenas com ele que aprendemos nossa verdadeira pequenez, a de tudo o que nos diz respeito, pois unicamente o olho desse espectador imparcial pode corrigir as falsas representações do amor de si³⁵.

Apesar de proclamar que o espectador imparcial é uma figura “dentro do peito”, Smith, tal como rechaça a ideia de um egoísmo, também não concorda com a noção de solipsismo³⁶. Afirma o escocês que a solidão faz ver de forma sobrevalorizada o que poderíamos ter feito ou sofrido e insiste na convivência e no diálogo com os outros. Sendo ser-com-os-outros, também a figura do espectador imparcial necessita constantemente o contato com os demais. Faz bem ao ser humano, e para a ideia de espectador imparcial, estar aberto “à luz do mundo”, frequentar ambientes desconhecidos, entrar em contato com pessoas novas, inclusive de outras culturas. É nesse sentido, também, que Sen se vincula à ideia de espectador imparcial.

Todas essas questões sempre estiverem fortemente vinculadas às discussões em torno da ética, mas também aos âmbitos político e da justiça. De modo mais específico, o debate ganhou força em grande medida com a exposição da “teoria de justiça” de John Rawls e a posterior análise crítica de seu amigo e colega Amartya Sen. Ambos analisam o critério da imparcialidade como um elemento fundante e essencial para a caracterização de justiça ou de Estados justos. Enquanto Rawls apresenta e defende o mecanismo do “véu da ignorância”³⁷ como passo central na sua elucidação

35 SMITH, 1999, p. 166.

36 SMITH, 1999, pp. 166-168.

37 RAWLS, 1981, p. 119 e ss.

da teoria da justiça, Sen busca resgatar e discutir a partir da figura do espectador imparcial³⁸.

4. Imparcialidade aberta e fechada: o espectador imparcial e o véu da ignorância

O mundo se mostra através das lentes pelas quais os sujeitos o buscam visualizar. Fenômenos podem ser interpretados de acordo com os critérios que se utilizam para analisá-los. A realidade pode se mostrar de distintas formas, partindo-se de diferentes pontos de vista. Tais princípios também auxiliam na compreensão da realidade e da história. Diferentes teorias, concepções e ideias sobre o homem, o mundo e a sociedade apresentam respostas diferentes e cada vez se torna mais importante mostrar o “horizonte de compreensão” de onde se situa o olhar, pois as ideias e a *práxis* que as acompanham têm repercussões significativas sobre a vida de muitas pessoas.

Analisar as bases políticas, morais e ideológicas é fundamental para compreender os ideais de justiça e as ações de uma sociedade. Amartya Sen é reconhecido por lançar o olhar e focar em perspectivas e horizontes que nem sempre fazem parte do *establishment*. Seguindo a perspectiva desse filósofo e economista indiano, é possível afirmar a ideia de que há, predominantemente, duas grandes tradições (que descendem da corrente do pensamento iluminista) que apresentam razões para determinar o que é justiça ou injustiça e apresentam bases intelectuais para analisar a realidade a partir de seus paradigmas.

A primeira grande corrente seria a que Sen nomeia de “institucionalismo transcendental”, que se preocupa basicamente em “identificar arranjos institucionais justos para uma sociedade”³⁹. Tal corrente, iniciada por Hobbes e representada por pensadores como Locke, Rousseau, Kant e, no

38 Entre as diversas características da ideia de espectador imparcial que foram comentadas, convém apresentar o que o pesquisador Aleán Pico (2014, p. 368) afirma como sendo as principais características: “1) *Es un observador de la conducta de las personas*, 2) *La persona observada incluso puede ser a la vez espectador de sí misma*. En este caso, el agente y el espectador habitan en la misma persona, pero esta se desdobra para poder cumplir su papel de espectador, 3) *Es imparcial porque mantiene una posición independiente del agente*, 4) *El mecanismo mediante el cual observa y juzga la conducta es el sentimiento de la simpatía* y 5) *Su papel fundamental a la hora de hacer la evaluación es ser afable, y por tanto su juicio estará fundado en el sentimiento moral*”.

39 SEN, 2011, p. 36.

período mais recente, Rawls, tem duas características básicas: A) “concentra a atenção no que identifica como a justiça perfeita, e não nas comparações relativas de justiça e injustiça. Ela apenas busca identificar características sociais que não podem ser transcendidas com relação à justiça”⁴⁰. Sua preocupação é fundamentalmente encontrar a “natureza do justo” e não encontrar elementos comparativos que possam apontar o quanto uma sociedade é mais ou menos justa que as demais; B) “se concentra antes de tudo em acertar as instituições, sem focalizar diretamente as sociedades reais que, em última análise, poderiam surgir”⁴¹.

A outra grande corrente é nomeada como “justiça comparativa baseada em realizações”. Representada por pensadores como Adam Smith, Marquês de Condorcet, Jeremy Bentham, Mary Wollstonecraft, Karl Marx, John Stuart Mill, entre outros, possui uma variedade maior de versões, mas que têm em comum as *comparações baseadas em realizações*. Embora todos os autores tenham realizado comparações sociais distintas, faziam-no a partir de sociedades concretas já existentes e preocupavam-se muito mais em encontrar alternativas para remover injustiças e não predominantemente em estabelecer modelos de instituições ou comportamentos “perfeitamente” justos.

A ideia seniana – que segue a tradição de uma justiça comparativa – busca o propósito de avançar para uma sociedade cada vez mais justa, à medida que se vão eliminando as injustiças reais que assolam boa parte da população. Não é necessário que se tenham presentes todos os elementos de uma teoria de justiça ou que se deem perfeitamente as condições de aplicabilidade de tais elementos, mas basicamente que se avance com deliberações, com promoção da participação popular nos debates e práticas construtivas, que se ouça a voz dos que querem e têm razões para “gritar” por melhores condições e os envolva na construção de modelos que não necessariamente sejam perfeitos ou completos⁴².

Embora a primeira tradição seja de extrema relevância e talvez tenha recebido a maior atenção ao longo da história, o presente trabalho, amparado em Sen, filia-se à segunda. Dito isso, não se quer desmerecer toda tradição da perspectiva “contratualista”, mas reconhecer seu valor, apontando

40 SEN, 2011, p. 36.

41 SEN, 2011, p. 36.

42 SEN, 2011, p. 36 e ss.

sua importância, principalmente no sentido de servir como uma espécie de utopia, apontando um horizonte a ser alcançado, indicando modelos viáveis e possíveis e desafiando a construção de novas realidades. Nesse viés, vem a calhar a defesa da perspectiva do “espectador imparcial”.

A interpretação seniana da ideia do espectador imparcial é apresentada a partir da análise de um conceito fundamental para a teoria da justiça e que possui centralidade no campo jurídico, político, econômico, filosófico etc., que é a *imparcialidade*. Duas formas diferentes de invocar a imparcialidade podem ser observadas e ambas possuem implicações distintas em múltiplas searas. Essa imparcialidade pode ser aberta ou fechada. A distinção se manifesta conforme exista, ou não, a possibilidade de uma avaliação imparcial em um grupo determinado, o “grupo focal”⁴³. A imparcialidade fechada é aqui representada basicamente a partir da concepção de “justiça como equidade” e do dispositivo do contrato social original realizado através do mecanismo do “véu de ignorância” de Rawls⁴⁴. Por sua vez, a imparcialidade aberta estaria espelhada na perspectiva do espectador imparcial.

Na seara interpretativa de Sen, a imparcialidade fechada invocaria a participação apenas dos membros do grupo focal. Com a utilização do mecanismo hipotético do véu de ignorância, participam do contrato social apenas os membros do grupo, do Estado determinado, partindo-se do princípio de que cada membro desconhece sua identidade e posição dentro do grupo⁴⁵.

Já com a utilização do mecanismo do espectador imparcial, qualquer espectador justo e imparcial teria sua participação garantida, sendo ou não membro do grupo focal. A imparcialidade aberta funcionaria como uma forma de remover tendências preconceituosas ou parciais, pois requer a abertura à opinião e análise de espectadores que possuam diferentes perspectivas e tendam a um olhar mais aberto e tolerante, pois, como afirma

43 SEN, 2011, p. 114.

44 “A ideia da posição original consiste em estabelecer um procedimento equitativo, de modo que sejam justos quaisquer que venham a ser os princípios acordados. O objetivo é usar a noção de pura justiça processual como uma base da teoria – de algum modo precisamos anular os efeitos das contingências específicas que embaraçam os seres humanos e os tentam a explorar circunstâncias sociais e naturais em vantagem própria. Então, a fim de fazê-lo, presumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Não sabem como as várias alternativas afetarão seu caso particular e são obrigadas a avaliar os princípios tão só a base de considerações gerais” (RAWLS, 1981, p. 119).

45 SEN, 2011, p. 117.

Sen, “o argumento smithiano não apenas admite, mas exige, a consideração das opiniões de outros, que estão distantes e próximos”⁴⁶. Enquanto o mecanismo do véu da ignorância dá uma perspectiva de imparcialidade “intraestatal” ou “intra-social”⁴⁷, o espectador imparcial examina as posições – próximas ou distantes – visando superar uma visão predominante ou unânime, mas restrita a um grupo – portanto, parcial.

O dispositivo do véu de ignorância tem um elemento de grande significado, que é a ideia de eliminar a influência das inclinações pessoais e os interesses particulares de vantagens, uma vez que os sujeitos que deliberam “cobertos” pelo véu de ignorância desconhecem sua posição dentro do grupo focal. A crítica, entretanto, recai sobre o “além fronteiras” do próprio grupo focal, visto que tal mecanismo não prevê um escrutínio que leve em consideração os cidadãos não pertencentes especificamente ao grupo ou, como afirma Sen, “os olhos do resto da humanidade”⁴⁸.

A estrutura contratualista da posição original rawlsiana tem as suas deliberações realizadas pelas pessoas que nasceram e levam suas vidas numa determinada sociedade, o que leva a constatar a não existência de “uma barreira processual contra a suscetibilidade aos preconceitos locais, como não existe uma maneira sistemática de abrir as reflexões na posição original aos olhos da humanidade”⁴⁹. Tal posição é contraposta a uma perspectiva do espectador imparcial, que pressupõe uma imparcialidade aberta, pois exige o esforço de ver os próprios sentimentos e comportamentos também a partir do horizonte dos outros, como os outros os veriam.

Sen aponta três problemas em relação a esta limitação⁵⁰: 1) A primeira diz respeito a que a ideia de justiça supõe a solidariedade e, como somos também responsáveis por aquilo que se passa com “nossos vizinhos” – distantes ou próximos –, tal grupo deve estar incluído em nossa preocupação ou ideia de justiça; o nosso ser-no-mundo, nossa identidade, ultrapassa as fronteiras geográficas, bem como vai além das identidades culturais, religiosas etc.; 2) O segundo aspecto de crítica é que as ações de um grupo focal podem afetar as condições de outros grupos – o que é cada vez mais

46 SEN, 2011, p. 156.

47 SEN, 2003, p. 06.

48 SEN, 2011, p. 157.

49 SEN, 2011, p. 158.

50 SEN, 2011, p. 150 e ss.

perceptível no âmbito econômico e político – e tal possibilidade deveria estar presente na consideração do justo ou injusto –; as vozes dos que serão afetados devem ser consideradas (seja porque é membro do grupo envolvido ou porque pode agregar ideias com esclarecimentos, problematizações etc.); 3) E, finalmente, que esse certo “paroquialismo” acena para a possibilidade de “negligenciar as vozes de outros lugares”. Nas palavras de Sen, tais críticas são assim expressas:

podemos nos identificar de forma variada com as pessoas de outros lugares e não apenas com nossa comunidade local [...]; nossas escolhas e ações podem afetar as vidas dos outros, estejam eles distantes, estejam próximos[...]; o que eles veem desde suas respectivas perspectivas históricas e geográficas pode nos ajudar a superar nosso próprio paroquialismo⁵¹.

Quanto à análise de uma imparcialidade fechada (que Sen atribui à perspectiva do contratualismo da posição original e do mecanismo do véu de ignorância de Rawls) e de uma imparcialidade aberta, baseada na visão do espectador imparcial smithiano, algumas dificuldades podem ser mais bem explicitadas.

*Provincianismo metodológico*⁵²: o método da imparcialidade fechada compreende-se primordialmente como eliminação da parcialidade (interesses e objetivos pessoais) dos membros do grupo focal. Contudo, não há nenhuma previsão metodológica para eliminar preconceitos compartilhados no grupo, nem uma prevenção quanto a desvios coletivos e unânimes desse mesmo grupo. A história está repleta de exemplos de grupos sociais que aceitam e utilizam práticas perversas ou desumanas, que sob o julgamento de outros povos são condenáveis ou inadmissíveis. A crítica pode buscar fundamento em Smith que, ao analisar a “influência dos costumes e da moda sobre os sentimentos morais” propugna por uma abertura para a observação e escuta de outros povos e culturas. Smith cita que a prática do infanticídio era um costume comum e tranquilamente aceito para os gregos no período de Platão e Aristóteles⁵³ – o mesmo poderia ser dito quanto

51 SEN, 2011, pp. 160-161.

52 SEN, 2003, p. 07.

53 “Contudo, o abandono, isto é, o assassinato de bebês recém-nascidos, era prática permitida em quase todos os estados da Grécia, mesmo entre os polidos e civilizados atenienses; e todas as vezes em que as circunstâncias do pai tornassem inconveniente criar o filho, julgava-se que abandoná-lo à fome ou aos animais selvagens não era censurável, nem passível de condenação.

à escravidão –; algo que hoje é repugnante e merecedor de condenação em “alta monta”.

Não se pretende afirmar que a riqueza de toda filosofia de Rawls seja limitada ou paroquialista, mas que os mecanismos projetados – situação original e véu de ignorância – que levam a uma ideia de imparcialidade fechada cobram “um preço alto pela ausência de qualquer garantia metodológica de que os valores locais estarão sujeitos a um exame aberto e o que se perde é mais do que um ‘simples detalhe’”⁵⁴.

Incoerência inclusiva: nenhum grupo focal ficará inalterado ao longo do tempo, mas todas as decisões do grupo que delibera numa situação inicial deveriam ter em consideração as alterações ou plasticidades que podem surgir. O questionamento gira em torno da questão de como as deliberações na posição original consideram ou incluem as situações dos membros posteriores do grupo (nascimentos, rearranjos sociais etc.), ou seja, que essas mudanças “não são independentes das estruturas sociais básicas que são supostamente alcançadas, na argumentação contratual, através da própria posição original”⁵⁵. As alterações que ocorrem no grupo são consideradas pelos presentes ou representantes nas deliberações iniciais e como essas plasticidades serão incluídas nas decisões e nos moldes de justiça permanece uma incógnita para uma perspectiva de imparcialidade fechada, como o modelo rawlsiano.

Negligência exclusiva: uma das principais críticas em relação à imparcialidade fechada é que essa metodologia pode excluir de suas deliberações as vozes, necessidades e interesses dos não membros do grupo focal. Rawls busca equacionar a questão utilizando o mecanismo da representação dos diferentes “povos” na situação original, criando o que Sen chama de “duas situações originais”, uma que seria intranacional e outra internacional.

[...] A essa altura, o costume ininterrupto autorizara tão completamente essa prática, que não apenas as vagas máximas do mundo toleravam essa prerrogativa bárbara, como até mesmo a doutrina dos filósofos, que deveriam ser mais justos e cuidadosos, deixou-se levar pelo costume estabelecido; e nesse caso, como em muitos outros, em vez de censurarem, apoiavam o horrível abuso com implausíveis considerações de utilidade pública. Aristóteles fala disso como algo que em muitas ocasiões o magistrado deveria encorajar. O humanitário Platão é da mesma opinião, e apesar de todo o amor à humanidade, que parece animar todos os seus escritos, em lugar algum caracteriza essa prática como desaprovação. Se o costume é capaz de sancionar uma violação da humanidade tão terrível, é bem possível imaginarmos que quase não há prática repulsiva que não autorize” (SMITH, 1999, pp. 259-260).

54 SEN, 2003, p. 18.

55 SEN, 2011, pp. 177-178.

Mesmo que se convenha que seja um exercício hipotético, há lacunas que merecem atenção, visto que a “relevância e a influência das discussões globais não estão condicionadas à existência de um Estado global, ou mesmo de um fórum planetário bem organizado para gerar gigantescos acordos institucionais”⁵⁶.

As relações interpessoais e internacionais não se dão “entre povos”, mas de sujeitos para com sujeitos, entre companhias, entre movimentos e sindicatos etc., em relações diretas e com multiplicidades de formas. A metodologia de pensar um modelo de justiça internacional dificilmente conseguiria abarcar todas as facetas e peculiaridades e conseguir “reger” uma justiça global. Imaginar a vida a partir e sob o manto de um modelo estatal contratualista seria como limitar a multiplicidade de vida e comunicação que existe entre as pessoas do globo. A ideia de uma imparcialidade fechada de prever uma justiça completa é sujeita a muitas falhas.

Embora se reconheça os avanços dos debates e da importância da concepção de justiça e dos mecanismos apresentados por Rawls, entende-se que é possível – e necessário – apresentar outras nuances que venham a contribuir, tanto no debate como na construção de práticas políticas e sociais mais justas. Como uma forma de construir uma imparcialidade aberta, apresentar-se-á a defesa do espectador imparcial, que recebe um espaço considerável no ideário de Amartya Sen.

5. O espectador imparcial sob a perspectiva de Amartya Sen

Uma vez exposta a perspectiva interpretacional que aponta possíveis lacunas e limitações no artifício do véu de ignorância, torna-se mister apontar uma alternativa. Dessa forma, entende-se que ideia smithiana de espectador imparcial é a representação de uma imparcialidade aberta, buscando “resolver” questões sobre equidade que acompanham os debates filosóficos, políticos e econômicos desde a modernidade.

A imparcialidade aberta proposta por Sen trabalha com a perspectiva analítica de “qualquer espectador justo e imparcial”; um terceiro que analisa e não participa das deliberações iniciais, produzindo julgamentos que sujeitos não interessados de outros grupos ou sociedades também poderiam formular. A assunção de tal perspectiva leva Sen a afirmar que “ba-

56 SEN, 2011, p. 171.

seado em juízos, o conceito de equidade de Smith é, neste sentido, mais universal do que uma teoria de justiça que dá prioridade ao Estado, com imparcialidade fechada”⁵⁷.

A figura de “espectador imparcial” de Smith expunha a ideia do “homem dentro do peito”, do sujeito mesmo que exerce a função de observação e julgamentos imparciais dos comportamentos de si mesmo enquanto agente. Sen oferece uma interpretação que apresenta algumas peculiaridades, privilegiando mais um aspecto – que Smith não acentuava com tanta frequência – da relação e do olhar dos outros, de como as coisas aparecem para os demais sujeitos. Não descartando a perspectiva do “homem dentro do peito”, enaltece-se o valor dos “espectadores reais”, que não são contratantes sociais⁵⁸.

Uma das vantagens que surge com a assunção da perspectiva da imparcialidade aberta, a partir do espectador imparcial, é a possibilidade de abertura ao escrutínio que ultrapassa as convenções locais do grupo focal, auscultando as vozes que podem surgir de além das fronteiras de tal grupo. A forma de evitar uma visão reducionista ou de um “provincianismo metodológico” surge com a ideia de simpatia que o espectador imparcial desenvolve, ao deslocar-se e analisar os fenômenos desde a perspectiva do outro, desde o lugar dos demais. Como afirma Smith,

jamais podemos inspecionar nossos próprios sentimentos e motivos, jamais podemos formar juízo algum sobre eles, a não ser abandonando, por assim dizer, nossa posição natural e procurando vê-los como se estivessem a certa distância de nós. Mas o único modo de fazermos isso é tentar divisá-los com os olhos de outras pessoas, isto é, como provavelmente outras pessoas os veriam⁵⁹.

57 SEN, 2003, p. 9.

58 Também Smith reconhecia a importância da relação e do contato constante com os ‘espectadores reais’ que Sen acentua em seus trabalhos; isso pode ser percebido em uma parte, conforme se lê nas palavras do escocês: “Na solidão, tendemos a sentir de modo muito intenso tudo o que nos diz respeito: tendemos a superestimar os bons serviços que possamos ter realizado, as ofensas que possamos ter sofrido; a estar radiantes por nossa boa fortuna, e prostrados pela má. Nosso humor melhora ao conversarmos com um amigo, e melhora ainda mais se conversamos com um estranho. Pois frequentemente é necessário que o espectador real desperte o homem que o peito encerra, esse espectador abstrato e ideal de nossos sentimentos e conduta, para lembrá-lo de seu dever; é sempre esse espectador real, do qual podemos esperar uma ínfima simpatia e tolerância, que provavelmente nos ensinará a mais perfeita lição sobre como nos dominarmos” (SMITH, 1999, p. 185.)

59 SMITH, 1999, p. 139.

O dispositivo do espectador imparcial funciona como uma forma de estar em constante contato com outros povos, com outras ideias, com outros olhares e interpretações dos fenômenos; um constante diálogo, renovando e ventilando ideias. Não representa a isenção, indecisão ou a transferência de decisão para outro, mas a capacidade de ouvir outros pontos de vista e estar mais bem abalizado para as decisões. Representa ainda um mecanismo de fortalecimento de um aspecto que é central para Sen: a *discussão pública*.

Esse dispositivo – discussão pública – pode ter um papel protagonista nos campos econômico e político, possibilitando o surgimento de novas formas de melhoria da vida das pessoas, de políticas públicas que ultrapassem os modelos clássicos. Assumir a perspectiva da discussão pública com o mecanismo do espectador imparcial possibilita o estabelecimento de acordos e consensos – mesmo que parciais – e fomenta a busca pelo estabelecimento de democracia e justiça – locais e globais.

A perspectiva seniana é que qualquer pessoa possa ilustrar suas opiniões e entrar em diálogo. Contudo, o agente é livre para acolher ou não tais opiniões, garantindo assim um espaço de liberdade e escolha que é fundamental como constitutivo da condição humana. E a relação pode ser recíproca, em algum momento o agente pode manifestar sua opinião, mas sabedor do respeito à liberdade de escolha do outro. Nem o espectador e nem o agente buscam impor suas opiniões e ideias, mas são relações e podem ser políticas públicas e econômicas que se implantariam em diálogo, em construção conjunta.

Essa interpretação do agente que se sente livre para acolher (parcial ou totalmente) o julgamento do espectador é uma distinção interpretativa da visão smithiana; já que o escocês entendia que haveria uma espécie de vergonha, culpa moral ou sanção social caso o agente não atendesse à solicitude do que lecionava o espectador imparcial – homem dentro do peito. Conforme afirma o pesquisador Aleán Pico, na interpretação seniana o espectador é respeitador das opiniões e ainda que cada agente tenha um espectador interno, também podem ocorrer acordos, pois *“los valores de los espectadores imparciales pueden coincidir en algunos puntos, y en otros no. La coincidencia de puntos permite llegar a acuerdos. La interacción social promueve los acuerdos con base en los valores compartidos de los espectadores imparciales”*⁶⁰.

60 ALEÁN PICO, 2012, p. 45.

Outro aspecto que a concepção do espectador imparcial auxilia é um elemento que Sen vem debatendo desde os inícios de seus trabalhos, quanto à completude e incompletude. Sendo um mecanismo que busca estar atento às vozes de todos, possivelmente não se alcançará uma visão completa de justiça ou política pública ideal, mas de uma visão realista das necessidades e condições pelas quais as pessoas estão passando. As diversas vozes ingressam no cenário de debate “não como árbitros, mas como pessoas cuja leitura e avaliação nos ajudam a alcançar uma compreensão menos parcial da ética e da justiça de um problema”⁶¹.

Seja como membro “contratante” do grupo ou como um observador, é importante ouvir a voz dos que estão implicados ou serão afetados pelas decisões a serem tomadas, tanto porque poderão auxiliar e enriquecer o debate, mas principalmente por sua condição e dignidade de humanos que necessitam e merecem ter sua voz ouvida. Talvez no campo da economia e da política seja mais do que na hora de ouvir outras vozes que não sejam sempre e exclusivamente as vozes dos tecnocratas e dos políticos de carreira. É premente que se apresentem e escutem alternativas ao que é exposto – quase imposto – pelos “fiéis escudeiros” do *mainstream* econômico.

Conforme a crítica do pensador indiano, o mecanismo do espectador imparcial “é naturalmente um dispositivo para o escrutínio crítico e a discussão pública. Ele não precisa, portanto, buscar a unanimidade ou o acordo total da mesma maneira que a camisa de força institucional da teoria rawlsiana da justiça exige”⁶². Mesmo que os acordos alcançados não sejam completos, podem implicar declarações coesas e uma *práxis* efetiva. A vida de muitas pessoas não pode se dar ao luxo de aguardar um plano econômico, político ou médico perfeito, mas precisam de ações ou intervenções urgentes; talvez incompletas, mas úteis e capazes de salvar e melhorar a vida das pessoas.

6. Conclusão

É quase um dever histórico abordar as diferentes interpretações em torno das teorias de Adam Smith. E isso conclama a uma reposição do pensamento do próprio autor, buscando mostrar os equívocos que se impregna-

61 SEN, 2011, p. 162.

62 SEN, 2011, p. 165.

ram no senso comum. Com a elucidação da ideia de simpatia foi possível observar a preocupação de Smith com o outro – de observar a realidade, o sofrimento etc., a partir da situação do outro e não do sujeito que observa –, deixando claro que a simpatia não é um princípio egoísta. É mister que se faça a distinção entre egoísmo e amor-próprio. Este, amor-próprio, é fundamental para o desenvolvimento de cada sujeito; antes de incitar ou defender uma postura individualista, Smith incentiva e propugna por um autocontrole.

A interpretação seniana das teorias de Smith auxiliam a perceber e colocar à luz a perspectiva de abertura que o escocês defende e não o monismo ou individualismo que alguns seguidores – ou críticos – afirmam. Ao defender que Smith não propunha a busca desenfreada e única do bem-estar particular, independentemente do que poderia acontecer com os demais, e um afastamento dos outros, Sen o expõe mostrando duas faces que envolvem a preocupação com os demais. Como uma forma de “atualização”, o pensador indiano lança mão e aborda a questão a partir de dois conceitos que expressam a sensibilidade em relação ao comportamento com os outros: “simpatia” e “comprometimento”.

Essa “simpatia” se refere ao bem-estar de uma pessoa quando esse bem-estar é influenciado ou afetado pela situação ou bem-estar do outro. A motivação para gerar bem-estar aos demais tem o intuito de proporcionar mais satisfação e prazer para si próprio. A esmola, o auxílio aos demais, é ofertada para diminuir a sua insatisfação; o fato de ver outros em melhor situação causa-lhe também bem-estar. A ajuda ao outro é para que ele próprio se sinta melhor; “para diminuir a dor na própria consciência” de ver outros em (tão) piores situações; é buscar afastar do seu horizonte a dor e a tristeza para não diminuir seu bem-estar ao precisar ver tal situação.

Já o “comprometimento” se entende como a ajuda ao outro independentemente da sensação gerada ou do bem-estar ou não proporcionado ao agente. É a ajuda ao outro pela condição de ser outro, e não pelos benefícios que tal ajuda poderia trazer ao sujeito. O comprometimento exige certo sacrifício, pois a ação empreendida não requer e não alcança nenhum retorno ao agente. Assim resume Sen tal distinção:

a simpatia é compatível com o comportamento auto-interessado, e é perfeitamente compatível mesmo com o que Adam Smith chamou de amor-próprio. Se alguém tenta remover a miséria dos outros só porque – e somente na me-

dida em que – afeta seu próprio bem-estar, isso não significa um afastamento do amor-próprio como a única razão aceita para a ação. Mas, se alguém está comprometido, digamos, a fazer o que pode ser feito para eliminar a miséria dos outros – seja o próprio bem-estar afetado o não, e não apenas na medida em que seu próprio bem-estar seja assim influenciado – então isso é um claro afastamento do comportamento auto interessado⁶³.

O que se pretende mostrar é que a condição humana é mais rica que o comportamento auto-interessado. Os humanos não se motivam apenas pelo egoísmo e busca insaciável de satisfação pessoal. A vida é abastecida por inúmeros valores que servem de razões para agir. Não há que se aceitar a limitação da compreensão do ser humano, mas de buscar mostrar a pluralidade de valores que compõem a existência.

No mesmo diapasão, pode-se destacar a interpretação da figura do “espectador imparcial”. Como leitor e amigo de Rawls, Sen não pretende diminuir ou desmerecer o grande trabalho realizado pelo pensador americano, mas seguindo sua sina, ampliar os horizontes de compreensão e apresentar elementos que possam auxiliar na construção de melhorias na prática política. É nesse viés que se pode compreender a crítica aos dispositivos utilizados por Rawls. A figura do espectador imparcial quer e pode representar um horizonte de compreensão mais claro em relação ao mecanismo da imparcialidade fechada de Rawls.

Considerado como “o homem de dentro do peito”, o espectador imparcial representa a figura ou capacidade de colocar-se no lugar do outro, de observar e “julgar” a atitude, a voz da consciência que aprova – ou desaprova – e orienta o agir do sujeito. Sen realça tal postura ética e política e a adapta dentro de suas concepções, destacando sua importância para o mundo de hoje, quanto à necessidade de invocar maior amplitude de pontos de vista para se alcançar resultados. A adoção mais corriqueira do exercício ou ideia do espectador imparcial facilitaria os diálogos e a interlocução com as diferenças nos tempos hodiernos; elementos estes tão necessários para compreender e poder auxiliar aquelas pessoas que passam por reais necessidades e enfraquecidas nas condições de desenvolver suas capacidades.

63 SEN, 2011, p. 222.

Referências

- ALEÁN PICO, Augusto. *La noción de justicia en Adam Smith y Amartya Sen*. Colombia. 2012. 75 f. Tesis (Doctorado en Ciencias Económicas) Universidad Nacional de Colombia Facultad de Ciencias Económicas. Bogotá, Colombia, 2012.
- ALEÁN PICO, Augusto. Sentimiento moral y razón: la noción de justicia en Adam Smith Y Amartya Sen. *Cuadernos de Economía*, v. 33, n. 63, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.bdigital.unal.edu.co/view/year/2014.html#group_A>. Acesso em: 21 dez. 2017.
- BRAUN, Carlos Rodríguez. Estudio preliminar. In: SMITH, Adam. *La teoría de los sentimientos morales*. Madrid: Alianza, 2013.
- BROADIE, Alexander. Sympathy and the Impartial Spectator. In: HAAKONSSON, Knud. *The Cambridge Companion to Adam Smith*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2006.
- GANEM, Angela. Economia e filosofia: tensão e solução na obra de Adam Smith. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 104-118, out./dez. 2002. Disponível em: < <http://www.rep.org.br/PDF/88-7.PDF> >. Acesso em: 21 dez. 2017.
- GANEM, Angela. O mercado como teoria da sociedade: a radicalidade filosófica de Adam Smith. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA POLÍTICA. *Anais*. Porto Alegre: FCE/UFRGS, 1999. 1 CD ROM.
- GARRIDO, Pablo S. *Raíces Intelectuales de Amartya Sen: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- GIANNETTI, Eduardo. *O mercado das crenças: filosofia econômica e mudança social*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- GOLD, Natalie. How should we reconcile self-regarding and pro-social motivations? A renaissance of “Das Adam Smith Problem”. *Social Philosophy and Policy*. Oxford, 2019. Disponível em: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:64e43671-2676-4bce-bd93-730368ed19df/>. Acesso em: 24 set. 2020.
- RAPHAEL, D. D. *The impartial spectator: Adam Smith's Moral Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

SEN, Amartya. Imparcialidade aberta e fechada. *Alceu*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 5-30, jan./jul. 2003. Disponível em: <<http://revistaalceu.com.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das linguas*. Tradução: Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Recebido em 10 de março de 2019.

Aprovado em 02 de outubro de 2020.

RESUMO: o artigo visa analisar e discutir alguns elementos a partir do pensador Adam Smith: a simpatia e a figura do ‘espectador imparcial’. Igualmente, considera-se importante que se façam reposições conceituais a fim de ‘corrigir’ visões e interpretações distorcidas deste filósofo iluminista. Para tal, é realizada uma abordagem a partir de concepções do filósofo e economista indiano Amartya Sen. Com esta ‘releitura’ interpretativa e conceitual é possível apresentar algumas críticas à ideia de imparcialidade apresentada por John Rawls através do dispositivo do ‘véu de ignorância’. Mais do que isso, pretende-se mostrar que a concepção do ‘espectador imparcial’ é capaz de apresentar ampliações e possíveis ganhos na discussão dos aspectos de justiça.

Palavras-chave: Adam Smith, Amartya Sen, simpatia, espectador imparcial, justiça.

ABSTRACT: The paper aims to analyze and discuss some elements from the thinker Adam Smith: the sympathy and the figure of the ‘impartial spectator’. Equally, it is considered important to make conceptual repositions in order to ‘correct’ distorted visions and interpretations of this Enlightenment philosopher. For this end, an approach is taken from the conceptions of the Indian philosopher and economist Amartya Sen. With this interpretative and conceptual ‘re-reading’ it is possible to present some criticisms of the idea of impartiality presented by John Rawls through the device of the ‘veil of ignorance’. More than that, it is intended to show that the conception of the ‘impartial spectator’ is capable of presenting enlargements and possible gains in the discussion of the aspects of justice.

Keywords: Adam Smith, Amartya Sen, sympathy, impartial spectator, justice.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: FRÖHLICH, Sandro. Simpatia e espectador imparcial: conceitos fundamentais para discussões éticas e políticas. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 59, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1231>.

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de janeiro a julho de 2021 no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Aluna: Bianca Kremer Nogueira Correa (Doutorado)

Título do Trabalho: Direito e Tecnologia em Perspectiva Ameericana: autonomia, algoritmos e vieses raciais

Data da defesa: 31/03/2021

Banca: Maria Celina Bodin de Moraes (Orientadora), Caitlin Sampaio Mulholland, Eder Fernandes Monica, Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de Castro, Thula Rafaela de Oliveira Pires

Resumo: O trabalho consiste em uma análise sobre os efeitos do que se convencionou denominar “novas tecnologias” sobre corpos e experiências não brancas no exercício de sua autonomia, mais precisamente os vieses algorítmicos oriundos de sistemas de inteligência artificial (IA) aplicados a produtos e serviços digitais. Dentro de um cenário global de intensa conectividade, associado a técnicas sofisticadas de IA e uso predatório da internet, tem-se reproduzido, reforçado e ocultado dinâmicas de discriminação racial em plataformas e mídias sociais, políticas de vigilância, relações de trabalho e acesso a produtos e serviços. Há uma crença eficiente na neutralidade do direito e da tecnologia. No contexto brasileiro, essa crença ainda se apresenta aliada ao compartilhamento do mito da democracia racial, de modo que o enfrentamento das desigualdades raciais por tecno-regulação, boas práticas de governança, ou mesmo à luz de desafios ético-jurídicos, se mantém esvaziado. Para explorar o fenômeno dos vieses raciais algorítmicos, propõe-se uma reflexão sobre os efeitos da colonialidade na interseção entre direito e tecnologia a partir da categoria político-cultural da amefricanidade, desenvolvida por Lélia Gonzalez. Parte-se da premissa de que, tanto o direito, quanto as novas tecnologias, seguem lidos e construídos sob o signo da branquitude por trás de uma suposta neutralidade e igualdade formal: um lugar de privilégio de racialidade não nomeada. Sob o manto da desigualdade formal mantida pelo direito, a suposta indiferença de robôs face à identidade racial dos indivíduos reproduz a perversa utilização de características étnico-raciais como mecanismo de exclusão. A construção normativa do direito, mais especificamente os direitos existenciais e a autonomia, e os valores éticos que permeiam a construção de

uma governança da internet e de dados, por sua vez, se produzem a partir da experiência da zona do ser. A partir da perspectiva amefricana radicada na experiência brasileira, pretende-se oferecer uma narrativa que reposicione o papel do direito e dos desafios “ético-jurídicos” sobre os processos de violência da zona do não-ser no ambiente digital.

Aluna: Carolina Lopes de Oliveira (Doutorado)

Título do Trabalho: CORPO-AFETO: a construção de uma matriz binária de gênero nas dinâmicas da adoção no estado do Rio de Janeiro

Data da defesa: 05/12/2021

Banca: Marcia Nina Bernardes (Orientadora), Adriana Vidal de Oliveira, Caitlin Sampaio Mulholland, Fernanda Pontes Pimentel, Ronaldo Joaquim da Silveira Lobão, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de Castro

Resumo: Quem pode ser adotante no Brasil? Quem pode ser adotado? A presente tese tem por objetivo apresentar um estudo sobre a binaridade de gênero no Direito de Família brasileiro, a partir da análise do instituto da adoção, utilizando-o como chave para adentrar a matriz cisheteronormativa, para verificar de que maneira as construções de subjetividade são atravessadas pelas normas instituídas. Investiga-se a ideia de que o Direito não seria apenas um reflexo da sociedade, mas que também constituiria, por meio de seu campo normativo, uma matriz de naturalização e subjugação, um “poder de gênero”. Assim, inicialmente as ideias da binaridade de gênero e da cisheteronormatividade são caracterizadas, em conjunto à análise de sua imbricação com os afetos, tomando-se como referência a teoria queer, por meio dos trabalhos de Judith Butler – influenciada pelas teorias espinosanas e foucaultianas. Com isto, objetiva-se compreender como o sistema binário de categorias sexuais a que cada indivíduo é determinado ao nascer nos afeta. Em seguida, a apropriação dos afetos pelo Direito enquanto “poder de gênero” é especificamente analisada, evidenciando como, através dos princípios da afetividade e socioafetividade, das ideias de filiação e parentalidade socioafetivas e das influências dos Direitos Canônico e Romano, foi constituída uma estrutura binária de gênero

no instituto da adoção do Direito de Família brasileiro. A partir desta constatação, segue-se ao estudo da genealogia deste instituto e das ficções a partir dele criadas, como o Cadastro Nacional de Adoção, observando sua conformação a uma estrutura que, desde sua gênese, é generificada e sexualizada, visando à manutenção de uma “adoção binária”. Por seguir uma metodologia qualitativa, a tese conta com um estudo crítico dos discursos contidos em oito manuais de Direito de Família, formadores deste campo do Direito no Brasil. Examinam-se os usos que estas obras, publicadas entre 2015 e 2020, atribuem às palavras gênero e adoção, para perceber a (re) criação dos mecanismos da binaridade de gênero. Além disso, a pesquisa realiza uma análise documental da jurisprudência e legislação da adoção e dos institutos a ela conexos, bem como faz uma investigação empírica através de observações participantes em sete reuniões de Grupos de Apoio à Adoção e de conversas com operadores do sistema jurídico de cidades do Rio de Janeiro. Com o exame das narrativas das reuniões, observaram-se as relações das pessoas com a binaridade de gênero nas questões envolvendo a adoção. E em contrapartida, analisando o discurso de cinco profissionais do Direito, compreendeu-se de que maneira as categorias gênero e afeto são apropriadas e operacionalizadas para manter em funcionamento, por meio desses atores, os mecanismos do “cistema”. Por fim, utilizando o Direito Civil-Constitucional como lente, a tese chega ao resultado de que o Direito constitui uma estrutura que impõe, em sua normatividade, um processo de generificação e sexualização dos sujeitos a que visa representar e atribuir efeitos jurídicos. Por esta razão, o trabalho assume o compromisso de servir como ferramenta de justiça social, auxiliando na agência de performances subversivas; reconhecendo-as para que saiam da zona de precariedade a que são submetidas.

Aluna: Gabriela Cavalcante Gatulli (Mestrado)

Título do Trabalho: Análise da colegialidade no Supremo Tribunal Federal

Data da defesa: 19/07/2021

Banca: Fabio Carvalho Leite (Orientador), Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida, Joana de Souza Machado, Ronaldo Cramer

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar de maneira exploratória os contornos da colegialidade para e no STF. Nesse sentido, o trabalho busca em um primeiro momento traçar as considerações normativas gerais que precedem a teoria da colegialidade tanto a partir da perspectiva institucional como um mecanismo de engenharia decisória, procurando assim investigar: o que, como e por que colegialidade? Em um segundo momento, o trabalho explora o complexo desenho institucional da Suprema Corte brasileira para compreender os diversos caminhos que levam até o colegiado, bem como os diversos colegiados dentro de um único tribunal. Por fim, o trabalho investiga os ministros integrantes do tribunal como instrumentos da colegialidade e quais os diversos sentidos que a colegialidade alcança a partir de uma investigação dos votos dos integrantes em decisões em plenário.

Aluno: João Marcello Alves Costa (Mestrado)

Título do Trabalho: Foro por Prerrogativa de Função em ações penais no STF: origens, controvérsias e perspectivas

Data da defesa: 30/07/2021

Banca: Fabio Carvalho Leite (Orientador), Simone Schreiber, Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Resumo: A presente dissertação buscou, por meio da análise de casos concretos e do estudo da evolução histórica das Constituições brasileiras, apresentar como as controvérsias sobre o instituto do foro por prerrogativa de função determinam e são determinadas pelas decisões do Supremo Tribunal Federal. Embora costumeiramente o debate público associe o foro distintivo à impunidade e ao incentivo à corrupção, o que pode ser muito bem resumido pelo frequente uso não técnico da expressão “foro privilegiado”, é possível enxergar esse instituto como importante ferramenta de essencial proteção dos mandatos eletivos. Elaborado para ser um obstáculo às perseguições contra autoridades políticas, também atua para evitar que a influência dessas mesmas autoridades seja revertida em indevida proteção pelo Poder Judiciário. A ausência de soluções fáceis para os dilemas

processuais penais relativos ao tratamento jurisdicional em matéria criminal dispensado às autoridades políticas é um fato e, não por acaso, identificou-se a existência de soluções originais e particulares para a questão em diferentes países latino-americanos e potências globais. O recorte da dissertação se revela pela análise de ações penais julgadas ou em transcurso no Supremo Tribunal Federal e permite observar como a oscilação da interpretação da Corte sobre as regras desse instrumento legal reduz o grau de certeza e previsibilidade nas delicadas acusações criminais contra as autoridades políticas do país. Essa incerteza que, incentivada pelas decisões da própria Suprema Corte, acaba por configurar significativa insegurança ao regime democrático, poderia ser sanada com a edição de norma constitucional mais clara e com a cessação das reiteradas tentativas da Suprema Corte de reformar normas constitucionais e infraconstitucionais por meio de ampliações expansivas de sua interpretação. A mais importante e recente decisão da Suprema Corte para a matéria, oferecida nos autos da Questão de Ordem na Ação Penal 937, propiciou uma série de novidades nos seus regramentos. Na visão do autor, embora tais nuances tenham atingido a meta principal de reduzir os trabalhos do Supremo em sua competência criminal originária, não ofereceram esclarecimentos suficientes para que se considerem seguras as interpretações sobre o tema.

Aluno: José Antonio Rego Magalhães (Doutorado)

Título do Trabalho: Tecnomia e demogramática: Direito e técnica no nomos das plataformas

Data da defesa: 03/02/2021

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (Orientadora), Caitlin Sampaio Mulholland, Denise Ferreira da Silva, Hilan Nissior Bensusan, Moysés da Fontoura Pinto Neto

Resumo: Com o conceito de tecnomia, esta pesquisa se põe o problema da articulação entre nomos e techné, ou seja, entre direito e técnica. Ela o faz no contexto da passagem entre uma (suposta) tecnomia moderna, ca-

racterizada como assumindo e reproduzindo os pares ser/dever-ser e constituição/governo, e uma (especulativa) tecnomia das plataformas, ligada à emergência da computação em escala global, da governança algorítmica e da crise climática. Cada tecnomia, por sua vez, implica um modo de ligar demos e kratos, figuras do povo e exercícios de poder, isto é, uma demogramática, de modo que a questão democrática também é recolocada em um novo contexto tecnômico. Para navegar a passagem em questão, é composto um modelo tecnômico/demogramático com base nas teorias do direito de Hans Kelsen e Carl Schmitt e na análise de agenciamentos de Deleuze. O contexto da tecnomia das plataformas é esboçado via debates contemporâneos como o aceleracionismo e as cosmopolíticas. A governança algorítmica é definida como operando por captação massiva de dados, traçado de demogramas e ação sobre as condutas. São oferecidos conceitos tecnômicos de código, plataforma, dispositivo, aplicativo, interface e usuário. Uma série de linhas de transição ou tendências são traçadas entre a tecnomia moderna e a das plataformas, como as do caráter cambiável das posições de pessoa e de coisa, da indistinção entre norma e viés, da não-instrumentalidade da técnica, da pluralidade dos mundos, da confusão entre cognição e governo, da sobreposição de nomias etc. A tese termina sugerindo três modelos especulativos para a tecnomia das plataformas: um modelo inumano, fundado na hipótese da inteligência geral; um modelo animista, ligado à hipótese Gaia, e, por fim, uma hipótese de composição entre os dois modelos anteriores.

Aluno: Leonardo Duncan Moreira Lima (Doutorado)

Título do Trabalho: Superação do precedente judicial no direito brasileiro

Data da defesa: 25/03/2021

Banca: Fabio Carvalho Leite (Orientador), Adrian Sgarbi, Alexandre Reis Siqueira Freire, Daniel Francisco Mitidiero, Firly Nascimento Filho

Resumo: Trata-se de proposta de sistematização da superação do precedente judicial vinculante no direito brasileiro. O Código de Processo Ci-

vil atual introduziu um conjunto de regras que disciplina a formação e a aplicação do precedente vinculante. Embora estabeleça a possibilidade da modificação da jurisprudência, mediante fundamentação adequada e específica e a observância dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º) e mencione a superação uma única vez (art. 489, §1º, VI), o Código não regula de forma específica esse instituto. Por outro lado, a interpretação atual dos tribunais acerca das regras de admissibilidade de recursos excepcionais impede o acesso aos tribunais superiores para levar a questão da superação, o que traz sério risco de estagnação do direito. A partir do conceito de superação extraído da teoria geral e da interpretação conforme as normas constitucionais das regras inerentes à formação, aplicação e modificação dos precedentes constantes do nosso ordenamento processual atual, procura-se suprir as lacunas legais para identificar os contornos da superação no direito brasileiro, seus requisitos materiais e processuais, as regras de transição que devem acompanhá-la, sobretudo a modulação dos seus efeitos, e os meios adequados para promovê-la.

Aluna: Maria Carolina de S. Soares (Mestrado)

Título do Trabalho: Entre a reconciliação política e a identidade nacional: uma análise da justiça de transição brasileira à luz de uma proposta criativa deleuziana

Data da defesa: 25/05/2021

Banca: Florian Fabian Hoffmann (Orientador), Carla Osmo, Carolina de Campos Melo, Jose Maria Gomez, Mauricio de Albuquerque Rocha

Resumo: Com vistas a tecer uma crítica ao conceito de reconciliação, entendido dentro do campo do conhecimento da justiça de transição, essa dissertação observa o contexto pós-ditadura brasileiro, com destaque aos instrumentos relacionados. Nota que existe uma ligação em discursos e práticas, na teoria e nos casos concretos, entre a reconciliação e a identidade nacional. Percebe que nessa relação existe um problema: ao passo que etimologicamente diferentes, quando análogas produzem esquecimento,

apaziguamento, pacificação, podendo gerar o que objetivamente no começo não se queria: o retorno de regimes autoritários. Para analisar o panorama brasileiro e as definições dos três termos em destaque – justiça de transição, reconciliação e identidade nacional -, faz uso da filosofia política de Gilles Deleuze. Como meio de criação de uma nova ontologia, traz discussões acerca da lei e das instituições, um novo modo de análise da micropolítica e como agem os enunciados coletivos e palavras de ordem. Ao examinar o significado de mecanismos e discursos na transição brasileira – investigando a produção da Lei de Anistia, os passos para e da Constituinte, a CEMDP, a Comissão de Anistia, os processos judiciais e a CNV -, estabelece o caminho e conteúdo das linhas de segmentaridade dura, flexível e de fuga, bem como as capturas do Estado em razão da axiomática capitalista. Esse estudo explicita que não ocorreu uma reconciliação política no país, que a justiça de transição se encontra inacabada, que a identidade nacional é um discurso para omitir violências e que silenciar o passado não basta para sua não repetição.

Aluno: Matheus Chatack Dias (Mestrado)

Título do Trabalho: Uma Educação para a Cidadania: ensinamentos de Paulo Freire para refletir o Direito à Educação

Data da defesa: 20/07/2021

Banca: Renato de Andrade Lessa (Orientador), Adriano Pilatti, Francisca Rodrigues de Oliveira Pini

Resumo: O artigo 205 da Constituição de 1988 apresenta o Direito à Educação como um direito dirigido a fins: o desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. O presente trabalho realiza uma reflexão a respeito da relação da educação com o desenvolvimento da pessoa e com o preparo para o exercício da cidadania a partir dos ensinamentos do educador Paulo Freire. Para isso, o caminho percorrido tem o seu início no entendimento de Freire a respeito do humano: seres que leem o mundo a sua volta a partir de seus aprendizados, sonham com novos mundos possíveis, dialogam entre si para trocar

aprendizados e sonhos e, por fim, agem coletivamente para a ocorrência dessa mudança. Em suas leituras, sonhos, afetações mútuas e ações coletivas, as pessoas se desenvolvem e vivem suas cidadanias ininterruptamente. Contudo esse ideal humano não é igualmente oferecido a todas as pessoas, pois Freire diagnostica no mundo relações de opressão e colonização, sobretudo nas conformações históricas e sociais do Brasil. Nesse contexto, a educação não poderá reverter esse quadro desigual sozinha, mas sim, em uma perspectiva libertadora, fornecer instrumentos cognoscíveis para o aprimoramento das leituras de mundo feitas pelas pessoas de forma a lhes possibilitar uma compreensão crítica do mundo que lhes circunda. Assim, o desenvolvimento das pessoas ocorre no contato com novas formas de ler o mundo e o preparo para o exercício da cidadania na capacitação para agir coletivamente sobre o mundo a partir dessas leituras.

Aluno: Rafael Carrano Lelis (Mestrado)

Título do Trabalho: A Orientação Sexual na Constituinte de 1987-88: constituição performativa de sujeitos LGBTI+ na Constituição da nação brasileira

Data da defesa: 28/05/2021

Banca: Adriana Vidal de Oliveira (Orientadora), Marcia Nina Bernardes, Sérgio Luis Carrara, Sílvia Aguião Rodrigues, Thiago Coacci Rangel Pereira

Resumo: O trabalho investiga a discussão sobre a “orientação sexual” na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 (ANC). Um dos objetivos da pesquisa é descrever as discussões sobre a temática, com especial atenção às menções a pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans, intersex e demais dissidentes de gênero e sexualidade (LGBTI+). O segundo objetivo da dissertação é realizar uma análise crítica dos discursos levantados, com atenção para o poder produtivo do discurso. A pesquisa adotou como marco teórico a noção de performatividade de gênero, desenvolvida por Judith Butler, e seus desdobramentos críticos relativos ao processo de construção do sujeito. A principal técnica de investigação empregada foi a análise do-

cumental, que auxiliou na obtenção de dados primários a partir dos Anais da ANC e dos documentos disponibilizados no Fundo João Antônio Mascarenhas do Arquivo Edgard Leuenroth. Os métodos que orientam o exame são a análise foucaultiana do discurso e a teorização fundamentada nos dados. Os resultados mostram como foi a articulação da incidência política encabeçada pelo Triângulo Rosa na Constituinte, suas limitações em relação à representatividade do grupo social e os processos de hierarquização de identidades que constituem a base do Movimento LGBTI+, com especial alijamento de pessoas travestis e transexuais. Além disso, demonstrou-se a persistência de certas formações discursivas contemporaneamente, sobretudo por meio da oposição, de parlamentares ligados a setores religiosos, às demandas de pessoas LGBTI+; e constatou-se, a partir de evidências empíricas, que a proteção contra discriminação com base em orientação sexual está abarcada pela vedação geral prevista na atual Constituição.

Aluna: Vanessa Santos do Canto (Doutorado)

Título do Trabalho: O Direito e a Saúde da População Negra no Brasil: análise dos modos de subjetivação e de constituição de um direito (1986-2015)

Data da defesa: 08/02/2021

Banca: Francisco de Guimaraens (Orientador), Jurema Pinto Werneck, Maria de Fatima Lima Santos, Mauricio de Albuquerque Rocha, Thula Rafaela de Oliveira Pires

Resumo: Esta pesquisa se propõe a reescrever a história do direito à saúde desde a perspectiva da saúde da população negra enquanto campo em construção. Partimos do pressuposto de que as doenças e os agravos em saúde que acometem a população negra resultam, em grande parte, do racismo que não reconhece e invisibiliza os corpos negros. Neste sentido, o trabalho discute a saúde da população negra desde a História do Direito e é influenciada pela Lei n.º. 10.639/2003, que institui a obrigatoriedade do ensino de cultura afro-brasileira e africana nos diferentes níveis e modalidades de ensino. Discute alguns aspectos da luta pelo direito à saúde na

Assembleia Nacional Constituinte e advogamos a necessidade de “enegrecimento” do Direito Sanitário. Demonstramos algumas singularidades que marcam o processo de constituição do campo da saúde da população negra e, por fim, apresentamos o percurso de elaboração da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra. O objetivo deste trabalho consiste em problematizar a ausência de pesquisas sobre saúde da população negra no Direito, mais especificamente no Direito Sanitário e na História do Direito.

Normas de Publicação

1. Pré-condições

1.1. Os trabalhos submetidos devem ser inéditos e originais, não estando sendo avaliados por outras revistas. Não são considerados originais, pela Revista Direito, Estado e Sociedade (“Revista”), artigos que tenham sido anteriormente publicados em outra língua. A ocorrência de plágio, incluindo autoplágio total ou parcial sem a devida citação, implica em exclusão imediata do sistema de avaliação. A prática de plágio caracteriza crime previsto na legislação penal brasileira e a Revista se reserva o direito de tomar quaisquer medidas necessárias no caso de sua constatação. Mais informações sobre a política da instituição com relação a práticas de plágio e direito do autor estão disponíveis em: <http://vrac.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=726&rsid=23>.

1.2. Apenas serão aceitos artigos produzidos por pesquisadores que tenham o título de doutor ou que estejam cursando o doutorado.

1.3. Não serão aceitos para avaliação, simultaneamente, mais de um artigo com um mesmo autor. Caso venha a ser submetido um novo artigo que tenha um autor/coautor que já possua um artigo em avaliação pela Revista, este novo artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial.

1.4. Caso a pesquisa desenvolvida no artigo tenha ocorrido com financiamento de agências ou instituições de fomento, é fundamental que o autor informe em uma nota de rodapé no início do texto.

1.5. São aceitos trabalhos em português, inglês, espanhol, italiano e francês.

2. Encaminhamento:

Os trabalhos a serem submetidos ao Comitê Editorial deverão ser, preferencialmente, enviados pelo site <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>;

2.1. Processo de Submissão On-line

Para submeter o artigo, os autores devem realizar o cadastro (login/senha) no site da revista (<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>), preenchendo corretamente o perfil e selecionando a opção “Autor”. Após a realização do cadastro, o autor deve clicar em “Página do Usuário” e iniciar o processo

de submissão através do link “Nova Submissão”, no qual realizará os cinco passos básicos:

a. Início: Iniciar o processo de submissão, confirmando se está de acordo com as condições estabelecidas pela revista (marcando as caixas de seleção das condições e da declaração de direito autoral) e selecionar a seção artigos;

b. Transferência de manuscritos: realizar a transferência do arquivo para o sistema;

c. Inclusão de metadados: indicar o nome, sobrenome, e-mail, instituição, id do ORCID e resumo da biografia do autor e de cada coautor (se aplicável). Na biografia, solicita-se a inclusão do link para o currículo lattes. Indicar o título e resumo do artigo. Indicar também as referências utilizadas ao longo do artigo, no formato especificado no item 3.3 abaixo. Além disso, requeremos que sejam indicados, no campo “Comentários para o Editor”, o nome de quatro pesquisadores como sugestão de pareceristas que o(s) autor(e)s considerem referências acadêmicas para avaliar o artigo submetido. As sugestões devem ser de pesquisadores doutores, que não pertençam à mesma instituição do(s) autores, não sejam do estado do Rio de Janeiro, e não possuam quaisquer vínculos, acadêmicos ou pessoais, com o(s) autores (por exemplo, de orientação, coautoria, amizade etc.). A sugestão deve incluir o nome do pesquisador, o link para o currículo lattes e, quando possível, o e-mail de contato. Destes quatro nomes, apenas um será eventualmente utilizado pela Revista, como forma de preservar a avaliação duplo cega. A indicação tem o intuito de oferecer celeridade ao processo de avaliação e é obrigatória, sob pena de recusa do artigo na análise inicial do artigo pelo Comitê Editorial. É fundamental que os metadados sejam preenchidos corretamente;

d. Transferência de documentos suplementares: realizar a transferência de arquivos com informações suplementares, que funcionam como um apêndice ou anexo ao texto principal, tais como instrumentos de pesquisa, conjuntos de dados e tabelas, que seguem os padrões de ética de avaliação, fontes de informação normalmente não disponíveis para leitores, ou figuras e/ou tabelas que não podem ser integradas ao texto em si; e

e. Confirmação: Concluir a submissão.

3. Preparação dos originais

3.1. Apresentação

O texto deve ter entre 5.000 (cinco mil) e 8.000 (oito mil) palavras, não incluídos na contagem os elementos pré-textuais (título, resumo e abstract) e pós-textuais (referências bibliográficas e anexos e/ou apêndices), mas incluídas notas de rodapé. Sua preparação deve obedecer aos seguintes parâmetros: arquivo em formato .doc, fonte Times New Roman, tamanho 12, texto justificado, espaçamento entre linhas de 1,5, papel tamanho A4, margens esquerda e superior 3,0 cm, direita e inferior 2,0 cm. Imagens inseridas no texto devem estar em resolução mínima de 300dpi.

3.2. Estrutura do trabalho

Para elaboração do artigo, os autores devem obedecer à seguinte seqüência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português e inglês.)

- a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;
- b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra “RESUMO”, em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;
- c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo “PALAVRAS-CHAVE”, em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;
- d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento de 1,5 entre linhas;

- e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens “Introdução”, no início do artigo, e “Conclusão”, ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;
- f. Citações: citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 10, espaçamento de 1,0 entre linhas, sem o uso de itálico ou aspas.
- g. Referências ao longo do texto: as referências feitas ao longo do texto devem estar em nota de rodapé. Devem indicar somente o sobrenome do autor em letras maiúsculas, seguido de vírgula; o ano da publicação, seguido de vírgula; e, quando for o caso, a(s) página(s) onde se encontra(m) a referência. Não serão aceitos artigos com referências bibliográficas inseridas no corpo do texto.

Exemplos:

¹ FRASER, 1996, pp. 128-129.

² DWORKIN, 2002.

Se o nome do autor estiver citado no período em que está se inserindo a referência, deve-se indicar, em rodapé, apenas o ano e a(s) página(s), se for o caso. Não devem ser utilizadas, nas citações, as expressões op. cit, ibid, ibidem, id, e idem. Deve-se fornecer sempre a referência completa como no exemplo acima.

Artigos que não sigam o formato de referências indicado nos parágrafos acima serão rejeitados preliminarmente.

- h. Referências ao final do texto: as referências utilizadas ao longo do artigo devem ser listadas abaixo do subtítulo “Referências”, que deve estar duas linhas abaixo do fim do texto, em negrito, alinhado à esquerda e sem numeração. As referências devem ser mencionadas em ordem alfabética e cronológica, indicando-se as obras de autores citados no corpo do texto, consultadas ou recomendadas. Devem ser separadas por espaço simples. As referências bibliográficas no final do texto de-

verão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2018. A referência bibliográfica básica deverá conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; local; dois pontos; editora; vírgula; ano da publicação; ponto; Link ou número do DOI; e ponto. Note o uso de espaços entre cada elemento.

O DOI (Digital Object Identifier) DEVE ser incluído sempre que disponível nas referências bibliográficas indicadas no texto, assim como no processo de submissão (no passo “Inclusão de Metadados”, descrito na alínea “c” do Item 2.1 acima). O DOI deve ser indicado quer na forma de um link ou contendo apenas o número de referência. Autores devem utilizar a página “<http://search.crossref.org>” para verificar a existência de DOIs para as referências citadas em seus trabalhos.

Ao citar uma publicação em jornal, capítulo em obra coletiva ou revista, deve o nome do jornal, obra coletiva ou revista vir em itálico, logo após o nome do título da obra, que não deve ser italicizado. Deve-se inserir a expressão “In:” apenas antes do título de obras coletivas (não se deve utilizá-la no caso de periódicos).

Exemplos:

Obra completa:

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

Parte de obra coletiva (organizada, editada):

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, pp. 167-190.

Artigo de periódico:

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 6-31, jan./jun. 2005.

CITTADINO, Gisele; DUTRA, Deo Campos. *Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos*. Sequência: estudos jurídicos e políticos.

Vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. The Cognitive Psychology of the Potentiality Argument. *The American Journal of Bioethics*. Vo. 13, Issue 1, 2013. 10.1080/15265161.2012.747021.

4. Política e Diretrizes de Avaliação

4.1. Os artigos submetidos à Revista *Direito, Estado e Sociedade* são inicialmente avaliados pelo Comitê Editorial nos seguintes quesitos: (i) Originalidade e relevância temática; (ii) Pertinência temática às linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio; (iii) Adequação às normas de formatação e às diretrizes expostas nesta política; (iv) Titulação dos autores; (v) Ausência de elementos no texto e no arquivo que permitam a identificação da autoria; e (vi) adequação do conteúdo aos padrões de qualidade do periódico. Caso algum desses critérios não seja observado, o artigo será rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial. Um artigo que tenha sido rejeitado preliminarmente pelo Comitê Editorial poderá ser submetido novamente para avaliação, desde que realizadas as modificações necessárias.

4.2. Após avaliação do Comitê Editorial, os artigos são submetidos à avaliação por, no mínimo, dois pareceristas ad hoc (avaliadores externos), com base nos quais o Comitê Editorial decidirá por aceitar, rejeitar ou solicitar alterações ao texto submetido. O tempo médio para conclusão de uma avaliação é de dois a seis meses. Essa média, contudo, pode sofrer modificações em virtude de alterações na intensidade do fluxo de recebimento de artigos pela revista.

As avaliações serão feitas mediante preenchimento do formulário no sistema. Em geral, os critérios de avaliação abordam os seguintes temas: (i) Pertinência do título e resumo/abstract; (ii) Clareza na tese central do artigo; (iii) Clareza e pertinência na argumentação; (iv) Pertinência e adequação metodológica; (v) Pertinência e adequação do embasamento teórico; (vi) Relevância temática do artigo; (vii) Incorreções de ortografia, pontuação e gramática.

5. Revisão do Manuscrito para Publicação

5.1. Os artigos aceitos para publicação poderão sofrer revisões pelo Comitê Editorial com o objetivo de facilitar sua clareza e compreensão, sem que haja qualquer alteração no seu conteúdo.

5.2. Logo que prontas, as provas gráficas em formato eletrônico serão enviadas, por e-mail, para o autor responsável pelo envio do artigo.

5.3. Os autores deverão revisar a prova gráfica e devolvê-la, também por e-mail, indicando eventuais correções a serem feitas em, no máximo, 72 horas após o seu recebimento. No caso de ausência de retorno do autor dentro deste prazo, o Comitê Editorial considerará a versão encaminhada como definitiva.

6. Considerações Gerais

6.1. A submissão, processamento e publicação dos trabalhos é gratuita e não acarreta quaisquer custos para os autores.

6.2. O conteúdo dos artigos submetidos para o processo de avaliação da Revista é de inteira responsabilidade do autor, se furtando a revista de

quaisquer responsabilidades.

6.3. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Comitê Editorial e pela avaliação por pares não serão, necessariamente, publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

6.4. Podem ser aceitos, mas não serão imediatamente publicados, artigos de autores que tenham trabalho publicado em número imediatamente anterior da revista. Nesse caso, o Comitê Editorial entrará em contato com o autor e indagará a respeito do interesse em publicar o artigo na edição subsequente.

6.5. Todos os artigos publicados serão divulgados na homepage da Revista Direito, Estado e Sociedade, no seguinte endereço: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/>.

6.6. Caso ocorra divulgação posterior de algum artigo publicado na Direito, Estado e Sociedade em outra publicação, esta deverá referenciar a publicação original na Direito, Estado e Sociedade.

Em caso de eventuais dúvidas, os autores devem entrar em contato com o Comitê Editorial através do seguinte e-mail: revistadireito@puc-rio.br.