



PUC
RIO

Direito, Estado e Sociedade

Jul | Dez 2022
ISSN 1516-6104

61

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; Edinburgo, Escócia); Costas Douzinas (Birkbeck – University of London; Londres, Inglaterra); Eduardo Rabenhorst (Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa – PB, Brasil); Giuseppe Cocco (Universidade Federal do Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); Joaquim de Arruda Falcão (Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro; Rio de Janeiro – RJ, Brasil); José Afonso da Silva (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); José Eduardo Campos de Oliveira Faria (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Luiz Moreira (Instituto Brasileiro de Direito Público; Brasília – DF, Brasil); Marcos Faro de Castro (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Marilena Chauí (Universidade de São Paulo; São Paulo – SP, Brasil); Oscar Vieira Vilhena (Fundação Getúlio Vargas – São Paulo; São Paulo-SP, Brasil); Pierangelo Catalano (Universidade de Roma – La Sapienza; Roma, Itália); Ronaldo Poletti (Universidade de Brasília; Brasília – DF, Brasil); Wil Waluchow (McMaster University; Hamilton, Canadá).

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

Noel Struchiner (Editor-Chefe); Antonio Pele (Editor-Chefe); Ramon Silva Costa (Editor-Assistente); Lucas de Souza Oliveira (Editor-Assistente); Leonardo Laurindo (Editor-Assistente); Bruna Diniz Franqueira (Editora-Assistente); Heloisa Pacheco (Editora-Assistente); Luísa Vanessa Carneiro da Costa (Editora-Assistente); Isabel Nolding Maia (Editora-Assistente); José da Silva Raimundo (Editor-Assistente); Eduardo Castelo Branco e Silva (Editor-Assistente); Luiz Felipe Waitz (Editor-Assistente); Leticia da Silveira Lobo (Editora-Assistente); Luísa Paciullo (Editora-Assistente).

Apoio gráfico-editorial

Editora PUC-Rio.

Indexação e Distribuição

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Ministério da Justiça; Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas (CCN); EBSCO; ISI; Ulrich's Periodicals; e VLEX. A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

Responsabilidade, Conflito de Interesses e Copyright

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

Notas aos Colaboradores

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados preferencialmente pelo endereço eletrônico <https://revistades.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 61 Jul-Dez 2022

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

- 10 | Cursos e manuais de eficácia limitada: a função social da dogmática constitucional a partir da análise do tema “normas constitucionais”
Limited Effectiveness textbooks: the social function of constitutional dogmatics from the analysis of the theme “constitutional rules”
Breno Baía Magalhães
- 49 | *El derecho a la salud de los afectados por enfermedades raras en un contexto de incertidumbre y avance tecnológico. La utilidad jurídica de la dignidad de la persona para mejorar su eficacia en Europa y España*
O direito à saúde das pessoas afetadas por doenças raras em um contexto de incerteza e progresso tecnológico. A utilidade jurídica da dignidade da pessoa para melhorar a sua eficácia na Europa e Espanha
Daniel B. Entrena Ruiz
- 79 | *Los derechos digitales: ¿Hacia una nueva generación de derechos humanos? aproximaciones teóricas desde América Latina y Europa*
Direitos digitais: por uma nova geração de direitos humanos?
Abordagens teóricas na América Latina e Europa
Eder Fernandes Monica
José Díaz Lafuente
- 107 | Autoritarismo e Racismo: Oliveira Vianna, Constituição e Democracia sob os Trópicos
Authoritarianism and Racism: Oliveira Vianna, Constitution and Democracy in the Tropics
Evandro Piza Duarte
- 136 | A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social
The need for new theoretical speeches in front of the Social State crisis
Giancarlo Montagner Copelli e Jose Luis Bolzan de Morais

- 160** | *The Metaverse and the Law: aspects of a new technological regulation*
O Metaverso e o Direito: aspectos de uma nova regulação tecnológica.
Jesus Manuel Niebla Zatarain, Jose Ramon Bonilla Rojas e
Luis Gustavo Kelly Torreblanca
- 177** | O fundamento da responsabilidade kantiana: um instrumento contra a inefetividade dos direitos
The foundation of Kantian responsibility: an instrument against the ineffectiveness of rights
Raphael Bruno Veloni e Newton de Oliveira Lima
- 211** | Desenvolvimento e inclusão às avessas: uma análise dos fundamentos de decisões do STF sobre políticas públicas de educação à luz de John Rawls e Amartya Sen
Development and inclusion upside-down: an analysis of the ratio decidenda of the brazilian supreme court's decisions on public policies in light of John Rawls and Amartya Sen
Samuel Mendonça, Josué Mastrodi Neto e Laís Teixeira Barbosa Sak
- 240** | Criminalidade, desigualdade social e penalização de adolescentes e jovens
Criminality, social inequality and penalization of adolescents and young people
Vicente de Paula Faleiros
- 267** | Classificação social, modernidade/colonialidade e relações de gênero: uma abordagem decolonial do rompimento do tecido comunitário dos Povos
Social classification, modernity/coloniality and gender relations: decolonial approach to the disruption of the Povos Tupinambás community web
Victória Taglialegra Salles, Rainer Bomfim e Margareth Diniz
- 293** | **Notícias e Informações/News and information**
Resumos das dissertações e teses defendidas no 2º semestre de 2022 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 61 da Revista Direito, Estado e Sociedade, referente ao segundo semestre de 2022. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temática, sendo todas vinculadas às áreas de concentração do Programa. Esperamos que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões. Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da Direito, Estado e Sociedade, que permitem que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos, que devem ser submetidos por meio do nosso sistema editorial online em plataforma *Open Journal System*, diretamente na página da Revista (<https://revistades.jur.puc-rio.br/>).

O artigo *Cursos e manuais de eficácia limitada: a função social da dogmática constitucional a partir da análise do tema “normas constitucionais*, escrito por Breno Baía Magalhães, traz uma discussão sobre as características da dogmática constitucional, a partir de um recorte temático específico: a posição do estudo das normas constitucionais no âmbito da teoria da constituição brasileira. O autor realizou um trabalho de análise consistente de 10 (dez) livros de Direito Constitucional editados no Brasil. A pesquisa desenvolve perspectivas relevantes por meio da análise de dados levantados acerca da dogmática constitucional brasileira, a sistematização, a racionalização e a função social do conhecimento jurídico.

No artigo *El derecho a la salud de los afectados por enfermedades raras en un contexto de incertidumbre y avance tecnológico. La utilidad jurídica de la dignidad de la persona para mejorar su eficacia en Europa y España* o autor Daniel B. Entrena Ruiz aborda o contexto de enfermidades raras e articula compreensões necessárias para o devido tratamento jurídico e efetivação de direitos para as pessoas acometidas com essas enfermidades no cenário espanhol e europeu. O trabalho apresenta argumentos relevantes para questões de saúde pública e direitos fundamentais.

Em *Los Derechos Digitales: ¿Hacia una nueva generación de Derechos Humanos? Aproximaciones teóricas desde América Latina y Europa* os autores Eder Fernandes Monica e José Díaz Lafuente questionam os avanços tecnológicos e sua consequência, os direitos digitais, como uma nova dimensão dos direitos humanos. Com o avanço do que entendemos como direitos digitais, os autores elaboram um panorama da América Latina e Espanha das abordagens doutrinárias mais relevantes para questionar como serão tratados esses novos direitos no cenário sociopolítico atual e sua inclusão no rol de direitos humanos reconhecidos.

Já no artigo *Autoritarismo e Racismo: Oliveira Vianna, Constituição e Democracia sob os Trópicos*, há uma análise sobre os argumentos de Oliveira Vianna, o racismo científico e histórico na composição do conflito entre a Constituição Ideal e a Constituição Real, com a sua inevitável disjunção entre ter pessoas negras no país e ao mesmo tempo negar-lhes direitos. O artigo aborda como as dimensões das bases coloniais afetam teorias constitucionais e perpetuam a hegemonia branca conservadora que pretende reproduzir hierarquias e impedir a participação popular nos processos democráticos.

Em seguida, o trabalho intitulado *A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social* propõe uma discussão acerca do panorama histórico e das crises financeira, ideológica e filosófica para se pensar o Estado Liberal Social e o liberalismo político-econômico, a partir de um olhar direcionado para a crise do Estado Liberal social e as possibilidades de superação, de modo que o Estado Liberal de Bem-estar Social não pode ser compreendido como uma espécie de dique da revolução social.

O artigo intitulado *The metaverse and the law: aspects of a new technological regulation* propõe uma discussão acerca da interação de usuários em ambientes que remotam uma série de desafios por meio do metaverso, de

modo que é proposta uma ideia de comunicação próxima aos setores jurídico e computacional para evitar atividades ilegais, criando, assim, novas figuras jurídicas e adaptando as tradicionais

Na sequência, o artigo *O fundamento da responsabilidade kantiana: um instrumento contra a inefetividade dos direitos* argumenta que as noções de deveres sociais foram esquecidas após um período de abusos realizados por regimes totalitários. Esta displicência gera uma zona de exclusão social que afeta, principalmente, aqueles mais vulneráveis. Recriando a lógica da responsabilidade civil, se visa atender a essa necessidade de a população ter seus direitos efetivados. A filosofia kantiana serve como referência conceitual neste caso, com a aplicação de sanções como forma de aplicar indiretamente deveres fundamentais nas relações particulares.

Usando como referência Amartya Sen e Rawls, o artigo *Desenvolvimento e inclusão às avessas: uma análise dos fundamentos de decisões do STF sobre políticas públicas de educação à luz de John Rawls e Amartya Sen* usa as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para observar se, no Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, as teorias de Rawls são utilizadas em relação a políticas públicas de educação. A pesquisa bibliográfica aborda o contorno desta teoria em decisões focadas em Pessoas com Deficiência, reeducandos ou beneficiários de cotas.

Vicente de Paula Faleiros é o autor do artigo *Direitos humanos, desigualdade social e penalização de adolescentes e jovens*, que tem como objetivo analisar a questão penal do encarceramento de corpos jovens e negros na sociedade brasileira do século XXI. Partindo de uma perspectiva sociológica clássica do crime como acontecimento social ordinário, o artigo reinterpreta a repressão através das penas privativas de liberdade no escopo do neoliberalismo como lógica de disciplina produtiva dos sujeitos e afirmação de si através do consumo.

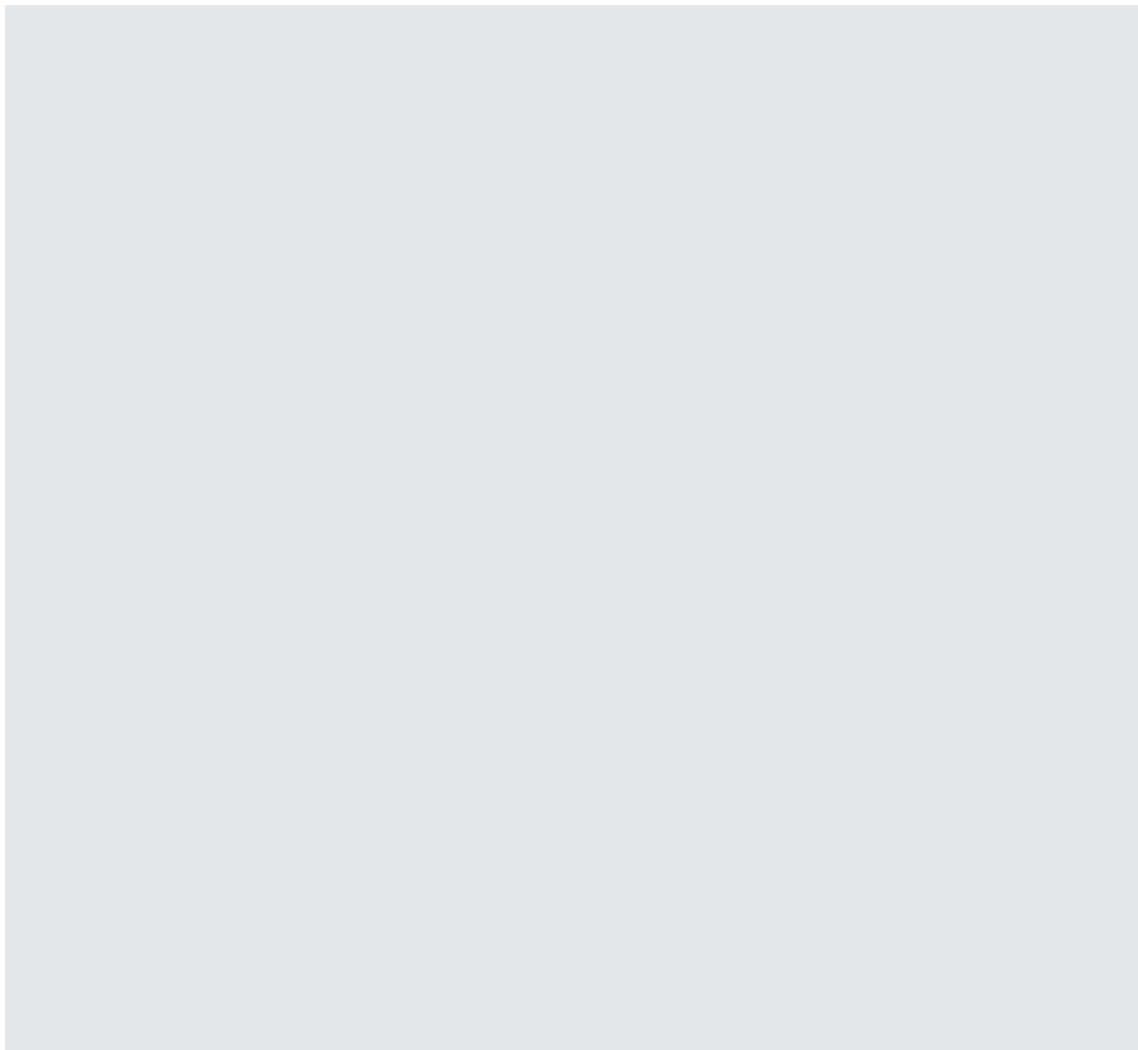
O artigo *Classificação social e relações de gênero: uma abordagem decolonial do rompimento do tecido comunitário dos Povos Tupinambás* analisa o tratamento dado à população indígena brasileira, com recortes de gênero no escopo da colonialidade como marca constituinte da modernidade. No trabalho, busca-se construir um quadro histórico, assessorado pelos trabalhos de sociólogos e antropólogos como Aníbal Quijano, Maria Lugones e Eduardo Viveiros de Castro, para compreender como a realidade social indígena tupinambá foi gradativamente tomada pelo discurso colonizador europeu.

Por fim, na última seção da Revista, apresentamos os Resumos das Dissertações e Teses já defendidas no segundo semestre de 2022, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

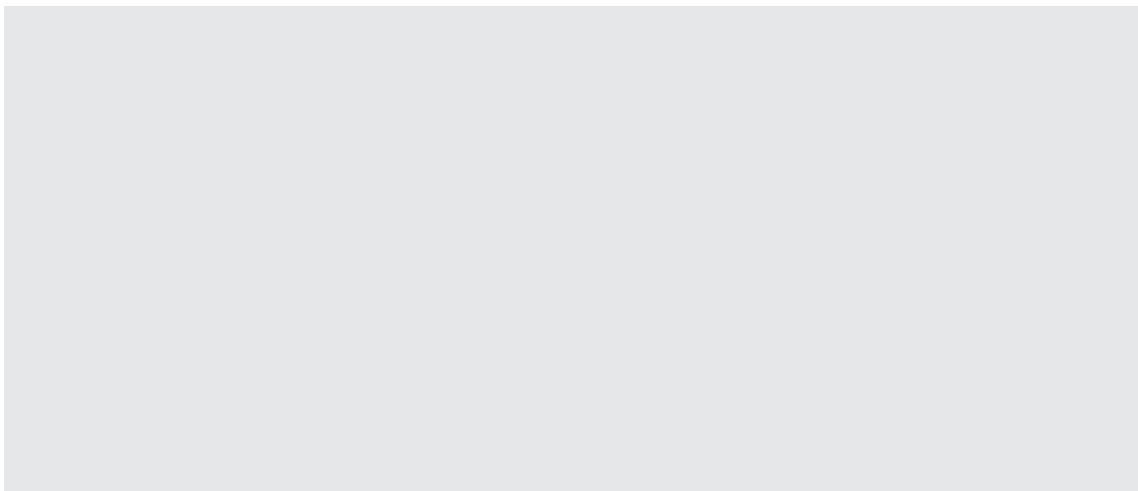
Desejamos uma excelente leitura.

Noel Struchiner
Editor Responsável

Antonio Pele
Editor Responsável



Artigos



Cursos e Manuais de Eficácia Limitada: a função social da dogmática constitucional a partir da análise do tema “normas constitucionais”

*Limited Effectiveness textbooks: the social function of
constitutional dogmatics from the analysis of the theme
“constitutional rules”*

Breno Baía Magalhães*
Universidade Federal do Pará – PA, Brasil

1. Introdução

O estudo das normas constitucionais faz parte de um conjunto amplo de temas dos quais se ocupa a dogmática brasileira no âmbito da teoria da Constituição. A partir da década de 1960, seu estudo no Brasil pautou-se pela monografia de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais. Não obstante esteja próxima de completar sessenta anos, sua influência na produção científica contemporânea permanece e, sem sombra de dúvidas, faz parte de um seleto grupo de leituras obrigatórias para os estudiosos (as) da Constituição brasileira. Sua importância extrapolou, inclusive, o campo científico e a classificação proposta por José Afonso da Silva¹ passou a influenciar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Constitucional e Internacional da Universidade Federal do Pará. Menção honrosa no prêmio CAPES de tese 2016. E-mail: brenobaiamag@gmail.com.

1 SILVA, J. 2007.

Sem embargo do merecido destaque e impacto histórico, a discussão sobre normas constitucionais a partir e desde Silva limitou-se à sua categorização ou classificação daquelas normas quanto a sua aplicabilidade e eficácia. Outros assuntos pertinentes ao tópico parecem escapar da análise dogmática contemporânea, como, por exemplo, a viabilidade dos critérios classificatórios empregados por Silva para compreender as normas constitucionais brasileiras, seja a partir de sua capacidade explicativa da prática jurisprudencial do STF, ou, até mesmo, a solução de casos constitucionais complexos que envolvem a junção de várias normas com diferentes graus de aplicabilidade para seu deslinde.

O presente estudo pretende realizar uma análise da discussão sobre as características da dogmática constitucional, mas que surtirá efeitos sociológicos e pedagógicos colaterais, a partir de um recorte temático específico: a posição do estudo das normas constitucionais no âmbito da teoria da Constituição brasileira. Nossa análise partirá do pressuposto de que a construção sobre o que significam as normas constitucionais no Brasil está, intimamente, ligada à epistemologia construída e mantida pelos materiais de acesso universal destinados a condensar o pensamento jurídico sobre uma determinada disciplina: os cursos e manuais de Direito Constitucional². A escolha desse material justifica-se pela sua difusão no campo social jurídico e por seu acolhimento jurisprudencial³. Portanto, ao acessar esses manuais entraremos em contato com as características da epistemologia de nossa dogmática constitucional.

Se o senso comum sobre o direito constitucional brasileiro está representado em nossos materiais dogmáticos, investigar como esse conhecimento constitucional se constrói e quais são suas características será nosso objetivo principal neste artigo. A investigação dogmática proposta, centrada na busca sobre quem produz esses materiais, o que citam como doutrina e como utilizam a jurisprudência do STF, nos permitirá, ademais, delimitar e formular quais propósitos cumprem nossa dogmática constitucional e, por derradeiro, sua função social.

2 No texto, os termos “Manual” e “Curso” serão empregados indiscriminadamente.

3 No artigo, criticaremos a utilização esparsa da jurisprudência do STF por parte dos manuais e cursos, isso não significa que as categorias clássicas sobre normas constitucionais não sejam citadas por decisões judiciais. Trata-se de pontos distintos.

Foram selecionados 10 (dez) livros de Direito Constitucional editados no Brasil para extrair, a partir do estudo de seus capítulos sobre normas constitucionais, as seguintes informações⁴: 1) Identificação do (a) autor (a):

4 Os livros são: 1) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros; 2) SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; 3) BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva; 4) NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Verbatim; 5) TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; 6) MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas; 7) LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva; 8) BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva; 9) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva e 10) NOVELINO, Marcelo, *Direito Constitucional*. Editora Método. Sou, enormemente, grato às alunas Aimée Martins e Maressa Freitas que realizaram a coleta desses dados e pela elaboração de relatório circunstanciado sobre eles.

A escolha dos livros foi feita com base no cruzamento de cinco conjuntos de dados, coletados de pesquisas já feitas ou de pesquisas realizadas por nós. Foram selecionados os dez livros de autores que apareceram em maior quantidade de vezes em mais de uma das cinco bases de dados. A seguir, elencamos os conjuntos de dados e os autores selecionados pela pesquisa. Pelo tamanho dos resultados, seria inviável reproduzir todos os autores que compunham tais bases de pesquisa.

1) A vendagem do livro no ano de 2018 (LENZA, BARROSO e MENDES); 2) Constitucionalistas considerados referência na área por magistrados que compõem tribunais superiores (MORAES E BARROSO); 3) Autores mais citados no STF entre 1988-2012 (MENDES, MORAES, BONAVIDES, BULOS, SARLET, TAVARES); 4) Autores com o maior número de edições e atualizações de seus manuais ou cursos até o corrente ano (2019), contabilizados a partir de 10 edições: NOVELINO (14ª edição), BONAVIDES (34ª edição), MORAES (35ª edição); LENZA (23ª edição); MENDES E BRANCO (13ª EDIÇÃO); TAVARES (17ª edição) e ARAÚJO e SERRANO (22ª edição) e 5) Consulta ao plano de ensino da disciplina Direito Constitucional ou correspondente em 27 Universidades Públicas Federais: a) UFPA – Teoria da Constituição (BONAVIDES); b) UNIR – Direito Constitucional I (BARROSO, BULOS, BONAVIDES e MORAES); c) UFAM (não disponível no sítio eletrônico); d) UNIFAP – Direito Constitucional I (ARAÚJO e SERRANO, BONAVIDES, LENZA, MENDES; BRANCO e MORAES); e) UFAC – Direito Constitucional I (MENDES; BRANCO); f) UFT – Teoria geral do Estado e Teoria da Constituição (BONAVIDES e TAVARES); g) UFRR (prejudicado); h) UnB (prejudicado – sem bibliografia básica no ementário); i) UFMS – Direito Constitucional I (ARAÚJO; SERRANO e TAVARES); j) UFRGS (indisponível no sítio eletrônico); k) UFSC – Direito Constitucional I (SARLET e BARROSO); l) UFPR – DIREITO CONSTITUCIONAL “A” (MENDES; BRANCO, BONAVIDES e BARROSO); m) UFG – Teoria da Constituição (BONAVIDES); n) UFBA (indisponível no sítio eletrônico oficial da faculdade); o) UFPB (ementas sem indicação de bibliografia básica); p) UFAL – Teoria da Constituição (nenhum manual mencionado mais de uma vez, excetuando o de SILVA); q) UFC – Direito Constitucional I (BONAVIDES, BULOS, MENDES; BRANCO); r) UFPE – Teoria da Constituição (apenas livros de Ivo Dantas); s) UFMA – Direito Constitucional I (ementas sem indicação de bibliografia básica); t) UFS – Teoria Constitucional (ementas sem indicação de bibliografia básica); u) UFPI – Teoria Geral da Constituição (MENDES; BRANCO, BARROSO e TAVARES); w) UFRN (ementas sem indicação de bibliografia básica); x) UFMG (ementas sem indicação de bibliografia básica); y) UFRJ – Direito Constitucional I (BONAVIDES e MORAES); z) UNIFESP (em processo de instalação, portanto, sem indicação de disciplinas) e UFES (nenhum manual mencionado em outras ementas). Levamos em consideração apenas aqueles autores que lançaram cursos e manuais e que, ao mesmo tempo, tenham atualizado seu curso até 2019. Por essa razão, por exemplo, não incluímos Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Riberto Bastos, juristas multicitados pelo STF, com livros em sua 40ª e 22ª edição, respectivamente, e com presença constante em ementas

naturalidade, formação acadêmica (titulação e local) e postos de atuação (professor, advogado, juiz etc.); 2) Edição, editora e público-alvo do livro (graduação, pós, concurso etc.); 3) Autores (as) e obras citadas no capítulo analisado: divididos entre 3.a) manuais ou cursos, artigos e monografias (livro de única ou específica temática) e 3.b) autores brasileiros e estrangeiros (com base em 3.a); 4) Quais precedentes judiciais são citados e como são interpretados: divididos em: 4.a) Cortes brasileiras, 4.b) Cortes estrangeiras e 4.c) Cortes Internacionais e 5) Resumo das ideias principais do autor (a) no capítulo de análise.

Adotamos como marcos teóricos a ideia de campo e campo social jurídico formulada por Bourdieu e a sua adaptação ao contexto local feita por Engelmann e Penna para verificar quais as regras sociais que influenciam no sucesso de um material dogmático. A fim de testar os objetivos a serem cumpridos pelo pensamento dogmático e sua função social, utilizaremos as formulações de Rodriguez e Ferraz Jr. como hipóteses provisórias a serem testadas pelos dados coletados.

Ao final, concluímos que, diferentemente do que é comumente defendido pela ciência jurídica, nossa dogmática constitucional não cumpre os propósitos de sistematizar e racionalizar o conhecimento jurídico sobre determinado tema. Seu propósito é o de oferecer uma série de argumentos abstratos e genéricos, muito embora calcados em leituras particulares sobre o tema das normas constitucionais. Tendo em vista que sua preocupação central é oferecer argumentos de autoridade, é necessário que quem os apresente seja alguém dotado de destacado prestígio no campo jurídico constitucional. A função social desse saber dogmático, dessa feita, é o de abastecer a sociedade com argumentos que derivem de uma pessoa dotada de amplo prestígio no campo social jurídico para que, por fim, seu argumento seja incorporado nas universidades, na prática forense e pelas bancas de concursos.

da disciplina ‘direito constitucional’ pesquisadas, mas cujas obras não foram atualizadas, respectivamente, desde 2015 e 2010. Isso vale, igualmente, para o *Curso de Direito Constitucional Positivo* de José Afonso da Silva, pois, não apenas ele é o jurista que pautou o tema do artigo, mas seu curso não inclui capítulo específico sobre normas constitucionais. Fonte da pesquisa em 1 (JOTA, 2019), Fonte de 2 (VIANNA; CARVALHO; BURGOS, 2019), Fonte de 3 (LORENZETTO; KENICKE, 2013), Fonte de 4 (RVBI) e Fonte de 05 (sítios eletrônicos das Faculdades de Direito).

2. Manuais de Direito Constitucional e Dogmática Constitucional: propósitos e função social da dogmática

Para afirmarmos a existência de um espaço específico de atuação de constitucionalistas, ou seja, de juristas especializados no estudo da dogmática constitucional, é necessário defender que os autores desenvolvam sentidos, pautas e temas em comum. Tal espaço, ou campo, na definição de Bourdieu, delimita o universo das soluções jurídicas disponíveis ao intérprete para os problemas a serem enfrentados no âmbito da aplicação do texto constitucional⁵.

Para o sociólogo francês, o campo é uma área de atividades estruturada e socialmente padronizada. O campo opera de forma análoga a um imã – além de sua invisível força magnética, ele afeta a todos que se aproximam dele. Ao falarmos em um campo jurídico, portanto, sugerimos a existência de uma cultura jurídica própria – protocolos, presunções, comportamentos característicos e valores internamente valorizados e experimentados por quem nele atua. O campo, detentor de força autônoma, configura uma política interna e própria à profissão jurídica, demandando de seus agentes o conhecimento das regras determinantes para o sucesso nas disputas pelo controle do campo e, mais importante, para identificar aquilo que deve ser controlado como valioso dentro do campo. Em suma, conhecer as regras do campo é essencial para delimitar qual capital deve ser titularizado ou acumulado por quem pretende tornar-se autoridade no campo. A disputa por controle é importante para a determinação daqueles que deterão autoridade dentro do campo social jurídico, os quais possuirão, por sua vez, a partir de critérios hierárquicos, o controle para determinar o que é o direito⁶.

A força das construções dogmáticas que apresentam soluções acerca do texto constitucional depende das formulações de juristas que possuem legitimidade e controle do campo jurídico. Isso quer dizer que a força, impacto ou compreensão das normas constitucionais independem, tão somente, da ação de juristas que possuem o poder de acionar o STF ou de seus próprios ministros; uma vez que dependem, igualmente, da *doxa* decorrente do texto reconstruído pelos juristas legitimados pelo campo a interpretar a Constituição⁷. Como sugerem Engelmann e Penna⁸, as construções dogmáticas

5 ENGELMANN; PENNA, 2014, pp. 177-178.

6 BOURDIEU, 1987, pp. 816-817.

7 ENGELMANN; PENNA, 2014, pp. 177-179.

8 ENGELMANN; PENNA, 2014, pp. 180-181.

sobre a Constituição não ocorrem em um vácuo ideológico ou político e a força delas se agrega a outras condicionantes presentes nos trajetos políticos e profissionais daqueles que a desenvolvem. Esses fatores afetam a posição das interpretações dogmáticas no debate sobre o sentido das regras constitucionais. Isto porque, ao menos no Brasil, o espaço dogmático não é formado apenas por juristas de perfil, estritamente, acadêmico: aqui há a confusão entre quem pratica o direito constitucional e quem pensa e pesquisa sobre a disciplina. Nos interessa, portanto, identificar algumas regras do campo jurídico constitucional sobre o capital simbólico a ser acumulado para que um jurista tenha autoridade para pautar o direito constitucional brasileiro.

Para fins deste trabalho, consideraremos ‘dogmática jurídica constitucional’ como um conjunto de raciocínios destinados a organizar, sistematicamente, com a utilização de conceitos, institutos e princípios jurídicos, as leis e as decisões do STF, tendo em vista a busca de soluções para casos concretos⁹. Ou seja, a dogmática apresenta uma vocação natural para a aplicação do direito, ao delinear e circunscrever procedimentos que conduzem o operador à tomada de decisão. Essa é a razão pela qual a classificação desempenha papel tão importante no pensamento dogmático, a fim de facilitar e garantir que todos que operam o direito o vejam da mesma forma¹⁰. Em razão de sua importância, a construção dogmática é, também, uma linguagem de poder, uma vez que circunscreve procedimentos que conduzem uma autoridade judicial à tomada de decisões constitucionais¹¹.

Dentro da racionalidade dogmática, sua função sistematizadora delimita o campo de significados a serem empregados no momento da solução de

9 RODRIGUEZ, 2012, p. 21

10 FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 82. A decibilidade é elemento essencial para a ciência dogmática, pois uma de suas funções é criar condições para a tomada de decisões em conflitos juridicamente estabelecidos na forma de proposições ou complexos argumentativos FERRAZ JUNIOR, 2003, pp. 84-85.

11 RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012, p. 35. Importante atestar que não consideramos que Rodriguez ou Sampaio sejam culpados pelo estágio atual da produção dogmática ou desconheçam seu estado calamitoso. Ambos são autores influenciados pela teoria crítica, especialmente o primeiro, e, em verdade, ambos ofereceram contribuições inestimáveis para o debate da dogmática. A utilização deles como referencial teórico pretende contestar seus argumentos de natureza normativa sobre a dogmática, o que não significa que o trabalho considere que eles estejam ratificando o tipo de produção aqui denunciada ou que a ignorem. Pelo contrário, as pesquisas de Rodriguez diagnosticam os problemas que uma argumentação jurídica focada na autoridade acarreta ao Direito. Ver. RODRIGUEZ, 2013. O marco teórico do artigo se restringe à aplicabilidade do diagnóstico normativo sobre as funções de uma dogmática jurídica que se pretende crítica e sua capacidade explicativa e justificadora da dogmática constitucional brasileira.

casos concretos, muito embora aqueles significados não estejam definitivamente determinados – serão expandidos ou retraídos na medida em que as demandas legislativas, sociais e judiciais se imponham¹². A dogmática servirá como uma importante via para controlar, racionalmente, o poder de aplicação do texto constitucional ao estabelecer critérios e conceitos limitadores da mobilidade interpretativa dos tribunais que concretizam a Constituição. A força da dogmática, portanto, imporá ao intérprete a obediência a uma formalização para que sua decisão seja vista como legítima, viabilizando seu controle democrático¹³. A partir de Rodriguez, portanto, uma dogmática visa o cumprimento de dois propósitos básicos: a) sistematização e racionalização de conteúdos jurídicos e b) controle da legitimidade interpretativa¹⁴.

Contudo, a dogmática jurídica não é apenas essencial para delimitar o campo de atuação do intérprete do direito e esmiuçar o espaço de legitimidade de uma decisão judicial: ela também expõe, como um reflexo, a maneira pela qual o argumento jurídico se estrutura naquele Estado e como ele se apresenta ao campo social jurídico. Essa é uma das principais teses de Sampaio Junior, que, ao correlacionar os fatores sociais aos processos de produção do conhecimento, atesta como as relações sociais condicionam o tipo de produção do conhecimento científico. As diversas formas de interação social no tempo determinam as direções a serem seguidas pelo conhecimento dogmático no direito. Dessa forma, é possível traçar o tipo de dogmática jurídica demandada pelos problemas de uma sociedade determinada temporalmente¹⁵.

Contemporaneamente, Tércio Sampaio¹⁶ considera que a dogmática é um pensamento tecnológico que, preocupado com a operacionalização do direito no seio de uma sociedade complexa, seria capaz de controlar a escassez de consenso sobre a multiplicidade interpretativa de um direito positivo constantemente em câmbio por meio de ficções institucionalizadas sobre o

12 RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012, pp. 36-43.

13 RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012, p. 59.

14 Propósitos semelhantes também foram identificados por Nino, 2010, p. 398, e Azevedo, 1989, p. 28.

15 Nino identifica, igualmente, uma tensão entre os propósitos da dogmática e sua efetiva função a ser desempenhada, muito embora seja uma tensão de natureza diversa daquela aventada neste trabalho. O argentino percebe que os ideais científicos de neutralidade da dogmática entram em tensão com sua função de reconstruir o sistema judicial a partir do direito posto, no intuito de reduzir ou eliminar suas indeterminações. 2010, pp. 398-399.

16 FERRAZ JUNIOR, 1980, pp. 97-117.

direito, enquanto mecanismo de controle social, oferecendo condições para o juridicamente possível.

Um dos objetivos do artigo será, outrossim, identificar os traços característicos da dogmática constitucional brasileira, a fim de verificar se ela cumpre com os propósitos básicos propostos por Rodriguez e, a partir dessa empreitada, testar como eles influenciam o tipo de dogmática produzida e consumida em nosso país. Nessa última investigação, portanto, intencionamos verificar se a hipótese de Tércio Sampaio é capaz de explicar a dogmática constitucional brasileira. E, caso a hipótese não se confirme, sugeriremos qual seria a possível função social de nossa dogmática constitucional.

Com efeito, as regras sociais que determinam quem irá ditar o que é o Direito Constitucional no Brasil nos ajudam a explicar por que escolhemos nos focar em manuais, em vez de, por exemplo, monografias oriundas de estudos acadêmicos ou artigos científicos extraídos de periódicos qualificados. Um jurista surtirá muito mais impacto em nosso Direito Constitucional se lançar um manual que caia no gosto dos operadores do direito, do que o constitucionalista que consiga publicar artigos originais e relevantes do ponto de vista científico.

Não será nosso objetivo, nessa seção, ou mesmo no artigo, construir um conceito canônico do que seriam Manuais ou Cursos para, após sua determinação, verificar se as produções brasileiras se enquadrariam, ou não, àquela conceituação. Preferimos extrair seu conceito e, principalmente, sua funcionalidade no meio social e educacional jurídico após a análise dos dados coletados a partir dos livros selecionados. O objetivo central por detrás do recurso aos manuais é reconstruir a forma pela qual a dogmática constitucional compreende o conteúdo e sentido das normas constitucionais, não, necessariamente, aquela que aparenta ser a mais abalizada em termos científicos, mas sim aquela que goza de maior influência no senso comum do direito brasileiro, enfim, a que ocupa o topo da hierarquia do campo social jurídico.

Portanto, em um primeiro momento, delimitaremos quais pessoas, atualmente, ocupam a posição de constitucionalistas no topo da hierarquia do campo jurídico, portanto, capazes de determinar o que é o Direito Constitucional, de pautar as disputas constitucionais e as pautas de pesquisa, para, em seguida, extrair deles o sentido dogmático mais influente no campo social jurídico sobre normas constitucionais e analisá-lo a partir das suas características jurídicas estruturais: a) a identificação das construções teóricas

que sustentam a argumentação dogmática e b) o impacto da utilização da jurisprudência do STF no conhecimento dogmático.

3. Quem produz, a quem e a que se destinam os Manuais de Direito Constitucional no Brasil?

3.1 O perfil acadêmico e profissional de quem produz dogmática constitucional

Nesta seção, coletamos informações acerca da biografia dos autores dos textos didáticos e sobre os destinatários de suas obras. Duas informações merecem destaque, para fins da investigação: o local de sua formação acadêmica mais elevada e a atuação profissional dos autores. De acordo com a primeira informação, o local de origem do pesquisador nos permitirá extrair informações sobre onde os mais influentes constitucionalistas atuam em sua carreira acadêmica e servirá para identificarmos onde, geograficamente, é produzido e pensado o Direito Constitucional no Brasil. A atuação profissional do autor será importante, por outro lado, para analisar, não apenas se há atuação acadêmica, pressuposta pela edição de um material didático pelo autor, mas se podemos inseri-los na categoria de docentes profissionais ou de profissionais docentes, de acordo com a formulação de Almeida¹⁷.

A maior parte dos autores analisados formou-se ou/e desenvolve sua carreira acadêmica na cidade de São Paulo, seguida pelo Rio de Janeiro. Não foram encontrados autores na região Norte e apenas um da região Nordeste. Portanto, a maior parte daqueles que discutem e pautam o tema das normas constitucionais foram formados e atuam em Faculdades do Sudeste do país. A Pontifícia Universidade Católica de São Paulo foi o local que mais formou e abrigou os autores de Direito Constitucional do país. Em pesquisa sobre as elites do direito brasileiro, sua formação e atuação no campo político, Almeida¹⁸ já havia identificado a PUC/SP como um dos principais centros de produção de elites do país na área do direito público.

Não foi possível identificar vinculação institucional a qualquer universidade, centro universitário ou faculdade de Direito por parte de dois autores. Uadi Lammêgo Bulos e Marcelo Novelino, muito embora doutores

17 ALMEIDA, 2010.

18 ALMEIDA, 2010, pp. 78-80.

e com manuais que se pretendem didáticos, não são professores universitários. Bulos, inclusive, não possui currículo *Lattes* e o currículo de Novelino está desatualizado há um ano e meio¹⁹. Paulo Bonavides, aposentado, não atualiza seu currículo *Lattes* faz oito anos (08/03/2011) e Pedro Lenza, há cinco (10/08/2014).

Os exemplos acima estão longe de representar a maioria dos autores e, portanto, de figurar como um padrão decorrente da análise dos dados, mas ele pode dar algumas pistas sobre o saber jurídico e a função dos manuais. Autores que pretendem atingir a academia não fazem parte dela, não ministram aulas em universidades e não se ocupam em seguir as regras do campo acadêmico (ter vinculação acadêmica, criar e atualizar o currículo *Lattes*, por exemplo).

Todos os autores analisados se enquadram na categoria de profissionais docentes, tendo em vista que desempenham alguma atividade relativa à prática do Direito. Portanto, nenhum deles se dedica, exclusivamente, à docência (docentes profissionais). Dentre as diversas profissões jurídicas, a de Advogado Privado fora a mais recorrente entre os constitucionalistas. Contudo, todos os advogados desempenharam funções na administração pública ou na política. Os dados apontam, portanto, para um monopólio de profissionais do direito docentes na dogmática constitucional, sem que haja disputa no campo acadêmico jurídico com os docentes profissionais. Isso pode ser explicado pela valorização do capital profissional adquirido na prática forense²⁰, cujo peso se sobrepõe a atuação do autor na academia.

Esse elemento, predomínio de profissionais docentes na dogmática constitucional, ademais, pode ser um dos fatores explicativos para que alguém ocupe um *status* elevado na hierarquia do campo jurídico. O impacto causado pelo autor na área de sua atuação profissional condiciona os efeitos de sua influência acadêmica. Isto porque, como será argumentado em seções

19 Inserimos, sem sucesso, várias possibilidades e variações de nomes no campo ‘busca por nome’ no sítio <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do?metodo=apresentar> a fim de encontrar algum currículo vinculado a Uadi Lammêgo Bulos (Uadi Lammêgo Bulos; Uadi Bulos; Uadi Lammêgo; Uadi). Não foi possível identificar indícios de vinculações permanentes à academia mesmo em seu sítio pessoal (<http://www.uadi.com.br/institucional/atuacao>). Acesso em 17/09/2019. A última atualização do currículo de Marcelo Novelino ocorreu em 05/02/2018 (acesso em 18/09/2019). No campo de sua atuação profissional, podemos apenas colher dados sobre sua profissão de Procurador Federal e professor da Rede de ensino LFG, rede de curso preparatório para concursos (<https://www.lfg.com.br>). Acesso em 18/09/2019.

20 ALMEIDA, 2010, p. 143.

posteriores, os manuais apresentam uma estrutura temática e de conteúdo semelhante, quase indiscernível entre eles, portanto, o destaque dogmático de um livro não pode ser explicado pelo conteúdo ofertado, mas por quem está ofertando²¹. Dentre os livros analisados, 03 foram escritos por juristas que hoje tomam assento no Supremo Tribunal Federal (09/2019).

3.2 A multifuncionalidade do Manual de Direito Constitucional

A fim de compreender a natureza e a finalidade dos Cursos e Manuais em Direito Constitucional brasileiros, analisamos as informações contidas em seus prefácios, orelhas ou contracapas para identificar seus públicos-alvo, assim como as editoras de destaque na publicação de tais materiais²².

A maioria dos autores considera que sua obra atende a uma tripla função: os manuais serviriam tanto como texto base para a disciplina Direito Constitucional no âmbito da graduação²³; bem como, igualmente, guia para a realização de concursos públicos e, por fim, como material de consulta para o profissional da área jurídica. Por vezes, a menção à função de guia para candidatos a concursos públicos é omitida, mantendo-se, no mínimo, as funções de texto-base para a graduação e de consulta profissional.

21 Para um argumento semelhante que reforça a tese, muito embora construído por vias diversas, ver Dantas, sugerindo que “o professor-autor-pesquisador, notadamente das disciplinas dogmáticas, retira sua autoridade do ofício que desempenha fora da academia, e é aí que sua autoridade adquire um caráter falacioso”. 2017, p. 778.

22 1) Tavares (2012, pp. 15-16) indica seu livro para a graduação e a editora o indica para Graduação e Pós-graduação; 2) Lenza (2016, p. 21 e 23) parece direcionar sua obra, predominantemente, para concursos públicos, mas sugere que o livro possa ser utilizado como texto-base para graduandos, assim como o faz a editora; 3) Barroso (2013, p. 19) sugere a função didática de seu livro, a editora o recomenda para estudantes, profissionais e pós-graduandos; 4) Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano (2018) não apresentam sua obra, mas a editora a recomenda para estudantes, profissionais e candidatos a concursos públicos; 5) Bonavides (2012, p. 35) endereça sua obra aos estudantes de graduação e pós-graduação; 6) Bulos (2014, p. 51) é enfático ao destinar seu livro aos alunos de graduação, pós graduação, cursos preparatórios e profissionais; 7) Mendes e Gonet Branco (2016, p. 33) destacam a acolhida do livro em cursos de graduação, pós-graduação e por profissionais e são seguidos pela editora em suas recomendações; 8) Moraes (2014), no prefácio de seu livro, recomenda que ele seja utilizado como fonte para operadores do direito, candidatos a concursos e aos estudantes; 9) No texto de apresentação, Sarlet *et ali* (2015, pp. 31-32) inferem a utilização de seu livro para alunos de graduação e profissionais, a editora ratifica ambas as indicações; 10) No prefácio de sua obra, Novelino (2012, p. IX e X) tem seu livro indicado, principalmente, para a preparação de concursos públicos e para o exame de ordem.

23 A maior incidência da função didática na pesquisa confirma a hipótese de Tomasevicius Filho no sentido de uma maior predominância de uma função de ensino-aprendizagem dos manuais. 2013, p. 48.

Tendo em vista a identificação daquela tríplice função, iremos categorizá-las da seguinte forma: a) *função didática*: compreende-se por função didática aquela destinada a realizar uma mediação entre o discurso científico e o objetivo de concretizar o ensino-aprendizagem para capacitar alunos cursistas do bacharelado em direito; b) *função preparatória*: para o cumprimento desta função, os manuais serviriam para a formação e informação de qualquer pessoa, bacharel em Direito ou não, que pretenda fazer concursos públicos que exijam conhecimentos específicos de Direito Constitucional, independentemente do cargo e do nível de formação (ensino superior ou médio) e c) *função consultiva*: os manuais cumprem a função consultiva quando fornecem informações, dados práticos, lições e atualizações legislativas, principalmente, aos bacharéis em direito no exercício de alguma profissão jurídica (operadores do direito), sem, necessariamente, ter o compromisso de capacitar e formar alguém para o exercício de uma profissão.

A junção das três funções em um mesmo livro nos indica que a construção do saber jurídico não distingue, ou não encontra maiores diferenças, entre os seus destinatários. Alunos recém ingressos no curso, os quais entrarão em contato, pela primeira vez, com a temática acerca das normas constitucionais; os ministros do STF, que buscarão auxílio para interpretar a Constituição em algum dos autores daqueles livros no julgamento de casos complexos; e a pessoa não-bacharel ou bacharel em direito que pretende prestar concursos públicos, sejam eles quais forem, todos receberão a mesma quantidade e qualidade de informações.

A partir das funções didática e consultiva, de maior incidência entre os manuais, é possível destacar a função homogeneizadora desempenhada pela dogmática constitucional, cuja especificidade no campo das ciências sociais aplicadas lhe permite, aparentemente, operar como um conhecimento científico que aglutina o saber jurídico discutido em sala de aula com o discurso jurídico desenvolvido na prática²⁴. Não são necessárias adaptações, portanto, a serem feitas pelo docente no momento da formação do corpo discente – a generalidade e ductibilidade da linguagem dogmática permite seu manuseio pelo professor e pelo operador do direito indistintamente.

24 Uma diferença identificada, por exemplo, por Coelho ao tratar da História, entre o saber histórico escolar, ocupado com o processo de formação do aluno e o uso da história em situação de aprendizado e o saber historiográfico, voltado à pesquisa do passado e sua problematização. 2017, p. 193.

O conhecimento jurídico discutido nas salas de aula do Brasil não se caracteriza, dessa forma, por ser multifacetado, uma vez que a dogmática constitucional não busca conjugar-se a outros elementos importantes para o processo de formação discente, como, por exemplo: os saberes didático-pedagógicos, os saberes dos alunos e a função desse saber na sociedade e a função a ser desempenhada pela academia de direito²⁵. Com efeito, a lógica do saber jurídico manipulado nos tribunais pode ser, diretamente, transposta à sala de aula sem perdas para o processo de formação do profissional do direito²⁶.

A conclusão sobre a maleabilidade e porosidade do discurso dogmático nos chama a atenção para dois pontos adicionais.

Em primeiro lugar, a manualidade da dogmática facilita seu domínio, exposição e ministração por profissionais do direito que não desempenham funções de destaque na academia. Portanto, uma titulação acadêmica mais elevada ou produção científica não despontam como condições imprescindíveis para alguém qualificar-se como professor de direito. Basta o domínio da dogmática e saber expô-la linearmente sem maiores preocupações pedagógicas, pois a aula de qualquer profissional docente poderá ser encarada como a mera extensão de sua prática jurídica²⁷. Contexto que confirma, ademais, a hipótese de Aguiar²⁸ sobre a existência dos “professores de emergência”, ou seja, operadores do direito (juízes, promotores, advogados, delegados etc) que passam a ministrar aulas em cursos superiores de improviso, sem maiores preocupações pedagógicas, sem apresentarem capacitação acadêmica²⁹ e sem que sua *expertise* prática se reflita em um maior sucesso mercadológico dessas instituições de ensino.

25 COELHO, 2017, p. 194.

26 Para Rodrigues há um perfil do bacharelado que pode explicar a junção de saberes. O aluno do curso de direito seria, em suas palavras, acomodado, despreocupado com pesquisa, especialmente porque está desempenhando algum ofício enquanto cursa sua faculdade. Seu objetivo é apenas obter o diploma e a eleição do curso é explicada por um cálculo pragmático sobre o mercado do direito, o qual lhe permite o desempenho de vários ofícios. 2000, pp. 17-20.

27 PONCE; OLIVEIRA, 2011, p. 206.

28 AGUIAR, 1999, p. 80.

29 Aguiar é mais enfático em seu diagnóstico de crise do ensino jurídico a partir dos professores emergenciais, contudo, em face da ausência de maiores dados, não nos é possível corroborar com suas conclusões. Sua tese é a de que esses profissionais encaram a docência como um “bico” e que seu maior interesse em estar em sala de aula é realizar um *marketing* profissional, na forma de divulgação de seu trabalho. A hipótese explicativa poderia se encaixar para operadores jurídicos de profissões liberais, mas não é suficiente para explicar a atração de profissionais docentes que ocupam cargos públicos, por exemplo. 1999, p. 80.

Em segundo lugar, talvez seja possível sugerir a importação de um diagnóstico sobre livros-didáticos aplicados à educação básica para o caso da dogmática constitucional brasileira. Nossos manuais, reprodutores de um conhecimento dogmático transmorfo, operam como texto-base para os alunos em formação e, simultaneamente, como instrumento de capacitação docente³⁰. A razão por detrás de um produto que capacita o docente que irá ministrar aulas e, ao mesmo tempo, ensina o discente em processo de formação, no caso da educação básica, repousa na acidentada formação de professores no Brasil e nas diferenças regionais. Mas e no caso do ensino jurídico brasileiro?

Não pretendemos dar uma resposta definitiva nesse momento, mas suspeitamos que a razão estaria na manutenção de uma marcada divisão de trabalho no campo jurídico acadêmico; uma divisão que reforçaria a necessidade de manutenção social do profissional docente como uma figura de proeminência no campo, pois os materiais de apoio as suas aulas corroborariam o fato de o saber jurídico ensinado em classe nada diferir daquele mobilizado por ele diariamente no fórum e que, portanto, apenas esses profissionais estariam capacitados a compreendê-lo à perfeição, em detrimento de uma formação discente incompleta ofertada por eventuais docentes profissionais. Além do mais, um produto que acumula uma função de capacitar e ensinar oferece ao “professor de emergência” uma ferramenta de fácil assimilação e reprodução sem que precise acumular competência acadêmica. Ambas as hipóteses se retroalimentam.

4. Explorando a construção argumentativa dogmática: doutrina e jurisprudência em foco

4.1 A utilização de doutrinas jurídicas pelos Cursos/Manuais de Direito Constitucional

Os manuais e cursos são apresentados como materiais multifuncionais, capazes de, ao mesmo tempo, servir de texto-base para o ensino de estudantes de graduação, fonte de consulta para operadores do direito experientes e base de informações para candidatos a concursos públicos, sejam eles jurídicos

30 SILVA, M. 2012, p. 807. A capacitação emergencial, rápida e simples do profissional docente pode ser pensada e interpretada como um escamoteamento da função consultiva.

ou não. Não importa a função a ser desempenhada pelo livro, é inegável que o autor precisa mostrar-se atualizado sobre os temas mais recentes nos tribunais, o que será explorado abaixo; mas, também, sobre os debates acadêmicos de ponta. Isso porque a dogmática, supostamente, serviria para sistematizar e racionalizar os debates acadêmicos e jurisprudenciais baseados no texto constitucional.

Na análise qualitativa dos livros, a pesquisa dividiu a utilização de fontes doutrinárias em três categorias: a) *Manuais ou Cursos*: englobando todos os livros que se apresentem como materiais que almejam cumprir, primordialmente, a função didática de ensinar uma matéria de forma ampla e geral (ex. Manual de Direito Constitucional ou Curso de Direito Constitucional); b) *Monografias*: tratadas, aqui, como os trabalhos que pretendem explorar um único tema de maneira profunda e completa, geralmente, mas não exclusivamente, fruto de exigências acadêmicas (dissertação, tese, livre-docência etc.) e c) *artigos científicos*: investigações científicas, em regra, originais, apresentadas e difundidas por meio de revistas científicas e submetidas ao sistema de avaliação cega por pares.

Ao todo, os dez autores estudados utilizaram 136 referências doutrinárias, dentre elas 42 a manuais ou cursos (30,8 %), 14 a artigos científicos (10,3 %) e 80 referências a monografias (58,9 %). A tímida e pouco expressiva utilização de artigos científicos chama a atenção nos dados coletados. Ela demonstra que os livros estudados prestam pouca atenção à produção acadêmica desenvolvida em periódicos científicos, a qual se caracteriza por ser atualizada, original e revisada por pares. Das 14 referências, quase metade delas foram feitas por um único autor³¹, o que reforçaria a hipótese de pouca utilização de materiais originais, recentes e que pretendem trazer novos aportes ao debate sobre normas constitucionais.

Os consumidores desses livros não terão acesso às mais recentes investigações científicas sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, as quais poderão, por exemplo, questionar as construções dogmáticas tradicionais reproduzidas à exaustão nos primeiros, debater a jurisprudência

31 Paulo Bonavides, 2012, fez referência a 06 (seis) artigos científicos. Não podemos deixar de reconhecer, contudo, que a prática de publicar artigos em periódicos científicos certificados por critérios propostos pela CAPES é recente no Brasil e ainda não goza do prestígio devido pelo campo, especialmente quando comparada a outras áreas do conhecimento científico. O maior foco em livros e monografias pode não ser um problema assim tão grave, portanto, se considerarmos que as melhores e mais importantes obras jurídicas são editadas naqueles formatos. Agradeço a Antonio Maués pela crítica pontual.

do STF sobre o tema ou apresentar classificações alternativas. A constatação da pouco expressiva utilização de artigos científicos pode explicar, como será explorado em outra seção, a manutenção do debate sobre o tema da aplicabilidade a partir da mesma linguagem e dos mesmos temas pautados na década de 60 por Silva, bem como explicam as lacunas no propósito de sistematização e racionalização do conhecimento constitucional.

Tendo em vista que o trabalho não pretende comparar as incidências de citações doutrinárias entre vários temas (interpretação constitucional, controle de constitucionalidade etc., p. ex.), é imperativo destacar a expressiva utilização de monografias e de outros cursos ou manuais, ainda que os últimos em menor medida. A extensa utilização de monografias, no entanto, pode ser explicada, neste caso tópico, pelo fato de os textos influentes e influenciadores sobre normas constitucionais terem sido publicados de forma monográfica, vide os textos de Silva, Diniz, Barroso e Bastos e Britto³². Portanto, e ainda que não possamos comprovar a hipótese neste texto, nos parece que essa seja uma característica e peculiaridade deste tema em particular, porquanto as monografias citadas eram, em sua grande maioria, tradicionais.

Sem embargo da particularidade do parágrafo anterior, 30% dos manuais ou cursos examinados fazem citações de argumentações de outros manuais ou cursos, muito embora, como será demonstrado logo abaixo, nenhum deles desenvolva argumentos originais ou críticos, mas apenas informações abstratas, derivativas e superficiais sobre o debate. A citação endógena dos manuais entre si reforça a natureza de argumentos de autoridade a serem coletados de obras manualescas que já são difundidas entre o público jurídico. O que nos leva ao seguinte questionamento: se os manuais citam outros apenas para reiterar as mesmas construções ou leituras anteriores sobre o tema das normas constitucionais, o que motiva um autor a publicar um novo manual? O questionamento se aprofunda quando percebemos que muitos desses manuais ou cursos receberam atualizações anuais, afastando uma possível motivação relativa à contemporaneidade de um novo manual.

Nesse momento, podemos tentar estabelecer uma correlação entre os dados editoriais e a utilização das doutrinas nos manuais. Em parágrafos anteriores, sugerimos que o sucesso editorial da fórmula do 3 em 1 constitucional acaba exigindo dos autores certa padronização de conteúdo para que ele possa ser maleável o suficiente para se encaixar nos interesses de

32 SILVA, J. 2007; DINIZ, 2001; BARROSO, 1996 e BASTOS; BRITTO, 1982.

quem o manuseia e para desempenhar uma função de muleta didática e troféu simbólico profissional para professores de emergência³³. A citação endógena, a manutenção do debate pautado por Silva e a pouca expansão temática identificada nos autores reforçam a inexistência de diferenças significativas entre eles no que diz respeito ao conteúdo e às conclusões sobre o estudo das normas constitucionais. Portanto, o que justifica a proliferação desses manuais será o grau de sucesso com que o autor cumprirá com o critério multifuncional.

Os autores também utilizaram literatura estrangeira para subsidiar suas leituras sobre a aplicabilidade das normas constitucionais brasileiras, especialmente as de origem italiana e portuguesa. Pela parte dos portugueses, 04 livros³⁴ citaram J.J. Canotilho em seu manual de Direito Constitucional, mas utilizaram suas construções apenas como informações complementares ao tema base da aplicabilidade nos termos propostos por Silva³⁵. Da parte italiana, Crisafulli é o campeão de citações (05). Se a citação de Canotilho é difícil de explicar, a não ser pela influência de sua obra nos constitucionalistas brasileiros pós-88, no caso do italiano, a citação constante pode ser explicada pela introdução de uma classificação tripartida das normas constitucionais italianas muito semelhante àquela esboçada por Silva³⁶.

As citações doutrinárias são feitas, em sua esmagadora maioria, para corroborar a construção do texto do autor do manual, sem contraposições ou críticas aos conteúdos propostos e à doutrina utilizada. É bem verdade que alguns deles apresentaram classificações alternativas a de Silva³⁷ produzidas em obras monográficas por outros autores, mas o impacto de tais classificações na prática forense, sua possível relação com a de Silva, o impacto dessa nova classificação na jurisprudência do STF ou sua consistência interna e externa raramente foram questionadas.

33 De nenhuma forma pretendemos suavizar a crítica sobre a fórmula do 3 em 1 constitucional ou dar a entender que ela decorre, apenas, de uma demanda mercadológica. Todavia, não temos condições de aferir neste estudo o que veio primeiro: o formato apresentado pelos autores ou a exigência de mercado. Agradeço à Giulia Vasconcelos por ter identificado uma possível contradição no argumento.

34 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, NOVELINO, 2012, MENDES; BRANCO, 2016 e BARROSO, 2013.

35 SILVA, J. 2007.

36 SILVA, J. 2007.

37 SILVA, J. 2007.

Moraes³⁸ apenas menciona a classificação alternativa de Diniz por meio de transcrições literais de sua monografia. Bulos não menciona nenhuma classificação alternativa, muito embora pareça acatar a proposição de Diniz sobre as normas constitucionais de eficácia absoluta³⁹. Mendes e Branco⁴⁰ fazem breve referência à categorização proposta por Ruy Barbosa, para logo em seguida descrever a tripartite clássica. Novelino avisa que analisará algumas das principais classificações de normas constitucionais quanto ao grau de eficácia, mas apenas descreve as teses de Silva⁴¹, Diniz⁴², Celso Bastos e Ayres Britto, Cooley, Pontes de Miranda, Caetano Azzariti e de Bulos sem justificar, em nenhum momento, a escolha delas (por que um autor norte-americano do século XIX e um italiano de meados do século XX?), como elas se correlacionam, qual delas melhor explica as normas constitucionais brasileiras ou quais delas são aplicadas pelo STF. Lenza escolhe abordagem semelhante a anteriormente exposta por Novelino, pois descreve a classificação de Silva, seguida das teses de Diniz, Celso Bastos e Ayres Britto e de Bulos sem quaisquer justificativas ou explicações.

Tavares⁴³ cita, em seções diferentes, classificações estrangeiras (Cooley, Crisafulli e Zagrebelsky) e nacionais (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Afonso da Silva, Celso Bastos e Ayres Britto e Luis Roberto Barroso). Muito embora, como Lenza e Novelino, Tavares não justifique a escolha dos autores nacionais e estrangeiros e como suas teses se confrontam ou se complementam, ao menos dedica uma seção intitulada “críticas à doutrina tradicional”, a qual será explorada em outro momento. Não são mencionadas as classificações de Diniz⁴⁴ e Bonavides⁴⁵. Barroso apenas referiu-se às classificações de Ruy Barbosa, Crisafulli, Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva. David Araújo e Nunes Júnior descreveram as classificações de Silva, Diniz e Bastos e Ayres Britto.

Bonavides apresenta um padrão conteudista diferente. Inicialmente, tenta explicar o problema da eficácia das normas constitucionais dentro do

38 MORAES, 2014, pp. 12-13.

39 BULOS, 2014, p. 479.

40 MENDES; BRANCO, 2016, p. 69.

41 SILVA, J. 2007.

42 DINIZ, 2001.

43 TAVARES, 2012, pp. 192-194.

44 DINIZ, 2001.

45 BONAVIDES, 2012.

contexto de transição do que chama de constitucionalismo liberal para o social. Em síntese, para o autor em tela, as constituições liberais burguesas dos séculos XVIII e XIX eram permeadas de normas abertas, principiológicas, programáticas, mas direcionadas ao Estado e à estruturação dos poderes, enquanto as normas das constituições do constitucionalismo social rompem com a perspectiva liberal e passam a regulamentar as relações entre os cidadãos e entre eles e o Estado. Tal mudança de paradigma teria afetado a eficácia das normas constitucionais.

O debate do caso brasileiro é inserido neste momento de sua argumentação, ou seja, sobre qual o melhor critério classificatório das normas constitucionais quanto a sua eficácia, ocasião em que relembra as categorias bipartidas de Rui Barbosa e Pontes de Miranda e finaliza apenas informando o leitor da pioneira classificação tripartida de Silva⁴⁶, sem maiores desenvolvimentos ou críticas à tese aplicada no Brasil⁴⁷.

Por fim, o autor parece defender um modelo tripartido de influência italiana: a) normas constitucionais programáticas: possuem natureza jurídica (preceptiva) e vinculam o comportamento público futuro ao vincular o desdobramento da ação legislativa; b) normas constitucionais imediatamente preceptivas: regulamentam diretamente as relações entre cidadãos e entre estado e cidadãos e c) normas constitucionais de eficácia diferida: muito embora exijam complementação legislativa, como as programáticas, delas diferem por exigirem complementação legislativa de natureza “técnica e instrumental”, pois já carregam em si as regulamentações materiais suficientes⁴⁸. Nenhum dos autores estudados fez referência à classificação desenvolvida por Bonavides.

A partir do padrão de citação doutrinária identificada nos cursos e manuais, foi possível extrair as seguintes conclusões.

a) *Uma pauta investigativa limitada*: A pauta de investigação sobre as normas constitucionais no Brasil está restrita à sua eficácia, portanto, não são problematizados outros pontos que orbitam ao redor do tema. Por exemplo, muitos desses autores advogam a tese de que normas constitucionais são compostas por regras e princípios⁴⁹, mas não respondem como ambas as

46 SILVA, J. 2007.

47 BONAVIDES, 2012, p. 250.

48 BONAVIDES, 2012, p. 261.

49 Mendes e Branco apontam que regras e princípios são espécies de normas constitucionais, explicadas a partir de Dworkin e Alexy, mas não são dados exemplos na dogmática brasileira

categoriais se correlacionam com o grau de eficácia das normas constitucionais. Todas as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata são regras? Princípios são sempre programáticos? Esses são exemplos de perguntas não respondidas pelos autores.

Ao tratar das normas constitucionais, constatamos que a preocupação principal dos cursos e manuais é com a reprodução da descrição dos modelos classificatórios. Dado semelhante foi encontrado por Virgílio Silva⁵⁰ no caso da interpretação constitucional ao sugerir que a investigação no Brasil se satisfaz com a mera apresentação de listas dos princípios e métodos interpretativos. Encontramos algo parecido no tema das normas constitucionais, na medida em que diferentes critérios são apresentados e listados, mas não se problematiza sua aderência jurisprudencial (qual deles é aplicado pelo STF, se for o caso), sua aplicabilidade prática (como um operador do direito deve agir para escolher um critério classificatório ao solucionar um caso concreto), a consistência dos diversos modelos (o modelo de um autor supera, complementa ou reforça o modelo de outro?), bem como não questionam os critérios empregados ou as diversas premissas teóricas (se há alguma) dos autores que os desenvolveram. O trabalho dogmático sobre normas constitucionais se resume à reprodução de listas classificatórias.

Se a pauta sobre interpretação constitucional se limita à reprodução de listas criadas por autores alemães e portugueses, o debate sobre a aplicabilidade das normas constitucionais também se constrói sob a sombra de doutrinas estrangeiras, principalmente as italianas e portuguesas. A importação de um debate particular da Itália pode, ademais, ser explicada pela tradição constitucional brasileira de incorporar teorias europeias forte na ideia de que são superiores, ainda que seu alcance analítico seja limitado quando transportadas para outros contextos.

ou na jurisprudência do STF, e o mais importante, como se acomodam dentro da tese sobre a aplicabilidade. 2016, p. 71-74. Novelino, em capítulo reservado aos conflitos entre normas constitucionais, sugere a distinção entre regras e princípios baseada nos dois autores mencionados anteriormente, sem qualquer correlação sobre a influência da diferença normativa em sua eficácia. 2012. Lenza segue a mesma linha daqueles autores, repetindo o padrão de citar Dworkin e Alexy e não correlacionar o tipo de normas com sua eficácia. 2016, pp. 164-167. Para Barroso, quanto a sua função, as normas constitucionais comportam duas espécies: regras e princípios. O ministro não criou a ponte para explicar a função das normas e sua eficácia. 2013, pp. 226-231.

50 SILVA, V. 2005, p. 139.

b) *autonomia em relação ao tópico da interpretação constitucional*: Todos esses autores analisados apresentam a temática das normas constitucionais de forma separada e autônoma dos problemas trazidos pela interpretação constitucional, ou seja, não sabemos como o intérprete deve aplicar uma norma constitucional de natureza programática (problema encarado pelo STF rotineiramente) e quais princípios ou métodos interpretativos⁵¹ devem ser usados para extrair as consequências jurídicas daquelas normas para solucionar problemas constitucionais concretos.

A separação desses dois tópicos na abordagem brasileira deixa sem resposta casos em que, por conta do estilo de constitucionalização das matérias, o operador do direito tem de interpretar um direito a partir de outras disposições constitucionais interligadas. Para deixar mais claro o argumento, pensemos sobre o julgado sobre o nepotismo no STF (Ação Declaratória de Constitucionalidade [ADC] 12). Silva é bastante rigoroso na caracterização do que seria uma norma de eficácia plena⁵² e reconhece que a construção normativa pode indicar mais dispositivos espalhados pela Constituição para completar a eficácia da norma, mas não fica claro como lidar com questões, tais como a vedação do nepotismo, decidida pelo Supremo a partir de um misto de normas constitucionais de eficácia limitada (art. 103-B, § 4º, II e art. 37, II e V) e plena (art. 92, I e VII).

c) *A doutrina e a dogmática*: A utilização de doutrina pelos manuais analisados cria problemas graves para o correto desenvolvimento dos propósitos que, supostamente, pretendem desempenhar. Nesta seção vamos apresentá-los, bem como realçar como aquele padrão utilitário irá afetar, demasiadamente, duas funções em detrimento de uma que não apresentará perdas significativas. Examinemos os problemas a partir de cada uma das funções que os manuais se propõem a cumprir.

51 A suposição de uma possível utilização de princípios e métodos interpretativos para trabalhar com a eficácia das normas constitucionais se faz apenas para fins de ilustração sobre o argumento relativo à falta de correlação entre os tópicos, mas não significa nossa aderência à validade e operatividade daquele conjunto de princípios e métodos.

52 Para o autor, seriam aquelas que “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”. SILVA, J. 2007, p. 101. Acrescentando, ademais, que seria uma norma que contém todos os elementos e requisitos para incidência direta, não importando a matéria, mas os interesses vinculados a ela. A normativa deve indicar com precisão a conduta, negativa ou positiva, a ser seguida. SILVA, J. 2007, p. 99.

A partir das seções anteriores foi possível concluir que a preocupação dogmática brasileira central é a formulação e descrição⁵³ de modelos classificatórios das normas constitucionais quanto a sua eficácia. Se levarmos em consideração a pretendida função didática dos manuais, os padrões empíricos levantados demonstram que os autores não apresentaram em suas descrições todos os principais modelos formulados doutrinariamente⁵⁴ e, quando apresentavam mais de um, geralmente a escolha feita foi a de um modelo alternativo ao de Silva⁵⁵, presente em todos, mas não acompanhada de justificativas para a seleção do modelo alternativo ou motivações para ter deixado de fora outras alternativas.

Ou seja, a estudante que pretende iniciar, aprofundar ou tomar nota do estado da arte no âmbito da produção acadêmica sobre o tema em comento não será apresentada a toda a gama de propostas classificatórias, suas características e influência acadêmica ou jurisprudencial. Ademais disso, não terá conhecimento das premissas científicas que influenciaram os modelos alternativos ou as críticas que podem ser feitas a qualquer desses modelos em geral ou à pauta investigativa eleita pela dogmática brasileira. Bonavides é o único que esboça uma razão para o seu critério classificatório: o modelo de constitucionalização de temas relativos a demandas sociais. No mais, serão apresentadas às alunas apenas descrições, resumos dos trabalhos doutrinários estrangeiros e nacionais.

Ainda no campo didático, o futuro operador do direito não saberá o que fazer com a informação sobre os diversos modelos classificatórios em sua prática profissional, uma vez que não são sugeridas as formas pelas quais um estudante poderá categorizar cada uma das normas constitucionais e, mais importante, por que deve fazê-lo para ser um bom operador do direito.

Da perspectiva da função consultiva, o operador formado e experiente não verá tanta importância ou utilidade prática no debate dogmático em torno das normas constitucionais, pois não lhes são oferecidas vias argumentativas para a utilização desse debate em alguma peça processual ou

53 Pereira, ao analisar cinco manuais de Direito Constitucional, quatro deles trabalhados nesta pesquisa (Gilmar Mendes, André Tavares, Bonavides e Luis Alberto Araújo), pode extrair conclusões semelhantes: o histórico do constitucionalismo brasileiro foi tratado de forma lacunosa (alguns livros o omitiram), colonizada, descritiva, sucinta e pouco desenvolvida. 2018, p. 312.

54 Se ficarmos nos principais e mais conhecidos, será possível fechar em 6 modelos, elencados a partir do nome de seu (s) criador (es): José Afonso da Silva; Celso Bastos e Ayres Britto; Maria Helena Diniz; Luís Roberto Barroso; Paulo Bonavides e Celso Antônio Bandeira de Mello.

55 SILVA, J. 2007.

sequer lhes são apresentados os problemas concretos que a escolha de um dos modelos classificatórios por parte de um tribunal pode provocar na solução de um caso constitucional complexo e, por fim, quais caminhos jurídicos poderá tomar para superá-lo em sua prática forense. Ou seja, se um tribunal de justiça aplica um modelo classificatório mais restritivo das normas constitucionais, os livros não expõem o que um advogado pode fazer para tentar superar esse impasse.

A única função que não é prejudicada por esse padrão de utilização doutrinária é a preparatória, uma vez que o modelo de prova de concursos públicos jurídicos do Brasil não está voltado para o desempenho da atividade fim para a qual é realizado o processo de recrutamento ou para o desenvolvimento da instituição receptora do concursado, mas sim voltado a aferir a capacidade do candidato de resolver as questões propostas⁵⁶. Dessa forma, a descrição abstrata, descontextualizada e sem maiores preocupações teóricas ou práticas do debate dogmático não impacta o cumprimento da função preparatória, pois a única operação cognitiva que será exigida do candidato será a memorização das informações trazidas pelos manuais e sua transposição para a resolução de uma questão objetiva ou discursiva.

4.2 A utilização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pela dogmática

A construção jurisprudencial do STF sobre a classificação das normas constitucionais desempenha um papel central no desenvolvimento científico do tema, por tratar-se da corte incumbida de proteger e concretizar, precipuamente, tais normas (art. 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CRFB/88]). Se, na década de 60, José Afonso da Silva não utilizou o prisma jurisprudencial para formular suas categorias, pós-88 nenhum dos autores que pretendem discutir o tema poderá fugir dessa dimensão analítica.

56 Fontainha *et al* sugerem a existência de uma *ideologia concursista* que predomina no processo seletivo que recruta servidores para a administração pública no Brasil e que se assenta a partir de uma tautologia: os certames servem para recrutar os mais habilitados e competentes em resolver as provas dos certames. Ou seja, não são recrutadas as pessoas que poderão trazer maiores benefícios a instituição objeto do certame, mas sim as pessoas que são habilitadas na resolução de questões de concursos. 2014, p. 14.

Influenciados pela construção de Silva⁵⁷, o STF tem utilizado as categorias clássicas para interpretar as normas constitucionais⁵⁸, exigindo dos juristas que desenvolvam a discussão dogmática, tomar nota de como a corte suprema utiliza-as em sua jurisprudência, abordagem que nos permite pensar na formulação das seguintes hipóteses.

A pesquisa jurisprudencial será útil para perquirir se as categorias utilizadas pelo STF para classificar as normas constitucionais da CRFB/88 são as mesmas daquelas utilizadas por Silva, ao menos em um sentido nominal, para que seja possível testar o grau de recepção da construção dogmática no funcionamento da Corte. Uma empreitada não muito complexa de ser feita.

Em um segundo momento, se identificarmos que as categorias de Silva⁵⁹ sejam, efetivamente, utilizadas pela corte, ou seja, se a resposta ao parágrafo anterior for positiva, será preciso explicar como o STF faz uso delas, pois, podemos nos deparar com as seguintes possibilidades: 1) a corte pode ter criado a sua própria categorização, demonstrando algum grau de desconexão entre a construção dogmática clássica com a prática jurisprudencial; 2) ao lado das categorias clássicas, ou para além delas, o STF pode utilizar outras para explicar a aplicabilidade das normas constitucionais e todos, sejam discentes, operadores do direito ou candidatos a concursos, deverão ter conhecimento dessas categorias e como elas se relacionam com as clássicas já apropriadas pela jurisprudência⁶⁰ e 3) ademais disso, caso o STF faça uso das categorias clássicas, a pesquisa jurisprudencial servirá para identificar como a corte as aplica, ou seja, servirá para atestar se há correção interpretativa na aplicação da construção dogmática.

A pesquisa nos manuais demonstrou que nenhum deles desenvolveu, ou ao menos, chegou próximo de explorar todo o potencial da pesquisa jurisprudencial no STF, tal como estruturada a partir das hipóteses elencadas nos parágrafos anteriores. Três dos manuais, por exemplo, não citaram

57 SILVA, J. 2007.

58 Seguem alguns julgados compilados para fins, meramente, ilustrativos. 1) Normas constitucionais de eficácia limitada: MI 6.825 (DJe 24/05/2019, Fachin, Pleno); RE 914.233 AgR (DJe 25/09/2018, Fux, 1ª Turma) 2) Normas constitucionais de eficácia contida: MI 6.113-AgR (DJe 22/05/2014, Cármen Lúcia, Pleno) e 3) Normas constitucionais de eficácia plena: ADI 3.768 (DJ 26/10/2007, Carmen Lúcia, Pleno).

59 SILVA, J. 2007.

60 Apenas como exemplo, o Ministro Relator da ADPF 144, Celso de Mello, trata o § 9º, do art. 14 da CF/88 como uma norma de integração, a partir do critério classificatório de Bastos e Britto (1982).

nenhuma decisão do STF⁶¹ e os demais citaram vários precedentes que não correspondiam, necessariamente ou diretamente, com o tema da classificação das normas constitucionais.

Ao todo, foram citadas 25 decisões do STF em todos os livros consultados, entre elas, 10 foram trazidas pelo mesmo livro⁶². De todas as 25 decisões citadas, apenas uma delas foi reproduzida em mais de uma ocasião, a Ação Ordinária (AO) 524⁶³, no mais, todas os demais autores citaram precedentes diferentes. É importante ressaltar que o problema identificado na utilização da jurisprudência não se limita a uma questão numérica, ou seja, não criticaremos apenas a pouca citação de casos paradigmáticos sobre um tema, supostamente, recorrente, mas como elas são utilizadas e, ao fim da descrição, teceremos alguns comentários.

Na quase unanimidade dos casos, a decisão do STF assume uma função exemplificativa e ratificadora, ambas desempenhadas concomitantemente. Em síntese, o autor apresenta uma breve descrição sobre a categoria de norma constitucional apresentada e, como exemplo e para ratificar o acerto da correlação entre sua descrição abstrata e o pronunciamento judicial, fornece uma referência sintética do pronunciamento do STF a partir de trecho de voto do relator, trecho da ementa, número do caso ou indicação do informativo.

Barroso⁶⁴, por exemplo, cita dois precedentes (Recurso Extraordinário [RE] 251.445 e Suspensão de Segurança [SS] 1203) mencionados para justificar (ou exemplificar) a ideia de que, a partir de um texto normativo constitucional diversas normas podem ser extraídas. Um dos precedentes

61 BONAVIDES, 2012; NOVELINO, 2012 e SARLET *et al*, 2015. Sarlet não utilizou casos do STF para explicar as normas constitucionais brasileiras, mas mencionou o caso *Trop v. Dulless* (1958) da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em citação sem detalhes ou contextualização do precedente, o autor pretendia desenvolver o argumento de que normas constitucionais não autoaplicáveis exercem alguma espécie de força normativa e, mesmo que apenas imponham programas, no mínimo estabelecem parâmetros para o legislador no exercício de sua competência concretizadora. Em síntese, argumenta que toda norma gera algum efeito. 2015, p. 171. A partir do precedente estrangeiro, Sarlet quer reforçar a ideia de que as regras constitucionais não são apenas conselhos, mas princípios vivos que demandam a limitação de ações estatais. Não seria muito difícil ao autor identificar uma decisão do STF com conteúdo semelhante, como fizera Tavares (2012), dessa forma, não fica claro porque fora necessário recorrer ao direito estrangeiro para extrair uma tese direcionada à aplicabilidade das normas constitucionais brasileiras. Por fim, o autor não explicou por que utilizou a Corte Suprema dos EUA e um precedente de meio século atrás.

62 LENZA, 2016.

63 LENZA, 2016 e BULOS, 2014.

64 BARROSO, 2009, p. 195.

é referenciado apenas pelo seu número e o outro pelo trecho do voto do relator. Por fim, Barroso⁶⁵ cita, por meio da transcrição da ementa, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1458 para explicar uma inconstitucionalidade por omissão.

Na única decisão citada por Moraes⁶⁶, o Mandado de Injunção (MI) 20, o caso serviu como um exemplo para apresentar ao leitor o art. 192, § 3º como uma norma constitucional de eficácia limitada. Tavares⁶⁷ gastou sua única citação a um precedente do STF (RE 271.286 – trecho do voto do relator) como ratificação ou reforço à crítica da tese que advoga a completa inexigibilidade imediata de normas constitucionais tidas como programáticas. Para o autor, normas constitucionais não são meras promessas e mesmo normas programáticas impedem que a lei infraconstitucional interfira na operatividade de norma constitucional e estas vinculam os poderes ao seu cumprimento integral. Tendo em vista que nenhum autor advogou o contrário, não sabemos para quem a crítica se endereçava⁶⁸.

Mendes e Branco⁶⁹ citaram três julgados por meio de sua identificação numérica. Dois deles para ratificar a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, sem dispensar maiores detalhes sobre os precedentes (ADI's 4097 e 815). O último precedente, o Mandado de Segurança (MS) 21.362, foi citado no bojo da discussão a respeito do condicionamento do conteúdo das normas infraconstitucionais pelas normas constitucionais, ainda que não integralmente. O precedente é citado e explicado a partir de trecho do voto de Celso de Mello.

65 BARROSO, 2009, p. 223

66 MORAES, 2014, p. 11.

67 TAVARES, 2012, pp. 200-201.

68 Para sermos justos, a crítica de Tavares se endereça aos “responsáveis pela implementação concreta da Constituição”, mas essa é uma formulação ampla e abstrata demais para servir de delimitação de algum alvo específico. 2012, p. 202. Cidadãos, professores de direitos constitucional, advogados e juízes podem ser considerados como responsáveis pela implementação concreta da Constituição. Todos nós somos culpados? Se a crítica for direcionada ao STF, o que é mais provável, a escolha por uma crítica indireta pode estar relacionada a sua atuação profissional, pois o autor advoga perante a corte. Não temos muitos dados para sustentar a hipótese, mas a ausência de críticas à atuação da corte pode ser explicada pelas relações entre a atuação profissional do autor e sua produção acadêmica, pois a última poderá interferir em seu sucesso profissional. Por outro lado, os ministros autores dificilmente irão criticar a si mesmos.

69 MENDES; BRANCO, 2016, pp. 65-66.

Bulos⁷⁰ cita três pronunciamentos do STF⁷¹, sendo duas decisões plenárias e uma súmula. A súmula 648, por exemplo, é citada para exemplificar, em sua visão, o posicionamento errôneo do STF quanto à classificação da norma constitucional que fixava o valor da cobrança de juros como norma de eficácia limitada, mas não explica por que a súmula está incorreta em sua categorização. Por outro lado, cita a AO 524/PA, como exemplo de uso correto pelo STF da categoria das normas constitucionais de eficácia limitada, muito embora reconheça que o precedente não seria mais aplicável e nem tenha contextualizado ou explicado o porquê do acerto da corte suprema naquele precedente. Por fim, utiliza a Ação Originária Especial (AOE) 27/DF para demonstrar o exaurimento do art. 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CRFB/88, portanto, como exemplo de uma construção teórica própria do autor sobre o tema, e para marcar a diferença entre normas de eficácia esvaída e exaurida.

Lenza⁷² foi o autor que mais utilizou a jurisprudência do STF, principalmente, como exemplo das categorias de normas constitucionais. Quando tratou das normas constitucionais de eficácia plena, citou as ADI 3768, 3569 e o Agravo de Instrumento (AI) 396.695. A primeira, a partir de frase indicativa do tema em discussão; a segunda, pelo inteiro teor da ementa e a terceira apenas lembrada pelo número. Ao voltar-se para as normas de eficácia contida, o RE 603.583 foi contextualizado com base em transcrição extraída do informativo 646 do STF para explicar a constitucionalidade da lei que instituiu o exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Como complementação, informa ao leitor que haveria exceção à necessidade de lei para regular algumas profissões na figura do RE 414.426, o qual sugere que a profissão de músico prescinde de controle estatal. Por fim, ao descrever as normas de eficácia limitada, cita a súmula 648, a ADI 04, RE 186.594, RE 157.897, RE 237.472 e AI 184.837 para exemplificar o mesmo tema (limitação constitucional dos juros), e, por fim, a AO 524 e RE 609.381, sobre o teto do funcionalismo público.

70 BULOS, 2014, pp. 483-485.

71 Bulos foi o único autor a citar precedente de outra corte nacional. No caso, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) (6ª Câm. Civ., AC 175.293-1/SP, 1992). O precedente foi citado a partir de fragmento da ementa, para aferir uma das características das normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata: sua capacidade de criação de situações de vantagem ou de vínculo desde logo exigíveis. Contudo, não justificou por que utilizou o precedente de um único Tribunal de Justiça como exemplo, por que São Paulo e por que um precedente de quase 30 anos atrás. 2014, p. 480.

72 LENZA, 2016.

David Araújo e Nunes Júnior citam quatro casos do STF (MI 438, RE 176.696 RE 220.613 e ADI 2065)⁷³. Utilizam o MI 438 para justificar, não apenas a adoção, por parte dos autores, da classificação de Silva, mas também, porque seria a classificação adotada pelo STF. Voltam, posteriormente, àquele precedente apenas para informar que o STF considerou a norma do art. 37, II como de eficácia limitada. Citam, por sua vez, a ADI 2065 a fim de criticar a posição do STF de não conhecer de ADI que traga ao plenário violação reflexa à Constituição. Os RE 176.696 e 220.613 foram citados, em nota de rodapé, apenas para informar que o STF considerava os arts. 8º, IV e 7º, XVIII como dispendo de eficácia plena.

A partir da leitura dos manuais, foi possível identificar algumas características da utilização da jurisprudência na construção dogmática e sua implicação para o estudo das normas constitucionais.

a) *A jurisprudência da corte suprema é pouco relevante.* É possível concluir que a jurisprudência desenvolvida pelo STF acerca das normas que a corte tem de interpretar, precipuamente, é de pouca relevância para a construção dogmática sobre sua aplicabilidade. Não apenas foi possível encontrar autores que, simplesmente, ignoraram decisões do STF, mas os que as utilizaram, ou citavam decisões do STF que não guardavam uma exata correspondência com a aplicabilidade das normas constitucionais, ou citavam uma ou duas decisões para exemplificar a inserção de uma regra constitucional específica dentro de alguma das categorias (ex. o 37, II é norma de eficácia plena).

Uma hipótese explicativa estaria no ponto *b* da seção 3.1, pois não faz parte da pauta investigava dos autores de direito constitucional brasileiro correlacionar o tópico das normas constitucionais com o de sua interpretação. A escolha dogmática de dissociar o tema das normas e o da interpretação pode explicar a ausência de debates jurisprudenciais, uma vez que a caracterização de uma norma dentro de uma classificação teórica independeria de como ela será (ou seja) interpretada pela Corte Suprema. Bastante sua formulação textual estática.

Outra explicação estaria no ponto *a* da seção 3.1, de acordo com a qual, a pauta investigativa se esgota na apresentação e descrição de modelos classificatórios, deixando de lado a forma pela qual o STF concretiza, diuturnamente, a Constituição. A ausência de jurisprudência reforça a tese de que o mais importante é a lista e não sua operatividade prática.

73 NUNES JUNIOR; ARAÚJO, 2017.

A pouca relevância da jurisprudência do STF na construção dogmática precisa ser ainda mais destacada, pois ela poderá nos oferecer outros indícios acerca da eficácia das funções a serem desempenhadas por esses livros.

Começemos pela função didática. Se os cursos e manuais pretendem ensinar aos alunos que recém ingressaram na Faculdade de Direito o problema da aplicabilidade das normas constitucionais, a mera reprodução da classificação de forma abstrata será insuficiente para atingir esse objetivo. Essa reprodução abstrata poderia ser, parcialmente, sanada pela indicação sequencial e individualizada de todos os mais de 300 artigos da Constituição e sua correspondente classificação quanto a sua aplicabilidade. A classificação individualizada poderia sanar o recurso à jurisprudência, pois o aluno já saberia, de antemão, o grau de eficácia e aplicabilidade da norma estudada em sala. Nenhum autor tomou a iniciativa de iniciar essa empreitada.

Isso não quer dizer que concordemos com a sugestão acima. No entanto, seria a única justificativa supostamente plausível para que um material didático que pretende ensinar alunos a identificar, trabalhar e problematizar normas constitucionais na prática judicial possa omitir o recurso a como nossa suprema corte desempenha essa atividade na prática. A citação da jurisprudência pelo número do processo também não parece favorecer o aprendizado de estudantes de graduação os quais, talvez, sequer tenham lido um acórdão do STF na íntegra ou podem não saber o que é uma ADI ou um Recurso Extraordinário.

Por fim, nenhum dos manuais que citou jurisprudência se preocupou em demonstrar se há, ou não, algum padrão metodológico empregado pelo tribunal para aferir a eficácia e aplicabilidade de uma norma constitucional, elemento que facilitaria não apenas a aprendizagem dos alunos, mas, igualmente, a atuação daqueles que estão operando o direito na prática (função consultiva). Tal escolha metodológica (ou falta dela) poderá, inclusive, reforçar problemáticos estereótipos sobre o divórcio do ensino do direito da realidade. Ou seja, quem acessa tais materiais não sabe quais são os elementos utilizados pelo STF para concluir pela eficácia plena ou limitada de uma norma constitucional, pois recebemos apenas uma informação editada (ementa ou número do acórdão) a partir da conclusão da corte.

Para os que se propõem a prestar concurso público para o qual seja cobrada a matéria “normas constitucionais”, poucas informações são extraídas da forma expositiva e descritiva do uso da jurisprudência, pois, ou os candidatos terão de memorizar todas os casos apresentados pela totalidade

dos autores pesquisados, porque, em sua grande maioria, não houve repetição dos casos citados; ou terão de se deparar com a interpretação aleatória e discricionária da banca sobre como classificar uma norma constitucional quanto a sua aplicabilidade⁷⁴. De mais a mais, como nem todos os livros citam decisões do STF, o candidato, ou terá de ler todos os livros possíveis para acumular informações a serem decoradas ou, caso escolha um livro sem precedentes (sem a intenção de fazer trocadilhos), poderá não obter um bom êxito em prova que exija conhecimentos jurisprudenciais.

b) A jurisprudência é utilizada sem a devida contextualização. Reverberando uma tradição da prática jurídica brasileira⁷⁵, os precedentes do STF não são citados a partir de uma maior contextualização fática e jurídica. Não sabemos por qual motivo um precedente foi citado pelo autor do manual (procedimento de seleção do precedente), o que ele representa dentro da jurisprudência do tribunal (um dos autores citou precedente sem efeitos, em função de mudança constitucional formal), quais os fatos ou a questão jurídica em debate e, o mais importante, por que o STF caracterizou a norma constitucional interpretada no caso debatido dentro de alguma das classificações propostas.

Nessas ocasiões, lembrar o número do processo, trechos da ementa, de votos ou até mesmo de informativos não será suficiente. Para a aluna da graduação, a referência ao número do processo ou à ementa significará muito pouco como recurso explicativo de uma análise teórica que se pretende jurídica. Se afirmo que normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta são aquelas aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente, de norma infraconstitucional que a regulamente e, em seguida, cito o número de um processo ou um trecho de ementa que afirma, em síntese, que o art. X da Constituição é uma norma de eficácia plena, não estou empregando nenhuma metodologia que vise facilitar o ensino ou a compreensão de um assunto, mas apenas ‘exemplificando’, da pior forma possível, um conceito abstrato.

A abordagem jurisprudencial descontextualizada feita pela dogmática carrega consigo, pelo menos, dois problemas: i) a estudante precisa confiar

74 Lenza na nota de rodapé nº 04 da página 260 alerta seu leitor para o entendimento do CESPE/UnB quanto a caracterização do art. 5º, VII como uma norma constitucional de eficácia limitada, o qual contraria a categorização daquele artigo como uma norma de eficácia contida, defendida por ele mesmo. 2016, p. 260.

75 MAGALHÃES; SILVA, 2014.

nas informações trazidas pelo autor de manual escolhido, já que nenhuma contextualização do precedente é feita, uma vez que o autor apenas reproduz o julgado, e não o explica ou o problematiza e ii) não há espaço para questionamentos quanto ao acerto, ou não, da interpretação da corte sobre a eficácia normativa do texto constitucional em debate, pois o argumento é de autoridade. A corte está certa porque o autor diz que ela está. Ou, posto de outra forma, a Corte está certa porque é ela quem está dizendo.

A contextualização do precedente é, igualmente, importante para o operador do Direito, pois de nada lhe servirá a informação de que o STF decidiu, há 20 anos atrás, sobre a eficácia de uma norma constitucional revogada, sem explicar ao menos o porquê e como o operador do direito poderá manejar os fundamentos do precedente revogado para seu próximo e atual caso. Como sugerido no item anterior, a função preparatória é a que menos perde com a falta de debate mais profundo sobre as decisões do STF. Especialmente em provas de múltipla escolha, nas quais se exige a memorização das informações, será sempre de pouca importância saber os motivos que levaram à corte a atribuir um certo grau de eficácia a um fragmento do texto constitucional, sendo suficiente saber de cor a referência do precedente (número, matéria do caso, número do informativo ou trecho da ementa).

5. Considerações conclusivas: Os propósitos e a função social da dogmática constitucional revistadas

Com Rodriguez, vimos que a dogmática serviria aos propósitos de sistematização e racionalização de conteúdos jurídicos, assim como o de controle da legitimidade interpretativa. Seus propósitos no direito comporiam o instrumental necessário para o desempenho de sua função social: o controle da escassez de consenso no âmbito social sobre a multiplicidade de sentidos gerada pela interpretação do direito, fornecendo ao operador indícios sobre o que seria o juridicamente possível⁷⁶.

Explorando, inicialmente, os propósitos da dogmática, é questionável sugerir que os materiais analisados foram capazes de sistematizar e racionalizar os conteúdos jurídicos sobre o tema das normas constitucionais no Brasil, por uma série de fatores que serão rememorados a seguir. Há uma restrição de alcance argumentativo no debate sobre normas constitucionais

76 FERRAZ JUNIOR, 1980.

decorrente da maneira com que os materiais doutrinários são utilizados e a tripla função que acreditam desempenhar. Artigos científicos novos e originais são preteridos em detrimento de monografias clássicas sobre o tema e de manuais que apresentam o mesmo perfil substancial, impedindo que haja uma sistematização e racionalização dos conteúdos jurídicos que são constantemente e contemporaneamente produzidos. A jurisprudência do STF é utilizada como mero reforço argumentativo da preferência classificatória do autor, sendo exposta sem a preocupação de maiores contextualizações e cuidados metodológicos, impossibilitando ao leitor ter uma visão clara sobre o posicionamento do STF sobre as diversas propostas classificatórias e seu impacto nos cânones interpretativos da corte.

Se há problema no propósito racionalizador, é natural que ele se estenda ao propósito de controle da legitimidade interpretativa do operador do direito. Tendo em vista que aquele que manuseia o livro não disporá de informações exaustivas, acuradas, sistematizadas dos principais problemas e conceitos que cercam o tema, será impossível, a quem quer que seja, avaliar a pertinência de uma determinada interpretação ou solução de um caso concreto, dentro do espaço do que poderia ser juridicamente possível. Racionalizar não significa expor e descrever votos, mas tentar identificar padrões doutrinários e jurisprudenciais que possam ser trabalhados pelos juristas em geral e por candidatos a concursos.

Exatamente por conta da ausência dos elementos de sistematização e racionalização, e da pauta investigativa limitada à reprodução de listas classificatórias, o caminho para o cumprimento da tarefa dogmática de mobilizar e oferecer argumentos fortes para que qualquer jurista possa se contrapor à decisão do STF será, no mínimo, acidentado. A classificação de Silva pode ser utilizada por dois ministros para sustentar leituras diametralmente opostas sobre a eficácia de uma mesma norma em disputa. Dessa forma, qualquer das posições adotadas pelos ministros do STF não poderia ser posta a escrutínio, do ponto de vista do controle de sua legitimidade, baseado apenas na qualidade dos argumentos dogmáticos ofertados pelos manuais. Listar critérios classificatórios criados abstratamente, ou apenas tomando por base o aspecto literal-textual da constituição, não são meios capazes de municiar o leitor do curso ou manual com as ferramentas necessárias para estruturar qualquer crítica a decisões judiciais. A não ser, entretanto, que o controle interpretativo recorra a argumentos baseados na autoridade de quem formula a proposta. “Estou certo porque José Afonso da Silva me dá

razão” ou, por outro lado, “estou certo porque um punhado de autores fez pareceres apoiando minha interpretação”⁷⁷.

A função social da dogmática indicada por Ferraz Jr⁷⁸, portanto, não se sustenta como forma de reduzir a falta de consenso dentro de uma sociedade complexa cujo direito positivo cambia diuturnamente, ao oferecer meios argumentativos para delimitar as raias do juridicamente possível para aqueles incumbidos de sua aplicação. Se a dogmática constitucional falha na sistematização/racionalização e se não oferece vias para que haja controle interpretativo⁷⁹, não é possível afirmar que cumpra a função social visualizada por Tércio Sampaio. Tal conclusão demonstra, por outro lado, que há uma íntima ligação entre o propósito e a função social da dogmática.

Colocando de lado aqueles que foram estipulados por Rodriguez⁸⁰, vamos tentar sugerir outros propósitos a nossa dogmática constitucional. Nossa dogmática constitucional serve ao propósito de oferecer argumentos constitucionais abstratos, descontextualizados e opinativos ao multifacetado público dos manuais. Seu propósito, é válido reforçar, de acordo com nossa tese, não é sistematizar ou racionalizar argumentos constitucionais. Os argumentos constitucionais ofertados são abstratos, pois não se preocupam em estruturar sua argumentação para a solução de problema concretos. Ademais disso, esses argumentos abstratos são apresentados fora de qualquer contexto político, jurisprudencial e seguidos apenas de listas, classificações ou padrões genéricos sem evidente correlação prática⁸¹. Por fim, os argumentos expressam a subjetividade de quem os formula, pois dependerá do autor a escolha das listas ou classificações a serem apresentados ao leitor,

77 Uma construção deficitária na argumentação gera um déficit de racionalidade, pois, se duas autoridades dizem coisas diferentes sobre um mesmo ponto, a escolha por uma delas, sem maiores explicações sobre a razão da escolha, transmuda o argumento em falácia. DANTAS, 2017, p. 778.

78 FERRAZ JUNIOR, 1980.

79 A crítica à dogmática brasileira feita nesses parágrafos não é nova e segue, há mais de 30 anos, as mesmas sendas sinuosas da ahistoricidade, da falta de contato com a realidade, do foco em aspectos legalistas, da manutenção do *status quo* social etc. Cf. AZEVEDO, 1989; ADEODATO, 2002.

80 RODRIGUEZ, 2013.

81 Meyer-Pflug e Sanches, tratando de manuais jurídicos em geral, confirmam que servem de reprodutores de regras previstas na legislação sem que suscitem uma análise crítica do leitor, carregando consigo postulados dotados de verdade que demandam apenas sua aceitação. Os autores sentenciam que há um distanciamento entre realidade e os textos dos manuais. 2013, p. 02-05.

bem como a seleção das decisões do STF a serem dignas de apresentação ao público-alvo. Em síntese, seu propósito único é oferecer argumentos constitucionais de autoridade⁸².

Se partirmos da íntima ligação existente entre propósito e função social da dogmática, podemos sugerir que o propósito de oferecer argumento de autoridade cumpre a função de abastecer a comunidade política com argumentos que derivem de uma pessoa que seja dotada de amplo prestígio no campo social jurídico para que, por fim, seu argumento seja incorporado nas universidades, na prática forense e pelas bancas de concurso por ser o argumento de maior influência no campo. Essa acolhida pretende servir como instrumento estabilizador das demandas interpretativas, mas a partir da opinião de uma pessoa tida por qualificada. Argumentos de autoridade ganharão ainda mais força se atrelados a uma autoridade tida como referência no campo⁸³.

A tese da função social baseada na autoridade dos argumentos e de quem os profere como a via para estabilização interpretativa dos sentidos do direito nos permite resgatar algumas conclusões construídas em seções anteriores.

A função social da dogmática jurídica constitucional revisitada será cumprida com maior eficiência se feita, por exemplo, por advogados que atuam perante o STF e pelos próprios ministros da corte. Os argumentos abstratos que oferecem devem ser acatados por todos os destinatários do saber jurídico porque conhecem o dia-a-dia da corte e vivenciam os discursos nela produzidos. Seu propósito de oferecer argumentos abstratos,

82 “O argumento de autoridade funda-se, sobretudo, no prestígio da pessoa ou do grupo invocado” FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 337. A força da tese depende do prestígio de quem a formulou em primeiro lugar. Aqui, não nos parece que citar Tércio Sampaio seja um despropósito, tendo em vista que não é possível confundir no trabalho do autor, a função que reserva à dogmática jurídica e um tipo de argumentação jurídica, que é o argumento de autoridade. A primeira corresponde a ideia de ciência no direito e é o foco de nosso argumento; a segunda é uma ferramenta argumentativa utilizada no discurso jurídico, que pode confundir-se com a dogmática quando uma tese doutrinária passa a gozar de grande aceitação na comunidade jurídica pela autoridade que a produziu. Entretanto, a correlação entre dogmática e autoridade não é necessária. Agradeço a Antonio Maués pelo alerta.

83 A formulação da tese foi influenciada por Dantas para quem o estilo de redação e argumentação em forma de parecer que caracteriza a pesquisa jurídica inunda a doutrina e se sustenta apenas pela autoridade do “parecerista/doutrinador”. Em suas palavras, “A eficácia desse projeto é totalmente dependente da autoridade do seu autor, do mesmo modo que a capacidade atrativa do parecer é subordinada à importância do parecerista”. 2017, pp. 774-775. No mesmo sentido, Adeotado expõe a perplexidade de alunos que se veem diante de uma miríade de interpretações possíveis de uma norma jurídica, mas a solução se reduz a escolha de quem constrói a interpretação, em vez de focar-se na razão da interpretação em si. 2002, p. 43.

descontextualizados e opinativos favorece, ademais, o cumprimento da multifuncionalidade dos manuais, pois a amorfia argumentativa viabiliza sua transposição para diferentes âmbitos do campo social jurídico (sala de aula, fóruns, bancas de concursos públicos etc).

A função didática, sempre a mais prejudicada, poderá ser desempenhada por profissionais docentes sem maiores dificuldades, pois aqueles precisarão valer-se apenas da racionalidade que utilizam em sua prática forense para dar aulas. Esse tipo de dogmática influencia, igualmente, a forma de ministrar aulas, uma vez que incentiva uma explicação expositiva do tipo conferencial, capaz de suprir diversas deficiências do docente. Se o objetivo de sua aula for repassar o conteúdo dos manuais, o docente não dispensará muito esforço e tempo para prepará-la, bastará a ele ler o capítulo pertinente, fixar os argumentos de autoridade (no caso, as listas classificatórias) e reproduzi-las aos discentes. Como não são necessárias contextualizações, esse saber capacita, simultaneamente, o docente para o tema, que não precisará estudar com maior profundidade e, ao mesmo, viabiliza e facilita a atuação do profissional docente, ocupado com outras atividades extraclasse, pelo seu imediatismo e acessibilidade. A escolha política por essa forma de saber dogmático atende, igualmente, a interesses mercadológicos e pode explicar a proliferação de cursos de direito compostos por profissionais docentes em sua maioria e a superlotação das salas de aula⁸⁴.

Por sua vez, o operador do direito se abastece de argumentos de autoridade genéricos e descontextualizados capazes de serem utilizados como base para qualquer peça ou sentença judicial. O acolhimento de uma posição pelo usuário se dará, muito provavelmente, pelo perfil do autor do manual. A aposta da dogmática é que, no atacado, haja uma estabilização na interpretação da norma pelo acolhimento de uma opinião de um autor de relevância e impacto. Os argumentos ofertados, ademais, por conta de sua descontextualização, não comprometem o autor do manual com nenhuma interpretação já fixada pelo STF anteriormente, e evitam que os autores, advogados constitucionalistas e ministros, entrem em rota de colisão com a corte onde desempenham suas atividades.

Por fim, a função preparatória se beneficia desse modelo de dogmática, pois as questões de concurso podem, simplesmente, reproduzir tais argumentos de autoridade sem preocupações com sua pertinência com o cargo objeto do processo seletivo.

84 ADEODATO, 2002, p. 44.

Referências

- ADEODATO, João Mauricio. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGUIAR, R.A.R. de. *A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.
- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A Nobreza Togada: As elites jurídicas e política da justiça no Brasil*. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. The force of the law: toward a sociology of the juridical field. (Traduzido por R. Terdiman) *The Hastings Law Journal*, v. 38, pp. 814-853, 1987.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COELHO, Mauro Cezar. Que enredo tem essa história? A colonização portuguesa na América nos livros didáticos de história. In: ROCHA, Helenice; REZNIK, Luis e MAGALHÃES, Marcelo de Souza (Org.). *Livros didáticos de história: entre políticas e narrativas*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017, pp. 185-202.
- DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Dogmática ‘opinativa’: o exemplo da função social da propriedade. *Revista Direito GV (ONLINE)*, v. 13, pp. 769-795, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FONTAINHA, Fernando de Castro *et al.* *Processos seletivos para a contratação de servidores públicos: Brasil, o país dos concursos?* Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICKE, P. H. G. Relação dos doutrinadores brasileiros de Direito Constitucional mais citados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de Controle Concentrado de Constitucionalidade. *Migalhas*, 08 jul. 2013.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al* (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 211-238.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; SANCHES, S. H. D. F. N. O paradigma dogmático da ciência jurídica nos manuais de ensino do direito. *UniversitasJus*, v. 24, pp. 1-9, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Editora Método, 2012.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2017.
- PEREIRA, Wingler Alves. O dilema do pensamento constitucional brasileiro: *tupi or not tupi*. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, pp. 297-322, 2018.
- PONCE, Branca Jurema; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de. A docência universitária e as políticas públicas de formação: o caso dos cursos de direito no Brasil. *Revista Eletrônica Pesquisa Educa.*, v.03, n. 06, pp. 201-219, jul.-dez. 2011.
- Redação Jota. Os livros jurídicos mais vendidos em 2018. 15/03/2019 07:18. <https://www.jota.info/carreira/livros-juridicos-mais-vendidos-2018-2-15032019>.
- Rede Virtual de Bibliotecas – RVBI. http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F?func=find-b-0&local_base=sen01.

- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Boiteux, 2000.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes*. Para uma crítica do direito brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis (Org.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 21-32.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e a democracia. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella, MACHADO, Marta Rodriguez Assis (Org.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 33-54.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, Marco Antônio. A Fetichização do Livro Didático no Brasil. *Educ. Real.*, Porto Alegre, v. 37, n. 3, pp. 803-821, set./dez. 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.115-143.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O livro didático no ensino do Direito. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, pp. 45-62, nov. 2013.
- VIANNA, Luis Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem Somos*. A Magistratura Que Queremos. 1ª ed. Rio de Janeiro: AMB, 2019.

Recebido em 25 de março de 2020.

Aprovado em 04 de junho de 2020.

RESUMO: O presente estudo pretende realizar uma análise da discussão sobre as características da dogmática constitucional, a partir de um recorte temático específico: a posição do estudo das normas constitucionais no âmbito da teoria da constituição brasileira. Foram selecionados 10 (dez) livros de Direito Constitucional editados no Brasil. Adotamos como marcos teóricos a ideia de campo e campo social jurídico formulada por Bourdieu e sua adaptação ao contexto local feita por Engelmann e Penna. A fim de testar os objetivos a serem cumpridos pelo pensamento dogmático e sua função social, utilizaremos as formulações de Rodriguez e Ferraz Jr. como hipóteses provisórias a serem testadas pelos dados coletados. Ao final, concluímos que nossa dogmática constitucional não cumpre os propósitos de sistematizar e racionalizar o conhecimento jurídico sobre determinado tema. Seu propósito é o de oferecer uma série de argumentos abstratos e genéricos, muito embora calcados em leituras particulares sobre o tema das normas constitucionais. Tendo em vista que sua preocupação central é oferecer argumentos de autoridade, é necessário que quem os apresente seja dotado de destacado prestígio no campo jurídico constitucional. A função social desse saber dogmático, dessa feita, é o de abastecer a sociedade com argumentos que derivem de uma pessoa dotada de amplo prestígio no campo social jurídico para que, por fim, seu argumento seja incorporado nas universidades, na prática forense e pelas bancas de concursos.

Palavras-chave: dogmática constitucional, campo social jurídico, argumentos de autoridade.

ABSTRACT: The present study intends to carry out an analysis of the discussion on the characteristics of constitutional dogmatics, from a specific thematic framework: the position of the study of constitutional rules within the scope of the Brazilian constitution theory. Ten (10) Constitutional Law textbooks published in Brazil were selected. We adopted as theoretical frameworks the idea of field and legal social field formulated by Bourdieu and its adaptation to the local context made by Engelmann and Penna. In order to test the objectives to be accomplished by dogmatic thinking and its social function, we will use the formulations of Rodriguez and Ferraz Jr. as provisional hypotheses to be tested by the data collected. In the end, we conclude that our constitutional dogmatics does not fulfill the purposes of systematizing and rationalizing legal knowledge on a given topic. Its purpose is to offer a series of abstract and generic arguments, although based on particular readings on the subject of constitutional rules. Bearing in mind that its central concern is to offer arguments of authority, it is necessary that whoever presents them be endowed with outstanding prestige in the constitutional legal field. The social function of this dogmatic knowledge, this time, is to supply society with arguments that derive from a person endowed with wide prestige in the social legal field so that, finally, his argument is incorporated in universities, in forensic practice and by the formulators of public exams.

Keywords: constitutional dogmatics; legal social field; authority arguments.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MAGALHÃES, Breno Baía. Cursos e Manuais de Eficácia Limitada: a função social da dogmática constitucional a partir da análise do tema “normas constitucionais”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2020. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1407>.

El derecho a la salud de los afectados por enfermedades raras en un contexto de incertidumbre y avance tecnológico. La utilidad jurídica de la dignidad de la persona para mejorar su eficacia en Europa y España¹

The right to health of persons with rare diseases, in a context of uncertainty and technological progress. The legal usefulness of the human dignity to improve its effectiveness in Europe and Spain

Daniel B. Entrena Ruiz*

Universidad Carlos III de Madrid, Madrid – España

1. La efectividad del derecho a la protección de la salud en el marco de las limitaciones presupuestarias, el desconocimiento científico y el avance tecnológico.

En España la plena efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluyendo los de carácter social o prestacional, dista en la actualidad de ser una realidad a pesar de los indudables avances que ha habido desde su reconocimiento en la Constitución española de 1978 (CE), en particular del derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE).

* Profesor contratado y Doctor de derecho administrativo en la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado. E-mail: daniel.entrena@uc3m.es

¹ Trabajo publicado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098243-B-I00, con el título *El impacto de la inteligencia artificial en los servicios públicos: un análisis jurídico de su alcance y consecuencias en la asistencia sanitaria*, dirigido por el IP José Vida Fernández.

This work has been supported by the Madrid Government (Comunidad de Madrid-Spain) under the Multiannual Agreement with UC3M in the line of Excellence of University Professors (EPUC-3MXX), and in the context of the V PRICIT (Regional Programme of Research and Technological Innovation). Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de “Excelencia del Profesorado Universitario” del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3MXX), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

Como garantía de este derecho, la Ley 14/1986, de 25 de abril de Sanidad, blindó el principio de universalidad al servicio público sanitario y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, reguló el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, cuyo objeto es “garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención”, incluyendo “atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario”².

Sin embargo, la primera dificultad para lograr dicha efectividad es económico financiera, esto es, la limitación de recursos públicos disponibles, puesto que además la CE establece la necesidad de acomodar el gasto público a los principios de eficiencia y eficacia, (artículo 31 CE) y, en última instancia a la sostenibilidad económico-financiera del Estado (artículo 135 CE).

Desde la aprobación de la CE, ha existido un espectacular incremento del Gasto Público³, pero en épocas de menos bonanza económica los ajustes presupuestarios han excluido a personas hasta entonces incluidas en el sistema de protección sanitaria público. Así, durante la época de recesión económica entre los años 2009-2016, el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, otorgó la condición de asegurado únicamente a quien tenía una relación laboral y dejó fuera de las prestaciones sanitarias a los inmigrantes sin documentación legal de residencia.

El problema fue objeto de debate en la Sentencia constitucional 139/2016, de 21 de julio que enjuició el encaje constitucional del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril⁴; siguiendo su doctrina previa, considera el Tribunal Constitucional que el derecho a la protección de la salud se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la Ley, que debe regular las distintas

2 Ver VIDA FERNÁNDEZ, J (2004).

3 Hoy en día se sitúa en el 6,6% del Producto Interior Bruto, lo que suponen 1.530 euros por habitante según el Sistema de Información Sanitaria del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Esta inversión ha sido fuertemente criticada al mismo tiempo por su ineficiencia, al explosionar a partir del traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas. Ver VVAA (REY CASTILLO, J, coord), 2015.

4 Respecto dicho Real Decreto-Ley se han pronunciado posteriormente, además de la indicada 139/2016, de 21 de julio, las SSTC 98/2017, de 20 de julio, 63 y 64/2017, de 25 de mayo, 33/2017, de 1 de marzo, 183/2016, de 3 de noviembre.

condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios, en atención a la coyuntura económica y la disponibilidad presupuestaria⁵.

A la anterior limitación debe incorporarse una variante adicional: el estado del conocimiento científico, particularmente acuciante en determinados casos.

Las relaciones entre Ciencia y Derecho no son pacíficas. Simplificando en exceso, el Derecho contiene principios, normas, jurisprudencia, usos y costumbres sociales aplicados a realidades pasadas y comúnmente aprobados, emitidos o admitidos. El Derecho debe aportar así seguridad jurídica a las relaciones sociales, tanto objetivamente - en la certeza de su contenido - como subjetivamente - en el resultado de su aplicación (STC 135/2018, de 13 de diciembre).

Sin duda, la Ciencia forma parte también de la realidad jurídica pudiendo ser considerada en sí misma por el Derecho⁶. Pero además la Ciencia aporta al Derecho pautas objetivas para la adopción de decisiones jurídicas racionales mediante conocimientos técnicos especializados, hasta un punto tal de hacerlas prácticamente imbatibles cuando estos constituyen su sustento.

5 Dos Magistrados, Valdés Dal-Ré y Asúa Bacharrita, emitieron un voto particular disidente de la mayoría, en el que justificaban siendo los recortes prestacionales admisibles debían efectuarse tras valorar todas las alternativas posibles, lo que no había realizado el Gobierno antes de la aprobación de dicho Real Decreto-Ley, contraviniendo a su parecer el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para soslayar la problemática apuntada, se ha llegado a plantear si acaso puede ser exigible un principio de no regresión (*stand still*) en materia de políticas sociales, aunque no es una propuesta aceptada pacíficamente por la doctrina jurídica científica. De este modo, Parejo Alfonso (2000) sostiene que no es posible defender la irreversibilidad constitucional del desarrollo legislativo de los derechos sociales y económicos pues, además de ser contrario a los postulados elementales del pluralismo democrático, impediría la adaptación del gasto al escenario económico financiero. No obstante, a su juicio, toda modificación en el contenido y extensión prestacional por la legislación ordinaria debería partir de su justificación constitucional, de modo que no exista una libertad absoluta para modificarla.

Del mismo modo De la Quadra Salcedo (2015) sostiene que los derechos sociales tienen capacidad de resiliencia o flexibilidad, lo que permite adaptar su nivel de protección a las circunstancias particulares de cada momento, incluyendo la posibilidad de limitar su contenido y luego retomarlo sin que por ello se resientan. Una tesis que, por cierto, confirma el hecho de que el régimen de exclusión de acceso a la sanidad universal implementado por el RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, fuera posteriormente sustituido por el Real Decreto-Ley 7/2018 de 27 de julio sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que volvió a ampliar los beneficiarios de este sistema.

6 Prueba de ello es la incorporación del principio de precaución a nuestro ordenamiento jurídico, en particular desde el campo medioambiental, que puede llegar a provocar la prohibición de actividades cuyos resultados son desconocidos (artículo 191.2 TFUE).

De hecho, en ocasiones la Ciencia aporta el elemento esencial y decisivo de la norma y decisión administrativa sobre ella. El criterio técnico-científico sirve así para adoptar las decisiones adecuadas en el marco de las políticas públicas.

Sin embargo, como el Derecho, la Ciencia está en continua evolución, actualizándose con fenómenos vivos sobre los que se experimenta, siendo incierto – y por tanto eventualmente inseguro- su resultado. Bajo estas circunstancias, la dependencia jurídica de la Ciencia puede ser incluso perjudicial, por la incertidumbre que genera, en un fenómeno caracterizado como “deriva cientifista del Derecho”, en palabras del profesor Esteve Pardo⁷.

A nuestro parecer es lo que sucede con las denominadas Enfermedades raras o poco frecuentes (EPPFF)⁸.

Se entiende por tales, aquellas enfermedades que no están extendidas por encima de un umbral cuantitativo de población⁹. Así, aunque el criterio cambia de país a país, en Europa la Comisión Europea considera poco frecuente la que no afecta a más de 5 personas por cada 10.000 habitantes¹⁰.

El otro criterio para considerar una enfermedad como poco frecuente es la disponibilidad de conocimientos científicos desarrollados sobre ella. En contraposición a las enfermedades comunes, una enfermedad es poco frecuente cuando existen lagunas sobre cuál es su origen, como se previenen, cuál es su evolución y cómo se curan. Aunque el origen más extendido de las EPPFF son desórdenes genéticos, en un 80% de los casos, también responden a cánceres muy poco frecuentes, enfermedades autoinmunes, malformaciones congénitas o infecciosas, o son producto de agentes ambientales¹¹.

Pese a que cada día existen mejores técnicas disponibles para el diagnóstico, sobre todo a partir de la decodificación del genoma humano y

7 (2009).

8 Para una mayor profundización sobre la problemática jurídica de estas afecciones ver ENTRENA RUIZ, DB (2017); GARRIDO CUENCA, N (2019).

9 Un listado descriptivo de las EPPFF puede consultarse en la página web de FEDER: <http://www.enfermedades-poco-frecuentes.org/index.php/enfermedades-poco-frecuentes/listado-patologia>

10 Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. Las enfermedades raras: un reto para Europa. (COM[2008] 679 final) Disponible en: < https://ec.europa.eu/health/ph_threats/non_com/docs/rare_com_es.pdf>.

11 Ponencia de estudio del Congreso de los Diputados encargada de analizar la especial situación de los pacientes con enfermedades poco frecuentes, BOCG nº 617, 2006. Igualmente, CARBAJAL RODRIGUEZ, L. y NAVARRETE MARTÍNEZ, J.I (2015).

la investigación bioquímica¹², la incertidumbre dificulta su prevención y diagnóstico temprano, y consecuentemente la posibilidad de obtener una respuesta sanitaria adecuada ante las EEPFF. De hecho, puesto que muchas de estas enfermedades tienen síntomas comunes es muy habitual obtener diagnósticos erróneos (¡incluso en un 40% de los casos!¹³) y consiguientemente también en los tratamientos recibidos¹⁴.

Pues bien, a pesar de los intentos para mejorar la atención desde las políticas públicas y hacer las EEPFF más visibles, la plenitud de la asistencia sanitaria que pueden recibir los afectados depende formalmente de que la enfermedad esté formalmente reconocida formalmente como tal, lo cual únicamente acontece si la afección está recogida en el denominado Catálogo o Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además, ese acceso prestacional únicamente es posible si está garantizada la eficacia de las técnicas sanitarias. Evidentemente entre ambas cosas existe una interrelación habida cuenta que únicamente se incorpora al CIE la enfermedad respecto la que existe un conocimiento científico avanzado, esto es su etiología y características y, por tanto, es posible diagnosticarlas y/o tratarlas con prescripciones eficaces.

Veamos un ejemplo, que es real:

Álvaro es el nombre de un niño al que le diagnosticaron el síndrome de microdeleción del gen MEF2C, en la banda Q14.3, del cromosoma 5. El cuadro general de los afectados por este déficit genético muestra un déficit intelectual grave con ausencia de habla, movimientos estereotípicos y epilepsia. Su estado es similar personas autistas, sin serlo realmente. A pesar de ser un síndrome, la afección está incluida en el Catálogo Internacional de Enfermedades, en su versión CIE-10, con el código Q93.5, dentro de la categoría genérica de otras deleciones, eliminación o alteración del gen de un cromosoma¹⁵. Por tanto, no es una enfermedad del todo desconocida para el sistema de salud pública, aunque sea dentro de esa categoría genérica.

12 SANCHEZ-VALVERDE, F. y GARCÍA FUENTES, M (2008, pp. 5-8).

13 SECO SAUCES, O. y RUIZ CALADO, R (2017).

14 CARBAJAL RODRIGUEZ, L. y NAVARRETE MARTÍNEZ, J.I (2015).

15 Orpha.net es un portal específico sobre enfermedades raras, con multitud de recursos sobre ellas, que incluso ha creado una clasificación específica. Nacido en Francia y financiado por la Comisión Europea, en la actualidad Orphanet es un consorcio en el participan más de 40 países. A propósito del síndrome de microdeleción MEF2C consultar: https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Expert=228384&lng=ES

Aunque en Europa existen diversos proyectos de investigación sobre esa concreta microdelección, a día de hoy no existe ningún medicamento para tratar la afección. Es, por ello, un caso para aplicar el denominado el régimen de medicamentos huérfanos, regulado en el Reglamento (CE) n° 141/2000, de 16 de diciembre de 1999, cuyo objetivo es potenciar la investigación y producción de medicamentos para afecciones tan poco frecuentes que su puesta en el mercado no puede llegar a amortizar su coste (Considerando 1).

El ya indicado umbral de 5 afectados por cada 10.000 personas es precisamente el que determina el Reglamento (CE) 141/2000, de 16 de diciembre de 1999 para aplicar el régimen de medicamentos huérfanos, si bien la norma prevé también su aplicación a aquellas afecciones que, superando ese umbral, provocan la muerte o una invalidez grave, o una afección grave y crónica.

Según esta norma “los pacientes que sufren tales afecciones tienen derecho a medicamentos cuya calidad, seguridad y eficacia sean equivalentes a las de los medicamentos de que se benefician los demás pacientes”. Para reforzar este derecho, el mencionado Reglamento comunitario prevé entre otras medidas un derecho de exclusividad comercial a los promotores que desarrollen medicamentos huérfanos. Así, una vez obtenida una declaración formal como tal –lo que se produce tras una evaluación técnica del medicamento, sus efectos sobre la enfermedad vinculada, y la disponibilidad en el mercado de otros productos con el mismo fin, se solicita la autorización para su comercialización, que cuando se concede otorga el derecho de explotación en exclusividad durante 10 años, sin que pueda autorizarse otro permiso con la misma finalidad terapéutica¹⁶. No obstante, indica el Reglamento 141/2000, de 16 de diciembre, que transcurridos los cinco primeros años la exclusividad podrá ser revisada si se demuestra que el medicamento ya no cumple los criterios que justificaron su declaración como huérfano o su rentabilidad comercial.

16 Además, será posible otorgar otro derecho de comercialización de un medicamento semejante si existe autorización del primer promotor, si no lo comercializa en suficiente cantidad o si se demuestra que el segundo medicamento es más eficaz clínicamente superior (artículo 8 Reglamento 141/2000, de 16 de diciembre de 1999). Esta declaración motivó la aprobación del Reglamento (CE) 847/2000 de 27 de abril de 2000 por el que se establecen las disposiciones de aplicación de los criterios de declaración de los medicamentos huérfanos y la definición de los conceptos de «medicamento similar» y «superioridad clínica».

Entre los años 2001 y el mes de junio de 2018 han sido otorgadas 176 autorizaciones de comercialización de medicamentos huérfanos. El listado completo puede consultarse en http://download2.eurordis.org.s3-eu-west-1.amazonaws.com/omp/OMPs%20with%20marketing%20authorisation_july18.pdf

Por otro lado, el acceso a los medicamentos huérfanos por los pacientes se produce en distintos momentos. En España, el Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales, aprobado en desarrollo del artículo 24 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, está diseñado para facilitar el acceso a medicamentos que o bien estando autorizados en España se utilizan con un propósito distinto, o están autorizados en otro país pero no en el nuestro, o bien se encuentran en fase de experimentación (uso compasivo de medicamentos en investigación), distinguiéndose a estos efectos entre los que se encuentran en ensayo clínico o no estándolo se ha presentado al menos una solicitud de comercialización.

Pero ¿qué sucede si, como en el caso indicado de la microdelección del gen MEF2C, no existe ningún medicamento huérfano autorizado o no se presentado una solicitud con dicho fin? ¿y si no existe ningún ensayo clínico formalmente aprobado, o ningún medicamento autorizado está siendo formalmente utilizado con el propósito de conocer sus efectos sobre enfermedades poco frecuentes?

En estos casos, no es infrecuente que recurrir a la financiación por sí mismos de la investigación, como sucede con el caso que presentamos¹⁷, cuando no desesperadamente a tratamientos alternativos libremente decididos por sí mismos, cuyos efectos sobre la salud de los afectados puede constituir un peligroso abismo clínico y, por ello, que puede traer consecuencias jurídicas desastrosas para los responsables.

El debate del alcance de la acción protectora del Estado, en tanto respuesta a los derechos individuales de corte prestacional, se amplía así más allá de su concreción en función del presupuesto disponible pues el grado de conocimiento científico sobre las afecciones desempeña un papel esencial igualmente. Únicamente cuando el conocimiento es suficientemente avanzado entra la acción protectora del Estado, al menos la sanitaria, de modo que hasta entonces los afectados son objeto de atención social, sin duda, pero no se benefician del modelo asistencial clínico en cuanto enfermos de esas afecciones, salvo excepcionalmente en fase experimental. Pero, además, en estas circunstancias el elemento económico presupuestario posee un valor

17 Como consecuencia de esta situación, los padres de todo el mundo están financiando de su bolsillo una investigación desarrollada en EEUU que parece tener resultados incluso curativos. Ver: <<http://www.asociacionmef2c.com/investigacion>>

reduplicativamente negativo por cuanto la solución clínica a las EEPFF pasa por una fuerte inversión cuya eficacia no está ni mucho menos asegurada.

2. La esperanzadora mejora gracias a las nuevas tecnologías: la función estatal “tecnológica”.

a. Nuevas tecnologías y codificación de las EEPFF

Como anteriormente se ha indicado, uno de los problemas principales de las EEPFF es su adecuada identificación y clasificación, lo que dificulta su diagnóstico temprano y que los pacientes sean tratados adecuadamente, tanto sanitaria como asistencialmente.

Existen así distintos sistemas clasificatorios de enfermedades, siendo el principal el CIE que determina la “aparición” jurídica de la enfermedad en cuanto tal, su reconocimiento formal y, por tanto, la respuesta clínica adecuada. Este sistema parte de la clasificación en tres niveles: el primero de carácter nosológico, permite la adscripción de cualquier patología; el segundo recoge los distintos grupos de enfermedades dentro de esa patología general y el tercero la concreta enfermedad.

La clasificación anterior se aplica a su vez a los datos recopilados en el marco del denominado Conjunto Mínimo de Básico de Datos (MBDS, *European Minimum Basic Data*), que se define como un núcleo mínimo de información común sobre los episodios de hospitalización. Dicha información permite conocer la morbilidad atendida en los hospitales públicos y privados y se vuelca en un registro administrativo interconectado, regulado en el Real Decreto 69/2015, de 6 de febrero.

De este modo, cruzando una información con otra se diagnostican EEPFF. El problema es que el CIE-10, su última versión, no incorpora todas las enfermedades existentes de ese tipo, que queda subordinado al avance científico, con el inconveniente que eso supone y, además, a la adaptación que en cada país se realiza del sistema de clasificación.

Por tal motivo han aparecido otros sistemas clasificatorios, entre los que destaca ORPHANET¹⁸, que incorpora información sobre las EEPFF pero también sobre servicios, incluyendo consultas especializadas, laboratorios clínicos, proyectos de investigación, registros, ensayos clínicos, asociaciones

18 Disponible: <<https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php?lng=ES>>

de pacientes y listado de medicamentos huérfanos. Sin embargo, según indica Garrido Cuenca¹⁹, este registro en cuestión no resulta útil desde un punto de vista epidemiológico, al ser difícil manejar en atención primaria e incluso la especializada, dada la variabilidad y excesiva concreción de los códigos empleados. Así, aunque que pueda parecer paradójico, resulta más útil desde un punto de vista del diagnóstico los sistemas de clasificación más generales. No obstante, el sistema ha permitido cruzar códigos CIE con Orpha, con un resultado ciertamente desalentador, pues de entre las 6.954 afecciones listadas por ORPHANET únicamente 355 tienen código CIE, que además pueden incluir enfermedades que son frecuentes. De hecho, únicamente Francia y Alemania han incorporado códigos Orpha como complemento del CIE-10.

A su vez, los códigos Orpha han sido cruzados con otros sistemas como SNOMED CT (*Systematized Nomenclature of Medicine*, MeSH, o MeDRA, siendo el más destacado el primero, por constituir un vocabulario de la principal terminología clínica, normalizado a nivel mundial (310.000 principios activos, 728.000 descripciones activas, y 1.000.000 de relaciones definitivas) y que se emplea a su vez para la Historia Clínica Digital del Sistema Nacional de Salud²⁰

A la vista de la problemática, parece evidente que el avance de las nuevas tecnologías constituye una esperanza para la mejora de la situación descrita, en particular para conocer todas y cada una de las EEPFF existentes, y por ello su adecuado diagnóstico, con identificación de los pacientes, y desde luego para posibilitar la investigación. Sin perjuicio de la necesidad de una herramienta informática adecuada, la posibilidad de utilizar *big data* e inteligencia artificial, con capacidad de análisis de datos masivos, actualización y profundización en ellos a través de algoritmos (por tanto, sin necesidad de intervención humana)²¹, permitiría una mejor codificación de las enfermedades, habida cuenta la diversidad de criterios clasificatorios existentes y, a partir, de ahí tener identificados a los pacientes, obtener información

19 2017, pp.51 y ss

20 Vid. CUENCA (2017, p.59).

21 Según la doctrina científica especializada, la inteligencia artificial presenta varios estadios, siendo su máxima expresión, la implantación de análisis predictivo y la utilización de máquinas con capacidad de aprendizaje. Un nivel en el que en juego valores, premisas ideológicas y sesgo de las decisiones y, por ello, el que mayor problema presenta a efectos jurídicos (Ver VALERO TORRIJOS, J, 2019).

valiosa para la investigación, realizar estudios epidemiológicos y planificar mejor los medios e infraestructuras sanitarias²².

Aunque la puesta en marcha de procesos automatizados de inteligencia artificial tampoco van a ayudar a sanar enfermedades, pues actualmente no existe Inteligencia Artificial General (*strong AI*), similar a la que desarrolla el ser humano, esto es, con capacidad para analizar, tomar decisiones y aprender de sí misma, quizás sea posible la utilización de Inteligencia Artificial Especial (*narrow o weak IA*), que tiene capacidad para resolver problemas concretos a partir de grandes cantidades de datos y entrenamiento, mediante la aplicación de algoritmos estadísticos. No obstante, aventuramos que la aplicación no será sencilla, en la medida que según Alexander Zlotnik, la puesta en marcha de este tipo de mecanismos requiere

(i) datos representativos y suficientes del fenómeno en estudio; (ii) el impacto asociado a los errores del sistema de IA debe ser asumible para la organización que lo emplee. Asimismo, en menor medida, son relevantes estos requisitos: (iii) es necesario un equipo humano con conocimiento suficiente sobre IA y sobre el dominio del problema concreto que se pretende resolver; (iv) se debe disponer de recursos computacionales suficientes.²³

Unos requisitos cuya satisfacción en el caso de las EEPFF parecen complejos, precisamente por el desconocimiento que existe sobre ellas, más allá del apuntado problema de la codificación.

b. Las dificultades jurídicas: el impulso de la acción tecnológica estatal

El cruce masivo de datos presenta al mismo tiempo inconvenientes vinculados a la protección de datos personales en Europa y España, como consecuencia de un marco normativo europeo y español estricto: El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) y la Ley española, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD).

22 Vid. GARRIDO CUENCA, N (2019, p.48 y ss).

23 Zlotnik, 2019, p.27

La Disposición adicional decimoséptima de la LOPD, relativa a los tratamientos de datos de salud, contempla unos criterios específicos para el tratamiento de datos relativos a la salud, al amparo de las excepciones que en esa materia contempla el RGPD a la prohibición general tratar

datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física (artículo 9.1).

En concreto, dichas excepciones son relativas a la presencia de un interés público especial (artículo 9.2.g), fines de medicina preventiva o laboral, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social (artículo 9.2.h), razones de interés público en el ámbito de la salud pública [artículo 9.2.i)] fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos (artículo 9.2.j).

Muy resumidamente, los criterios que contempla la LOPD, de acuerdo con dichas excepciones habilitan, previo consentimiento del afectado al tratamiento y reutilización de los datos personales, pseudoanonimizados, con fines de investigación en salud y, en particular, la biomédica. También contemplan la posibilidad de que las autoridades sanitarias puedan llevar a cabo estudios científicos sin el consentimiento de los afectados, en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública.

Estas excepciones, en buena lógica jurídica, son interpretadas estrechamente desde los Comités de Ética de la Investigación²⁴. Por tal motivo, últimamente viene resaltándose la necesidad de diferenciar dos niveles de consentimiento personal: el relativo a la utilización de los datos resultantes de la investigación y el correspondiente a la experimentación con seres humanos, estrechamente vinculado con la protección de la integridad personal (artículo 15 CE).

Siendo insoslayable este segundo consentimiento, respecto al primero se plantea si realmente los pacientes son dueños de los datos necesarios

24 AUSÍN, T., ANDREU MARTÍNEZ, M.B., VALERO TORRIJOS, J., CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (2020).

para la predicción, tratamiento, investigación y gestión científicas, que debería constituir, así, el interés público prevalente a proteger. No deja de ser paradójico, así, que las personas cuestionemos la utilización de esos datos por parte de organismos de investigación pero no hagamos lo propio cuando son recogidos por mecanismos y *wearables* de todo tipo, en manos de empresas privadas.

Por tal motivo, se reclama que sean las Administraciones Públicas quienes lideren un cambio de cultura social que propicie la confianza de las personas en relación con el manejo de los datos de salud para la investigación en colaboración con el sector privado. Si este cambio fuera posible, interconectando bases de datos la investigación científica podría avanzar más allá del espectacular ritmo al que lo hace, siempre eso sí que se garantizaran los derechos y libertades de los ciudadanos, y destacadamente su privacidad. Con esta meta, se llega a proponer un régimen de licencias que garantice el adecuado tratamiento de los datos obrantes en bases científicas, que operarían interconectadas entre sí, y estarían gestionadas mediante el adecuado principio de responsabilidad por su manejo²⁵.

En resumen de cuanto se ha indicado, la efectividad del derecho a la protección de la salud de las personas afectadas por EEPFF presenta obstáculos intrínsecos a sí mismas, relacionados con el desconocimiento científico acerca de ellas, y sin duda externos a ella, como es destacadamente el límite presupuestario de todas las políticas públicas, afirmativamente reconocido y avalado por la jurisprudencia constitucional española. Es de esperar que las nuevas tecnologías favorezcan la superación de ambos problemas, aunque en sí mismo poseen también problemas vinculados principalmente a la intimidad de las personas.

En tanto se desarrolla el entorno tecnológico de forma satisfactoria, a impulso del propio Estado en colaboración con el sector privado, las EEPFF retan al Estado Social, pues si como consecuencia de la falta de inversión, o las dificultades de la ciencia para encontrar respuestas clínicas, ¿qué respuesta cabe esperar de aquél?

A nuestro juicio en la resolución de esta problemática deben jugar un papel esencial conceptos jurídicos que guíen la respuesta estatal, que sirvan para soslayar en particular la conocida dependencia de los derechos de tercera

25 AUSÍN, T., ANDREU MARTÍNEZ, M.B., VALERO TORRIJOS, J., CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (2020).

generación de su configuración legal y de las limitaciones presupuestarias. Entre esos criterios-guía deben destacarse sin duda los Principios generales del Derecho, que deben informar toda la práctica jurídica, las instituciones y su aplicación, en nuestro caso por la propia Administración²⁶.

Ahora bien, esta respuesta ¿es satisfactoria suficientemente? Creemos que no, por su dependencia del caso concreto. Por tal motivo, debemos virar el esfuerzo hacia una mayor profundización, analizando la utilidad de otras nociones que proporcionen mayor sustento en la resolución del caso concreto. Por tal motivo, nos planteamos si acaso la dignidad de las personas, como valor superior del ordenamiento jurídico y núcleo esencial de los derechos fundamentales, no debe jugar un papel decisivo para alumbrar la tensión a que se enfrenta la acción protectora del Estado como consecuencia del estado del conocimiento científico, y en particular para justificar una acción específica estatal de raigambre constitucional respecto a los afectados por EEPFF.

3. Las dificultades jurídicas: el impulso de la acción tecnológica estatal

3.1. La Unión Europea y la dignidad humana: ¿un valor seguro?

Ese viraje hacia la dignidad de la persona debe comenzar, en el caso español, por analizar su relevancia en el marco jurídico europeo.

Los artículos 2 y 21 del Tratado de la Unión Europea (TUE) reconocen como valor específico de la UE y principio de actuación la dignidad humana²⁷. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea protege en sus tres primeros artículos, respectivamente, la dignidad humana, el derecho a la vida y el derecho a la integridad de la persona²⁸.

26 Imprescindible al respecto, el libro de García de Enterría (2016).

27 Artículo 2 TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. Artículo 21 TUE: “La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional”

28 Artículo 1: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida. Artículo 2. Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a la vida. 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

Tal y como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha señalado:

el ordenamiento jurídico comunitario trata innegablemente de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho. Por tanto, es indudable que el objetivo de proteger la dignidad humana es compatible con el Derecho comunitario (STJUE de 14 de octubre de 2004, TOL709.883, párrafo 33)²⁹.

Sin embargo, entre las acciones de la Unión Europea dirigidas a garantizar la dignidad de las personas no se encuentra la obligatoria existencia de un nivel sanitario y asistencial en todos los países miembros, y menos aún para los afectados por EEPFF. La causa puede estribar en varias razones a nuestro entender.

En primer lugar, el reparto competencial entre la UE y los propios países miembros, que parte de los principios de atribución expresa y en su ejercicio por los de subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 5, TUE). Así, la UE puede llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros a escala europea en la protección y mejora de la salud humana (artículo 6.a, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE); mientras que posee junto a los Estados miembros la competencia compartida en asuntos comunes de

Artículo 3. Derecho a la integridad de la persona. 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley; b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas; c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.

29 Señala previamente el TJUE “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, éste se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reviste en este contexto un significado particular (véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT, C260/89, Rec. p. I2925, apartado 41; de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión, C274/99 P, Rec. p. I1611, apartado 37; de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C94/00, Rec. p. I9011, apartado 25, y de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C112/00, Rec. p. I5659, apartado 71)”.

Del mismo modo, respecto a los valores del artículo 2 TUE, destaca “que estos valores son indivisibles y constituyen el patrimonio espiritual y moral de la Unión” [STJUE 15 de marzo de 2018, asunto T-1/17, (TOL6.536.553)].

“seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado” (artículo 4.2.k TFUE). No obstante, corresponde a la UE en los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, “llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya” (artículo 4.3 TFUE)³⁰.

De acuerdo con ese marco general, por lo que respecta a la salud pública el artículo 168 TFUE dispone “al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica”.

Acto seguido dicho precepto indica que dicha “acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas”. Por tanto, en principio, no entra dentro de su actuación las EEPFF puesto que no se encuentran entre éstas, de ahí su consideración como poco frecuentes.

Ahora bien, la Comunicación sobre enfermedades poco frecuentes proporciona datos reveladores respecto la extensión de estas afecciones, porque sumadas en su conjunto en Europa de 29 a 36 millones de personas, aproximadamente entre el 6 y 8% de la población. Únicamente en España se calcula que puede haber 3 millones de personas afectadas³¹

Así planteadas las cosas no puede negarse que no sean enfermedades ampliamente difundidas según la terminología del propio art 162 TFUE. De esta manera, “las especificidades de las enfermedades raras – número limitado de pacientes y escasez de conocimientos y especialización al respecto – hacen que destaquen como un ámbito con un valor añadido europeo muy alto”. De ahí que sea necesario “establecer una estrategia comunitaria global para apoyar a los Estados miembros a fin de dar reconocimiento, prevención, diagnóstico, tratamiento, cuidados e investigación eficaces y

30 Artículo 4.3 TFUE: “En los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya”

31 Comunicación “Enfermedades poco frecuentes: un reto para Europa” (COM[2008] 679 final) e Informe de ejecución de esa misma Comunicación y de la Recomendación del Consejo de 8 de junio de 2009 relativa a una acción en el ámbito de las enfermedades poco frecuentes (COM[2014] 548 final), y Estrategia en Enfermedades Poco frecuentes del Sistema Nacional de Salud, Ministerio de Sanidad y Política Social (2009: p.15).

eficientes a las enfermedades raras en Europa”³². Es más, como segunda razón para no identificar en la dignidad humana la acción comunitaria en materia de salud pública, se encuentra que puede ser un tema espinoso, como se pone de manifiesto en la reciente Sentencia del Tribunal General de 23 de abril de 2018, asunto T-561/14. Dicha resolución resuelve el recurso interpuesto contra la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2014 (355 final), emitida a propósito de la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE) “Uno de Nosotros”. Los promotores defendían la dignidad del ser humano como fundamento de la ICE, que consideraban además violentada por la Comisión al rechazar la adopción de ninguna decisión al respecto³³. Pues bien, el Tribunal General señala: “Conforme al enfoque ético de la ICE controvertida, el embrión humano es un ser humano que debe gozar de dignidad humana y del derecho a la vida, mientras que el enfoque ético de la Comisión, como resulta de la comunicación impugnada, tiene en cuenta no sólo el derecho a la vida y la dignidad humana de los embriones humanos, sino también las necesidades de la investigación con células madre (CMEH)”.

Que la dignidad humana es un concepto incómodo para la Comisión Europea se pone también de manifiesto en la Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2016, asunto T-44/14, emitida en el recurso de anulación de la Decisión C(2013) 7612 final de la Comisión, de 5 de noviembre de 2013, por la que se deniega no ya la tramitación, sino el simple registro de la iniciativa ciudadana titulada «*Right to Lifelong Care: Leading a life of dignity and independence is a fundamental right*» (El derecho a cuidados de larga duración: Llevar un vida digna e independiente es un derecho fundamental)³⁴.

32 Comunicación sobre enfermedades poco frecuentes: un reto para Europa (COM[2008] 679 final).

33 Esta iniciativa consistía en que la Comisión Europea aprobase una normativa específica partiendo de la “protección jurídica de la dignidad, del derecho a la vida y de la integridad de todo ser humano desde la concepción, en los ámbitos de competencia de la UE”. Concretamente, consideraban los promotores que el embrión humano merece respeto a su dignidad e integridad y, por ello, que la UE debía establecer a iniciativa de la Comisión Europea una prohibición y poner fin a la financiación de actividades que suponen la destrucción de embriones humanos, en particular en los ámbitos de investigación, ayuda al desarrollo y salud pública”. La Comisión Europea sin embargo rechazó presentar ninguna iniciativa legislativa sobre esta materia por considerar, entre otros motivos, que la investigación con células madre (CMEH) puede contribuir a la generación de asistencia sanitaria al ofrecer tratamientos o remedios posibles para enfermedades intratables o potencialmente mortales, tales como la enfermedad de Parkinson, la diabetes, la apoplejía, las cardiopatías y la ceguera.

34 En esta ocasión los promotores de la ICE aspiraban a que la Comisión elaborase una normativa que protegiera el derecho fundamental a la dignidad humana garantizando una protección

Precisamente esta última Sentencia pone de manifiesto, ya en tercer lugar, que a ojos de la Comisión Europea la dignidad humana parece más bien operar como causa de justificación para la restricción de libertades comunitarias esenciales o en su caso freno de la actuación de los poderes públicos, antes que como su propio fundamento. Así se pone de manifiesto en las mencionadas SSTJUE 15 de marzo de 2018 (asunto T-1/17 TOL6.536.553), y 14 de octubre de 2004 (asunto C-36/02, TOL709.883).

En la primera de ellas, se ordenó la inscripción como marca comunitaria de una conocida cadena de restaurantes en España a partir de la significación que el nombre tenía en Italia por su vinculación con el crimen organizado. En el fundamento de ese aval se encontraba justamente la dignidad personal, que opera así más bien como justificación para restringir la libertad de establecimiento entre otros aspectos. Una restricción también presente en la segunda sentencia, que justificó la negativa de un gobierno estatal alemán a autorizar la apertura de un establecimiento dirigido a simular homicidios de personas mediante tecnología láser. El fundamento era el mismo: el valor que posee la dignidad humana para justificar las restricciones de establecimiento por razones de orden público.

Prueba de ese carácter limitado que aún se otorga a la dignidad humana es el régimen de los Servicios de Interés Económico General que, como valor de la Unión, justifican la detracción del Derecho de la competencia si eso impide el cumplimiento de la misión social que se les pueda confiar, y destacadamente la cohesión social y territorial. Sin embargo, en el artículo 14 TFUE donde se hace tan contundente declaración no hay atisbo de referencia explícita a la dignidad humana, salvo que se pueda entender contenida en la referencia al lugar que ocupan a los servicios de interés general entre los valores superiores de la UE.

Creemos por ello no equivocarnos al afirmar que a la Comisión Europea estos servicios le preocupan más como ámbitos parcialmente exentos al Derecho de la competencia que a la misión social que pueden tener enco-

social adecuada y el acceso a cuidados de larga duración de calidad, llevaderos, más allá de la asistencia sanitaria. Para ello se amparaban en el valor que poseen los Servicios de Interés Económico General (SIEG) entre los que protege la Unión Europea (art 14 TFUE), así como en competencias comunitarias en materia de seguridad social de los trabajadores (art 153 TFUE). Sin embargo, la Comisión Europea directamente inadmitió la ICE por ausencia de competencias para adoptar ningún acto jurídico en dicha materia, lo que fue avalado por el Tribunal General en una actuación meramente revisora de los fundamentos de la inadmisión, no de la ICE en sí misma considerada.

mendada³⁵. Una interpretación que incluso ha avalado también la propia jurisprudencia comunitaria, cuando justifica la restricción del derecho a disfrutar de tratamientos médicos en otros países miembros sobre la base de la inestabilidad para la planificación presupuestaria sanitaria que eso supondría (SSTJUE 11 de julio de 2013, asunto C-57/12 [TOL 3.801.486], 13 de mayo de 2003, asunto C-385/99 [TOL268309]).

En resumidas cuentas, a nuestro juicio la dignidad de la persona no ha alcanzado en la práctica comunitaria la dimensión que le otorga el Derecho originario como objetivo que justifica la propia creación de la Unión Europea. Creemos que aún prima una visión individualista de la concepción de los derechos fundamentales, y anclada sobre postulados de oposición o control de los poderes públicos, y además impregnada con una fuerte intensidad de la esencia economicista. La Unión Europea puede sin duda contemplar las políticas públicas en ámbitos sobre los que ejerce su competencia desde la perspectiva de la solidaridad, y por ello de la dignidad de las personas, pero se desarrollan siempre apegadas si no bajo la sombra de libertad individual económica³⁶, a nuestro juicio de forma no coincidente con una contemplación social.

3.2. La dignidad de la persona como fundamento de la acción estatal contra las EEPFF en España

En contraste con lo que acontece a escala europea, creemos que la elaboración dogmática y jurisprudencial acerca del Estado sí propicia un desarrollo y aplicación práctica de la dignidad de las personas, si bien la jurisprudencia se muestra dubitativa al respecto como se va a comprobar.

De acuerdo con los artículos 1.1 y 9.2 CE, siguiendo al profesor Parejo Afonso³⁷, la configuración del Estado como Social y Democrático de Derecho conlleva la atribución a los poderes públicos de un papel esencialmente activo y transformador de la realidad social, que además está informado de

35 Prueba de ello es la Comunicación de la Comisión “Los Servicios de Interés General, incluyendo a los sociales: un nuevo compromiso europeo” [COM (2007) 725 final], que de forma significativa acompaña a la Comunicación “Un mercado único para la Europa del Siglo XXI”

36 Creo fundamental en esta cuestión la lectura del trabajo del profesor RODRIGUEZ-ARANA (2010, pp. pp.38 y ss).

37 “Constitución y valores del ordenamiento”, en VVAA (L.Martín-Retortillo, coord.): Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, 1991, Tomo I, pp. 29 y ss.

los valores superiores constitucionalmente garantizados, entre los que se encuentra la dignidad de las personas (artículo 10.2 CE).

Todos los elementos que constituyen el fundamento del orden político y la paz social poseen un común denominador: la persona humana. El individuo constituye, así, el fin, el fundamento y el basamento sobre el que se estructura la construcción valorativa del Estado; como afirma el citado profesor, es la legítima base sustantiva de la arquitectura y contenido de la acción estatal, del orden político, y a su vez la condición misma de su correcto funcionamiento, esto es, de la paz social³⁸.

Por su parte, indica Jaime Rodríguez-Arana:

si la dignidad del ser humano es el centro y la raíz del Estado y su el fundamento del orden político y la paz social, tal y como señala solemnemente el artículo 10.1. de la Constitución española, residen en la dignidad de la persona, en los derechos que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, entonces las normas, las estructuras, los procedimientos y los presupuestos deben estar al servicio del principal patrón y estándar ético y jurídico del Estado mismo al que los demás han de rendirse: la dignidad del ser humano³⁹.

La dignidad humana, cuyo presupuesto es la consideración del ser humano como fin en sí mismo (*homo homini sacra res*), y por tanto la existencia de una esfera propia para desarrollar su libre razón y voluntad, significa igualdad en derechos y obligaciones formales, cuya máxima expresión son los derechos humanos, eje central del propio Estado de Derecho.

Señala así el Tribunal Constitucional el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 abril (FJ 8): "nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) (...)". En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...)".

La dignidad de la persona se encuentra también en la esencia de los derechos de naturaleza prestacional, en relación con la garantía de un nivel

38 PAREJO ALFONSO, L (1991); RODRÍGUEZ-ARANA, J (2017. p.101)

39 RODRÍGUEZ-ARANA, J (2017, p. 100).

de vida materialmente digno⁴⁰, tal y como han estudiado Rodríguez-Arana⁴¹ y Vaquer Caballería⁴². Dichos derechos se satisfacen desde la solidaridad social⁴³, en cuya esencia se encuentra igualmente, la dignidad de la persona⁴⁴, y que se traduce en el conjunto de prestaciones que el Estado proporciona⁴⁵. Así, la acción de solidaridad se manifiesta en nuestro país con la creación y mantenimiento de una institución jurídica, la Seguridad Social (artículo 41 CE)⁴⁶ y a través de la determinación de situaciones fácticas atinentes a la persona, respecto las cuales se encomienda a los poderes públicos que desarrollen una acción de tutela para garantizar el resto de derechos sociales constitucionales, como el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE)⁴⁷.

Dada la magnitud de la problemática de las EEPFF parece que la respuesta a sus problemas debe ser colectiva, desde el propio Estado, quien no sólo no puede permanecer impasible sino que está obligado a tomar medi-

40 Ver en este sentido, CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, JL (2012, p.3828).

41 RODRIGUEZ ARANA, J (2015, p.406): “La dignidad humana (...) no es un concepto ambiguo o abstracto, sino que es tan concreto como la necesidad real y cotidiana de la existencia de un número mínimo de condiciones que permitan una vida digna”

42 VAQUER CABALLERÍA, M, (2002, pp. 65 y ss).

43 Ver VAQUER CABALLERÍA, M (2000, pp. 38 y ss).

44 Ver PELÉ, A (2004, 2012).

45 OLLERO, A (2012, pp. 54-55).

46 La seguridad social a que se refiere el artículo 41 CE no se identifica únicamente con la organización administrativa específicamente instituida para garantizar las prestaciones encomendadas (STC 37/1994, de 10 de febrero); desde una perspectiva material ese precepto hace referencia tanto a esa organización y las prestaciones sociales que garantiza, como aquellas otras prestaciones asistenciales complementarias que, por ejemplo, puedan haber asumido las CCAA (VAQUER CABALLERÍA, M (2002, pp. 78 y ss).

En el mismo sentido, señala VIDA SORIA que la CE maneja dos acepciones de seguridad social, en sentido material e institucional. La primera estaría contemplada en el artículo 41 CE, que debe entenderse referido a la política social frente a situaciones de necesidad, no solo en el sentido de sustitución complementos de las rentas de trabajo sino también de situaciones excepcionales que rozan la miseria. Por su parte, el artículo 149.1.17 CE si estaría refiriéndose a la institución de la Seguridad Social en sentido técnico-jurídico y competencial, al atribuir al Estado la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de las competencias autonómicas de ejecución así como en materia de Asistencia o Acción Social (artículo 148.1.20 CE). (VIDA SORIA, J; MONEREO PEREZ, J; MOLINA NAVARRETE, C; QUESADA SEGURA, R, 2012, pp. 38 y ss).

47 No obstante, dada la configuración legal de los derechos prestacionales debe acudir a otras técnicas de defensa, y entre ellas a la conocida como defensa cruzada de derechos, tal y como ha efectuado el Tribunal Constitucional en distintas ocasiones y destacadamente en relación con los efectos de la contaminación acústica sobre la salud de los particulares y la vinculación con la intimidad domiciliaria y la integridad física y personal. Así lo consideraron los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Adela Asúa Bacharrita en el Voto particular disidente que emitieron de la STC 139/2016, de 21 de julio.

das efectivas para limitar sus efectos teniendo como base y fundamento la dignidad del ser humano. Una base que debe informar no sólo la respuesta social sino también la defensa del interés público presente en el ejercicio de una función “tecnológica” estatal en el ámbito sanitario, que se debe traducir en el impulso de las nuevas tecnologías en la investigación sanitaria.

En este sentido, para finalizar, este apartado, la CE reconoce situaciones que requieren una línea de actuación propia⁴⁸. Es evidente que los afectados por EEPFF integran un colectivo en sí mismo, y por tanto deben ser considerados como objeto de atención especial de conformidad con lo previsto en el artículo 9.2 CE y el artículo 2 TUE como minoría, por necesitar de una acción integral especializada para poder desarrollar en plenitud una vida digna⁴⁹, lo cual - dicho sea sin perjuicio de una profundización mayor - no necesariamente significa que deban ser concebidos como un sujeto específico de derechos colectivos⁵⁰.

3.3. La dubitativa utilización de dicho criterio por la jurisprudencia española

El anterior esquema debería tener reflejo a su vez en la protección específica de los derechos de los afectados.

Algunos Tribunales ordinarios son, efectivamente, ejemplares en el empleo de la dignidad humana como garantía de las prestaciones sociales.

Debe resaltarse en primer lugar la Sentencia del TSJ de Galicia 293/2013, de 12 de abril, emitida en el marco del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, que condena a la Administración sanitaria de esa Comunidad Autónoma a proporcionar un fármaco a un enfermo de Hemoglobinuria Paroxística Nocturna (HPN), que se estima que padecen 350 personas en España, por ser el único medicamento que puede hacer

48 Es el caso de la tercera edad, respecto la cual debe existir un sistema de pensiones así como servicios sociales (artículo 50 CE) o los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (discapacitados) para los que se exige un sistema “de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración” (artículo 49 CE).

49 J. SANCHEZ CARO (2011, p.141) considera que juntos a los derechos relativos a la salud de los afectados por enfermedades poco frecuentes hay otros que no entra a valorar relativos al derecho a las valoraciones adecuadas en materia de invalidez, discapacidad y dependencia, el derecho a las subvenciones y discriminación positiva, y el derecho a programas específicos en el ámbito de la educación.

50 Sobre esta posibilidad ver ENTRENA RUIZ, DB (2017, p.143 y ss).

que lleven una vida prácticamente normal, incluso a pesar de su elevado coste⁵¹. El Tribunal reconoce así que la negativa de la Administración sanitaria a proporcionar el único medicamento que garantizaba la mejoría en su calidad de vida, posicionándole en una situación similar a las personas sanas, hasta el extremo de depauperarla en un nivel inaceptable para un ser humano, esto es, hubiera afectado a su dignidad personal. Como consecuencia, el Tribunal declara violentado el derecho a la integridad física y moral del recurrente (artículo 15 CE) y obliga a la Administración a reponer el derecho vulnerado.

Igualmente, la Sentencia del TSJ de Extremadura de 18 de junio de 2004 (EDJ 2004/68182), pone de manifiesto cómo si bien mediante Real Decreto se garantiza el derecho de todos los beneficiarios de la ISFAS a la asistencia sanitaria, posteriormente se aprueba una cuestionable Instrucción PF-7/2001 de la Secretaría General sobre Régimen de Prestación farmacéutica con el objeto de “evitar el uso abusivo de la hormona con finalidades sin efectividad contrastada”.

Pues bien, el Tribunal considera que si existía un derecho a continuar con el tratamiento prescrito sin necesidad de someterse a ningún análisis adicional, puesto que de un lado exponía a un menor a un riesgo para la salud y, por otro lado, ya había sido probada su efectividad contratada al tiempo de prescripción. Por tanto, la Sala no cuestiona la limitación que supone dicha norma para el derecho a la prestación farmacéutica directa-

51 Indica el Tribunal: “no puede obviarse que los Poderes públicos deben “garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud -recordaba asimismo aquella otra Sentencia núm. 126/08, de 27 de Octubre , dictada por igual máximo Intérprete constitucional-, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (...) “sí se ha producido una vulneración mediata del Art. 15 “ab initio” de nuestra Carta Magna por parte de aquella Administración institucional autonómica, al denegársele de facto a dicho paciente promovente, y mediante su injustificada inactividad al respecto, la dispensación de aquel fármaco inclusive médico- oficialmente interesado, en cuanto única opción terapéutico-medicamentosa autorizada y homologada en el mercado farmacéutico, a fin de precaverle no ya de un riesgo vital inherente a las trombosis o aún a los daños colaterales inherentes a la prolongación de la terapia que hasta ahora se le aplica, sino en cuanto a que es la única alternativa medicamentosa susceptible de cronificar su poco frecuente patología y hacerle llevar una vida prácticamente normal. De modo que, dicho principio medicamentoso conocido como “ECULIZUMAB” no sólo le resulta vital para conjurar terceras patologías asociadas a la trombosis como parálisis, parestias, ceguera, etc.-, sino al constituir en suma una opción médica eficaz a fin de hacerle dejar de llevar una asténica y “perra” vida - permítasenos decir aún de modo coloquial y a título de claridad fáctico-expositiva-, para permitirle obtener a dicho paciente promovente y ahora “ad quem” apelante D. Alonso una calidad de vida normal y por completo asimilable a la de las personas sanas ajenas a dicha poco frecuente patología”.

mente, siendo consciente de este efecto viene a considerar que si ya había sido recetado el fármaco la efectividad ya había acreditada. Se trata así de un puro control de legalidad, de revisión de la decisión administrativa.

Sin embargo, siendo tan clara esa sentencia la cuestión no es pacífica; así la STSJ de Galicia de 6 de junio de 2014 (rec.nº 4793/2012), ante otro supuesto de petición de reintegro de gastos sanitarios, esta vez por una operación para mejorar el síndrome de Miller-Dieker, Lisencefalia y Epilepsia, y en relación con la urgencia vital indica sería realizar una interpretación excesivamente generosa del Real Decreto regulador⁵². Y lo más sorprendente es como concluye la Sala:

“En suma, y aún no desconociendo la situación de las “enfermedades raras”, se encuentra fuera de nuestra competencia determinar si un tratamiento debe estar o no incluido dentro de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, y ello aunque se haya declarado probado que “después de las intervenciones la hija del demandante se presenta algo más activa en sus movimientos espontáneos” -Hecho Probado Cuarto-, e incluso aunque se constate una mayor recuperación. En primer lugar, porque normativamente no se nos ha atribuido esa competencia a los tribunales del orden social. Y, en segundo lugar, porque su ejercicio obligaría a valoraciones no solo de legalidad -único principio al que se someten los jueces-, también de mera oportunidad. **Así las cosas, le queda a las personas interesadas, individualmente o debidamente asociadas al efecto, la presión pública sobre las Autoridades Sanitarias para que mejoren la investigación, diagnóstico y tratamiento de esas enfermedades con vistas a una mejor calidad de vida de quienes las padecen**”.

Y en la misma línea, incluso más dura, pueden citarse multitud de sentencias que entienden que no concurre el derecho al reintegro de gastos sanitarios por una razón puramente formal (no haber tramitado solicitud de

52 “Otra solución diferente supondría realizar una interpretación excesivamente generosa del artículo 5 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero [precedente del 1030/2006], pues no solo se incluiría la denegación indebida de asistencia sanitaria en el concepto de urgencia vital -cuando literalmente la norma solo contempla la urgencia vital-, además se deformaría el concepto de denegación indebida de asistencia para incluir aquella asistencia que precisamente no se presta porque no es legalmente debida, con lo cual difícilmente -si no es deformando el sentido propio de las palabras- se puede considerar indebidamente denegada, sin que ello suponga -dígase de entrada para que quede claro- desmentir que con una técnica como la empleada por Don Gerardo en el Instituto Médico Insmicort Sociedad Limitada se puedan obtener beneficios terapéuticos”.

autorización administrativa previa para el tratamiento fuera de la Seguridad Social), no concurrir el requisito de urgencia vital, incluso a pesar de que las consecuencias de no intervenir fuera previsible que el paciente incurriese en tetraparesia (disminución de la movilidad en las cuatro extremidades), y no estar cubierta la técnica quirúrgica (o en su caso el medicamento correspondiente) por la cartera de servicios comunes⁵³.

¿Son realmente estas decisiones propias de un Estado asentado sobre la dignidad de las personas? ¿Parten realmente de una primacía informativa del libre desarrollo de las personas como valor superior?

Este tipo de sentencias se posicionan en el positivismo más extremo, alejado de la Justicia a la que contribuyen los principios generales del Derecho, y de los que debe nutrirse la Administración Pública también para la realización del Estado Social de Derecho, y entre ellos la dignidad de la persona concebida en su esencia al menos como garantía de las condiciones esenciales para el libre desarrollo de su personalidad⁵⁴.

4. Conclusiones

53 Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 13 de diciembre de 2017 (rec.nº 631/2017), que revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social, para reconocer la concurrencia de incapacidad permanente a una persona con Taquicardia Postural Ortostática, que ni siquiera está en el catálogo de EEPFF, pero sí es considerada clínicamente como tal.

La Sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2008 (rec.662/2008), expresa meridianamente la postura más extendida respecto el reintegro de gastos sanitarios, con independencia de que se trate de EEPFF: “A partir de los principios informadores del Sistema de Salud contenidos en el artículo 3 de la Ley General de Sanidad, principios identificables con las ideas de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, universalización de la asistencia sanitaria pública y prestación de la misma en condiciones de igualdad, ha cobrado carta de naturaleza una doctrina jurisprudencial y jurisdiccional que discurre sobre los siguientes ejes fundamentales: que no existe un derecho de opción de los beneficiarios del sistema público de salud que permita la elección de la prestación asistencial fuera del ámbito y de los recursos de ese sistema; que el recurso a esa posibilidad es excepcional y ha de ser justificado caso por caso ante las Administraciones sanitarias y ante los Tribunales; que esa justificación ha de analizarse con especial rigor, habida cuenta la cualificación de los recursos económicos, dotacionales, humanos y técnicos de los que dispone el Sistema Nacional de Salud; y que el aseguramiento de los principios de eficacia, igualdad, universalidad y estabilidad financiera implica la exigibilidad de un cierto equilibrio entre los intereses individuales y colectivos, así como el reconocimiento de unos límites a la asistencia sanitaria debida por el sistema público de salud (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1986, 31 de octubre de 1988 y 20 de diciembre de 2001)”.

54 Ver al respecto RODRIGUEZ-ARANA, J: “Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia administrativa española”, Revista Andaluza de Administración Pública nº70, abril-mayo-junio 2008, pp.37-64.

De cuanto se ha expuesto podemos obtener las siguientes conclusiones.

La primera es que la respuesta sanitaria frente a las EEPFF, por sus propias características, debido al desconocimiento científico acerca de ellas, se ve dificultada en tanto en cuanto “no existen” hasta que son formalmente reconocidas como tales. Dicho reconocimiento está jurídicamente diseñado para las enfermedades corrientes, conocidas, cuyo diagnóstico y tratamiento es posible científicamente.

La segunda es que el reconocimiento por la jurisprudencia constitucional española de que la respuesta estatal en materia de salud pública está legítimamente condicionada por las restricciones presupuestarias, tiene un efecto devastador en el caso de las EEPFF, al requerir una inversión ingente, que difícilmente supera la prueba de coste-eficacia, habida cuenta los limitados beneficiarios de las inversiones.

La tercera es que el avance tecnológico supone un esperanzado camino para propiciar la identificación y, con ello, el diagnóstico y tratamiento adecuado de las EEPFF. No obstante, ese esfuerzo requiere un decidido impulso por parte del Estado, no exento de dificultades tecnológicas y jurídicas; en particular en relación con la necesaria garantía de la intimidad de los pacientes, lo que requiere un marco interpretativo favorable de la normativa de protección de datos personales.

La cuarta conclusión es, que ante tanta incertidumbre, el Derecho debe ofrecer instrumentos adecuados para guiar las controversias existentes en relación con la respuesta estatal deseable ante supuestos concretos. Entre las posibles respuestas cabe identificar la dignidad de la persona, en cuanto concepto que constituye el basamento no sólo de los derechos fundamentales, sino también de la propia acción pública estatal.

La quinta conclusión es que la dignidad de la persona, no obstante, se trata de un concepto controvertido a escala europea, pues si bien se encuentra ampliamente reconocido en los instrumentos de Derecho originario europeo, la jurisprudencia lo observa habitualmente como freno frente a la acción pública antes que como fundamento de ella.

La sexta y última conclusión es que, en contraste, la dignidad de la persona sí ha sido empleada como fundamento para obligar al Estado a proporcionar una respuesta adecuada a los afectados por EEPFF, fundamentalmente en relación con el acceso al medicamento y reintegro de gastos sanitarios. No obstante, los tribunales españoles siguen habitualmente acogiéndose al

contenido concreto de la legislación, de acuerdo con la configuración legal del derecho a la salud, que dificulta enormemente la respuesta a la problemática planteada, rehuendo el empleo de dicha noción.

Referências

- AUSÍN, Txetxu; ANDREU MARTÍNEZ, María Belén; TORRIJOS, Julián Valero; CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. Diez consideraciones ético-jurídicas en la relación con la reutilización y big data en el ámbito sanitario. *Revista Bioderecho.es*, n. 12, España, 2020.
- CARBAJAL RODRÍGUEZ, Luis; NAVARRETE MARTÍNEZ, Juana Inés. Enfermedades poco frecuentes. Editorial de *Acta Pediátrica Meicana*, n. 36, p. 369-373, México, 2015.
- CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis. Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental. In: *Administración u justicia: un análisis jurisprudencial – liber amicorum* Tomás-Ramón Fernández, vol. 2. Madrid: Civitas, 2012.
- DE LA QUADRA-SALCEDO. Derecho Público tras la crisis económico en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general. In: *VVAA: Crisis y Constitución, XIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constituciona*. España: Centro de Estudios Constitucionales, 2015.
- ENTRENA RUIZ, Daniel Bruno. *Eficacia administrativa (eficiente) y plenitud de los Derechos Sociales*. La problemática jurídica de las enfermedades poco frecuentes. España: Tirant lo Blanch, 2017.
- ESPAÑA. *Constitución española de 1978*. 29 de dezembro de 1978.
- ESPAÑA. *Ley 14/1986*. 25 de abril, 1986.
- ESPAÑA. *Ley 16/2003*, 28 de mayo, 2003.
- ESPAÑA. *Ley Orgánica 3/2018*, de 5 de diciembre.
- ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad. *Estrategia en enfermedades raras del sistema nacional de salud*. Madrid, 2009.
- ESPAÑA. *Real Decreto-Ley 16/2012*.
- ESPAÑA. *Real Decreto-Ley 69/2015*, 6 de febrero de 2015.
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentencia constitucional 139/2016*, 21 de julio de 2016.

- ESPAÑA. Tribunal Constitucional. *Sentencia constitucional 135/2018*, 13 de diciembre de 2018.
- EUROPA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. *Las enfermedades raras: un reto para Europa*. COM(2008) 679 final. Bruselas, 11 de noviembre de 2008.
- EUROPA. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones. *Recomendación del Consejo de 8 de junio de 2009 relativa a una acción en el ámbito de las enfermedades raras*. COM(2014) 548 final, 2014.
- ESTEVE PRADO, José. *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Civitas, 2016.
- GARRIDO CUENCA, Nuria. *Derecho, salud pública y prestaciones sanitarias. Retos éticos y jurídicos de las enfermedades raras*. España: Tecnos, 2019.
- OLLERO, Andrés. Los nuevos derechos, In: *Persona y derecho, Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas y los derechos humanos*, n.66-67, España, 2012.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos. *Revista de Administración Pública*, n. 153, septiembre-diciembre, España, 2000.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Constitución y valores del ordenamiento, In: MARTÍN-RETORILLO, L. (Org). *VVAA.: Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Madrid: Civitas, tomo 1, 1991.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos. *Revista de Administración Pública*, n. 153, septiembre-diciembre, España, 2000.
- PELE, Antonio. El sujeto de derecho en Pufendorf. In: *VVAA: Perspectivas actuales de los Sujetos de Derecho*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 409-427.
- PELE, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 1, diciembre-enero, España, 2004.
- PELE, Antonio. El sujeto de derecho en Pufendorf. In: *VVAA: Perspectivas actuales de los Sujetos de Derecho*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 409-427.
- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo y derechos sociales fundamentales. *Revista de derecho Ius Humani*, v. 6, Quito, 2017

- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Sevilla: Global Law Press, 2015.
- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho administrativo global: un principio general. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 76, enero-abril, Sevilla, 2010.
- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia administrativa española, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 70, abril-mayo-junio, Sevilla, 2008, p. 37-64.
- SANCHEZ CARO, Jesus. Las enfermedades poco frecuentes. Aspectos éticos y jurídicos específicos sobre el consejo y cribado genéticos. *Revista del Derecho de Genoma Humano*, n. 35, España. SANCHEZ-VALVERDE, Félix; GARCÍA FUENTES, M. Enfermedades poco frecuentes: el reto del siglo XXI. *Anuario del Sistema Sanitario de Navarra*, n. 31, p. 5-8, Navarra, 2008.
- SECO SAUCES, Olga; RUIZ CALLADO, Raúl. Enfermedades raras em España. Um enfoque social. *Prisma Social*, n. 17, p. 373-395, diciembre 2016-mayo 2017, Madrid, 2017.
- VALERO TORRIJOS, Julián. Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial em la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración. *Revista Catalana de Dret Públic*, v. 58, p. 82-96, 2019. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3307> . Enfermedades raras em España. Um enfoque social. *Prisma Social*, n. 17, p. 373-395, diciembre 2016-mayo 2017, Madrid, 2017.
- SECO SAUCES, Olga; RUIZ CALLADO, Raúl. Enfermedades raras em España. Um enfoque social. *Prisma Social*, n. 17, p. 373-395, diciembre 2016-mayo 2017, Madrid, 2017.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos. *La acción social*. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho. España: Tirant Lo Blanch, 2002.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos. Los servicios atinentes a la persona en el Estado Social. *Cuadernos de Derecho Publico*, n. 11, septiembre-diciembre, p. 38 y ss, Madrid, 2000.
- VIDA FERNÁNDEZ, J. Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y cartera de servicios, In: VVAA: La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- VIDA SORIA, J; MONEREO PEREZ, J. MOLINA NAVARRETE, C; QUESADA SEGURA, R. *Manual de Seguridad Social*, 8ª edición, España: Tecnos, 2012.

- REY CASTILLO, Javier (Org.). *Análisis y propuestas para la regeneración de la Sanidad Pública en España*. Documento de trabajo 19/2015. Fundación Alternativas: www.fundacionalternativas.org, 2015.
- PERPIÑÁN, José María Abellán (Org.). *El sistema sanitario pública en España y sus comunidades autónomas*. Sostenibilidad y reformas. Bilbao: Fundación BBVA, 2015.
- ZLOTNIK, A. Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas. Definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación. *BOLETIC*, n. 84, p. 24-32, Madrid, 2019.

Autor convidado.

RESUMEN: El trabajo se centra en las enfermedades raras, en cuanto desafío para el Estado de Bienestar; una situación derivada de la incertidumbre científica que caracteriza este tipo de afecciones, que contribuye a intensificar las restricciones presupuestarias que, de por sí, presenta la respuesta estatal en materia sanitaria, pero que puede mejorar el avance tecnológico, concretamente gracias al *big data*. Con el objetivo de encontrar algún remedio jurídico, se indaga en el posible empleo de la dignidad humana, en cuanto fundamento de los derechos fundamentales y de toda la acción pública en la Sociedad; una opción que parece conceptualmente más clara en el ámbito interno español que en el europeo, dado el marco competencial aplicable en materia de salud pública y lo controvertido de la noción. Finalmente, se comprueba que el empleo de la noción, tampoco es plenamente respaldado por la jurisprudencia española.

Palabras clave: derecho a la salud, enfermedades raras, avance tecnológico, dignidad humana

ABSTRACT: The paper focus on rare diseases as a challenge to the Welfare State, particularly for the effectiveness of the right to health protection; a situation derived from the scientific uncertainty, intensifying the budgetary restrictions, but which can improve thanks to technological progress, specifically big data (studies). In order to find some legal remedy, the work deeps in the application of the notion of human dignity as a pillar of the human rights and all the public intervention in the Society; an option that seems conceptually clearer in Spain than in the European Union legal system. Particularly, given the framework of competences applicable in matters of public health and the controversial nature of the notion of human dignity. Finally, it is verified that the use of this notion is not fully supported by Spanish jurisprudence either.

Keywords: right to health, rare diseases, technological progress, human dignity

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: ENTRENA RUIZ, Daniel. El derecho a la salud de los afectados por enfermedades raras en un contexto de incertidumbre y avance tecnológico. La utilidad jurídica de la dignidad de la persona para mejorar su eficacia en Europa y España. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 61, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1943>.

Los derechos digitales: ¿hacia una nueva generación de derechos humanos?

Aproximaciones teóricas desde América Latina y Europa

*Digital Rights: Towards a new generation of human rights?
Theoretical approaches from Latin America and Europe*

Eder Fernandes Monica*

Universidade Federal Fluminense, Niterói – RJ, Brasil

José Díaz Lafuente**

Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Espanha

1. Introducción

Con el avance del uso de las nuevas tecnologías digitales, especialmente de aquellas destinadas al intercambio de información y conocimientos, y con el creciente proceso de digitalización experimentado en los últimos años, la vida social se ha visto progresivamente influenciada por los nuevos entornos digitales. El término “digitalización” es utilizado para referirse, en un primer momento, a la traslación de los datos físicos o analógicos al medio digital. Sin embargo, su uso ya se ha extendido para referirse a los extensos procesos de transformación del mundo analógico al digital. Se trata de un concepto que expresa dicho tránsito entre dos formas de entender el mun-

* Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Estágio de pós-doutoramento pela Universidade Complutense de Madrid. Mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor Adjunto da Faculdade de Direito e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. E-mail: ederfm@id.uff.br. Orcid: 0000-0002-5147-7613

** Doutor em Derecho y Ciencia Política por la Universitat de València. Mestre em Internacionais y Estudios Diplomáticos por el Colegio de Europa e Mestre em Estudios de la Unión Europea por la UNED. Secretário Acadêmico do Departamento de Relaciones Internacionales e Historia Global e colabora com o programa do Consejo de Europa de Educación en Derechos Humanos para los Profesionales del Derecho. E-mail: josediazlafuente@ucm.es. Orcid: 0000-0001-9248-6025

do y de procesar la información que configura nuestra forma de percibir y organizar la vida en sociedad.

En este último sentido, la digitalización está directamente vinculada con los complejos procesos de transformación digital y de conformación de lo que podemos llamar el mundo digital. Conviene destacar que, dentro de este mundo digital, Internet se ha convertido en el principal canal de comunicación e interacción entre las personas, especialmente tras la irrupción de las plataformas digitales y las redes sociales, así como tras la expansión de las potenciales formas de la denominada “vida digital”.

Como resultado, nos enfrentamos a un número exponencial de desafíos y conflictos jurídicos en cuanto sujetos de este nuevo orden digital. De hecho, podemos afirmar que, en la actualidad, todos somos sujetos digitales, dado que nuestra propia existencia está permeada tanto por el uso de las nuevas tecnologías digitales como por el hecho de que nuestro lenguaje comunicacional e interaccional se encuentre ampliamente transversalizado por el cada vez más utilizado lenguaje digital.

En este último sentido, la digitalización está directamente vinculada con los complejos procesos de transformación digital y de conformación de lo que podemos llamar el mundo digital. Conviene destacar que, dentro de este mundo digital, Internet se ha convertido en el principal canal de comunicación e interacción entre las personas, especialmente tras la irrupción de las plataformas digitales y las redes sociales, así como tras la expansión de las potenciales formas de la denominada “vida digital”.

Como resultado, nos enfrentamos a un número exponencial de desafíos y conflictos jurídicos en cuanto sujetos de este nuevo orden digital. De hecho, podemos afirmar que, en la actualidad, todos somos sujetos digitales, dado que nuestra propia existencia está permeada tanto por el uso de las nuevas tecnologías digitales como por el hecho de que nuestro lenguaje comunicacional e interaccional se encuentre ampliamente transversalizado por el cada vez más utilizado lenguaje digital.

Por ello, el denominado derecho digital, es decir, el conjunto de normas en proceso de cristalización creadas con el fin de regular los nuevos conflictos jurídicos que emergen en los entornos digitales, presenta una paulatina consolidación que parte, en primer lugar, del reconocimiento de una nueva identidad jurídica, la del sujeto del derecho digital o sujeto digital¹, que, a

1 MONICA, 2021.

su vez, detenta sus propias particularidades y facultades jurídicas propias, y, en segundo lugar, de una serie de nuevas perspectivas teóricas que requieren de un análisis especializado.

De este modo, el derecho digital puede definirse como el ámbito específico de la ciencia jurídica cuyo objetivo principal radica en el análisis teórico y en la elaboración de conocimientos especializados en relación con las repercusiones jurídicas que entrañan las nuevas tecnologías digitales. Podríamos afirmar que se trata de una nueva área del derecho enfocada a los debates doctrinales en torno a los conflictos jurídicos emergentes en el entorno digital, es decir, aquellos conflictos que se dan en este nuevo espacio y que requieren de la intervención del derecho para su potencial resolución. Del mismo modo, cuando hablamos de derecho digital también nos referimos a toda una labor regulatoria para disciplinar la creación, el uso y los fines de las nuevas tecnologías digitales, especialmente cuando operan dentro de la dinámica de la red mundial de ordenadores o Internet².

Entre algunos de los aspectos más innovadores de esta nueva realidad socio-jurídica, nos encontramos con el carácter inter, supra y transnacional del entorno digital necesitado de una serie de herramientas normativas que van más allá del derecho moderno, forjado principalmente sobre los elementos clásicos westfalianos que constituyen el Estado-nación: una entidad gubernamental jurídico-pública que ejerce su soberanía sobre una determinada población en un territorio concreto bajo su jurisdicción.

Dada la naturaleza global de las dinámicas digitales³, el derecho digital se perfila como un nuevo campo normativo autónomo con caracteres iusinternacionalistas, respondiendo, de este modo, a la demanda de regulación internacional de las normas que deben guiar los comportamientos digitales, es decir, las acciones y conductas humanas (y las no humanas) que trascienden los límites tradicionales de la gestión pública del Estado-nación. Por tanto, cuando hablamos de derecho digital, nos estamos refiriendo a una

2 En la actualidad, como consecuencia de la proliferación de normas en materia de protección de datos, ha crecido el debate teórico respecto a la necesidad de determinar un nuevo campo jurídico que abarque las cuestiones relativas al entorno digital, en concreto a aquellas situaciones conflictivas derivadas del uso de las últimas tecnologías digitales. Adoptamos en el presente trabajo el término “derecho digital”, ya que ha sido el término más comúnmente utilizado para abordar la temática objeto de reflexión. Conviene subrayar que la doctrina especializada también se refiere al derecho digital como derecho informático, derecho de Internet o derecho cibernético. Véase, por ejemplo, la obra de MADRID, 2022.

3 DIAZ LAFUENTE, 2019a.

artificialidad jurídica que tiene repercusiones prácticas sobre una realidad social mucho más afectada por el derecho internacional que por el derecho nacional de los diferentes Estados-naciones⁴.

Por otra parte, al referirnos a la teoría de las generaciones de los derechos humanos⁵, estamos trayendo a colación un proceso de categorización de los derechos humanos relacionado con el propio desarrollo histórico del derecho moderno. Es decir, por un lado, estamos abordando la consolidación de los derechos humanos, también llamados derechos fundamentales, en el escenario occidental moderno regido por la tradición jurídica europea y, por otro lado, nos estamos refiriendo a la forma en la que otros Estados, que a causa de determinados procesos históricos coloniales han heredado esta tradición jurídica, han articulado su proceso de reconocimiento jurídico e institucionalización de un núcleo básico de derechos, y buscan, de esta forma, legitimar su propio ordenamiento jurídico nacional a través de la recepción de estas categorías de derechos humanos provenientes de un proceso previa de catalogación de los derechos. En la actualidad, en los albores de una nueva era digital, nos encontramos ante el nacimiento de nuevas perspectivas teóricas sobre esta categorización generacional de los derechos humanos que, a su vez, producen una serie de efectos determinados sobre los ordenamientos jurídicos modernos como resultado de las particularidades anteriormente señaladas.

Ante este contexto de cambios tecnológicos, sociopolíticos, jurídicos y, en consecuencia, identitarios en cuanto sujetos jurídicos, el objeto cardinal del presente artículo persigue el análisis de las particularidades e innovaciones que ha aportado el denominado derecho digital a la teoría de las generaciones de los derechos humanos. Nuestra finalidad principal de investigación se centra en verificar o refutar si la consolidación de una nueva categoría de derechos humanos digitales - es decir, aquellos derechos digitales que

4 Como resultado, la politización y el debate institucionalizado sobre los rumbos de la era digital pasan por la consolidación de una esfera pública digital y también de una ciudadanía digital. Véase: MONICA, 2021c.

5 En noviembre de 1977, el distinguido teórico y especialista en derechos humanos, Karel Vasak, también asesor legal para la UNESCO, presentó la teoría de las tres generaciones de los derechos humanos en un artículo escrito para el *Courier de la UNESCO*. Véase: VASAK, 1977. De acuerdo con Steven L. B. Jensen, la teoría ganó un amplio reconocimiento entre los investigadores y académicos de todo el mundo y rápidamente se integró en el léxico jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En la actualidad, sigue siendo utilizada como marco analítico para el estudio de los derechos humanos en publicaciones de reconocido prestigio como *Human Rights Quarterly* de Johns Hopkins University Press. Véase JENSEN, 2016.

podrían ser considerados como derechos humanos o fundamentales - puede interpretarse como un catálogo de derechos humanos reconocidos en las ya existentes generaciones, y cuyo ejercicio, reconocimiento y protección se trasladen al entorno digital⁶, o si, por lo contrario, dicha categoría presenta una serie de características tan específicas que requieren de una reconceptualización profunda que implique el reconocimiento de una nueva generación autónoma y diferenciada de derechos humanos.

Para abordar este debate, nos proponemos realizar una revisión cualitativa de la literatura más relevante, partiendo del estudio de las principales aportaciones doctrinales en torno al reconocimiento de los derechos digitales como derechos humanos y en relación con su ubicación dentro de las categorías reconocidas en la teoría de las generaciones de los derechos humanos. Además, cuestionamos la adecuación de dicho debate doctrinal tanto en el contexto jurídico europeo como en el latinoamericano, aplicando una sensibilidad diferenciada en relación con la categorización más adecuada en pro de una mayor efectividad y legitimidad del sistema de protección de los derechos humanos en el entorno digital.

En este aspecto, el valor añadido del presente trabajo radica en el diálogo doctrinal entre las aportaciones teóricas brasileñas y españolas como base de un análisis teórico comparativo de la cuestión abordada. De esta forma, analizaremos las principales propuestas teóricas realizadas desde ambos continentes, para, posteriormente, presentar nuestras aportaciones teóricas sobre la categorización de los derechos digitales y sobre su potencial reconocimiento en la teoría de las generaciones de derechos humanos.

2. Los derechos humanos digitales: ¿un nuevo enclave em teoría de las generaciones de los derechos humanos?

El proceso de reconocimiento internacional de los derechos digitales ha llevado a muchos sectores doctrinales a elaborar diversos análisis críticos en torno a la naturaleza de los derechos humanos en el ámbito digital, gene-

6 En trabajos anteriores comprobamos los impactos de la falta de protección judicial efectiva al sujeto en entornos digitales. Por un lado, esta ineficacia puede generar problemas en la realización de las capacidades de autonomía de los sujetos, como se argumenta en MONICA, 2021d. Por otro lado, dependiendo de las condiciones para el ejercicio de la democracia, la baja efectividad de los derechos individuales en la protección de los sujetos puede desencadenar procesos autoritarios e incluso totalitarios en entornos digitales, como se desarrolla en MONICA, 2021b.

rando un nutrido debate sobre el potencial reconocimiento de los derechos digitales dentro de la teoría de las generaciones de los derechos humanos, tradicionalmente categorizados en derechos de primera, segunda y tercera generación⁷.

Para el presente análisis, partimos de esta clasificación teórica triple, la más aceptada por la doctrina especializada⁸. De este modo, los derechos de primera generación son aquellos vinculados con la idea clásica del liberalismo de la preservación de la autonomía individual frente al poder del Estado. Esta primera generación de derechos, cuya génesis la encontramos en las revoluciones burguesas del s. XVIII, radica en la afirmación de los derechos civiles y políticos como derechos fundamentales que deben ser reconocidos por todo ordenamiento jurídico moderno.

Por su parte, los derechos de segunda generación, los derechos sociales, económicos y culturales, son fruto de las conquistas obreras de principios del s. XX que alumbraron el nacimiento del Estado social y del bienestar, arraigando en el valor jurídico de la igualdad y requiriendo una acción intervencionista y progresiva del Estado para su realización. Estos derechos van más allá del *laissez-faire* clásico que impera en el tratamiento jurídico de los derechos de primera generación, reconociendo la necesidad de que el Estado actúe para adoptar una serie de garantías que promuevan la igualdad de oportunidades de toda la ciudadanía en su conjunto.

7 Para determinados autores, el término “generación de derechos humanos” implica la idea de que existe un sentido histórico y evolutivo en la reafirmación de los derechos humanos, como si cada una de las categorías de derechos humanos fueran el resultado de las luchas sociales que han tenido lugar en distintas épocas. Por ello, prefieren el uso del término “dimensión de los derechos humanos”. Como apunta Sarlet: “la teoría dimensional de los derechos fundamentales no sólo apunta al carácter acumulativo del proceso evolutivo y al carácter complementario de todos los derechos fundamentales, sino que afirma su unidad e indivisibilidad en el contexto del derecho constitucional interno y, de manera especial, en el ámbito del moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. SARLET, 2009, p. 55. Para profundizar en el debate sobre las generaciones o las dimensiones de los derechos humanos, consulte algunos trabajos sobre el tema: PÉREZ LUÑO, 2018; SARLET, 2009; BOBBIO, 1992; SARLET, 2016.

8 Existen otras clasificaciones utilizadas por la doctrina jurídica. Norberto Bobbio (1992) ha defendido durante mucho tiempo la existencia de una cuarta generación, vinculada a los procesos más recientes de la ingeniería genética y a los debates teóricos sobre la bioética. En Brasil, el reconocido constitucionalista Paulo Bonavides (2006, p. 571-572) defendió la existencia de los derechos de cuarta generación, vinculados a cuestiones relativas a la globalización política, la democracia, la información y el pluralismo. En sus trabajos, Bonavides también propone una quinta categoría que se centraría en el derecho a la paz de toda la humanidad. Véase: BONAVIDES, 2006.

Por último, los derechos de tercera generación avanzan hacia cuestiones colectivas que afectan a la comunidad internacional. Se trata de una serie de derechos colectivos, difusos, o también denominados solidarios, que sólo pueden apreciarse en un contexto en el que la humanidad constituya el sujeto central y cuya acción principal del Estado radique en la cooperación con los otros Estados, dado que el ejercicio, la protección y la realización de aquellos no pueden ser alcanzadas sin una arquitectura jurídico-política internacional que los sostenga.

Esta categorización por generaciones resulta de fundamental importancia para definir cuáles son los derechos y las libertades fundamentales de todo ordenamiento jurídico para que, una vez reconocidos en un ordenamiento jurídico específico, se nutran de la validez y la efectividad jurídicas necesarias para la sociedad en la que estén reconocidos. De este modo, la teoría sobre las generaciones de derechos humanos nos permite identificar qué prerrogativas y facultades gozan de la consideración de derechos humanos por parte de un determinado ordenamiento jurídico.

En este sentido, podemos afirmar que la conceptualización de los derechos digitales como derechos humanos, partiendo de la tradición jurídica occidental contemporánea de los derechos humanos, pretende la identificación de aquellos derechos digitales que pueden ser calificados de fundamentales o nucleares al representar los valores normativos propios de los derechos humanos en el ámbito digital.

De esta forma, el reconocimiento de los derechos digitales, tanto por el derecho internacional como por el derecho nacional, puede también considerarse como una continuación de este proyecto de reafirmación de los valores que estructuran la sociedad occidental moderna en el entorno digital. De este modo, la discusión sobre los derechos humanos digitales y su relación con la teoría de las generaciones de derechos no consiste solo en un debate teórico, sino en una preocupación práctica por la constitución de un sistema básico de derechos digitales que debe ser reconocido y garantizado por los diversos ordenamientos jurídicos nacionales que conforman una sociedad internacional comprometida con los derechos humanos.

En consecuencia, dicha conceptualización nos permite avanzar hacia la protección y la promoción de una nueva personalidad jurídica, la del sujeto digital, o también llamado sujeto del derecho digital⁹. Es decir, nos permite

9 MONICA, 2021a.

perfilar una artificialidad jurídica que dota de una nueva identidad normativa al individuo¹⁰, reafirmando los elementos necesarios para su protección y para el cumplimiento efectivo de sus capacidades jurídicas.

En resumen, al analizar las aportaciones doctrinales sobre esta cuestión, nos encontramos, tanto en la literatura europea como en la latinoamericana relevantes, ante tres principales corrientes dogmáticas en relación con la forma en la que los derechos humanos digitales deben circunscribirse en la clasificación tradicional de las generaciones de los derechos humanos, y una propuesta doctrinal de transversalidad que también entendemos adecuada para la cuestión que aquí analizamos: (a) la corriente doctrinal que argumenta que los derechos digitales son derechos de tercera generación, atendiendo principalmente a la naturaleza iusinternacional de los mismos; (b) la corriente que promueve una nueva categoría de derechos digitales como una cuarta generación de derechos, al presentar unas especificidades que la dotan de autonomía propia; (c) la corriente teórica que apunta que los derechos digitales son “derechos posthumanos”, basándose en apreciaciones filosófico-jurídicas del propio entorno y del sujeto digitales; y (d) la corriente doctrinal que proponemos en este trabajo al defender que los derechos digitales sean reconocidos como derechos incluidos en las tres generaciones, esto es, que sean transversalizados en las tres generaciones en función de la naturaleza y régimen jurídicos de cada derecho.

De este modo, podríamos cuestionar estas perspectivas teóricas partiendo de la reflexión de si estamos ante un nuevo abanico de derechos específicamente relacionados con la sociedad de la información y las nuevas tecnologías digitales, configurándose, de este modo, una nueva generación de derechos humanos, o si, por otra parte, estamos ante los mismos derechos humanos ya previstos en las generaciones existentes, que requieren de una determinada adaptación para la consecuente integración de los denominados derechos humanos digitales¹¹.

10 Es decir, reflexionamos sobre la forma jurídica que adquiere el individuo al ser reconocido por un determinado ordenamiento jurídico. Según la teoría jurídica moderna, esta forma jurídica remite al concepto de sujeto de derecho y sus características personales, esto es, la adquisición de la personalidad jurídica y la posibilidad de ser reconocido como sujeto de derechos y deberes según un determinado ordenamiento jurídico. En el presente trabajo, afirmamos la percepción de que, dadas las particularidades del entorno digital, puede ser posible pensar en una forma de subjetividad digitalizada, un sujeto digital que sea reconocido por el derecho como sujeto de derecho digital, titular de una serie de garantías jurídicas propias en función a las particularidades de dicho entorno digital.

11 Este debate se resume en la introducción al artículo de RIOFRÍO, 2014.

Además, también podríamos preguntarnos si los avances tecnológicos anuncian la llegada de un mundo posthumano, superando el sentido del humanismo cuyos valores e ideales han ido forjando el contenido esencial de los derechos humanos. En este último caso, los derechos digitales deberían clasificarse en el marco de una nueva categoría de “derechos digitales posthumanos”¹², poniendo, de este modo, término a la era actual de los derechos humanos modernos y dando paso a una nueva era de derechos propios de una realidad en la que se desdibujan los límites entre lo humano y lo tecnológico.

En todo caso, la inclusión o la transversalización de los derechos digitales en la teoría de las generaciones de los derechos humanos presupone que los derechos humanos aún pueden operar con plena efectividad, en cuanto principios jurídicos universales, para la creación y el reconocimiento de las normas fundamentales sobre las que se constituye el denominado derecho digital, otorgándole una nueva funcionalidad a las tres categorías de análisis anteriormente enumeradas.

De hecho, las principales corrientes doctrinales que hemos identificado a lo largo de nuestro trabajo de investigación, que enumeramos como (a), (b) y (c), abogan por el reconocimiento de los derechos digitales, en primer lugar, como derechos humanos de tercera generación; en segundo lugar, como constitutivos de una nueva cuarta generación; y, por último, como propios de una clasificación diferenciada vinculada con la era posthumana a la que nos aproximamos, como explicaremos más adelante. Sin embargo, nosotros entendemos, tras un profundo trabajo de análisis en el contexto jurídico europeo y en el latinoamericano, que es factible la defensa de una cuarta postura: (d) la de la inclusión transversal de los derechos humanos digitales en las tres categorías tradicionales existentes en aras a una mayor efectividad y legitimidad de estos.

Entre las aportaciones doctrinales vinculadas a la primera corriente (a), que concibe los derechos digitales como derechos de tercera generación, Pérez Luño¹³, entre otros autores, justifica dicha conceptualización al entenderlos como derechos humanos, difusos y colectivos, como aquellos que afectan a cuestiones medioambientales, al desarrollo y a la paz entre los

12 Correlacionando este tema del fin de la noción moderna de lo humano con algunos autores que trabajan sobre la relación entre tecnología y humanidad, tenemos el trabajo de Pérez Luño. Véase: PÉREZ LUÑO, 2018.

13 PÉREZ LUÑO, 2018.

pueblos y naciones, precisamente porque los temas afectados por lo digital presentan, por sí mismos, un carácter transnacional y colectivo. De hecho, en esta línea, es reseñable que los conflictos que emergen de la convivencia en el ciberespacio y de la estructura globalizada de la red global presentan claras similitudes con las cuestiones vinculadas a la bioética y al uso de las biotecnologías¹⁴, que han sido eminentemente debatidas desde la perspectiva de los derechos transindividuales y transnacionales, precisamente porque abordan temas que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y a los efectos que éstas generan para el futuro de la humanidad en cuanto sujeto colectivo.

Al entender también los derechos humanos como un proyecto inacabado e inconcluso, esta primera corriente teórica considera los derechos digitales como derechos humanos de tercera generación, precisamente por su vínculo intrínseco y directo con los problemas de un futuro próximo, con las nuevas formas de “existencia” digital a través del uso de las nuevas tecnologías que alteran los límites de lo humano y con las cuestiones relacionadas con la calidad de vida de una sociedad cada vez más globalizada. Cuando abordamos estos temas desde los debates teóricos sobre el uso de las biotecnologías y el futuro de la humanidad, debemos partir del reconocimiento de toda una serie de beneficios, pero también de perjuicios y de desafíos, que el uso de las tecnologías digitales entraña para las generaciones actuales y futuras. En este sentido, los avances tecnológicos no pueden lograrse a costa de negar, excluir o mitigar los valores de la propia humanidad, valores que constituyen el núcleo esencial de los derechos humanos.

Por tanto, esta corriente crítica (a) necesita abordar el problema de la manipulación e instrumentalización del ser humano, dentro de los procesos de objetivación y colonización de la vida humana por las nuevas tecnologías¹⁵. Esta cuestión nos lleva a la preocupación cada vez más presente relativa a la forma en que debemos prevenir el deterioro de la intimidad

14 En 2005, la Conferencia General de la UNESCO adoptó la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, consagrando la Bioética en el ámbito de los derechos humanos internacionales. Véase: UNESCO, 2006.

15 Isaías Arana Aguila afirma: “Los nuevos colonizadores son virtuales, ya no obligan a sus provincias a pagar impuestos onerosos, ahora invaden sus mercados con productos y servicios de todo tipo, se entrometen en los hogares, en las familias, en nuestra mente, en nuestra forma de actuar. y pensar, en esencia; los mecanismos de dominación nos hacen velar por los derechos humanos”. Véase: ARANA, 2011, p. 48. Para otros debates sobre la colonización en el ámbito digital, ver: PINTO, 2018; KWET, 2019.

y de la privacidad de los sujetos¹⁶, garantizando los medios, los recursos y las garantías para el ejercicio y disfrute pacíficos de una vida digital de calidad. En especial, en relación con la búsqueda de una calidad de vida en un entorno digital equilibrado, existen muchas similitudes con los debates teóricos ya en curso en el ámbito del derecho ambiental y la ecología, temas que necesariamente requieren ser estudiados desde la perspectiva de una sociedad internacional¹⁷.

La segunda corriente doctrinal (b), por su parte, entre la que encontramos a autores como Riofrío (2014), Arana (2011) y Bustamante (2001), que defienden que los derechos digitales conforman una nueva y autónoma cuarta generación de derechos humanos, parte de la idea de que nos encontramos ante un nuevo abanico de derechos humanos, aquellos relacionados específicamente con el contexto de la sociedad de la información y de las tecnologías digitales. La evolución del mundo digital ha hecho que estos nuevos derechos adquirieran características tan peculiares que necesitan de un tratamiento jurídico diferenciado, tratamiento que justificaría la constitución de una nueva generación de derechos que se diferenciaría de las anteriores por sus especificidades.

Para Riofrío¹⁸, los derechos digitales difieren de los derechos humanos recogidos en las tres generaciones anteriores. Aunque puedan presentar características que servirían para clasificarlos en las distintas generaciones clásicas de derechos humanos, hacen referencia a un nuevo sector de la sociedad, el entorno digital, y a unos nuevos sujetos titulares de tales derechos, los

16 Algunos estudiosos incluso señalan que es imposible extender la misma noción de privacidad del mundo analógico al mundo digital. Por ello, defienden el fin de la privacidad en sus formas tradicionales. El debate sobre este concepto de “postprivacidad” es aún muy incipiente, existiendo pocas publicaciones científicas sobre el tema. El autor alemán Pircher Verdoffer Georg publicó uno de los primeros libros sobre el tema: “Post-Privacy: Gesellschaftliche Chancen und Risiken einer aufkeimenden Transparenzkultur. AV Akademikerverlag, 2014. Otros autores han publicado, abiertamente en Internet, ensayos y noticias en periódicos sobre el tema. Solo como ejemplo, tenemos nombres como Gary Younge (<https://www.theguardian.com/commentisfree/cifamerica/2012/apr/02/social-media-and-post-privacy-society>), Thomas A. Bass (<https://theamericanscholar.org/our-post-privacy-world/>), Bruce Craig (<https://medium.com/swlh/post-privacy-the-data-class-divide-f86a0c0ec7fc>), y Nova Spivack (<https://www.wired.com/insights/2013/07/the-post-privacy-world/>).

17 Este punto se relaciona con el cuarto pilar del documento de la UNESCO titulado “Los pilares para la promoción de sociedades del conocimiento inclusivas”, que aborda la promoción de una ecología de Internet y un entorno digital saludable y comprometido con el bienestar de las personas. Véase: UNESCO, 2017.

18 RIOFRÍO, 2014, p. 17.

usuarios de las tecnologías digitales. Para justificar su argumento, el autor enumera las características esenciales del mundo digital¹⁹, alegando que nos encontramos ante un universo incompatible con el mundo no digital. Por tanto, el autor establece una lista de derechos digitales que presentan una fisonomía propia, imposibilitando su asignación a las tres categorías de derechos humanos ya existentes²⁰. Con ello, aboga que nos encontramos ante una cuarta generación de derechos humanos compuesta exclusivamente por los derechos digitales. En la misma línea, Arana²¹ sitúa los derechos digitales como una cuarta generación de derechos, en el marco de un “futuro digital de los derechos humanos”²². Y en 2018, diversos investigadores de la Universidad de Deusto se unieron para redactar una declaración de los derechos humanos en entornos digitales, planteando en su preámbulo la necesidad de crear una nueva cuarta generación de derechos fundamentales en la era digital²³.

19 Las principales características del mundo digital serían: (a) un mundo de exposición e interconexión, garantizando los enlaces de comunicación; (b) un mundo reflexivo, una imagen del mundo real, su representación digital; (c) un mundo sin espacio físico; (d) un mundo cuya noción del tiempo es relativa, frente a la forma tradicional de percibir la temporalidad; (e) y un mundo de libertad y responsabilidad ampliadas, en el que al mismo tiempo parecemos tenerlas sin límites, pero por otro lado, estamos vigilados y restringidos en nuestra privacidad. Véase: RIOFRÍO, 2014, pp. 19-24.

20 Para el autor, los derechos digitales son: (a) el derecho a existir digitalmente; (b) el derecho a la identidad digital; (c) el derecho a la reputación o estima digital; (d) el derecho a la libertad y responsabilidad digital; (e) el derecho a la privacidad digital, el derecho al olvido y el derecho al anonimato; (f) el derecho al domicilio digital; (g) el derecho a la gran réplica, a la impugnación en su sentido más amplio; (h) el derecho a la técnica y actualización; (i) el derecho a la ciberpaz y la seguridad de la información; (j) el derecho a un testamento digital. Véase: RIOFRÍO, 2014, pp. 30-31.

21 ARANA, 2011. Para el autor, estos derechos serían, además de algunos que ya fueron señalados en la nota anterior, el propio derecho de acceso a Internet, la libertad de expresión propia de Internet y la comunicación virtual como derecho humano. Todos los derechos se enumeran en su propuesta de Declaración de Derechos Humanos en el Ciberespacio.

22 En 1996, John Perry Barlow ya había hecho algo similar, proponiendo su “Declaración de Independencia del Ciberespacio”, afirmando que la Declaración era como un nuevo contrato social dirigido al ámbito digital. Véase: BARLOW, 1996.

23 DEUSTO, 2018. La Declaración enumera los derechos fundamentales para la era digital, a saber: el derecho al olvido en Internet; el derecho a desconectarse de Internet; el derecho al “legado digital”; el derecho a la protección de la integridad personal frente a la tecnología; el derecho a la libertad de expresión en la web; el derecho a la identidad personal digital; el derecho a la privacidad en entornos tecnológicos; el derecho a la transparencia y responsabilidad en el uso de algoritmos; el derecho a tener un último recurso humano en las decisiones de los expertos; el derecho a la igualdad de oportunidades en la economía digital; el derecho a las garantías del consumidor en el comercio digital; el derecho a la propiedad intelectual en la red; el derecho a la accesibilidad universal a Internet; el derecho a la alfabetización digital; el derecho a la imparcialidad de la red; el derecho a una red segura.

Al repensar la condición humana en el marco de la sociedad tecnológica, Bustamante ya apuntaba en 2001 la necesidad de crear una cuarta generación de derechos²⁴. En un texto más reciente, Bustamante²⁵ reactualiza y defiende este argumento profundizando en el contexto y en los valores propios que definen cada una de las generaciones de derechos humanos. De este modo, los derechos civiles y políticos de primera generación provienen de la tradición constitucionalista y del Estado liberal de derecho, siendo expresión de la libertad de las personas. Por su parte, los derechos de segunda generación parten del pensamiento humanista y socialista, siendo la expresión de la igualdad entre los individuos y exigiendo la intervención del Estado a través de los derechos sociales. Y, por último, los derechos de solidaridad que caracterizan a la tercera generación, propia del contexto de la segunda mitad del siglo XX, protegen los derechos colectivos de los grupos minoritarios, el medio ambiente y otros intereses colectivos y difusos. Ahora, con la era digital, contamos con unos nuevos valores, unos nuevos derechos y unas nuevas estructuras sociales que están afectando y transformando todos los ámbitos de nuestra vida. Del mismo modo, el autor también destaca la existencia de un nuevo modelo de ejercicio de la ciudadanía, que necesita de una nueva categoría para englobar la ciudadanía digital en tres dimensiones²⁶.

Para Bustamante, la ciudadanía digital resulta fundamental para justificar la creación de una cuarta categoría de derechos humanos, ya que los demás derechos digitales podrían, para el autor, enmarcarse en las categorías preexistentes. Considera el autor que vamos hacia una “hiper-ciudadanía”, una práctica más profunda de participación política a través de la ciudadanía digital²⁷, que, a su vez, es consecuencia de una dinámica de reconocimiento y efectivización de estos derechos de cuarta generación²⁸.

24 BUSTAMANTE, 2001.

25 BUSTAMANTE, 2001, pp. 1 y 2.

26 En este sentido, Bustamante argumenta: “En primer lugar, como ampliación de la ciudadanía tradicional, enfatizando los derechos relacionados con el libre acceso y uso de la información y el conocimiento, así como la reivindicación de una interacción más sencilla y completa con las Administraciones Públicas a través de las redes telemáticas. En segundo lugar, la ciudadanía entendida como la lucha contra la exclusión digital, a través de la inserción de colectivos marginados en el mercado laboral en una Sociedad de la Información (políticas de profesionalización y formación). Finalmente, como elemento que requiere políticas de educación ciudadana, creando una inteligencia colectiva que asegure una inserción autónoma de cada país en un mundo globalizado”. Véase: BUSTAMANTE, 2001, p. 2.

27 Para una otra argumentación a respecto de la ciudadanía digital, véase: MONICA, 2021c.

28 Este argumento tuyo está relacionado con la idea de Jovan Kurbalija de que nos enfrentamos

En relación con la tercera corriente doctrinal (c), que considera los derechos digitales como derechos posthumanos, ésta defiende el argumento de que los avances tecnológicos actuales nos están llevando al final de la era humana²⁹ y que hemos iniciado una nueva era: la transhumana o posthumana³⁰. La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras los transhumanistas sostienen que la tecnociencia debe contribuir a la mejora, pero no a la suplantación de la especie humana, los posthumanistas postulan la superación de lo humano por una suprahumanidad como resultado natural del progreso del desarrollo científico³¹. Sin embargo, como explica Pérez Luñes³², las expresiones transhumanismo y posthumanismo son fruto de nuestro tiempo y, en su sentido más común, se usan como sinónimos. Según el autor, ambas expresiones nos llevan a reivindicar el derecho a investigar y a utilizar, con total libertad, los avances de la tecnociencia para lograr la mejora o potenciación de las capacidades físicas y mentales de las personas. Al mismo tiempo, ambos conceptos expresan una tendencia a trascender los límites naturales, biológicos o sociales que condicionan el pleno desarrollo de nuestra existencia.

En esta línea, Stefano Rodotà³³ afirma que el ser humano está abandonando su estado “natural” y está entrando en una dimensión artificial o, cuanto menos, híbrida entre lo humano y lo artificial. Es decir, nos encontramos ante otro cuerpo, un cuerpo como “objeto conectado”, una “nano-bio-info-neuro-máquina”. Usando los argumentos de Barrat³⁴, Rodotà destaca que el avance de las tecnologías de inteligencia artificial nos conducirá al final de la era humana. Así, el gran interrogante que cuestiona es si, con el declive del ser humano, “desaparecerán los derechos humanos y, con ellos, los principios de dignidad e igualdad, o si se extenderán a otras especies

a una gran demanda de “ciudadanía digital”, ya que casi todas las áreas de nuestra vida se ven afectadas por las tecnologías digitales. Véase: KURBALIJA, 2016, p. 9.

29 Para un debate sobre los avances tecnológicos y el fin de la era humana, véase: BARRAT, 2017.

30 Otras fuentes para este debate son: SARTORI, 1998; HARARI, 2016; MASUDA, 1987.

31 Hay dos tendencias en valorar este avance tecnológico y suplantarlo al humano, las que tienen un tono más optimista y las que tienen un tono más pesimista, aunque todas intentan señalar los beneficios y perjuicios de las tecnologías. El objetivo de este trabajo no es hacer un juicio de valor sobre cuál de estas tendencias es la más correcta, sino solo resaltar los argumentos más relevantes de ambos lados.

32 PÉREZ LUÑO, 2018, p. 138, nota 3.

33 RODOTÀ, 2018.

34 BARRAT, 2017.

vivas y al mundo de los objetos”. La primera parte de la pregunta de Rodotà asume un enfoque radical, que la tecnología irá más allá de las decisiones políticas basadas en los valores y la tradición de los derechos humanos, ya que los avances tecnológicos traerán consigo un cambio en el sentido mismo de la humanidad y en los valores que sustentan el orden jurídico internacional. Esta misma idea es también defendida por Pérez Luño, quien entiende que nos enfrentamos a cambios profundos en el sentido central de los derechos humanos por el proceso de vaciamiento de las principales libertades ciudadanas en el entorno digital, por inadecuación a las dinámicas y por las necesidades de este nuevo espacio.

La segunda parte del cuestionamiento de Rodotà, a su vez, nos lleva a la posibilidad de entender que el desarrollo de los derechos digitales puede acarrear la expansión del ámbito subjetivo de los derechos humanos y la posibilidad de ser aplicados más allá de lo humano. Como partimos de la premisa de que uno de los principales roles del derecho frente a las innovaciones, inseguridades e incertidumbres sobre el futuro consiste en determinar parámetros normativos preventivos frente a los riesgos a los que nos podamos enfrentar, resultará inevitable actualizar el sentido de los derechos humanos y, en consecuencia, lo que entendemos por sujeto de derechos humanos, ya que necesitaremos ampliar el ámbito de aplicación a nuevas y complejas situaciones que pueda entrañar la era digital. Al mismo tiempo, para Eduardo Bittar³⁵, el derecho debe detentar una “actitud de anticipación reflexiva” en relación con los riesgos y los efectos inciertos de las nuevas tecnologías. Por lo tanto, podría resultar necesaria la creación de un “estatuto de sujetos de derechos posthumanos”, abriendo la oportunidad de reestructurar una nueva teoría del derecho, especialmente en lo que se refiere a la subjetividad jurídica.

Finalmente, proponemos en este trabajo una cuarta postura (d), en la que defendemos que los derechos digitales son derechos humanos que no requieren de ninguna categorización ulterior al poder verse reconocidos en las tres generaciones tradicionales de derechos humanos. Nos encontraríamos ante los mismos derechos individuales, políticos, sociales, colectivos, difusos y solidarios en un entorno distinto con caracteres propios: el entorno digital. De este modo, los sujetos y los derechos son prácticamente los mismos, pero lo que muda es el entorno en el que interactúan y se interrelacionan, que

35 BITTAR, 2019.

requiere de una adaptación de las normas, las garantías y los procedimientos para el efectivo ejercicio de los derechos.

En este sentido, del amplio abanico de los denominados derechos digitales, deberíamos ir aplicando cada uno de los caracteres que identifican la naturaleza de cada una de las tres generaciones de derechos humanos para poder identificar su potencial categorización como derecho humano digital. Sirva de ejemplo: los derechos digitales de primera generación serían aquellos relacionados con la protección del individuo, la protección de su privacidad o el ejercicio de su libertad de expresión o de culto en Internet. Por su parte, los derechos laborales en entornos digitales, los derechos de alfabetización y de educación digital, entre otros, podrían ser considerados derechos de segunda generación³⁶. Y, en su caso, los derechos digitales referidos al medio ambiente y a la ecología digital, como la denominada “netiqueta”, o el tan debatido diseño accesible de las nuevas tecnologías, podrían ser considerados derechos humanos digitales de tercera generación.

Este enfoque de transversalización en esta última corriente doctrinal (d), parte de un proceso de constante adaptación de la categorización jurídica de los derechos humanos atendiendo a la evolución de la sociedad, conceptualizando los derechos humanos como un proyecto de progresiva configuración, siempre inacabado e inconcluso. Bustamante, en esta línea, afirma que una de las mayores amenazas al ejercicio de las libertades en el ámbito digital no proviene de agresiones directas a los derechos en sí mismos, sino de la falta de adaptación de estos a futuros y desconocidos contextos sociopolíticos y tecnológicos. De este modo, la mejor manera de evitar que un derecho devenga inefectivo, por encontrarse descontextualizado y desvinculado a la realidad social que regula, radica en buscar siempre su actualización y su readaptación en función del constante devenir de los nuevos tiempos. El mero hecho de que determinados Estados y organismos internacionales ya hayan regulado, o se encuentren en ciernes de hacerlo, determinados derechos digitales, nos permite identificar qué posibles derechos humanos digitales corresponden a las respectivas generaciones de derechos existentes.

36 DÍAZ LAFUENTE, 2019b.

3. Análisis crítico de las distintas categorizaciones de los derechos humanos digitales

Una de las principales funciones de las diferentes categorías de derechos humanos consiste en servir de guía valorativa o de patrón de adecuación en relación con los caminos normativos que instituímos para la vida en sociedad, principalmente porque necesitamos de un núcleo básico de derechos para garantizar la legitimidad de los ordenamientos jurídicos modernos. Además de aportar este sustrato jurídico material en relación con el contenido esencial de los derechos humanos, necesario para reconocer e institucionalizar las prerrogativas y las facultades de los seres humanos, los derechos humanos sirven como instrumento para limitar la voluntad de la mayoría y las relaciones de dominación económicas y políticas, siendo uno de los mecanismos más garantistas de la protección de las minorías sociales y de los grupos vulnerables, evitando situaciones de abuso de poder y autoritarismo³⁷.

Conviene destacar que, a su vez, las generaciones de derechos son manifestación de un determinado contexto histórico y temporal y, en consecuencia, no pueden ser apreciadas como la síntesis de un proceso que ocurre de forma similar en cada una de las sociedades ni en todas las etapas históricas. El sentido histórico de las generaciones de los derechos humanos nos hace repensar cada derecho humano en cuanto proceso de conquista sociopolítica y de reafirmación de los valores europeos³⁸. Países como Brasil, y otros países latinoamericanos, presentan una historia de conquista de derechos que no encaja exactamente con la cronología evolutiva de las generaciones clásicas de los derechos humanos³⁹.

En consecuencia, lo que podemos deducir de este nutrido debate teórico es la afirmación de que las generaciones de derechos humanos son categorías útiles, y por tanto funcionales, para el análisis teórico y académico que persigue la definición de qué derechos deben ser considerados derechos humanos o fundamentales dentro de un determinado sistema jurídico, función

37 A respecto del autoritarismo digital, véase: MONICA, 2021b.

38 Este sentido histórico está en la teoría de las garantías de derechos propuesta por Marshall. Véase: MARSHALL, 1967.

39 Según José Murilo de Carvalho, en Brasil, el mayor énfasis en relación con los derechos está en los derechos sociales de segunda generación. Los derechos civiles, que serían la primera fase de las categorías, siguen siendo inaccesibles para la mayoría de la población. Véase: CARVALHO, 2009.

operativa y garantista que va más allá de la conceptualización de los mismos en cuanto síntesis de determinados procesos históricos. Es decir, en este sentido, debemos diferenciar entre la lógica funcional de la categorización de los derechos humanos, en otras palabras, la determinación de categorías que nos sirven para clasificar los derechos en función de su importancia para las sociedades, y la forma en que cada una de estas sociedades proceda de forma efectiva al reconocimiento jurídico de los derechos humanos.

En este último caso, la mayoría de los países, en los procesos de codificación de sus ordenamientos jurídicos nacionales, no atienden directamente a la adaptación de los derechos humanos de acuerdo con las diferentes generaciones de derechos, sino directamente a la resolución de potenciales problemas normativos y a la identificación de los derechos fundamentales a través de la renovación de los derechos o, en su caso, de su nueva creación. La categorización de los derechos resulta, al fin y al cabo, una tarea teórica; mientras que su positivización es una tarea política y jurídica de resolución de conflictos concretos de la realidad social que regula.

La primera (a) y la segunda (b) posturas doctrinales analizadas, aquellas que consideran los derechos digitales como derechos humanos de tercera generación o de una nueva cuarta generación respectivamente, sustentan su argumentación teórica dentro de un orden histórico de conquista progresiva y cronológica de derechos, que no siempre es apreciables en aquellos países que no están dentro del eje Norte-global⁴⁰. Es decir, radican en la observación de hechos concretos en determinados contextos temporales que solidifican el “espíritu de una época”, espíritu que proporcionaría la justificación histórica para la reafirmación de las categorías de derechos: un momento de conquista del Estado liberal para la institución de los derechos individuales, civiles y políticos; posteriormente, una fase histórica en la que emergen las luchas sociopolíticas por el Estado del bienestar para la afirmación de los derechos programáticos: sociales, económicos y culturales; y, por último, una etapa más reciente, la de la sociedad globalizada, en la que se promueve la defensa de unos derechos transindividuales y transnacionales.

En la segunda corriente doctrinal, entre otros autores, Péres Luño defiende que los derechos digitales deben enmarcarse como derechos hu-

40 Para evitar esta categorización basada en un contexto que no es igual para todas las sociedades, algunos autores defienden la sustitución del concepto de generaciones por el de dimensiones de derechos, superando la perspectiva generacional de un proceso histórico acumulativo de derechos humanos.

manos de tercera generación porque se trata de una categoría en la que se reconoce la realidad tecnológica y científica del presente y sus proyecciones del futuro. En este caso, los derechos humanos operan como instrumentos para hacer frente a los nuevos rumbos de la tecnociencia, extrayendo el máximo potencial de los avances científicos y tecnológicos y, al mismo tiempo, estableciendo un sistema de garantías para que el progreso no afecte a nuestras libertades y no implique la negación de nuestros valores que dotan de sentido a la propia humanidad. El problema que podríamos identificar en este argumento es el de ubicar dentro de una misma categoría derechos que revisten significados diferentes y que responden de forma más apropiada a otras generaciones de derechos humanos, como es el caso de los derechos que protegen la libertad individual y la privacidad de los sujetos en el entorno digital, cuya clasificación natural nos remite a los derechos humanos de primera generación.

En este sentido, esta postura doctrinal parece más preocupada por el impacto de las innovaciones tecnológicas desde una perspectiva global, que en atender al significado material particular que estos nuevos derechos pueden presentar, dependiendo del contexto social de cada país. Desde nuestra opinión, abogamos por concebir los procesos que conforman el ámbito de aplicación del derecho digital de la forma más plural y diversa posibles, atendiendo a las especificidades de cada sociedad, como en el caso de aquellas sociedades con una baja protección de los derechos individuales. La clasificación de los derechos digitales únicamente en la tercera generación de derechos humanos podría reducir las potencialidades emancipatorias de los derechos humanos digitales, dejando al margen la efectividad jurídica que presentan las dos generaciones de derechos humanos anteriores. Por otro lado, su principal aspecto positivo consiste en la toma en consideración de las características propias de los derechos digitales en un orden internacional globalizado y del necesario reconocimiento de los derechos digitales derechos transnacionales y transindividuales.

En la doctrina europea, es esta segunda postura, que entiende que los derechos digitales deben constituir una nueva cuarta generación, la que ha adquirido un mayor protagonismo. La comprensión de que los derechos digitales presentan ciertas especificidades que requieren su propia categorización autónoma está vinculada al enfoque histórico-generacional de estos derechos. Es decir, nos encontraríamos ante una cuarta generación porque los derechos digitales son el resultado de los cambios sociales más recientes

producidos por el impacto de las nuevas tecnologías digitales. A pesar del gran número de adeptos entre los teóricos occidentales, esta perspectiva aún conlleva la tan criticada cuestión de vincular el contexto histórico y sociológico de las naciones del Norte global a la configuración (y reconfiguración) de los derechos humanos, no respondiendo de la forma más adecuada a las necesidades específicas de otros contextos, especialmente el de las sociedades que presentan un proceso de modernización específico, como en el caso de los países del Sur global.

En la tercera postura doctrinal (c), que aboga por concebir los derechos digitales como derechos posthumanos, nos encontramos a quienes entienden el concepto de ser humano como insuficiente para englobar las novedades que traen consigo las nuevas tecnologías digitales, especialmente cuando debemos abordar temas como la inteligencia artificial, los robots, la nanotecnología y otras cuestiones que problematizan los límites entre lo humano y las tecnologías. Sin embargo, a pesar de la agudeza y la pertinencia de los análisis posthumanistas, este enfoque nos plantea dos cuestiones de difícil resolución. En primer lugar, no presenta un modelo normativo alternativo como propuesta de un derecho digital posthumano, dejando abierta la forma en cómo debemos resolver los conflictos jurídicos de la era digital. Ante los temas urgentes generados por el avance de las nuevas tecnologías, la instrumentalización y la cosificación del ser humano, la colonización digital de las naciones fuera del eje del Norte global y la necesidad de establecer un proyecto sobre cómo enfrentar el futuro de la sociedad digital, esta perspectiva nos deja huérfanos de protección normativa.

En segundo lugar, las tecnologías digitales presentan diferentes efectos en las sociedades, dependiendo de la etapa de desarrollo por la que atraviesa cada una de ellas. Si bien algunas sociedades ya cuentan con un grado avanzado de desarrollo tecnológico, otras aún no sufren un impacto digital tan relevante, debido a otras cuestiones sociales, políticas y económicas aún pendientes de resolución. De hecho, como destaca un reciente informe de 2021 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la agencia especializada de las Naciones Unidas para las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), la capacidad de conexión a Internet en el mundo sigue siendo profundamente desigual: más de 2.900 millones no tienen acceso a Internet, de los cuales el 96 por ciento vive en países en desarrollo⁴¹.

41 ITU. The UN Specialized Agency for ICTs. Facts and Figures 2021: 2.9 billion people still offline. Disponible en: <https://www.itu.int/hub/2021/11/facts-and-figures-2021-2-9-billion->

En último término, nuestra propuesta (d), aquella postura en la que concebimos los derechos digitales como derechos pertenecientes a las tres generaciones de derechos humanos, resulta una alternativa teórica viable, siempre y cuando no se cuestionen en profundidad las similitudes y las diferencias materiales de cada uno de los derechos humanos, aceptándose los derechos digitales como un paso más en la constante evolución y en el desarrollo de las sociedades actuales. En este contexto, podríamos entender que el sujeto del derecho digital es el mismo sujeto del derecho moderno, que interactúa en el contexto digital, sin presentar características novedosas de mayor relevancia en cuanto a su subjetividad jurídica. Al fin y al cabo, la preocupación política de los Estados consiste más en resolver los problemas y conflictos digitales que en abordar aquellas cuestiones teóricas aquí planteadas suscitadas desde la academia.

En este sentido, tal vez esta sea esta postura que defendemos la que abogue por la propuesta más adecuada para la constitución de una serie de garantías jurídicas sensibles a los ya diversos contextos sociales existentes en los países, dado que necesitamos encontrar una serie de condiciones para la emancipación del sujeto específicamente relacionadas con la realidad social en la que vive, y con todas sus circunstancias, de manera que puedan constituirse garantías efectivas para su liberación personal, partiendo de un reconocimiento de los desafíos y efectos producidos por las relaciones de poder y las estructuras de dominación presentes en nuestras sociedades⁴².

Como los países atraviesan por diferentes procesos de modernización y digitalización, con matices, temporalidades y problemáticas específicas, no sería adecuado decir que los derechos digitales son, en esencia, derechos de un contexto posmoderno, o que corresponden a una época que está más allá del concepto moderno de humanidad. Por otra parte, también debe destacarse que la propuesta doctrinal que defendemos (d) no cuestiona en profundidad las novedades que aporta el derecho digital y tampoco identifica los posibles conflictos jurídicos que puedan surgir a la hora de aplicar la misma técnica jurídica a cuestiones que sólo existen en el entorno digital,

-people-still-offline/. Consultado por última vez el 19 de septiembre de 2022. Además, aunque progresivamente se va reduciendo la brecha de género digital, ésta sigue siendo particularmente pronunciada en África (el 35 % de los hombres frente al 24 % de las mujeres) y los Estados árabes (el 68 % de los hombres frente al 56 % de las mujeres).

42 En este sentido, necesitamos buscar instrumentos que preserven las capacidades de autonomía de los sujetos en entornos digitales. Véase: MONICA, 2021d.

notoriamente cosmopolita, globalizado e internacional e incompatible con los modelos jurídicos más tradicionales.

4. Conclusión

Como señalamos en la introducción, el objetivo de este artículo ha consistido en cuestionar y reflexionar la forma en que los derechos digitales pueden ser incluidos y apreciados dentro de las distintas generaciones de derechos humanos, con la finalidad principal de aportar nuestras consideraciones teóricas sobre el reconocimiento y la efectividad del ámbito de aplicación material y subjetivo de tales derechos humanos digitales. Este debate nos ha permitido repensar los procesos de legitimación de los derechos digitales, así como analizar la cristalización jurídica de las necesarias garantías para la protección de los sujetos del derecho digital.

Además, mediante un proceso comparativo entre los efectos de esta categorización en Europa y en América Latina, partiendo de los análisis doctrinales de la academia brasileña y española, hemos podido visualizar los desafíos y las consecuencias de los distintos modelos teóricos a la hora de hacer frente a las cuestiones específicas de cada contexto social individualizado, evitando caer en respuestas homogeneizadoras e insensibles con la diversidad sociopolítica existente en la comunidad internacional.

A través de este proceso de análisis y de diálogo comparativo, llegamos a la conclusión de que cada contexto regional y nacional responde de mejor manera a una postura teórica diferente. En el escenario español parece surgir la necesidad teórica de que los derechos humanos digitales sean reconfiguradas en cuanto a un grupo específico de derechos humanos, requiriendo el reconocimiento de una cuarta categoría autónoma de derechos humanos, siguiendo la tercera propuesta doctrinal analizada en el presente trabajo.

A diferencia de los países de América Latina, que han sufrido procesos de colonización e imposición de tradiciones jurídicas externas, los países europeos presentan un continuo histórico que les ha permitido consolidar conforme a sus circunstancias sociopolíticas y culturales las garantías y los mecanismos de protección de los derechos humanos y de las libertades públicas fundamentales. Es por lo que, ante un contexto innovador y diferenciado como el que nos trae el entorno digital, con unas especificidades claramente diferenciadas, resulte pertinente el planteamiento de una nueva y cuarta categoría de derechos humanos.

Por otro lado, destacamos que el reconocimiento de una nueva categoría diferenciada para los derechos digitales puede presentar inconsistencias sistémicas o axiológicas en relación con la forma en que fueron categorizadas las generaciones de derechos en su aspecto teórico. Si bien las generaciones presentan, en el contexto europeo, una naturaleza histórica que responde a los distintos períodos históricos de conquistas sociopolíticas, también entrañan cada una de ellas una serie de valores (autonomía individual, igualdad social, solidaridad internacional), vinculados a los diversos tipos de derechos: individuales y civiles; sociales, económicos y culturales y colectivos o difusos. Al apreciar el catálogo de los derechos digitales, no podemos dejar de afirmar que son derechos que corresponden, cada uno de ellos, a una de estas tres categorías (el derecho civil a la protección de datos digital, el derecho social a la educación digital, el derecho solidario al uso sostenible de las nuevas tecnologías, etc.). De este modo, reconocerlos como una nueva categoría nos llevaría, indudablemente, a concluir que los derechos digitales son derechos pertenecientes a las tres categorías anteriores que, no por el hecho de gozar de una naturaleza axiológica o valorativa propia o diferenciada, motivo por el que se entienden constituidas las generaciones anteriores de derechos, sino por las especificidades del entorno digital en el que son ejercidos y garantizados, constituyen una nueva generación.

Por su parte, en relación con los sistemas jurídicos latinoamericanos, en especial referencia al brasileño, el proceso de consolidación de los derechos fundamentales exige cierta cautela y sensibilidad al contexto histórico y social de apropiación, consolidación y arraigo de las medidas y garantías jurídicas para el efectivo ejercicio de los derechos humanos atendiendo a las especificidades históricas y culturales. En este sentido, la cuarta propuesta doctrinal, por la que consideramos los derechos digitales como derechos humanos pertenecientes a las tres generaciones tradicionales, cuya institucionalización jurídico-política en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos no atiende a un proceso cronológico extendido en el tiempo de consolidación progresiva y generacional de derechos humanos como el europeo, sino que responde a procesos postdictatoriales de democratización reciente y a un reconocimiento caleidoscópico de las tres generaciones, parece, en nuestra opinión, atender de forma más prudente a la necesaria efectividad de los derechos digitales.

Como conclusión, dado que los derechos digitales constituyen un fenómeno jurídico reciente, entendemos que su categorización en la teoría de

las generaciones de derechos aún requiere de tiempo para observar cómo los diversos ordenamientos jurídicos acaban por reconocer la efectividad y la legitimidad de estos. En cualquier caso, si nuestra preocupación es la consolidación de un núcleo básico de derechos digitales para la realización del contenido esencial de los derechos humanos en el entorno digital, debemos repensar los diversos contextos de aplicabilidad de la teoría de los derechos humanos. El contraste entre las perspectivas doctrinales de América Latina y Europa nos sirve para constatar que una adecuada aplicación de la teoría de las generaciones de los derechos humanos necesita partir de la consideración de los diversos procesos históricos de conquista, apropiación y cristalización jurídicas de los derechos humanos, tanto en el contexto europeo como especialmente en el contexto latinoamericano. De este modo, para nosotros, la cuarta corriente doctrinal aquí destacada, en la que abogamos por el reconocimiento de los derechos digitales como derechos humanos de las tres generaciones ya existentes, se presenta como la más efectiva, viable y garantista ante un contexto sociopolítico y tecnológico de constante cambio y evolución y un escenario jurídico internacional conformado por procesos constitucionales y democráticos diversos.

Referencias

- BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Disponible em: <https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>. Acceso em agosto de 2022.
- BARRAT, James. *Nuestra invención final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana*. Paidós: México, 2017.
- 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*, vol. 10, n. 2, pp. 933-61, abr./jun. 2019.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- BUSTAMANTE DONAS, Javier. Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica.

- Revista electrónica CTS+I*, n. 1. Organización de Estados Iberoamericanos, p. 1-21, set./dez. 2001.
- BUSTAMANTE DONAS, Javier. La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales. *Revista TELOS* (Revista de Pensamiento, Sociedad y Tecnología). n. 85, p. 1-13, dez. 2010.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 2009.
- DEUSTO. Declaración Deusto: Derechos Humanos en Entornos Digitales. Bilbao, 2018. Disponible en: <https://www.deusto.es/document/deusto/es/declaracion-.pdf>. Acceso em agosto de 2022.
- DÍAZ LAFUENTE, José. “Los desafíos de la sociedad global digitalizada y la protección de datos personales. Análisis de la elaboración de perfiles en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”. En García Mahamut et al. *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado. Especial referencia a la LO 3/2018 de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales*. Tirant lo Blanch. p. 287-310, 2019.
- DÍAZ LAFUENTE, José. “Derecho a la educación digital”. En Arenas Ramiro et al. *Protección de datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*. SEPIN Editorial Jurídica. p.353-365, 2019.
- HARARI, Yuval. N. *Homo Deus: Breve historia del mañana*. Debate: Madrid, 2016.
- ITU. The UN Specialized Agency for ICTs. Facts and Figures 2021: 2.9 billion people still offline. Disponible en: <https://www.itu.int/hub/2021/11/facts-and-figures-2021-2-9-billion-people-still-offline/>. Consultado por última vez el 19 de septiembre de 2022.
- JENSEN, Steven L.B. *The Making of International Human Rights The 1960s, Decolonization, and the Reconstruction of Global Values*. Cambridge University Press, 2016.
- KURBALIJA Jovan. *Uma introdução à Governança da Internet*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.
- KWET, M. Digital Colonialism: US Empire and the New Imperialism in the Global South. *Race & Class* 60. n. 4, pp. 1-20, abr. 2019.
- MADRID Parra, Agustín, et al. *Derecho digital y nuevas tecnologías*. Aranzadi, 2022.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

- MASUDA, Yoneji. *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*. Fundesco & Tecnos: Madrid, 1987.
- MONICA, Eder Fernandes. Ensaio para se pensar a proteção do sujeito de direito digital no Brasil. In: COSTA, Maria A. N. (Org.). *Qual o caminho do Brasil? Instituições, Cultura e Política no Século XXI*. Vol. 1. 1ed. Curitiba: Appris, 2021a, pp. 279-298.
- MONICA, Eder Fernandes. El tecnototalitarismo de la sociedad digital y los riesgos para la democracia y para los sujetos. In: MONICA, Eder F.; HANSEN, Gilvan L.; BLÁZQUÉZ, Guillermo S. (Org.). *Democracia, Totalitarismo y gestión institucional: lecturas transversales*. Vol. 1. 1 ed. Madrid: Editorial Dykinson, 2021b, pp. 284-309.
- MONICA, Eder Fernandes. Cidadania na esfera virtual: perspectivas discursivas a partir da teoria do direito moderno. In: ÁLVAREZ, Antón. L. F.; HANSEN, Gilvan. L; BLÁZQUÉZ, Guillermo S. (Org.). *Ciudadanía en una perspectiva Global*. Vol. 1, 1. ed. Madrid: Editorial Dykinson, 2021c, pp. 9-29.
- MONICA, Eder Fernandes. El problema de la heteroformación de la identidad digital: fundamentos del principio de autodeterminación informativa. In: *Revista Confluências*, Niterói, v. 23, pp. 118-143, 2021d.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. In: BARRIO ANDRÉS, Moisés; TORREGROSA VÁZQUEZ, José. *Sociedad Digital y Derecho*. Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, 2018, pp. 137-155.
- PINTO, Renata Ávila. ¿Soberanía digital o colonialismo digital? Nuevas tensiones alrededor de la privacidad, la seguridad y las políticas nacionales. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*. vol. 15, n. 27, pp. 15-28, 2018.
- RODOTÀ, Stefano. Del Ser Humano al Posthumano. In: BARRIO ANDRÉS, Moisés; TORREGROSA VÁZQUEZ, José. *Sociedad Digital y Derecho*. Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, 2018, pp. 87-94.
- RIOFRÍO Martínez Villalba, Juan Carlos. La cuarta ola de derechos humanos: Los Derechos Digitales. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. vol. 25, n. 1, p. 15-45. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- SARLET, Ingo Wolfgang. Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões (gerações) de direitos: Um dossiê sobre taxonomia das gerações de direitos. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 2, n. 2, p. 498-516. 2016.
- SARTORI, Giovanni. *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Taurus: Madrid, 1998.
- UNESCO/Organização das Nações Unidas. As pedras angulares para a promoção de sociedades do conhecimento inclusivas: Acesso à informação e ao conhecimento, liberdade de expressão e ética na Internet global. Paris: UNESCO, 2017.
- UNESCO/Organização das Nações Unidas. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, 2006. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por . Acesso em agosto de 2022.
- VASAK, Karl. *Southern Africa at grips with racism*. The UNESCO Courier, 1977, pp. 4-32.

Recebido em 21 de setembro de 2022.

Aprovado em 21 de dezembro de 2022.

RESUMO: o atual contexto sociopolítico marcado pelo avanço das novas tecnologias e a transferência da vida social para o ambiente digital, apresenta uma série de particularidades e inovações proporcionadas pelo chamado direito digital. O objeto de investigação do presente trabalho, que utiliza a teoria das gerações dos direitos humanos como referencial de análise, questiona se o reconhecimento dos direitos humanos digitais como catálogo de direitos humanos se dá nas gerações já existentes ou, quando for o caso, deve ser realizada como uma nova geração autônoma e diferenciada de direitos humanos. A metodologia utilizada baseia-se na revisão qualitativa das contribuições doutrinárias mais relevantes, com especial atenção às brasileiras e espanholas, aplicando uma sensibilidade diferenciada em relação à categorização mais adequada em prol de maior efetividade e legitimidade do sistema de proteção de direitos no ambiente digital. Nossa principal conclusão defende um posicionamento teórico que, reconhecendo as características dos processos geracionais dos direitos humanos não apenas em uma dimensão histórica, mas também axiológica em relação aos valores que sustentam a formação de cada geração, permite o reconhecimento transversal e inclusivo dos direitos humanos nas três gerações tradicionais de direitos.

Palavras-chave: direitos digitais; direitos humanos; gerações de direitos; América Latina; Europa

ABSTRACT: The current sociopolitical context marked by the advancement of new technologies and the transfer of the social life to the digital environment, presents a series of particularities and innovations provided by the so-called digital law. The object of investigation of the present work, which uses the theory of human rights generations as a framework for analysis, focuses on questioning whether the recognition of digital human rights as a catalog of human rights is already provided in the existing generations or, where appropriate, must be framed as a new autonomous and differentiated generation of human right. The methodology used is based on the qualitative review of the most relevant literature, with special attention to the Brazilian and Spanish, applying a differentiated sensitivity in relation to the most appropriate categorization in favor of the greater effectiveness and legitimacy of the human rights protection system in the digital environment. Our main conclusion advocates a theoretical position that, recognizing the characteristics of generational processes of human rights not only from a historical dimension but also from an axiological dimension in relation to the values that support the conformation of each generation, allows the transversal and inclusive recognition of human rights in the three traditional generations of human rights.

Keywords: refugee law, economic crisis, xenophobia.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MONICA, Eder Fernandes; LAFUENTE, José Díaz. Los derechos digitales: ¿hacia una nueva generación de derechos humanos? Aproximaciones teóricas desde América Latina y Europa. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 61, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1942>.

Autoritarismo e Racismo: Oliveira Vianna, Constituição e Democracia sob os Trópicos

Authoritarianism and Racism: Oliveira Vianna, Constitution and Democracy in the Tropics

Evandro Piza Duarte*

Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução¹

Francisco José Oliveira Vianna² (1883-1951) foi, no dizer de Antônio Paim, o representante do elemento mais característico do ideário da República, a “ascensão do autoritarismo político” que ora se manifestou como discurso ora apenas como “prática autoritária”³. Segundo Clóvis Moura, ele foi o principal estudioso entre aqueles “que fizeram da história social do Brasil um prolongamento do processo de interação racial nos seus diversos aspectos”, defensor da “necessidade de se estimular um processo arianizante para que as nossas possibilidades de evolução no processo civilizatório fossem favoráveis”⁴.

* Doutorado em Direito pela Universidade Nacional de Brasília (UnB), Mestrado em Direito pela UFSC (1998) e Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993). E-mail: evandropiza@gmail.com.

1 Agradeço ao Professor Menelick de Carvalho Netto pelo diálogo durante a elaboração desse texto. O presente texto foi possível graças à bolsa de produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Ademais, a publicação integra o projeto “Justiça, racismo e sexismo: dimensões da desigualdade nos sistemas de justiça do Brasil, dos EUA e da Colômbia, as estratégias de análise e controle judicial”, Capes/Print.

2 “Seu primeiro livro – Populações Meridionais do Brasil – aparece em 1920, quando completa 37 anos. Nesse mesmo ano publica O idealismo da Constituição”. Finalmente, em 1949, seu texto mais conhecido, Instituições Políticas Brasileiras. PAIM, 2005, p. 21.

3 PAIM, 1999, pp. 11-12.

4 1990, p. 197.

A propósito, Ricardo Silva, ao analisar as Instituições Políticas Brasileiras (IPB) (1949), afirma que seu ponto de partida estaria na percepção da disjunção entre o “país real” e o “país ideal”, ou seja, entre as instituições de direito público criadas pelas elites e o seu confronto com as instituições que prevaleceriam na prática (o “direito do povo-massa”). Por sua vez, a “dramaticidade” da “história política” estaria no “esforço improficuo das elites para obrigar o povo-massa a praticar este direito por elas elaborado, mas que o povo-massa desconhece e a que se recusa a obedecer”. Portanto, “[...] nosso mais grave problema residiria na estrutura do povo-massa e nos complexos culturais que o dominam, fonte de nosso direito costumeiro, contra a qual se estilhariam as frágeis Constituições liberais”⁵.

O presente artigo parte do papel de Oliveira Vianna na construção do autoritarismo instrumental e da afirmação de Clóvis Moura sobre a importância do racismo⁶ em sua obra para formular as seguintes perguntas iniciais: O pensamento jurídico-político de Oliveira Vianna, especialmente sua crítica ao idealismo da Constituição, pode ser descontextualizada da sua defesa das teses do racismo científico? De que modo as concepções sobre raça e branquidade se articulam na ideia de um Estado tecnocrático que oculta as suas estratégias de (re)produção de hierarquias raciais no plano do direito⁷?

O tema da “disjunção” é considerado aqui, porém, desde o “Idealismo da Constituição”⁸, sua obra anterior à Instituições Políticas Brasileiras e, por assim dizer, mais propriamente “jurídica”. Numa visão geral, a proposta de Oliveira Vianna em muito se assemelha a de Carl Schmitt na crítica do liberalismo (pluralidade de opiniões conflitantes e não reduzíveis a uma

5 SILVA, 2008, p. 247.

6 Além da perspectiva adotada por Clóvis Moura, cf. PAIVA, 1976, p. 59.

7 Neste ponto, concordamos com Vanilda Paiva, para quem, há uma mudança na forma de exposição do racismo. Há o Oliveira Vianna de Populações Meridionais e do Idealismo da Constituição que analisamos e o: “Oliveira Vianna mais influente nas últimas décadas, ou seja, aquele que evitou as formulações racistas explícitas e passou a analisar a sociedade brasileira, mantendo-as subjacentes, mas cuidando de evitar a sua identificação imediata.” PAIVA, 1976, p. 58.

8 “Um livro como O idealismo da Constituição, criticado por Batista Pereira, nem mesmo poderia ser considerado obra histórica. Era obra de publicista, de propagandista, de panfletário. Fica aí evidente que Oliveira Viana estava muito distante da prática historiográfica de seus colegas do Instituto Histórico. Além de depender de conjecturas, a história não seria um exercício ocioso. Ela teria finalidade pragmática. Na conferência do Instituto esta finalidade foi descrita como a busca do sentimento de nós mesmos, do fortalecimento do patriotismo.” CARVALHO, 1991, pp. 84-85.

vontade) em nome da democracia (formação de uma vontade identificada com o povo), assim como da de Ferdinand Lassale⁹ na distinção entre constituição escrita (“folha de papel”) e constituição real (“fatores reais de poder”) e da de Sieyès¹⁰ na reivindicação da nação, definida como uma classe que “representasse” as forças vivas da sociedade.

Todavia, a pergunta central aqui proposta é: Qual a relação entre essa noção de “disjunção” e a assunção de uma perspectiva racializada da história para a opção entre a alternativa procedimentalista, que crê na possibilidade de coesão social por meio dos procedimentos democráticos, e a alternativa substancialista, que busca a coesão social desde a esfera da cultura¹¹?

A disjunção entre “país ideal” e “país real” traz como pano de fundo, e como solução, a distinção entre povo (elites de poder qualificadas) e plebe (massa amorfa), perpassada e fundamentada na compreensão racializada e racista da história e da sociedade brasileiras, convergindo para a defesa do Estado como agente de construção da nacionalidade (e da hegemonia branca na colônia) e na representação do papel perigoso da ideia democrática de participação popular.

A especificidade da opção de Oliveira Viana tem raízes na colonialidade do saber e do poder, pois é desde a experiência de mundialização do capitalismo que são “*naturalizadas* as experiências, identidades e relações históricas da colonialidade e da distribuição geocultural do poder capitalista mundial”, e, sobretudo, as classificações sociais racializadas¹². As relações entre dentro e fora dessa disjunção, com o conflito de tradições culturais “universais” e “realidades locais”, pressupõe a perspectiva de que a Europa e seus centros hegemônicos de difusão das filosofias políticas e padrões institucionais, como por exemplo, a França e a Inglaterra, foram formações históricas produtoras de seu próprio “desenvolvimento”, e com características internas que justificariam sua expansão e hegemonia mundial¹³ e, no mesmo passo, que as “periferias” não foram locais de criação de novas instituições jurídicas ou sociais¹⁴.

9 2003; HESSE, 1991.

10 2001.

11 HABERMAS, 2002, p. 150.

12 QUIJANO, 2009, p. 74, grifos nossos.

13 DUSSEL, 1993.

14 BUCK-MORSS, 2009.

Essa disjunção impede (i) a compreensão do lugar da inteligência (Oliveira Viana e seus herdeiros) na (re)produção de alternativas de passado-futuro e, especialmente, esconde as dimensões racializadas dessa elite intelectual e seu papel na gestão das hierarquias sociais que, aparentemente, diz constatar. No mesmo passo, (ii) implica no ocultamento no passado-presente de processos sociais alternativos às relações de hierarquia. Ao retirar as dimensões contraditórias dos processos sociais, sua leitura da sociedade consolida e justifica tais hierarquias. Oculta-se, por exemplo, as tensões sociais, as resistências individuais e coletivas, que condicionam a estrutura do poder. (iii) Ao pretender circunscrever os elementos de um “problema”, de fato, constrói uma dimensão importante desse problema. A oposição entre adoção do direito (constitucionalismo) em sua “origem europeia” numa realidade social “não europeia”, consolida um “orientalismo”¹⁵ “lusó-brasileiro”¹⁶.

Nesse contexto, a disjunção, mais do que o reconhecimento de um problema é uma parte integrante (e invertida do problema). Ela é o ponto de partida e de chegada, de tal modo que a “percepção” da disjunção é também sua (re)criação¹⁷.

Enfim, o presente texto retoma o Idealismo na Constituição para colocar “sob suspeita” a forma de pensar a diferença constitucional brasileira desde essa disjunção arquetípica do conservadorismo constitucional brasileiro entre a dimensão “simbólica” e a dimensão “real”, demonstrando as bases coloniais e raciais de sua construção. O título contém a provocação de que as leituras abstratas e formais do lugar ocupado pelo direito “sob os trópicos” são em si mesmas um problema a ser superado.

2. Substancialismos e Procedimentalismos sob os Trópicos: situando “o problema”

Em “A Inclusão do Outro”, Jürgen Habermas revisitou as tradições filosóficas do liberalismo para enfrentar as novas demandas de grupos minoritários e

15 SAID, 2007.

16 KEMNITZ, 2016.

17 Muito embora em discordância com grande parte de seus pressupostos teóricos, é de se reconhecer no estudo de Luhman a propósito da construção do Sul da Itália como um problema social e econômico, que a demarcação de uma diferença como pressuposto condiciona os achados “causais” da investigação científica, e é ela mesma uma causa da manutenção da diferença. LUHMANN, 1995.

o ressurgimento do nacionalismo na Europa. Haveria duas alternativas para a coesão entre grupos humanos que pertenciam antes às sociedades estamentais: uma solução na esfera da cultura, o substancialismo, associado à obra de Carl Schmitt, desenvolvida no século XIX; ou uma solução na esfera das instituições e dos procedimentos democráticos, o procedimentalismo, associado às obras de Kant e Rousseau, e ao pensamento do século XVIII¹⁸.

No primeiro caso, ela pressupõe a necessidade de uma homogeneidade nacional como condição necessária do poder democrático. “A ideia da nação de um povo conduz à hipótese de que o *demos* dos concidadãos tem de se enraizar no *ethnos* dos membros de um povo, para poder estabilizar-se como uma associação política de jurisconsortes livres e iguais.”¹⁹. Isso porque “[...] a lealdade do cidadão precisa de uma ancoragem na consciência da solidariedade do povo, marcada por uma primordialidade natural e pelo destino histórico.”²⁰.

No segundo caso²¹, a concepção republicana, procedimentalista e orientada para o futuro, defende a possibilidade de formação de uma vontade coletiva mesmo entre estranhos, se respeitados os padrões procedimentais. Logo, pressupõe o reconhecimento da igualdade entre os integrantes da comunidade política e o uso público da razão que decorre da garantia do direito à liberdade. “O próprio processo democrático” seria o

[...] fiador de falta da integração social, numa sociedade cada vez mais diferenciada. O ônus da integração nas sociedades pluralistas “não pode ser desviado do nível da formação da vontade política e da comunidade pública e aberta para o substrato cultural, aparentemente de origem natural, de um povo supostamente homogêneo”²².

18 HABERMAS, 2002.

19 HABERMAS, 2002, p. 150.

20 HABERMAS, 2002, p. 150.

21 Não se olvida, aqui, a diferença de abordagem entre Rousseau e Kant, dado que o primeiro faz uma leitura mais republicana, enquanto o segundo uma leitura mais liberal. Assim, o francês entende a democracia como um processo participativo, só podendo existir na figura de uma democracia nacional, sendo o sujeito do “autogoverno do povo” concebido como um “macrossujeito” capaz de agir. Nesse sentido, “segundo a fórmula rousseauiana, todos devem decidir o mesmo para todos” HABERMAS, 2002, p. 156.

22 HABERMAS, 2002, p. 152.

Todavia, segundo Habermas, nem mesmo Kant colocou a questão da “composição legítima da comunidade básica dos cidadãos”, ou seja, não enfrentou o tema da definição de “quem de fato pode fazer uso do direito, com quem, onde e quando, nem quem pode associar-se numa comunidade autodeterminada, sobre o fundamento do contrato social”. A solução mais comum será encontrada na ideia de auto legislação e da referência a uma geração de fundadores que se elabora uma constituição. Porém, essa solução torna-se problemática quando as questões “de fronteira” passam a ser objeto da disputa, ou seja,

[...] quando os cidadãos tiveram de lutar para conquistar liberdades republicanas contra o próprio governo, quer dizer dentro das fronteiras de um Estado existente, seja contra um senhor colonial que tinha demarcado ele próprio as fronteiras da desigualdade²³.

Quando se observam as duas alternativas na formação dos Estados, constata-se que, enquanto a alternativa procedimental destaca a “contingência dessas fronteiras”, a alternativa substancialista propõe a ideia de “uma nação de origem primordial para vencer essa contingência”, ornando as fronteiras com “uma aura de substancialidade simulada, legitimando-as através de relações artificiais”. O “Povo se qualifica para o direito à soberania nacional pelo fato de se definir como povo homogêneo” e poder controlar as fronteiras que decorrem de tal assertiva. Entretanto, a ideia de homogeneidade contradiz a ideia de voluntariedade e leva a “consequências normativas indesejáveis”. “Um Estado, ao qual falta essa homogeneidade, tem algo de anormal, algo que se constitui em ameaça para a paz.” Daí um repertório para purificação: “submissão e evacuação da população heterogênea”, “segregação geográfica”, “instalação de protetorados, colônias, reservas, *homelands* etc.”²⁴.

Por sua vez, Habermas sugere duas situações limites em que problemas semelhantes reaparecem como desafio para a alternativa procedimentalista: os processos de Independência nas ex-colônias europeias e o problema das minorias inatas.

Para o autor, versões substancialistas, ainda que evocadas em nome de grupos sociais oprimidos, ao construírem Estados-Nacionais, retomariam

23 HABERMAS, 2002, pp. 159-160.

24 HABERMAS, 2002, pp. 160-162.

sempre procedimentos etnocidas. Portanto, para Habermas, grupos étnicos poderiam se conferir uma Constituição, mas a “independência” deveria se legitimar “a partir do direito individual de cada cidadão a viver em liberdade, de acordo com as leis”. A legitimidade do direito de secessão adviria do fato de que “o poder central de um Estado nega seus direitos a uma parte da população”. Assim:

[...] nos casos gritantes de domínio estrangeiro e de colonialismo, a injustiça contra a qual se dirige uma resistência legítima não surge da infração de um direito supostamente coletivo à autodeterminação nacional, mas da infração de direitos fundamentais individuais²⁵.

Ademais, o potencial universalizante do direito como forma de reconhecimento intersubjetivo, mascara o problema das minorias “inatas”, ou seja, um conflito cultural movido pelas minorias desprezadas contra a cultura da maioria. Isso ocorre porque

[...] mesmo quando observados como personalidades jurídicas, (os cidadãos) não são indivíduos abstratos, amputados de suas relações de origem. Na medida em que o direito intervém em questões ético-políticas, ele toca a integridade das formas de vida dentro das quais está enfronhada a configuração pessoal de cada vida. Com isso entram em jogo - ao lado de considerações morais, de reflexões pragmáticas e de interesses negociáveis - valorizações fortes, que dependem de tradições intersubjetivamente compartilhadas, mas culturalmente específicas. As ordens de direito também são, em seu todo, ‘eticamente impregnadas’, porque interpretam o conteúdo universalista dos mesmos princípios constituintes de modo diferente em cada caso, a saber, no contexto das experiências de uma história nacional e à luz de uma tradição, uma cultura e uma forma de vida historicamente predominantes. Na regulação de matérias culturalmente delicadas (...) em tudo isso reflete-se amiúde apenas o autoentendimento ético-político de uma cultura majoritária, dominante por motivos históricos²⁶.

O caminho a ser percorrido, segundo Habermas, não deveria ser o de fechamento, com a essencialização da cultura majoritária ou das minoritá-

25 HABERMAS, 2002, pp. 161-162.

26 HABERMAS, 2002, pp. 165-167.

rias, mas o reconhecimento do caráter aberto, auto e hetero-reflexivo das culturas na Modernidade. Logo, sua aposta é orientada para que “[...] as forças de coesão da cultura política comum - a qual se torna tanto mais abstrata quanto mais forem as subculturas para as quais ela é o denominador comum - devem continuar a ser suficientemente fortes para que a nação dos cidadãos não se despedace.”²⁷.

Enfim, o contexto em que Habermas escreve é decisivo para sua percepção das tensões entre substancialismo e procedimentalismo, realçando a contingência das fronteiras e dos conceitos (Nação, Estado, Cultura, Identidade etc). Essa redescoberta da pluralidade no espaço europeu estava marcada pelos seguintes aspectos: criação da Comunidade Econômica Europeia; fluxos de imigração desde dentro e desde fora dessa comunidade (migrações Leste-Oeste/Sul-Norte); ressurgimento do fantasma do racismo contra os imigrantes; necessidade de convivência de diversas nacionalidades num mesmo espaço político e novas tensões provocadas por intercâmbios culturais; consolidação de uma cultura de massa decorrente da modernização pós-guerra; impossibilidade do monopólio da cultura por parte do Estado e a criação de um mercado globalizado de bens culturais, com o “estranhamento” da alta cultura europeia que esteve na base da formação da “esfera pública”.

Esse pano de fundo do discurso habermasiano, surge refletido em dois espelhos, identificados de forma indiciária em seu texto, na experiência política-jurídica americana e nos processos de independência africana. Do modelo americano se extrai a crença de que ele teria dado respostas às heranças do colonialismo, como a dessegregação racial, e aos conflitos entre a moral de grupos minoritários e direitos individuais. Ao mesmo tempo que olha para a tradição jurídica americana, o autor aposta numa reatualização da cultura jurídico-política democrática, surgida no pós-guerra, para dar resposta aos emergentes problemas “europeus”.

27 “O problema das minorias ‘inatas’, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agudiza-se nas sociedades multiculturais. Mas quando estas estão organizadas como Estados democráticos de direito, apresentam-se. Todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão ‘com sensibilidade para as diferenças’: a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levam a uma efetiva proteção das maiorias. Através disso, dentro de determinados territórios e em determinados campos políticos, mudam as totalidades fundamentais dos cidadãos que participam do processo democrático, sem tocar nos seus princípios.” HABERMAS, 2002, pp. 166-167.

No espelho habermasiano, a experiência africana, seguindo o padrão do etnocentrismo europeu, surge como polo negativo. O próprio ataque constante dos países europeus aos processos de autonomia dos povos do continente africano não é identificado como um problema relevante para compreender a necessidade de “mobilização nacional” diante dos processos de destruição/ocupação/saque empreendido pelas metrópoles coloniais. No mesmo passo, o substancialismo do nazismo, vinculado ao imperialismo, é equiparado ao substancialismo das guerras de independência contra o imperialismo, e, paradoxalmente, se lhe atribui a responsabilidade pelos conflitos internos, obviamente sem qualquer referência a questões concretas às dinâmicas coloniais, como os lucros do complexo de guerra dos países europeus e EUA.

Neste contexto, há um aspecto central a ser desafiado na compreensão da matriz procedimental, a tentativa de explicá-la desde dinâmica interna aos processos europeus. Nesse sentido, um elemento dessa crítica, que é retomada nas páginas seguintes, diz respeito, em certa medida, ao componente espacial que tomam as expressões particularistas e universais. Particular parece estar identificado como algo que se passa num local determinado e universal, ao contrário, como algo que pode estar em todos os lugares ou pode, desde um local, ter a potencialidade de se expandir a outros locais. As “tradições” ocidentais modernas nascem em relação, ou seja, são tradições cuja força propulsora é um processo de diferenciação interna impregnada pela consciência de um passado e de um presente plurais. Não decorrem do isolamento geográfico, mas da mundialização. Em outras palavras, a resposta de Kant não seria a resposta a problemas filosóficos propostos por uma tradição europeia ou por um mundo europeu, mas a invenção da identidade europeia e do espaço europeu. Nesse caso, o que se passa no mundo não é a periferia do pensamento universal, mas a razão pela qual esse pensamento se autocompreende como universal.

Nesse sentido, embora não desconheça, Habermas não leva em conta o colonialismo como realidade. A forma como o direito ocidental foi introduzido nas Américas ou na África, e com ele a teoria política constitucional, não é um processo que possa ser descrito apenas como adoção ou não adoção de modelos constitucionais. O enraizamento de modelos procedimentais, por exemplo, enfrentou tarefas maiores em termos de acoplamento social. Isso porque a relação colonial produziu sociedades profundamente hierarquizadas, mesmo no momento de expansão da igualdade jurídica. Assim, por

exemplo, o movimento de expansão do constitucionalismo foi simultâneo à construção e divulgação do racismo científico, com a invasão da África e a tentativa dos EUA de “domesticar” a América.

O colonialismo, ao mesmo tempo em que a Europa tentava se libertar das ordens estamentais, recriou aqui novas formas de desigualdade e silenciamentos. Sob a pretensão de ser universal, a alternativa procedimental desconsidera não apenas as minorias no contexto europeu - como parece indicar Habermas -, mas também todas as particularidades culturais dos povos conquistados e oculta o fato de que a aceitação da condição de sujeito de direito pressupunha a identificação racial e cultural com os povos europeus. Ao contrário de sua autoimagem universalizante, a prática desse paradigma representou também a difusão de um particularismo bem mais excludente. Aos indígenas não foi negado apenas o direito à ocupação das terras, segundo seus usos e costumes, mas o próprio direito à propriedade, segundo as formas de aquisição do direito ocidental local. Aos negros, associados ao trabalho forçado da escravidão, negou-se, quando da formação do mercado de trabalho livre, a identificação com a condição de “bom trabalhador” e a “capacidade” de executar tarefas de gerenciamento da atividade produtiva.

A crítica colonial permite compreender que as soluções constitucionais procedimentais também são um particularismo universalizado. A causa genérica da existência de particularismos não está apenas nas formas pelas quais o sistema jurídico se acopla ao sistema social, reforçando as visões das majorias. O sistema constitucional não absorve elementos de um meio ambiente onde majorias políticas impregnam as normas jurídicas com suas identidades culturais, sociais, econômicas etc. Eles são moldados, especialmente desde sua composição racializada, como filtros que favorecem minorias protoconsulares e, no mesmo passo, ressurgem as tensões provocadas pela existência de majorias excluídas do sistema de direitos. O primeiro desses filtros é a composição racializadas das instituições do sistema de justiça²⁸. Ademais, a prática das Cortes Constitucionais demonstra que a impregnação de valores não decorre apenas do enraizamento do direito ao sistema social local. A seletividade na escolha dos casos e das doutrinas estrangeiras representa formas de delimitação da compreensão dos direitos fundamentais de igualdade e liberdade, um modo específico de particularismo articulado

28 DUARTE; FREITAS, 2019; DUARTE & QUEIROZ, 2016.

à ideia de universalidade. Apenas à título de exemplo, vê-se a tentativa de condicionar o debate sobre ações afirmativas aos termos da “diversidade” nos moldes da Suprema Corte Americana, sem considerar que no Brasil se está diante de maiorias marginalizadas²⁹.

Enfim, as categorias propostas por Habermas, e os seus limites de compreensão histórica, introduzem um conjunto de problemas que estarão postos em Oliveira Vianna no modo como ele (re)constitui a exclusão das maiorias radicalizadas dos processos decisórios e do substrato de valores que deveria impregnar o sistema jurídico. Uma questão que perpassa as preocupações centrais deste autor é: Quem pode ter o papel de protagonista na construção de alternativas constitucionais e institucionais?

3. Oliveira Vianna e a Tradição Liberal: um diálogo com seus intérpretes

Para Antônio Paim, Oliveira Viana foi marcado pela crítica à tradição liberal efetuada por Alberto Torres (1865/1967) e pelo culturalismo sociológico de Sílvio Romero (1851/1914)³⁰.

Oliveira Vianna dialogou com a tradição liberal que era representada por Ruy Barbosa (1849/1923). Todavia, afirmava que era impossível um sistema político liberal numa sociedade não liberal. O problema da democracia não estava no sufrágio universal, mas na garantia da liberdade civil e individual. No Brasil, a liberdade política à inglesa conduziria ao aumento do poder nas mãos das autoridades locais, que desde a colônia caracterizavam-se pela sua busca de autonomia e não integração ao mercado, e era a principal responsável pela violação das liberdades civis. Logo, o sistema representativo, sobretudo com a descentralização ocorrida com a proclamação da República, numa sociedade agrária, parental, clânica, oligárquica e não urbanizada, reforçaria os instrumentos utilizados contra o “povo-massa”, uma justiça local (o juiz “nosso”) e uma polícia local (o delegado “nosso”). A única defesa que o “povo-massa” possuía era o recurso ao Estado, no período monárquico, representado pela figura do Imperador, mediador e alto-funcionário. Por tais razões, Oliveira Viana concordava com Alberto Torres que, embora fosse partidário do sistema representativo, propunha o fortalecimento do poder executivo como a principal reforma a ser realizada.

29 BERTÚLIO, 2019, pp. 10-20.

30 PAIM, 1999, p. 16.

Para Viana, Torres teria aberto o livro do direito público e preparado nossa reforma Constitucional³¹.

Com Silvio Romero o diálogo sobre a questão racial foi mais direto. Romero empenhou-se “em buscar os instrumentos capazes de compreender o Brasil e sua história.” Influenciado por Herbert Spencer, propunha uma explicação biossociológica, em que se reconheceria elementos: primários (ou naturais – clima e meio geográfico); secundários (ou étnicos – o mais importante era a incapacidade relativa das três raças formadoras), terciários (morais – fatores históricos, tais como a política, legislação, usos e costumes – que inicialmente eram efeitos e depois atuariam como causas), e por fim, a “luta de classes”. A questão etnográfica, porém, continuaria a ser “a base fundamental de toda a história, de toda a política, de toda a estrutura social, de toda a vida estética e moral das nações”. Os diferentes modelos de família (patriarcal, quase patriarcal, tronco e instável) dariam lugar a dois tipos de sociedade, de formação comunitária e de formação particularista³².

Em síntese, segundo Antônio Paim:

Partindo da lição de Sílvio Romero, que elaborou o roteiro para levantar-se o quadro de nossa organização social, e tendo presente, graças às advertências de Alberto Torres, que nossa tradição liberal minimizou o papel do Estado devido sobretudo ao desconhecimento das condições reais do país, Oliveira Viana formulou uma proposta inteiramente original e que de certa forma correspondia a uma grande síntese da tradição política nacional, considerados os cinco séculos de sua existência e não apenas o último deles, a partir da Independência, como veio a tornar-se praxe. A modernização do país deve abranger o plano das instituições políticas, como pretenderam nossos liberais desde a Independência. Mas essa modernização institucional, para deixar de ser um simples voto, exige transformação da sociedade que só o Estado pode realizar. Assim, concebeu uma fórmula unitária abrangendo tanto o projeto liberal-democrático de Rui Barbosa, dando precedência ao primeiro³³.

31 Todavia, tomou de Ruy Barbosa o papel conferido ao Poder Judiciário na implantação e consolidação das liberdades civis, concebendo como uma força moral semelhante ao papel do Imperador no período monárquico. PAIM, 1999, pp. 24-32.

32 PAIM, 1999, pp. 22-23.

33 PAIM, 1999, p. 27.

Segundo José Murilo de Carvalho, não por acaso, “Oliveira Viana absorveu muitos dos temas do liberalismo conservador do Império”, em especial do Visconde do Uruguai que representou para as gerações subsequentes, incluindo Silvio Romero e Alberto Torres, um modelo de pensar a política brasileira. Entre os temas retomados estavam a crítica do deslumbramento das elites com as teorias estrangeiras e o desconhecimento da realidade nacional; a percepção de que o Estado não era a única ameaça, pois esta tinha seu oposto correspondente no caudilhismo dos chefes locais; a distinção entre direitos civis que deveriam ser estendidos a todos e direitos políticos que dependeriam de uma qualificação; seu ideal de semelhança com a Inglaterra, mas seu realismo diante da necessidade de um estágio anterior pelo qual deveria passar a sociedade brasileira, daí o papel do Estado na “criação” da Sociedade³⁴; Enfim, Oliveira Vianna representaria a elaboração teórica desse projeto conservador, o autoritarismo instrumental³⁵, gestado desde a Independência.

Segundo Wanderley Guilherme dos Santos, os autoritários instrumentais creem:

Em primeiro lugar, (...) que as sociedades não apresentam uma forma natural de desenvolvimento, seguindo antes os caminhos definidos e orientados pelos tomadores de decisão. E desta presunção deriva-se facilmente a inevitável intromissão do Estado nos assuntos da sociedade a fim de assegurar que as metas decididas pelos representantes desta sociedade sejam alcançadas. Nesta medida, é legítimo e adequado que o Estado regule e administre amplamente a vida social – ponto que, desde logo, os distingue dos liberais. Em segundo lugar, afirmam que o exercício autoritário do poder é a maneira mais rápida de se conseguir edificar uma sociedade liberal, após o que o caráter autoritário do Estado pode ser questionado e abolido. A percepção do autoritarismo, como um formato político transitório, estabelece a linha divisória entre o autoritarismo instrumental e as outras propostas políticas não democráticas³⁶.

Entretanto, Ricardo Silva opõe-se, com razão, a tese de que o objetivo de Oliveira Vianna fosse, por meio do autoritarismo, alcançar o liberalismo.

34 CARVALHO, 1991, pp. 84-85.

35 CARVALHO, 1991, pp. 84-85. PAIM, 1999, pp. 11-37.

36 SANTOS, 1978 apud PAIM, 1999, pp. 28-29.

Ao invés de um Estado autoritário, como passagem, o objetivo desses teóricos teria sido o de dar ao país um Estado autoritário racionalizado em que uma equipe técnica seria capaz de administrar os interesses corporativos e garantir o desenvolvimento da produção³⁷. Tais ideias marcariam a Revolução de 1930, quando Vianna contribuiu para a modernização da estrutura jurídica. E, segundo Antônio Paim, servirão de arcabouço ideológico da Ditadura de 1964³⁸.

José Murilo de Carvalho, por sua vez resgata duas outras influências da dimensão utópica do pensamento de Oliveira Vianna que o distancia de um projeto de modernização aos moldes liberais ingleses e expõe a face contraditória de projeto de um Estado tecnocrático, o seu Iberismo e seu apelo aos valores rurais. O “modelo de sociedade” de Oliveira Vianna seria uma visão ibérica de inspiração católica, em que há o predomínio do coletivo sobre o indivíduo³⁹. Já “o ruralismo se manifestava com seus valores paternalistas, familistas, pessoalistas”. “Sua visão de futuro prendia-se a tradições de longas raízes e se algo de romântico nela havia era o romantismo da vida fazendeira idealizada, em que havia brancos e negros ex-escravos”⁴⁰.

Se há uma ênfase na criação da Nação pelo Estado:

o próprio Estado era patriarcal e sua tutela sobre a nação tinha a marca do poder familiar que buscava harmonizar a grande família brasileira sob sua autoridade. Na cabeça desta grande família, ou deste grande clã, colocava-se o imperador, que, ao final do Império, com suas longas barbas brancas, era a própria figura do grande patriarca. A verdadeira desestruturação se teria verificado em 1888, como consequência da Abolição da Escravidão⁴¹.

Enfim, no pensamento político de Oliveira Vianna demarca-se uma continuidade com o projeto de organização do Estado Nacional e escravista.

37 SILVA, 2008.

38 PAIM, 1982, p. 116.

39 “O iberismo pode ser entendido, negativamente, como a recusa de aspectos centrais do que se convencionou chamar de mundo moderno. É a negação da sociedade utilitária individualista, da política contratualista, do mercado como ordenador das relações econômicas. Positivamente, é um ideal de sociedade fundada na cooperação, na incorporação, no predomínio do interesse coletivo sobre o individual, na regulação das forças sociais em função de um objetivo comunitário.” CARVALHO, 1991, p. 89. Tais argumentos sobre a distinção ibérica foram extraídos de MORSE, 1988.

40 CARVALHO, 1991, p. 91-92, 96.

41 CARVALHO, 1991, p. 93.

Estado que representava a possibilidade de conciliação dos interesses das elites agrárias e os setores ligados à vida urbana e à industrialização do país, mas capaz de fazer frente às pressões sociais vindas “de baixo” e oferecer alternativas à fatalidade do fim da escravidão.

A propósito, segundo Marilena Chauí, o modelo de nação brasileira nasceu de uma combinação contraditória de duas interpretações: uma influenciada pelo “cientificismo naturalista evolucionista e positivista” e outra pela “escola histórica alemã”, na tradição historiográfica do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Elas estavam diretamente vinculadas à formação do pensamento racial e à percepção racializada da história. Em comum, foram capazes de negar um lugar como sujeitos, na história nacional, para os grupos que eram naturalizados como desiguais⁴².

4. A disjunção fundamental: O Idealismo da Constituição e o Povo como um Problema Racial

Qual seria o fundamento e os elementos da disjunção entre o Ideal e o Real?

Inicialmente, a disjunção, como experiência histórica, era percebida da seguinte forma: “Veio a República. Veio a Democracia. Veio a Federação. E para logo se levantou um sussurro de desapontamento do seio da turba fanatizada – e esse desapontamento se acentuou, com o tempo, numa permanente desilusão.”⁴³. O momento de inflexão da história constitucional brasileira era a passagem do período imperial ao republicano: “Na Constituinte Imperial os nomes que nela concorriam eram os maiores do país pelo prestígio da cultura, da inteligência, do caráter ou da situação social.”⁴⁴. Na Constituinte Republicana, ao revés, as fontes da autoridade dos republicanos “não eram de pureza absoluta: o mandato que receberam não lhes vinha de uma delegação nacional”^{45 46}.

42 CHAUI, 2000, p. 49-50.

43 VIANNA, 1939, p. 28.

44 “Os grandes estadistas que consolidaram o Império e construíram o poder político da nação, saíram dela ou nela estavam (...). Eles tinham, ao demais, a imensa autoridade de um mandato verdadeiramente nacional – pois eram realmente, e não ficticiamente, representantes da nação. Embora, na sua totalidade, flutuando nos inter-mundos do utopismo doutrinário, eram espíritos fortemente compenetrados das suas idéias.” VIANNA, 1939, p. 20.

45 VIANNA, 1939, p. 21-22.

46 A importância das lutas sociais para compreender a dimensão racializada das “soluções” constitucionais pode ser encontrada já no debate sobre a Constituinte de 1823 e o fantasma da Revolução do Haiti. QUEIROZ, 2018. DUARTE; QUEIROZ, 2019.

Malgrado essa insuficiência, a prática constitucional republicana pretendia confundir, sem êxito, a constituição real com a constituição escrita. O mimetismo das elites dirigentes republicanas, estava no cerne da adoção simultânea do liberalismo e da democracia. O projeto idealista republicano fracassara inevitavelmente diante das “condições mentais” e estruturais de nosso povo”. “Uma força estranha” teria impedido essa síntese idealista: “o momento histórico” e “a própria nação”^{47 48}.

As forças políticas nos Estados, formada por homens que agiam “como homens do seu meio, do seu tempo e da sua raça – o que equivale dizer (...) que agiam em completo desacordo com o espírito idealista da Constituição”. Ou seja, as condições econômicas da sociedade, diante da desagregação provocada pelo fim da escravidão, pois “eram perfeitamente impróprias a qualquer surto de idealidade política”. Ao invés disso, provocaram o deslocamento da aristocracia rural para o patrimonialismo dos empregos públicos. A grande “indústria da terra” teria encontrado “no Estado uma nova base econômica”^{49 50 51}.

Todavia, segundo Oliveira Vianna, esse fracasso era explicado pelos republicanos pela inexperiência ou pela corrupção, sem levar em consideração “o desacordo entre o idealismo da Constituição e a realidade nacional”. O erro decorria da presunção de que aqui existiria essa “coisa que, nos povos

47 “[os brasileiros] na sua veneta, na sua fantasia, ou nos livros que leram, ou no que sabem do que se passa lá fora, naturalmente porque não encontram, dentro do país, nenhuma fonte que os possa inspirar. Os ingleses, não: em toda essa actividade febril, que desenvolvem, a fonte da sua inspiração é exclusivamente a opinião inglesa.” VIANNA, 1939, p. 25-28, 33, 76.

48 “(...) a bela ideologia da Constituinte teria que fracassar da mesma forma, senão imediatamente, como aconteceu, pelo o menos com o correr dos tempos, à medida que se fosse acentuando o desacordo entre os seus princípios e as condições mentais e estruturais no nosso povo.” VIANNA, 1939, p. 36.

49 “O decreto da abolição do trabalho servil havia explodido com a violência de uma mina subterrânea, e a sociedade inteira, de baixo acima, se abalou, estremeceu e, em muitos pontos, derruiu completamente. Todas as classes sofreram uma profunda perturbação na sua estrutura – umas directamente, como a agrícola; outras, indirectamente, com a repercussão do abalo sofrido pelas primeiras.” VIANNA, 1939, pp. 32-34.

50 “Os cargos públicos, - administrativos ou políticos, - passaram a ser disputados, não como meio mais eficiente para realizar o ‘ideal’, o ‘sonho’; mas, pura e materialmente, como meio de vida.” VIANNA, 1939, pp. 32-33.

51 Desse modo: “Os que conseguiam, destarte, alcandorar-se nos postos oficiais ou electivos viam neles logicamente uma situação definitiva e vitalícia – e a defendiam, por todos os meios, contra o assalto dos novos invasores.” “E só lhe restava alar-se no ar subtil. O ideal inspirador dos homens deixará de ser aquela bona libido patrice gratificandi, de Sallustio, e passará a ser apenas o avarus venter horaciano.” VIANNA, 1939, pp. 34-35.

de raça saxônia principalmente, se chama ‘opinião pública’”. Todo o mecanismo do regime estabelecido na Constituição teria sido constituído a partir dessa presunção central.

A Constituição instituiria, com efeito, “o regime democrático; portanto, um regime que deriva da ‘vontade do Povo Soberano’, manifestada pela ‘Opinião Pública’” que não poderia ser confundida com o sufrágio universal. O aparato republicano da formação dessa opinião partia de ideia de que “as opiniões individuais seriam coordenadas e agrupadas pelos partidos políticos à maneira inglesa” e que esta seria a “forma mais legítima, senão a única, da manifestação do Povo Soberano”. Entretanto, o que se chama “opinião” na Inglaterra seria coisa muito distinta da existente no Brasil⁵².

O problema da democracia no Brasil não era o “problema do voto – e sim o problema da organização da opinião” que nos países europeus e americanos teria sido “resolvido pela história – por uma cultura cívica acumulada em mil anos de evolução política”. Logo, as democracias estariam divididas entre as “democracias de opinião organizada”, como no caso de ingleses e americanos, e “as democracias de opinião, simplesmente”, como no caso dos brasileiros.

Quais eram as condições para a formação do regime de opinião?

Quando se considera a delimitação do problema proposto percebe-se que Oliveira Vianna não se opunha abertamente às formas procedimentais de participação política, ou melhor tinha, o compromisso ideológico de valorizar “os padrões das “sociedades civilizadas”. De qualquer modo, a expressão de uma vontade coletiva pública poderia ser encontrada nos procedimentos democráticos, desde que o povo a que ela se reportasse estivesse suficientemente desenvolvido para tanto. Em outras palavras, a inadequação da forma procedimental não era de método, mas do contexto histórico político onde se pretendia aplicá-la.

O raciocínio de Oliveira Vianna é, de fato, bem circular. Na origem das boas instituições está o povo. O Direito é parte desse enraizamento institucional. Onde não há um povo, nasce uma disjunção entre a forma e a substância. Na origem do bom uso dos procedimentos democráticos estariam atributos de natureza biológica/histórica. Mesmo sem o exercício

52 “Esta organização é constituída por um conjunto majestoso de ‘fontes de opinião’, representadas, em parte, pelas várias associações de classe, poderosamente unidas e federalistas, e, em parte, por esses grupos activos e militantes nascidos do admirável espírito de solidariedade da raça saxônica (leagues, clubs, committees, societies, etc.)”. VIANNA, 1939, pp. 38, 40-41, 45.

do direito ao voto, haveria “essa poderosa solidariedade de classes, esse espírito popular, militante e infatigável, acabaria por obrigar, pela simples força moral da sua opinião, os detentores do Poder e a classe propriamente política a considera-lo”. Esse regime da opinião decorreria de dois “atributos intransferíveis do cidadão inglês”:

a sua índole ativa e combativa (a aggressive vitality, de Whitman), por um lado; por outro, o espírito de solidariedade, o sentimento instintivo do interesse coletivo, aquilo que van Dyke chama – the spirit of common order and social cooperation. Estes dois atributos – um de natureza biológica, porque se prende ao temperamento da raça; outro de natureza moral, porque se prende à formação social e política do povo – é que asseguram à democracia inglesa esta surpreendente vitalidade, que faz a admiração e também o desespero de todos os povos não saxões do mundo⁵³.

No Brasil, “o monopólio dos órgãos do poder pelas pequenas parcerias politicantes, que entre si distribuem os cargos públicos” e sua submissão ao executivo seriam “fatos naturais”, “num povo que não tem – porque não podia ter – nem espírito democrático, nem sentimento democrático, nem, portanto, hábitos e tradições democráticas”. Dever-se-ia reconhecer de “um ponto de vista objectivo o fenómeno” e, segundo Oliveira Vianna,

talvez devamos ser, de um certo modo, gratos a estes clãs politicantes: pelo menos, eles nos prestam o serviço de organizar essa cousa essencial e que, entretanto, o Povo, o nosso Povo, pela sua inaptidão democrática, se mostra incapaz de organizar: o quadro dos poderes públicos do país⁵⁴.

Logo, as oligarquias, apesar de se constituírem a partir de interesses particularistas, não seriam assim tão condenáveis, pois a soberania popular seria incapaz de construir espontaneamente a “superestrutura administrativa”. Isso porque “num povo como o nosso, elas são mesmo inevitáveis. Diremos mais: elas são necessárias.”⁵⁵. A tarefa política, diante da impossibilidade do

53 VIANNA, 1939, pp. 47, 104.

54 VIANNA, 1939, pp. 52-53.

55 VIANNA, 1939, pp. 52-53.

povo para a democracia seria a educação das elites⁵⁶. Elas seriam, portanto, “as vítimas das próprias circunstâncias em que atuam: no meio do silêncio geral do país, nada mais natural que eles acabem ouvindo exclusivamente a voz que se faz ouvir com insistência e persuasão: a voz dos interesses partidários que os cercam”⁵⁷.

Não obstante, no Brasil, haveria duas fontes contínuas dessa opinião pública “a imprensa e os partidos políticos”. As “classes industriais e comerciais” abririam uma nova fase “na vida da nossa rudimentar democracia”, “o primeiro passo para a constituição, com caracter permanente, junto ao Poder, dos órgãos consultivos das nossas classes econômicas”. Em outras palavras, a nova opinião pública organizada se manifestava num Estado Corporativo, o que implicava um novo papel ao poder executivo. Era esse desenvolvimento técnico que justificava o papel secundário dos parlamentos⁵⁸.

Assim, num só golpe, Oliveira Vianna justificava a presença e a continuidade das oligarquias agrárias escravistas, sua apropriação do aparelho de Estado, sua ética patrimonialista como um produto do povo, da ausência de uma voz popular que, obviamente, tivesse os ditames adequados das raças evoluídas e das civilizações desenvolvidas, capaz de constituir a nacionalidade. Ao invés de serem representadas como parte do processo de dominação político econômica, elas eram a própria solução para a existência do Estado. Tal fato era perfeitamente compatível com seu elogio tanto da política centralizadora do Império (construída para negar a condição de povo a todos) quanto da mística do bandeirante como elemento civilizador (construída para negar a sua ação genocida), temas que desenvolve de forma específica, respectivamente, em *O caso do Império* (1925), e *Populações Meridionais do Brasil* (1920) e *Evolução do Povo Brasileiro* (1923).

Desse modo, a disjunção proposta por Oliveira Vianna é também distinta da mera assunção da existência dos “fatores sociais de poder” que orientariam a ação do Estado e a formação do direito, como em Lassalle. Ao revés, sem perder esse ponto de partida, ele propunha a organização dos fatores reais de poder, mediante instituições de direito público. Os fatores reais de poder seriam criados com a racionalização do Estado, num processo

56 “O grande problema não está em destruí-las; está em educá-las, em discipliná-las, em reduzir-lhes a capacidade de fazer o mal e aumentar-lhes a capacidade de fazer o bem.” VIANNA, 1939, p. 54.

57 VIANNA, 1939, pp. 55-57, 60-61.

58 VIANNA, 1939, pp. 96, 104-107.

de reconstrução (ou criação) da sociedade. Porém, os fatos e a experiência comprovariam que “somente pela virtude dos textos constitucionais” não seria possível essa reorganização. O erro dos “espíritos teorizadores” estaria em que “uma reforma política só é possível por meios políticos”, incapazes de conceber outros meios “de modificar as condições de vida política de uma sociedade senão a modificação das suas instituições de direito público”⁵⁹. Ao contrário, o estabelecimento de um novo regime político “em nosso povo é antes de tudo um problema social e econômico – e só secundariamente um problema político e constitucional”⁶⁰. Enfim, sua proposta não negava o valor do Direito como um todo, mas a parte do Direito Constitucional relativa aos direitos fundamentais, de natureza individual, especialmente as liberdades públicas e o direito ao voto, de base popular.

As ponderações de Oliveira Viana se assemelham àquelas de Nina Rodrigues sobre a impossibilidade de adoção de um Código Penal Liberal uniforme diante da suposta maior incidência da criminalidade entre negros, indígenas e seus mestiços, e da diferente distribuição das composições raciais em nosso território. O raciocínio “dedutivo” dos republicanos que não teriam atentado para a diversidade (regional/racial) é criticado no mesmo “tom”, quase de cópia literal:

Tendo de organizar uma Constituição para o Brazil ou para o Camboja, para o povo inglês ou para um kraal do Hottentocia, criariam o mesmo sistema de governo, com as mesmas peças, as mesmas articulações, a mesma construtura, o mesmo modo de funcionamento, os mesmos freios, as mesmas válvulas de segurança: não lhe modificariam nada, não alterariam sequer o tamanho da cabeça de um parafuso –porque isto equivaleria a comprometer a ‘beleza do regime’ ou quebrar a ‘harmonia do sistema’⁶¹.

Ao revés, o futuro legislador constituinte (o povo em sentido estrito, a elite, distinta da plebe) deveria, “na elaboração das suas reformas e na arquitetura do novo sistema político”, “antes de se mostrar homem do seu tempo”, “mostrar-se homem da sua raça e do seu meio.”⁶² .

59 VIANNA, 1939, pp. 63-64.

60 VIANNA, 1939, p. 64.

61 VIANNA, 1939, p. 68.

62 VIANNA, 1939, p. 69.

Sobre esse tema, Ricardo Silva afirma que Oliveira Vianna “desenvolveu suas ideias em sintonia com o pensamento conservador europeu de fins do século XIX e das primeiras décadas do século XX, opondo-se (...) às reformas direcionadas à expansão da cidadania política”⁶³. A extensão do sufrágio seria a principal causa da desorganização nacional. Por isso, lamentava a “anarquia” decorrente da equiparação do voto da “nobreza da terra” ao de “analfabetos”, inclusive “mestiços”, dessa “incoerente população de pardos, cafuzos e mamelucos infixos, que vagueavam então pelos domínios”⁶⁴.

Em outras palavras, o suposto objetivo de chegar ao liberalismo pelo autoritarismo não era apenas a preocupação com o caráter privado dos interesses, semelhante a Carl Schmitt. Havia o medo mais amplo de que as formas procedimentais de participação popular poderiam fazer confundir o povo (elite qualificada) com a povo (plebe), uma confusão na “hierarquia das raças”, entre o lugar de mando ocupado por aquelas responsáveis pela “civilização” e as consideradas “inferiores”. Diante do particularismo dos interesses oligárquicos, legitimados por sua atuação histórica civilizatória e a massa amorfa (identificada com adjetivos racializados), Oliveira Vianna insiste que a verdadeira democracia existiria sem voto: “não seria absurdo imaginar-se a possibilidade de uma perfeita democracia funcionando sem eleições”⁶⁵.

Na demonstração dessa “democracia”, curiosamente, o movimento abolicionista lhe serve de exemplo do “triunfo da opinião pública”, pois a abolição teria sido realizada sem uma maioria parlamentar abolicionista. Tal exemplo revela o compromisso com a política conservadora do período imperial, que à custa da escravização “imoral e ilegal” de pessoas negras, manteve o Brasil como principal país escravista num mundo em que a abolição tinha, no mínimo, quase cem anos de trajetória⁶⁶. O que Oliveira Vianna chama de triunfo da opinião foi, certamente, resultado de pressões internas e externas, em que uma elite se viu, finalmente, encurralada e, ao final, organizou um novo projeto de hegemonia racial⁶⁷.

63 SILVA, 2008.

64 SILVA, 2008.

65 1939, p. 86.

66 ALENCASTRO, 2000. ALENCASTRO, 2010.

67 “Realmente, o triunfo do movimento abolicionista foi um legítimo triunfo da opinião pública; (...) conseguiu fazer com que um Parlamento hostil à ideia abolicionista se visse moral e politicamente coagido a tornar-se um Parlamento favorável à ideia abolicionista.” VIANNA, 1939, p.88.

A proposta de Oliveira Vianna, mais do que a condução para a um liberalismo econômico ou político futuro, representa a tentativa de racionalização das formas de apropriação privada dos recursos estatais, mediante seu gerenciamento técnico e de acomodação dos conflitos sociais vinculados ao fim da escravidão, à imigração e à nova fase de urbanização. Utopia de uma ciência social voltada para a prática que tem, desde seu início, a preocupação com a legitimação das elites e a sua reconfiguração como “elites sociologicamente iluminadas” e racialmente definidas como brancas. De um lado, reconhece no privatismo dessas elites, o caráter ambíguo de dispersão de interesses, de agente civilizatório e de ator social na construção do Estado, de outro, sua incapacidade para realizar as tarefas de desenvolvimento que o autor julga necessárias em relação à sociedade e ao Estado. A velha fórmula de construir e constituir-se como classe a partir do Estado e do papel do Estado na construção da Sociedade é revisitada pelo cientificismo de Oliveira Vianna. Ao final, a culpa é projetada no “povo-massa”, objeto-sujeito das mazelas nacionais.

Enfim, Oliveira Vianna conferiu legitimidade a tese de que a apropriação privada e elitista dos recursos públicos, especialmente das carreiras da administração pública e da justiça, decorria dos males de origem do povo massa e de que o desenvolvimento seria alcançado pela remodelação das elites políticas conforme o saber das ciências sociais. Como anota Luciano Aronne de Abreu, o *Idealismo da Constituição*, “não por coincidência, teve uma segunda edição em 1939, aumentada, na qual o autor refere-se ao Estado Novo como um exemplo do idealismo orgânico e de realismo político, legitimando-o em suas práticas políticas”⁶⁸. A defesa do Estado Novo que criou no poder executivo órgãos de manifestação corporativa e técnica, a opinião qualificada, respondia à exigência de “modernização”⁶⁹. O projeto modernizador era, em sua essência, racialmente pensado como um modo de garantir a supremacia branca nas instituições públicas.

5. Conclusão

As tensões entre procedimentalismo e substancialismo em Oliveira Vianna têm seguramente outros caminhos.

68 ABREU, 2008. p. 51.

69 CAMPOS, 2001.

Como se fez referência, seria possível questionar o próprio conteúdo da “tradição liberal”. Conforme Emília Viotti da Costa⁷⁰, o liberalismo assumido no Brasil não pretendia se confundir com democracia, ou seja, “a escravidão constituiria o limite do liberalismo no Brasil”, liberalismo de proprietários de escravos, cujas fronteiras eram construídas pelo medo e cálculo político de agitar as massas no processo de independência e de emancipação gradual⁷¹. Questão semelhante é colocada pela interpretação que lembra as raízes ibéricas e patriarcais do pensamento do autor. Ou ainda, como sintetiza Raimundo Faoro, em sua conhecida crítica ao patrimonialismo: “Longe do modelo anglo-saxão, respirando o bolor bragantino, o liberal se propõe educar, corrigir, tutelar o ‘inorganismo’ (o povo), mas atento às suas travessuras e rebeldias.”⁷². De igual modo, ao considerar a produção científica em fins do século XIX, Lilian Schwarcz constatou que o liberalismo convivia com o racismo científico⁷³.

Enfim, uma das soluções para a questão dos pontos de partida é adjetivar os liberalismos. Há o liberalismo conservador, defensor da propriedade escrava; e o liberalismo do cientificista (como de Spencer) defensor da seleção natural dos mais “fracos integrantes” das classes trabalhadoras; o liberalismo reformador, abolicionista e com visões negativas do trabalhador negro; o liberalismo elitista, a favor da República e contrário à participação das massas trabalhadoras no pós-abolição. Entre permanências e rupturas ou tradições e novidades, há uma “continuidade”, o objeto-sujeito das propostas políticas (os povos da conquista, os negros da África, os escravos da Guiné, os libertos, os aldeados...), ou seja, as relações discursivas constituem-se desde a colonialidade. O limite do “liberalismo” está na subordinação racial dos escravos ou no povo racializado, ou seja, as populações consideradas como um problema de gestão racial, alvos de estratégias públicas e privadas, descrito como inapto para a gestão de atividades econômicas, para integrar-se a instituições liberais, para conquista de direitos... Todavia, é importante realçar: esse limite não é nacional ou local, pois ele estrutura o espaço colonial com suas diferenciações. O próprio discurso da diferença emerge como constitutivo da estrutura desse espaço.

70 1999, p. 33.

71 AZEVÊDO, 1987. CARVALHO NETTO, 1993.

72 1994, p. 130.

73 1993.

Neste caso, haveria um atalho simples a ser tomado, a leitura atenta das dedicatórias que mostravam o projeto intelectual de Oliveira Vianna. Ele foi discípulo de Ingenieros, quiçá o teórico racista mais influente na América Latina, que atribuía o papel político de gerenciamento das sociedades “periféricas” às elites europeias qualificadas, e propôs inúmeras medidas racistas aplicadas contra as populações não brancas⁷⁴. Oliveira Vianna defende o idealismo/realista do colega argentino para quem “um verdadeiro ideal não deve ser outra coisa senão uma antevisão da realidade social futura e não uma criação arbitrária da nossa fantasia ou da nossa razão”⁷⁵.

De fato, como analisa Marcos Odalla, Ingenieros fez dois usos do conceito de civilização para “descrever” essa “realidade”: “um etnográfico pelo qual a civilização é atribuída a qualquer sujeito social e um valorativo em virtude do qual esta se converte em índice preciso de adaptabilidade ao meio de uma raça determinada”. Neste caso, trata “das capacidades” para uma raça se impor a outras, num cenário governado “pelo princípio da luta pela vida”, em que a raça branca sairia vitoriosa⁷⁶.

A relação entre a construção racializada do povo como objeto/sujeito da ciência e a oposição entre idealidade/realidade, capaz de definir os limites de “atuação” sobre/desde o Estado/Sociedade foi a principal contribuição do cientificismo de Oliveira Vianna ao autoritarismo. Tema, de fato, tomado de Ingenieros⁷⁷.

De qualquer sorte, em Oliveira Vianna, o discurso racial, quer sobre as elites quer sobre o povo, em sua construção da imagem negativa dos negros e indígenas, e dos mestiços (elementos úteis apenas pela seu potencial de arianização e “melhoria da raça”), não é um apêndice maldito que pode ser descartado, à posteriori, do autoritarismo, mas um dos seus elementos centrais.

A ciência política autoritária, a história racializada e o uso das ciências que propõem compreensões racistas da sociedade brasileira fundamentam

74 Sobre a importância do pensamento racista de J. Ingenieros: ZAFFARONI, 1993.

75 1927, pp. 131-132.

76 2009.

77 Além desses dois caminhos, outro ponto central que não pode ser examinado neste texto é articulação (e aparente oposição) entre o substancialismo presente na versão de Gilberto Freyre da democracia racial, democracia que se estabelece fora da arena institucional, pública e jurídica, e o substancialismo do autoritarismo/racista de Oliveira Vianna que, como se viu, negava os procedimentos democráticos de inclusão das massas negro/indígenas no pós-abolição.

os seus escritos. Ali se encontram os liberalismos (antinegro e anti-indígena) que se afasta da universalização dos direitos e assume a necessidade de hierarquias sociorraciais e a nova roupagem científica que emerge como retórica de Direito Público voltado para a defesa da centralidade do Estado com medo de que o individualismo e liberalismo possam conduzir à afluência dos ex-escravos aos mecanismos decisórios institucionais e/ou à forma jurídica de direitos.

Para compreender esse traço de continuidade, é necessário, porém, voltar aos elementos do que se pretende ver, e fazer crer, ser uma disjunção, e na disjunção que a prática científica pretende operar entre compreender a presença do negro na sociedade brasileira e negar-lhe direitos.

Enfim, a crítica ao racismo como um componente importante da teoria social crítica sugere novos caminhos para a compreensão da obra de Oliveira Vianna. Ela não deveria ser simplesmente descartada por ser racista. Esse descarte já é realizado pela visão subjetivista e individualista do racismo que impõe o silêncio sobre a atualidade da relação entre autoritarismo e racismo. E, paradoxalmente, foi a solução proposta pelo relativismo de época que busca depurá-la do racismo, secundarizando sua relevância ou escolhendo “o que há de bom” no autor.

Ao revés, como tentamos argumentar, o texto não aparece nem como mera inversão da realidade nem mera construção da realidade pelo discurso. Sua obra é um conjunto de indícios relevantes das estratégias de construção do presente. A negativa da via constitucional e democrática para as massas pós-abolição revela como a elite branca empenhou-se em produzir um sistema que, desse ponto de vista, não criasse distúrbios na continuidade.

A compreensão dessa construção autoritária do direito público⁷⁸ é uma chave importante para entender a permanência e atualização dos padrões de classificação social “herdados” da escravidão. As sobrevivências podem ser pensadas como projetos de exclusão que estão na estrutura do Estado, incluindo as formas de recrutamento da composição das instituições jurídicas. Os fundamentos raciais do autoritarismo deslocam o tema dos padrões de relações raciais presentes no país para a importância dos padrões jurídicos

78 Por hora, é possível refletir sobre a permanente oposição entre interesse público, interpretado segundo a experiência das autoridades constituídas, e os direitos fundamentais dos cidadãos, cindidos, de fato, entre sujeitos com experiências semelhantes às dessas autoridades e não-sujeitos. O público, portanto, como um espaço de privilégio (essencialmente racializado) onde determinadas perspectivas não têm lugar.

e institucionais para produção de hierarquias raciais. Hoje podemos, ao observar a branquidade dos tribunais de justiça, reconhecer que o projeto de Oliveira Vianna foi decisivo para produzir a desigualdade racial que encontramos no país.

Referências

- ABREU, Luciano Aronne. Dossiê temático: Estado Novo, Realismo e Autoritarismo Político. *Política e Sociedade*, vol.7, nº 12, 2008, pp. 49-66.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe. *O Trato dos viventes*. Formação do Brasil no Atlântico sul. São Paulo, 2000.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe. Parecer sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, nº 186, apresentada ao Supremo Tribunal Federal. 2010.
- AZEVÊDO, Célia Maria Marinho de. Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites do século XIX. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.
- BERTÚLIO, Dora Lúcia. *Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BUCK-MORSS, Susan. *Hegel, Haiti, and universal history*. University of Pittsburgh Pre, 2009.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.
- CARVALHO, José Murilo de. A Utopia de Oliveira Vianna. *Revista Estudos Históricos*, vol. 4, n. 7, 1991, CPDOC, FVG.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Del Rey, 1993.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. São Paulo: UNESP, 1999.
- DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 49, 2016.
- DUARTE, Evandro Piza; FREITAS, Felipe da Silva. Racism and Drug Policy: Criminal Control and the Management of Black Bodies by the Brazilian

- State. In: KORAM, Kojo. *The War on Drugs and the global colour line*. Pluto, 2019.
- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro; a origem do Mito da modernidade; conferências de Frankfurt*. Vozes, 1993.
- FAORO, Raymundo. *Existe um Pensamento Político Brasileiro?* São Paulo: Ática, 1994.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003;
- LUHMANN, Niklas. Causalidade no sul. Trad. de Menelick de Carvalho Netto (para fins acadêmicos). *Revista de Teoria Sociológica*. Universidade de Bielefeld, Alemanha, s/d, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- KEMNITZ, Eva-Maria von. Em Portugal—O Orientalismo em fragmentos. *Revista de estudios internacionales mediterráneos*, 2016.
- MOURA, Clóvis. *As injustiças de Clio: o negro na historiografia brasileira*. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990, p. 197.
- MORSE, Richard M. *O espelho de Próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- ODALLA, Marcos. Civilización y barbarie. La función de los intelectuales en la Argentina del Centenario: J. Ingenieros y R. Rojas. Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas. *Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas/INCIHUSA – CONICET*, Mendoza, vol.11, nº 2, diciembre 2009, p. 43-54.
- PAIM, Antônio. *Curso de Introdução ao Pensamento Político Brasileiro*. A Opção Totalitária. Unidade XI e XII. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- PAIM, Antônio. Introdução. In: VIANNA, Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 18-45.
- PAIM, Antônio. Oliveira Vianna e o Pensamento Autoritário no Brasil. In: VIANNA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. vol. I. Brasília: Senado Federal, 1999, pp. 11-37.
- PAIVA, Vanilda. Oliveira Vianna: Nacionalismo ou Racismo? *Síntese: Revista de Filosofia*, 1976, vol. 3, n. 6, pp. 57-84.
- QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. *Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana*. Editora Lumen Juris, 2018.

- QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder e Classificação social*. Epistemologias do Sul, 2009.
- SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Editora Companhia das Letras, 2007.
- SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Qu'est-ce que le Tiers État? Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- SILVA, Ricardo. Liberalismo e democracia na sociologia política de Oliveira Vianna. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 10, nº 20, jul./dez. 2008, pp. 238-269.
- VIANNA, Oliveira. *O Idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.
- VIANNA, Oliveira. *O Idealismo da Constituição*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1939.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá, Colômbia: Temis, 1993

Recebido em 04 de abril de 2020.

Aprovado em 08 de setembro de 2020.

RESUMO: o artigo analisa os argumentos de Oliveira Vianna, representante do “autoritarismo político” brasileiro, sobre o conflito entre a Constituição Ideal e a Constituição Real, destacando a relevância do racismo científico na crítica dirigida ao Idealismo da Constituição. A “disjunção” (ideal/real) é analisada com auxílio das categorias de Jürgen Habermas de procedimentalismo e substancialismo para explicitar as dimensões da colonialidade na teoria constitucional europeia. Argumenta-se que essa disjunção reconstrói a distinção entre povo (elites de poder qualificadas) e plebe (plebe/massa amorfa), fundamentada na compreensão racista da história, convergindo para a defesa do Estado como agente da hegemonia branca e na representação do papel perigoso da ideia democrática de participação popular, negra/indígena. Logo, ao invés de ser apenas um modo de compreender os problemas do constitucionalismo brasileiro, deve ser objeto de investigações como artefato da história das elites locais e considerada como parte integrante do problema que pretende resolver.

Palavras-chave: constitucionalismo periférico, idealismo da Constituição, direitos fundamentais; negros e indígenas; colonialidade do saber, Estado-Novo.

ABSTRACT: In this paper, we analyze Oliveira Vianna’s arguments, as representative of the Brazilian “political authoritarianism”, about the conflict between the Ideal Constitution and the Real Constitution, highlighting the relevance of scientific racism to the criticism towards the Constitution’s Idealism. The “disjunction” (ideal/real) is analyzed with the support of Jürgen Habermas’ categories of proceduralism and substantialism, aiming to unveil the dimensions of coloniality within the European constitutional theory. Our thesis is that this disjunction reconstructs the distinction between people (qualified power elites) and people (plebe/amorphous mass), based on a racist understanding of history, converging to the defense of the State as an agent of white hegemony and to the representation of the dangerous role attributed to the democratic idea of popular participation, black/indigenous. Therefore, instead of being only one way to understand the problems of Brazilian constitutionalism, it must be the object of investigations as an artifact of local elites’ history and considered as an integral part of the problem it intends to solve.

Keywords: peripheral constitutionalism, Constitution’s idealism, fundamental rights; black/indigenous people, coloniality of knowledge; New State.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: Duarte, Evandro Charles Piza. Autoritarismo e Racismo: Oliveira Vianna, Constituição e Democracia sob os Trópicos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1378>.

A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social

The need for new theoretical speeches in front of the Social State crisis

Giancarlo Montagner Copelli*

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

Jose Luis Bolzan de Moraes**

Faculdade de Direito de Vitória, Vitória – ES, Brasil

1. Introdução

Das possibilidades de organização político-jurídicas surgidas após as revoluções ditas liberais, a História aponta para diferentes modelos de Estado Constitucional, ao longo de dois séculos. Do ponto de vista do embasamento teórico, várias foram as correntes da filosofia política que influenciaram o surgimento de tal modelo, com destaque para o posicionamento contratualista, à luz nos séculos XVII e XVIII. É desse ideário, afinal, que se origina o poder baseado no contrato *entre e com* a sociedade, fazendo a passagem de um modelo em que o Estado se identifica com a figura do soberano – *L'État c'est moi* – para uma segunda possibilidade, em que o ideário era o da livre iniciativa para a satisfação de liberdades econômicas. Contudo, essa organização estatal, o chamado *Estado Liberal*, assim como anteriormente o de viés absoluto, também encontrou os seus limites, transitando – em que pese sua *continuidade* – após a Segunda Grande Guerra, para sua conformação

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Estágio pós-doutoral com Bolsa CAPES/PNPD, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, na mesma universidade.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com período sanduíche na Universidade de Montpellier I – França. Pós-Doutoramento junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

social, visando, *grosso modo*, a igualdade. Daí o acerto em, quando se falar em *crise do Estado*, pensar não exclusivamente em um viés negativo, mas de transição, de um *caminhar para o novo*.

O percurso histórico de formação do *Welfare State* – ou seja, da transição entre os modelos liberal clássico e liberal social – embora vinculado aos movimentos operários, não ficou restrito à classe dos trabalhadores, estendendo-se, por certo, a todos aqueles com vínculo de pertença a determinado Estado com esses contornos. Assim, o *Welfare State* pode ser compreendido como aquele que garante mínimos existenciais, não como caridade, mas como direito. Ocorre entretanto, que esse modelo também encontrou, ao longo do tempo, obstáculos que podem enquadrá-lo em um contexto de *crise*.

Aqui, três enfoques podem ser evocados, na esteira de Rosanvallon¹ (e, na especificidade brasileira, por Jose Luis Bolzan de Moraes): um *fiscal-financeiro*, em que se observam questões relacionadas a uma espécie de *problema de caixa*; um *ideológico*, em que se questiona a legitimidade da organização e da gestão estatal; e, por fim, um *filosófico*, em que se questiona o próprio fundamento teórico do *Welfare State*, ou seja, a *solidariedade*, que pressupõe – ou deveria pressupor – o Estado como organização social constituída por cidadãos que compartilham um ideário de bem-estar coletivo.

Importante, nesse sentido, observar que o Estado Liberal Social, ao passo em que é a alternativa mais contundente para a edificação de uma sociedade mais igualitária, é também a continuidade de um projeto liberal-econômico. Daí, limites sequenciais: a *crise filosófica* é em grande medida, produto da *crise ideológica*, e estas duas, atreladas à *crise financeira*. De outro modo, havendo recursos, há *solidariedade*, e a ideia de um porvir compartilhado é assim, *mais fácil*.

Há, portanto, uma tensão difícil de ser dissolvida no enfrentamento das crises que limitam o Estado Liberal Social – e que em boa medida explica a não satisfação das demandas sociais. Por isso, e talvez nesse mesmo sentido, Dardot e Laval, em seu *Comum: Ensaio sobre a revolução no século XXI*², projetem um (re)pensar além do projeto neoliberal. Uma *revolução*, de fato, considerando haver uma espécie de *doxa* – implacável e negativa – surgida a partir da trágica experiência dos Estados Comunistas, bloqueando qualquer outra possibilidade além – e, sobretudo, à margem – do neoliberalismo.

1 ROSANVALLON, 1997.

2 LAVAL; DARDOT, 2014.

Há, assim, um duplo problema a enfrentar: De um lado, constata-se que o Estado Liberal Social está em crise, e se considerarmos os aspectos centrais dessa crise, teríamos como pilares limites *financeiros, ideológicos e filosóficos*. Destes, o primeiro parece não apenas fator gerador dos demais, mas também a *extensão própria do projeto liberal*, marcado por uma contemporânea espécie de transposição de capitalismo, do industrial ao financeiro, que não mais retorna ao sistema produtivo e sequer é tributado³. É a chave da tensão (cada vez mais agudizada, portanto) que opõe um projeto político-jurídico e um projeto político-econômico. De outro lado, o caráter revolucionário de um (re)pensar tais questões, diante do fantasma da reabilitação de projetos típicos da tragédia do comunismo burocrático como única via alternativa.

Considerando, portanto, haver uma crise que impõe limites ao Estado no atendimento às garantias constitucionais de ordem social, caracterizadas, aqui, como de viés financeiro, ideológico e filosófico, importa, como problema, ensaiar caminhos de superação para tal crise, dado o, ainda, contemporâneo protagonismo do Estado na tarefa de minimizar as desigualdades. A hipótese desenhada, nesse sentido, aponta para a necessidade de se pensar alternativas para além do ideário liberal, aproximando o *dever-ser* do constitucionalismo inaugurado no pós-Guerra, sem prejuízo de suas conquistas, ao *ser* da realidade.

Para, dessa forma, provocar o debate voltado à criação de novos arranjos institucionais, o objetivo central, longe da pretensão de abarcar todas as possibilidades ou de se constituir como discurso de certeza, é demonstrar a necessidade de se pensar o Estado Liberal Social para além da sequência do liberalismo político-econômico. Como objetivos específicos estão a delimitação do Estado Liberal Social como construção histórica e a delimitação dos três tipos de crise – financeiro, ideológico e filosófico. Dessa maneira, o tema delimita-se na crise do *Estado Liberal Social*, enquanto o problema busca aprofundar os contornos dessa mesma crise, respondendo à questão que interroga sobre as possibilidades de superação dos obstáculos próprios que impõem limites ao Estado Liberal Social.

Considerando o contexto de obstáculos de ordem financeira, ideológica e filosófica nesse modelo estatal, justifica-se tal análise a partir da possibilidade de observação não apenas das consequências do que parece de fato

3 HARVEY, 2010. Não esquecendo as fórmulas mais contemporâneas de capitalismo, como os dito “cognitivo”, “de plataforma” etc.

um limite que lhe é próprio – frente às suas crises –mas também frente ao protagonismo estatal – sobretudo em países de modernidade tardia, como o Brasil, por exemplo – no enfrentamento de abissais diferenças sociais. Além disso, ao reafirmar a importância das garantias advindas do constitucionalismo surgido no pós-Guerra, enquanto tentativa de se minimizar as diferenças econômico-sociais, aponta para a necessidade de se pensar novos arranjos capazes de superar o modelo liberal, *continuado*, em boa medida, no Estado Liberal Social, como condição de possibilidade para a satisfação dessas mesmas garantias.

Por fim, para esta pesquisa, basicamente bibliográfica e qualitativa, a metodologia aqui empregada terá como abordagem o método fenomenológico, procurando revolver o chão linguístico em posicionamentos, em tese, sedimentados pela tradição (sobretudo, a *doxa* anteriormente referida). Direcionando a pesquisa nesse sentido, o método de procedimento aqui escolhido é o histórico (para compor um quadro linear do fenômeno).

2. O Estado Liberal Social como desdobramento histórico do projeto liberal

Em *O Estado de Bem-estar Social na idade da razão*, Célia Kertenetzky projeta o *Welfare State*⁴ como aquele modelo que trata a desigualdade e as vulnerabilidades sociais – a que estão sujeitos os cidadãos – não como um problema do indivíduo, mas, acima disso, como um problema da sociedade. Assume, assim, responsabilidades não observadas no Estado Mínimo.

Projetado, nesse sentido, como o produto do comportamento político e social do pós-Segunda Guerra – mas com raiz ainda no século XIX –o Estado Liberal Social surge portanto, em um contexto de clara intervenção⁵, em que

4 Embora apresente uma definição para Estado de Bem-estar Social, citando, inclusive, a da *International Encyclopedia of the Sciences*, colocando tal conformação como “um conjunto de programas governamentais para assegurar o bem-estar dos cidadãos face às contingências da vida moderna, individualizada e industrializada” – KERSTENETZKY, 2012, p. 02, reconhece a imprecisão do conceito, e a impossibilidade de se pensá-lo a partir de sua concepção original, na década de 1930, como oposição a um Power State britânico. Ou seja, é um conceito de viés essencialmente histórico e, portanto, impreciso.

5 Esse viés interventivo, de *correção das desigualdades próprias da vida econômica e social*, decorre da lacuna observada no Estado Liberal, cujo “princípio estruturante último não é a igualdade nem a soberania do povo, e sim a liberdade individual que, para seus defensores, antecede e se sobrepõe a qualquer comprometimento solidário. Por isso [antes], a igualdade é considerada somente no seu aspecto formal, e pode conviver sem qualquer constrangimento normativo com a desi-

a organização estatal passa a privilegiar a criação de estruturas voltadas à defesa de direitos econômicos e sociais, *para além dos direitos civis e políticos* típicos do liberalismo.

Essa conformação estatal – resultado dessa espécie de transição a partir de um Estado Mínimo – é aquela que vai privilegiar a seguridade social, amparando o cidadão e sua família em situações como velhice, doença e desemprego, por exemplo, buscando preencher a lacuna aberta por um modelo estatal cuja finalidade era a de, apenas, *não impedir o livre desenvolvimento das relações sociais*, considerando os indivíduos como livres e iguais⁶. É de outro modo, o modelo que visa corrigir as injustiças que o liberalismo advindo das ditas revoluções liberais produziu. Afinal, esse mesmo modelo liberal – como observa Paulo Bonavides⁷ ao lembrar Vierkant – permitia – apenas e de fato – uma “real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”.

De mesmo modo, é possível observar tal lacuna do Estado Liberal Clássico como germe do Estado Liberal Social também em Heiner Bielefeldt⁸ – em discussão sobre o direito ao voto em sua *Filosofia dos Direitos Humanos* – já que este surge “depois de o desenvolvimento econômico, decorrente da revolução industrial⁹, não ter trazido a esperada disseminação da independência financeira”.

gualdade material das pessoas. Nesta sociedade [a liberal] tem importância que as pessoas sejam iguais perante a lei e que sejam computadas igualmente na hora de comparecerem às urnas eleitorais; mas não tem relevância ética alguma o modo como vivem o seu cotidiano – a menos que coloquem em risco o modo como outros querem viver seu cotidiano. Ser cidadão nesta sociedade é, sobretudo, ter o direito de viver sua liberdade sem riscos de ser importunado pelos outros e pelo Estado”, conforme SOBOTKA, 2009, p. 154 – grifo nosso.

6 MORAIS, 2011.

7 BONAVIDES, 2011, p. 61, referindo-se ao sociólogo alemão Alfred Vierkant, na obra *Staat und Gesellschaft*, de 1921.

8 BIELEFELDT, 2000, p. 104.

9 MARQUES, 2010, p. 62, não fala de uma Revolução Industrial, mas de quatro: “A primeira, a partir da Inglaterra, tem início por volta de 1760 e vai até aproximadamente 1860. As bases principais desta fase são: o uso do ferro, do carvão, do tear mecânico e, principalmente, da máquina a vapor. A segunda, entre 1860 e 1900, se baseia no aço, na energia elétrica e em produtos químicos. Esta propiciou, inclusive, a mudança na noção de hora de trabalho, já que a luz elétrica possibilitou que as fábricas produzissem vinte e quatro horas por dia. O sol não é mais medida de tempo. A terceira, no período entre guerras, constitui-se, basicamente, na implantação de nossos sistemas de produção, como a linha de montagem, e a consequente produção em série. A quarta, a partir da segunda metade do século XX, incrementa-se com a introdução da automação e da robotização”. No contexto deste trabalho, as duas primeiras são consideradas.

Contudo, tal sequência, que permitiu o surgimento do Estado Liberal Social a partir de uma espécie de *promessa não cumprida* do Estado Liberal Clássico – para usar a expressão típica de Bobbio¹⁰ ao referir-se às democracias – bem observada na constatação de Bielefeldt – não significou ruptura ao modelo que, no século XX, parece ter encontrado limites às expectativas nele depositadas por conta das ditas revoluções liberais do século XVIII.

Ao contrário, parece tratar-se, antes, de uma continuidade além de uma ordem cronológica própria contida na lógica sequência de Marshall¹¹, em que direitos civis e políticos são condição para direitos sociais¹². Afinal – e aqui parece residir a raiz da crise do Estado Liberal Social – tal modelo, como bem observa Jorge Miranda¹³, é, na verdade, um elemento voltado não apenas à pacificação forjada a partir das diferenças impostas e alargadas pelo Estado Liberal, mas também – e, talvez, sobretudo – um elemento de propulsão do próprio crescimento econômico.

3. Os fins e os meios do Estado Social

Como observado neste encadeamento de ideias para assentar nosso argumento, o que se convencionou chamar de Estado Social – abstraído-se, de certo modo, seu componente de continuidade do próprio liberalismo – corresponde à transformação do Estado Liberal – delimitado no século XIX – frente às demandas verificadas já no decorrer daquele século, mas, sobretudo a partir da inauguração do século XX. E, em que pese a possibilidade de se compreender tal transição – de Liberal a Liberal Social – como *continuidade* e não como *ruptura*, imperioso observar, igualmente, que as finalidades do Estado Liberal Social são justamente a defesa da igualdade e da liberdade. Não por outra razão a ação estatal será, agora, aquela dirigida à satisfação do bem-estar do indivíduo em seu ambiente¹⁴.

10 BOBBIO, 2000.

11 MARSHALL, 1987.

12 A leitura de CARVALHO, 2002 e SALES, 1992 aponta para, no Brasil, uma completa inversão da sequência desenhada por Marshall. A *caridade*, que pretensamente visa preencher a lacuna aberta pela ausência de direitos sociais no Império, é estendida à Primeira República, ainda permeada de limitações civis e políticas. Daí contradições, como a exclusão dos analfabetos da sociedade política, por exemplo, ao passo que retirava das atribuições do governo federal o oferecimento da educação primária, conforme CARVALHO, 1987, p. 45: “Exigia-se para a cidadania política uma qualidade que só o direito social da educação poderia fornecer e, simultaneamente, desconhecia-se este direito”.

13 MIRANDA, 2013.

14 LIBERATI, 2013, p. 46.

Esse mesmo contexto – que acena para uma nova finalidade da organização estatal – fez do indivíduo que, até então, esperava do Estado *apenas* a garantia de paz para um *livre crescer*, um efetivo credor de uma ação positiva. Ou, de outro modo, credor de um *fazer estatal*. Afinal, se, de um lado, com o Estado Liberal Social desaparece o viés caritativo relacionado às ações estatais enquanto prestações direcionadas aos cidadãos, por outro é possível concluir estas mesmas ações como intervenções voltadas à promoção e proteção do bem-estar social, caracterizadas, agora, como direitos¹⁵.

Nesse novo enredo – de ação positiva – os *meios* para tais *fins* são as políticas públicas, compreendidas como metas coletivamente conscientes, cuja implementação e execução implicam escolhas envolvendo os diferentes interesses de diversas camadas sociais. Há, assim, um evidente protagonismo do Estado. Afinal, os direitos sociais não podem ser usufruídos pelo cidadão sem a manifestação estatal, eis que cobram uma ação positiva do Estado.

Contudo, para que tais meios conduzam efetivamente às finalidades do Estado Liberal Social, há uma série de obstáculos. Como se observará a seguir, esses entraves têm relação, em maior ou menor grau, com a disponibilidade de recursos passíveis de serem alocados para a efetivação dos direitos evidenciados no pós-Segunda Guerra. De outro modo, trata-se, na esteira de Rosanvallon¹⁶, de um problema de caixa – ou de uma *crise fiscal* – que, por seu turno, impõe novos e distintos contornos – de viés *ideológico e filosófico* – para aquilo que se conclui como um limite mesmo ao Estado Liberal Social.

4. As crises do Estado Liberal Social

O Estado Liberal Social – seja observado como a negação do modelo liberal, seja como a sua própria continuidade – não pode ser compreendido como o produto do entendimento político e social do pós-Segunda Guerra que, uma vez atingido, determina-se como uma espécie de *conquista irrevogável*. Artificial e histórico que é, não há, de outro modo, uma linearidade que, *como uma causa em si*, garanta o alinhamento entre o que se conquista e o que efetivamente se concretiza. E, em que pese nesse contexto de possibilidades rumo à concretização de direitos sociais, obstáculos de vieses distintos

15 MORAIS, 2011.

16 ROSANVALLON, 1997.

também sobressaem neste cenário, conduzindo a crises que, diante de tantas promessas não cumpridas pelo poder público no que se refere a direitos sociais, fazem da finalidade mesma do Estado Social um *conteúdo utópico*¹⁷.

Nesse sentido, como observado a título introdutório, três são as crises pelas quais passa o Estado Liberal Social, nesse contexto de aparência utópica: uma de caráter *fiscal* – compreendida aqui como um *problema de caixa* mesmo; uma de viés *ideológico*, que interroga a legitimidade do próprio Estado Liberal Social como ente responsável pela transformação que, afinal, lhe constitui a finalidade; e, por último, uma *crise filosófica*, que põe em xeque o fundamento próprio do Estado Liberal Social, que é a solidariedade.

Considerando os direitos sociais como aqueles que demandam uma ação positiva do Estado, parece oportuno observar, portanto, uma espécie de limite financeiro à concretização de tais direitos. Ou seja, minimizar as disparidades e caminhar rumo a uma sociedade mais justa e igualitária, via direitos sociais, tem necessariamente um custo que, em épocas de crise, sobretudo em períodos de recessão severa como a atravessada nas décadas de 1980-90¹⁸, debilitam as estruturas próprias do Estado Liberal Social, que são os recursos capazes de custear a efetivação de tais direitos¹⁹. É um círculo vicioso entre (des)aquecimento econômico, arrecadação fiscal, notadamente menor, e necessidades sociais, seguramente maiores²⁰, agora também agravadas pela passagem do capitalismo industrial ao financeiro e pelas sensíveis transformações pelas quais passa o mundo do trabalho²¹ e o próprio capitalismo em decorrência das transformações tecnológicas envoltas na *Revolução 4.0* e/ou na Revolução da Internet, que promovem a passagem de um mundo analógico para um mundo digital.

Evidentemente, o saldo é uma clara defasagem entre os recursos e os gastos públicos voltados à concretização de direitos sociais (contemporaneamente agudizada, considerando que o capital, no século XXI, não retorna ao setor produtivo, como anteriormente mencionado com David Harvey²²). O que aí se tem, entre outros desdobramentos, acaba por projetar políticas

17 MORAIS; BRUM, 2016.

18 BRUM, 2013. Ver, também, ROSANVALLON, 1997.

19 CANOTILHO, 2006.

20 MORAIS, 2011

21 FREY; OSBORNE, 2017. No mesmo sentido, ver BRYNJOLFSSON; MCAFEE, 2012, e COPPELLI, 2019.

22 HARVEY, 2010.

públicas de caráter temporário, metamorfoseadas, frente à crise, em políticas de longa duração ou, até mesmo, permanentes.

Entretanto, tal conjuntura – qual seja, de *crise fiscal-financeira* – não se esgota em si, mas impõe novos desafios à concretização dos fins do Estado Liberal Social. Nesse contexto, é possível observar, na esteira da *crise de caixa*, as deficiências de legitimação da própria conformação estatal, ou seja, uma *crise ideológica*. Afinal, à medida que as pretensões sociais se tornam cada vez mais complexas, a tentativa de resposta passa a vir a partir de “um corpo técnico-burocrático” que decide a própria demanda. Ocorre, entretanto, que “*constantemente a demanda política se vê frustrada pela ‘resposta’ técnica*”²³, como, em boa medida, são as políticas de saúde pública – tão onerosas ao Estado quanto insuficientes à população, por exemplo – ou aquelas voltadas a suprir o déficit habitacional de determinadas populações, em que há um corpo burocrático que determina onde e como as residências serão construídas – geralmente, nas periferias dos grandes centros, sem infraestrutura, justamente àqueles que mais dependem desta mesma estrutura – tornando, assim, evidente a contradição entre a demanda e a resposta.

E, por fim, um último desdobramento das crises do Estado Liberal Social – mas que também constitui em si um elemento singular de crise – questiona o próprio fundamento de tal conformação político-social: a *crise filosófica*, que põe em xeque a solidariedade dos indivíduos que compõem o Estado. Ainda junto a esta mesma linha, enquanto “a base antropológica do Estado de Bem-estar Social pretende dispor de agentes dotados de uma compreensão coletiva, compartilhada e compromissada de ser-estar no mundo”, o que se observa é o mesmo indivíduo desenhado pelo projeto liberal metamorfoseado em simples cliente das políticas estatais. O Estado Liberal de Bem-estar Social promove, assim, uma espécie de “consenso social desde um processo de infantilização dos atores, para além do assistencialismo que lhe suporta”²⁴. Ou, de modo mais sintético: diante da abundância de recursos – que, quando ocorre, se põe em paralelo com a diminuição das demandas sociais – os vínculos de solidariedade são *mais fáceis*. E, inversamente, em períodos de escassez de receitas voltadas ao financiamento do Estado Social – condição que parece cada vez mais constante – a coesão do tecido social, tramada pela solidariedade, se fragiliza.

23 MORAIS, 2011, p. 46, *grifo nosso*.

24 MORAIS, 2011, p. 48.

Observado – enfim e ainda que muito sumariamente – o quadro das crises que afetam o Estado Liberal Social, a questão não se volta, entretanto, a uma espécie de contramarcha do reconhecimento e da positivação dos direitos sociais. Longe disso (e também bastante distante de uma postura meramente descritiva), nossa abordagem não dialoga com aquilo que se convencionou nomear como *Análise Econômica do Direito*, considerando, de algum modo, (re)pensar um Estado Mínimo diante de tais obstáculos, apenas porque eles existem, como se fossem limites definitivos e insuperáveis. Mas, de outro lado, havendo uma espécie de encadeamento de crises, em que questões fiscais projetam crises ideológicas e filosóficas – e estas parecem componentes próprias do Estado Liberal Social – seria possível a projeção de saídas a partir de respostas às necessidades técnico-econômicas? De outro modo, o problema do *Welfare State* pode ser reduzido a um *problema de caixa* que, uma vez solucionado, aproximaria ideais constitucionais de contextos efetivamente compartilhados?²⁵

5. O necessário ir além do ideário liberal

Buscando resposta a esta questão, o economista Thomas Piketty²⁶, ao observar um conjunto de dados econômicos de vinte países nos últimos duzentos anos, conclui que, neste século, muito embora o cenário trágico vislumbrado por Marx – em função da difusão do próprio conhecimento – não tenha se concretizado, por outro lado a diminuição da desigualdade – pretensão considerada otimista do pós-Segunda Guerra – também não se confirmou. E daí – concluímos – se tem essa *aparência utópica* associada ao Estado Liberal Social e suas *promessas não cumpridas*.

Entre as causas observadas pelo autor – notadamente, o crescimento econômico superado pela taxa de rendimento do capital, impondo, portanto, uma cada vez maior concentração de renda – pode-se pensar a resposta à questão que encerra o tópico anterior como, de maneira bastante rasa, a partir do aumento de impostos. Afinal, se a crise que funciona como uma

25 A questão, aqui, fica centrada nas possibilidades – ou dificuldades – de efetivação frente às crises observadas neste tópico por considerar superada a discussão em torno da fundamentação do direito. Não se trata, pois, de debater sobre a tensão causada por um fundamento absoluto – e contraditório – aos direitos sociais como a “oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais [...] feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade”, conforme BOBBIO, 2004, p. 21.

26 PIKETTY, 2014.

espécie de momento seminal para outras crises do Estado Social é de ordem fiscal-financeira, o aumento de receita – através do aumento de impostos – parece, portanto, a resposta eficaz ao problema. Contudo, em capítulo voltado à análise de um *Estado Social para o século XXI*, este mesmo autor observa a impossibilidade dessa proposta, sobretudo, por uma espécie de limite à questão fiscal que, de fundo, está relacionada à lógica – *ainda* – das revoluções liberais, muito bem expressa nos próprios textos constitucionais que desenham fórmulas destes Estados Liberais Sociais ao tentarem compor a inclusão social com instrumentos de economia capitalista.

Segundo ele, enquanto extensão do projeto liberal – e esta é a tese que aqui acolhemos – tal conformação estatal não encontrou saídas para um labirinto desenhado por uma lógica que questiona uma desigualdade considerada *arbitrária* – a do *Ancien Régime* – mas que permite, justamente por considerá-la *legítima*, aquela fundamentada em uma abstrata *utilidade comum*, como bem reza a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, de 1789²⁷.

E, justamente aí, reside não apenas a raiz de uma crise fiscal, de gênese dos limites do Estado Liberal Social, mas filosófica e ideológica, na medida em que primeiro questiona, frente às várias restrições econômicas e orçamentárias, a possibilidade de alcance da solidariedade que fundamenta o Estado de Bem-estar. E, por fim, esgota-se em uma espécie de *elite técnica*, que diz a *utilidade comum*. Ou, de outro modo, o problema não é, *apenas*, de caixa. Por isso, o aumento de impostos – como tentativa de se estacar uma crise fiscal-financeira – não é nem realista nem desejável. Afinal, além do mais, diz Piketty que:

O processo acelerado de ampliação do Estado observado durante os Trinta Gloriosos foi muito facilitado pelo crescimento excepcionalmente forte que caracterizou esse período [...]. Quando as rendas aumentam a uma taxa de 5% ao ano, não é muito difícil aceitar que uma parte desse crescimento seja

27 Embora ROSANVALLON, 2012, pp. 20-21, recordando *L'Esprit de la Revolution de Pierre-Louis Roeder*, esclareça que “El primer motivo de la revolución – había resumido – fue la impaciencia por las desigualdades”, afirmando, ainda, que “em 1789 nadie dudaba de que la igualdad fuera la “idea madre” o la consigna de adhesión del proceso en curso”, AVELÁS NUNES, 2011 vai além ao trazer, de forma esclarecedora, o ideário revolucionário como aquele voltado à destruir a base econômica dos senhores feudais com a intenção de justamente abolir os privilégios das então classes dominantes, fonte de uma desigualdade *arbitrária* – para promover as mudanças necessárias a uma nova ordem, favorável ao livre desenvolvimento do capitalismo – mas que funda uma desigualdade pretensamente *legítima*.

afetada a cada ano pela progressão das taxas de arrecadação e de despesas públicas [...]. Contudo, a situação torna-se muito diferente a partir dos anos 1980-1990: com o crescimento da renda média por habitante adulto limitado a pouco mais de 1% ao ano, ninguém deseja uma alta forte e contínua das arrecadações, que agravaria ainda mais a estagnação das rendas ou até as faria regredir de maneira nítida²⁸.

Ou seja, ainda que se verifiquem significativos aumentos de impostos ao longo do tempo, como tentativa de se financiar as demandas decorrentes do reconhecimento de direitos (em meio século, entre os anos 1930 e 1980, verifica-se que “a participação dos impostos na renda nacional foi multiplicada por um fator de pelo menos três ou quatro”²⁹), manter o mesmo ritmo implicaria em elevar as taxas de arrecadação a até 80% da renda nacional até o início da segunda metade do século XXI – o que parece pouco provável, considerando o crescimento médio da renda, como recentemente observado, próximo a 1% ao ano, em contraposição a uma cada vez mais crescente concentração da riqueza e, por consequência, da desigualdade social – como expresso em relatórios os mais diversos³⁰.

Evidentemente, as contribuições deste autor – a partir de um recorte econômico da questão – põem a nu, o limite mesmo de ideários de igualdade material – no que se refere a direitos sociais –, situada entre a condição econômica e a promessa que o próprio texto das Constituições carrega. Difícil não pensar, portanto, na chamada *reserva do possível*³¹ que, inexoravelmente, associa direito a recursos, concluindo, ainda que de forma opaca, os meios possíveis para as finalidades juridicamente observadas como *commodities*³².

28 PIKETTY, 2014, p. 469.

29 PIKETTY, 2014, p. 463.

30 Por todos, ver ONU. *Human Development Report 2019 - Beyond income, beyond averages, beyond today: Inequalities in human development in the 21st century*.

31 Conforme LIBERATI, 2013, p. 117: “O conceito surgiu na Alemanha, por ocasião de uma decisão da Corte Constitucional Federal (BVerfGE n. 33, 303 (333)), no julgamento do famoso caso *numerus clausus*, em que se pleiteava o ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com base na Lei Federal alemã de liberdade de escolha da profissão. Como resultado, estabeleceu-se que o interessado somente poderia exigir uma prestação positiva do Estado dentro dos limites do razoável”. Para o mesmo autor, o conceito de *reserva do possível* originalmente limitava o que o indivíduo podia, dentro de uma abstrata razoabilidade, exigir da sociedade. Contudo, o conceito teria evoluído para algo como *reserva do financeiramente possível*.

32 É o que se observa, por exemplo, no Brasil, sobretudo no que se refere à educação – notadamente em nível superior, cuja democratização do acesso permite – ou até mesmo implica – na criação de um importante mercado para a economia do país. Daí a questão: políticas públicas

É possível observar, portanto e ainda que preliminarmente, um limite ao Estado Social, enquanto aprofundamento do projeto liberal. Pensá-lo a partir dos contornos do *problema do custo* significa pensar saídas em que o problema é, paradoxalmente, parte da solução. Ou, de outra forma, é ensaiar uma resposta com *mais do mesmo*, sob pena de, nesse modelo e diante das cada vez mais agudas crises do capital³³, ver os direitos sociais limitados pelas condições econômicas.

É, por isso, necessário o pensar em novas possibilidades de arranjo, capazes de ir além dos limites impostos pela própria contemporaneidade, como condição de possibilidade para facultar a satisfação das garantias constitucionais de ordem social, sobretudo em países de modernidade tardia³⁴, como o Brasil.

6. Entraves para (re)pensar o Estado Liberal Social

Assentada, portanto, a necessidade de se (re)pensar o Estado Social não mais como uma sequência do ideário liberal³⁵, mas como um projeto “*acima de classes*”, como bem pontua Avelãs Nunes³⁶, importa, desse ponto em diante, interrogar pelos motivos que obstaculizam novos marcos teóricos. Nesse intuito, duas são as possibilidades aqui analisadas que, como se observará, embora distintas, não são mutuamente excludentes entre si.

Em primeiro lugar, é possível falar de uma espécie de *doxa* que, como alertam Laval e Dardot³⁷, faz crer que rearranjos ao modelo liberal implicam, necessariamente, em retorno às experiências totalitárias do comunismo burocrático. Ou seja, há uma opinião, uma crença em um mundo pola-

de inclusão de densas camadas sociais nas universidades, como o Prouni, por exemplo, são de fato políticas de democratização do Ensino Superior, ou apenas um instrumento a serviço do mercado – concluindo o Estado Social como o aprofundamento do Estado Liberal –, medida importante principalmente em épocas de crise? Seria, na esteira de AVELÃS NUNES, 2011, apenas uma *máscara* do capitalismo?.

33 BRUM, 2013.

34 Conforme PIKETTY, 2014, p. 479, “nações, como a Índia [e, portanto, emergentes como o Brasil também], têm muito mais dificuldade de sair de um equilíbrio caracterizado por uma taxa de arrecadação baixíssima”.

35 Uma vez observado, na esteira de AVELÃS NUNES, 2011 que a sociedade e a economia, deixadas à própria sorte, não proporcionam aos indivíduos as melhores condições de vida.

36 NUNES, 2011, p. 33.

37 LAVA; DARDOT, 2014.

rizado³⁸, portanto, a replicar essa espécie de desfecho político-ideológico, extremamente evidente, hoje no Brasil, diga-se.

Para os autores franceses, tal não é, contudo, sem motivo. Afinal, entre as propostas de arranjo que, admitindo a dicotomia entre liberdade e igualdade, privilegiaram a última, estão – como também aponta Todorov³⁹ – alguns dos piores regimes da História, como, por exemplo e por todos, o stalinismo, o maoísmo e o polpotismo – movimento comunista do Camboja baseado nas ideias de Pol Pot que, na década de 1970, matou quase dois milhões de pessoas.

Entretanto, esse medo de se reviver a trágica experiência do comunismo burocrático – como se essa fosse a única alternativa ao projeto liberal – não considera que tais regimes foram, na verdade, uma espécie de instrumento de imposição da mesma lógica produtivista⁴⁰. Ou seja, o próprio comunismo burocrático, ainda que de maneira muito distinta, não deixava de adotar, em algum sentido, a mesma lógica do capital. A China de Mao, nesse sentido, talvez seja o melhor exemplo, embora não o único. E o que dizer, então, do atual modelo chinês, alicerçado numa espécie contraditória de “capitalismo de Estado”?

De qualquer modo, importa o fato de que justamente essas experiências moldaram a opinião de que, nessa pretensão de extremos ideológicos, o caminho alternativo ao projeto liberal era justamente o regime do *Partido Único* que – para usar a expressão de Laval e Dardot⁴¹ – *hipotecou* um porvir não capitalista.

De outra banda – também no intuito de observar obstáculos que limitam pensar em alternativas ao projeto liberal – é possível fazer referência, também, a uma espécie de fetiche⁴², que põe a economia, enfim, como

38 FRIEDMAN, 2009 radicaliza tal compreensão ao afirmar que, após a queda do Muro de Berlin, em novembro de 1989, tal polarização foi quebrada, mas não em nome da pluralidade: há apenas um mundo possível, e esse mundo é, na sua visão, capitalista.

39 TODOROV, 2012.

40 LAVAL; DARDOT, 2014 lembram que muitos ideólogos do comunismo científico estavam convictos de que, em países atrasados, a revolução deveria, paradoxalmente, esperar o desenvolvimento das forças produtivas. Não apenas a estrutura legada, mas também a própria população estaria, assim, já disciplinada pelo modo de produção capitalista. Como via de regra a revolução ocorreu em países considerados pobres e atrasados, o que se verificou foi, nesse mesmo sentido, a convicção de que era preciso criar rapidamente uma espécie de potência industrial capaz de rivalizar com potências capitalistas, como por exemplo, na China de Mao.

41 LAVAL; DARDOT, 2014.

42 A tese do fetichismo, à luz do debate sobre a desigualdade social brasileira na obra de Jessé

fonte de solução para todos os problemas sociais, como já bem observava Faoro em seu clássico *Os donos do poder*⁴³, ao recordar a lição de Marx na primeira edição de *O Capital*: “O país industrialmente desenvolvido oferece a imagem do futuro ao menos desenvolvido”.

Por isso, sobretudo em países de modernidade tardia, como o Brasil, tal entrave parece bastante significativo, já que permite considerar os *gaps* do Estado Social como um *problema do indivíduo*, uma vez que a lei iguala formalmente a todos, e o mercado, por seu turno, oferece, em tese, iguais oportunidades também a todos. Ignorando, portanto, as lacunas do projeto liberal – que, aliás, trazem à tona a própria discussão sobre demandas/direitos sociais – tal fetiche, reafirma a lógica da competição⁴⁴ em detrimento da solidariedade, fundamento que embasa – ou deveria embasar – o Estado Social. Assim, nessa *lógica fetichista*:

[...] o progresso é percebido, ainda hoje, como uma panaceia para resolver problemas como desigualdade, marginalização e subcidadania. Existe, em países como o Brasil, uma crença “fetichista” no progresso econômico, que faz esperar da expansão do mercado a resolução de todos os nossos problemas sociais. O fato de o Brasil ter sido o país de maior crescimento no globo entre 1930 e 1980 (período no qual deixou de ser uma das mais pobres sociedades do globo para chegar a ser a oitava economia global), sem que as taxas de desigualdade, marginalização e subcidadania jamais fossem alteradas radicalmente, deveria ser um indicativo mais do que evidente do engano dessa pressuposição. Isso, no entanto, não aconteceu⁴⁵.

Souza, evidencia ainda mais o Estado Social como *sequência* do projeto liberal. SOUZA, 2009. Afinal, no Brasil, mesmo diante de muitos direitos de cariz social conquistados, a *ênfase* sempre recaiu – como uma *doxa simplista* – no desenvolvimento industrial nacional como solução dos mais variados problemas, como agora se vê (mais uma vez) com clareza, diante do recentíssimo debate e da expectativa de muitos setores da sociedade, sobre o PIB brasileiro.

43 FAORO, 2012, p. 821.

44 ROSANVALLON, 2012, pp. 282-283 observa, igualmente, que a competição “es del orden de una creencia constituyente de un buen funcionamiento social. Esta creencia en el mérito, se ha dicho, es a la vez “un confort para los individuos y una necesidad para la sociedad”. Tiene un carácter “psicológicamente funcional”, preservando la estima de sí, al tiempo que invita al individuo a comprometerse en un mundo considerado manejable. Hay en el mérito una forma de “ficción necesaria”, que permite a los individuos dar sentido a su experiencia y conciliar el principio filosófico de la igualdad de todos con el hecho social de las desigualdades de posición”.

45 SOUZA, 2009.

De todo modo, novos contornos – capazes de rearranjar o Estado Social – parecem obstaculizados, seja frente à crença de que qualquer forma de oposição ao projeto liberal implica em retorno aos regimes de *Partido Único*, seja pela expectativa de se atender, via crescimento econômico (daí o protagonismo atual de um Ministério da Economia, por exemplo, capitaneado por um membro da chamada *Escola de Chicago*), todo o catálogo de demandas sociais, em que pesem as lacunas observadas em Bielefeldt⁴⁶ – em uma espécie de momento seminal do Estado Liberal Social – e, de outra banda, na projeção futura analisada em Piketty⁴⁷.

7. Ensaaiando possibilidades de superação do projeto liberal

Buscando caminhos capazes de fazer frente ao ideário liberal, Laval e Dardot⁴⁸ retomam a discussão que coloca o Estado como um ente cuja principal função é submeter as populações às exigências do mercado mundial e, portanto, incapaz de, com eficácia, proteger essas mesmas populações dos mercados financeiros. E é justamente essa ausência de limites do capital – endossada por autores como David Harvey – que aponta para uma economia capitalista e um direito republicano como inconciliáveis. De outro modo, não há como pensar em vínculos de solidariedade – em tese o fundamento para o Estado Liberal Social – a partir de uma lógica liberal/capitalista. Diferente disso, o *Welfare State* seria – como, aliás, vem se mostrando – apenas um artifício para minimizar as tensões sociais – e, hoje, pensamos, talvez nem isso.

Partindo dessa premissa inicial, Dardot e Laval projetam o *Comum*⁴⁹, princípio político que nasce, segundo esses mesmos autores, das lutas sociais e culturais contra o modelo capitalista e o chamado Estado empresarial, abrindo espaço, portanto, para um novo tempo de emancipação. Visa, com isso, à instituição do *inapropriável*. Relacionado à ideia grega de *arché*, o *Comum*, enquanto princípio político, busca ordenar a atividade de deliberação na qual os homens, reunidos, determinam o justo. A política, portanto, não pode ser de uma minoria – *atacando de frente, portanto, a crise ideológica do Estado Social* –, e refutando, assim, tanto o modelo atual

46 BIELEFELDT, 2000.

47 PIKETTY, 2014.

48 LAVAL; DARDOT, 2014.

49 LAVAL; DARDOT, 2014.

quanto uma espécie de retorno ao comunismo científico, em que o Partido diz a política. Tal práxis relaciona-se fortemente com a ideia de um porvir comum, vinculando a todos – os que construíram a regra – com a obrigação de respeito desta mesma regra. Como princípio político, o *Comum* não é um meio de produção e, menos ainda, um terceiro que se coloca entre mercado e Estado. É, enfim, um limite à propriedade e ao mercado, que refunda as relações sociais a partir de uma espécie de norma do *inapropriável*, como já se disse, considerado não o que não é possível apropriar-se, mas o que *não se deve* apropriar. Enquanto práxis política, limita a *apropriação-pertença* para melhor realizar a *apropriação-destino*. Vinculado aos movimentos altermundistas – ou seja, que projetam alternativas ao modelo atual –, o *Comum* agrega matrizes teóricas diversas⁵⁰ que, desde a década de 1990, fazem oposição às apropriações de recursos naturais, de espaços públicos e de propriedades do Estado⁵¹.

Eis, aí, a chave para a compreensão de uma via que rechaça não apenas o modelo atual, mas o faz a partir de um recorte teórico que não projeta o Estado como a antítese do mercado. Para isso, o *Comum* proposto pelos teóricos franceses dissecou a dualidade contida entre *bens públicos puros – não exclusivos, não rivais – e bens privados puros – exclusivos, rivais –*, e constata que nesses dois conjuntos não cabem todos os bens econômicos e estatais. Há mais tipos, a que Elinor Ostrom chama de *fundos de recursos comuns*⁵², e que permitem construir uma teoria de ação coletiva e auto-organizada, carregando em si a capacidade de romper essa polaridade entre mercado e Estado. Diante deles, não há mais uma natureza – valorativa, diga-se – das coisas⁵³.

50 É possível citar Elinor Ostrom, cujos estudos são voltados a instrumentos jurídicos capazes de permitir a coletividades a *gestão em comum* de recursos compartilhados fora do mercado e, ao mesmo tempo, à margem do Estado, e Michael Hardt e Antonio Negri, que proporcionaram a primeira teoria do *Comum*, embora de maneira reconhecidamente diversa da proposta de Laval e Dardot.

51 Essas apropriações – seja dos recursos naturais, seja dos espaços públicos, seja daquilo que se torna propriedade do Estado – são percebidas como uma nova onda de *enclosures* – ou seja, de cercamentos – termo já usual em 1270 e que, na pré-história do capitalismo, ou seja, na transição do Medieval para o Mundo Moderno, consistiu literalmente no *cercamento* de terras, até então de uso comum. Literalmente, um *tornar privado o que era comum*. Na Revolução Industrial, no século XVIII, esse processo se intensifica para a criação das ovelhas que abasteciam a indústria têxtil. Há, segundo os autores, uma nova onda de *enclosures*, e a ideia de *Comum* a ela se opõe.

52 Como, por exemplo, florestas, áreas de pesca etc.

53 Isso porque, afinal, tal proposta teórica rompe com a premissa assentada na *natural* função de Estado e do mercado, que em tese admite as *coisas como são*, essencializadas e, portanto, marcadas por uma espécie de *a priori* que nega o próprio Estado em detrimento do mercado em pontos

Assim, como se vê em apertada síntese, esses *fundos de recursos comuns* – ou esses *commons* – colocam-se como objeto de intensa reflexão teórica, enquanto chave para quebrar a polaridade contida na relação Estado versus mercado – e frente a novas formas de *enclousures* – permitindo (re)pensar outras e originais formas de organização institucional, assim também como instrumentos jurídicos e regras de funcionamento voltados à possibilidade da gestão comum de recursos compartilhados fora do mercado e, ao mesmo tempo, à margem do Estado. Contudo – e talvez mais importante, não se trata *apenas* de recursos naturais – como se sugere pensar a partir de exemplos históricos dessas práticas – mas de, na contemporaneidade, também ampliar o catálogo a partir do próprio conhecimento, como bem demonstram todas as possibilidades de cooperação, hoje em dia, na rede mundial de computadores.

Dessa forma, no seu contexto, tal proposta não apenas recoloca os indivíduos no espaço privilegiado do debate – sendo capaz, portanto, de enfrentar a chamada crise ideológica do Estado Social, que questiona a legitimidade de quem *diz* a decisão⁵⁴, – mas estabelece, a partir dessa nova concepção política dos poderes na sociedade, a associação na economia como um estímulo capaz de fazer frente à ideia do *benefício*, tão cara ao capitalismo, sobretudo, em épocas em que este se confunde com o próprio patrimônio⁵⁵. De outra forma, o conceito de *vínculo* substitui a lógica da competição, revisando, portanto, a própria fundamentação filosófica do Estado Liberal Social, notadamente, a solidariedade, e, ao mesmo tempo, os próprios limites financeiros do Estado de Bem-estar Social.

Assim, esse novo desenho – que aqui acena tão-somente à possibilidade de se pensar para além do polarizado senso comum entre neoliberalismo e comunismo – permite desvelar novos arranjos, revolucionários em sua

estrategicamente pinçados. Interroga, dessa maneira, por uma (in)existente *essência* dos bens.

54 Interessante observar que tal não se dá apenas em relação a um corpo técnico e burocrático que, frente à complexidade das demandas, toma decisões à margem dos beneficiários de políticas públicas na atualidade, mas também em relação aos Partidos Únicos dos regimes totalitários, cuja pretensão era dizer o rumo pretensamente inexorável da História. Ou seja, ao passo que o *Comum* é oposição ao capitalismo, também o é ao comunismo de Estado, pulverizando, assim, qualquer *doxa* de que opor-se ao modelo liberal implica, necessariamente, um retorno à tragédia totalitária. O *Comum* é, portanto, “um projeto político conjunto [que] não pode se assemelhar a um programa de partido [nem] sair totalmente pronto do cérebro de um punhado de intelectuais”, conforme ANDRADE; OTA, 2015 s/p.

55 HARVEY, 2010.

proposta⁵⁶, opondo-se àquilo que, em obra de mesmo nome, Laval e Dardot⁵⁷ chamam de *nova razão do mundo* – o neoliberalismo –, sem, contudo, acenar aos movimentos totalizantes que marcaram o século XX tragicamente.

8. Conclusão

A análise aqui proposta, conformada pelos próprios limites estruturantes deste estudo, acena para a *necessidade* de se pensar possibilidades além do ideário liberal, ou seja, fora da lógica, paradoxalmente, estruturante do Estado Liberal Social. Indica, portanto, a necessidade de se pensar por *outras vias*. A necessidade desse (re)pensar, como observado, se desenha nos próprios limites do Estado Liberal Social e suas crises fiscal-financeira, ideológica e filosófica, em que a primeira parece determinar as demais, formando uma espécie de círculo vicioso.

Além disso, após contextualizar o Estado Liberal Social como uma espécie não apenas de sequência histórica, mas também – e ainda – do próprio projeto liberal, pontuando suas crises, é possível, na esteira dessa premissa, concluir os limites do liberalismo – e sua confiança em um sistema de liberdades naturais, que sequer deveria ser tocado para não comprometer uma pretensa harmonia, jamais alcançada – como a alavanca de sua própria transformação.

Por isso, de mesmo modo, as crises do Estado Liberal Social, acenando para limites cada vez mais estreitos, também impõem um necessário *caminhar para o novo*, como novos impulsos capazes, a partir das próprias crises do atual modelo, de romper a lógica de *estado de classe* que, em que pese suas importantes contribuições ao longo de mais de duzentos anos, parece, enfim, ter finalmente se esgotado.

Embora soe conclusivo, nesse tom, que os limites impostos a um Estado Liberal de Bem-estar Social são – sobretudo, por um viés fiscal-financeiro a protagonizar suas crises – essencialmente técnicos, estes podem ser considerados, antes, *limites políticos*. Daí se conclui que também, políticas devem ser as alternativas ao atual modelo – e não apenas técnicas, como se a questão fosse, de fato, meramente *reformista*.

56 Os autores esclarecem que a ideia de revolução está associada à mudança de costumes. Não se liga, portanto, necessariamente às experiências totalitárias, fato que, se diferente fosse, não seria possível sequer desejá-la.

57 LAVAL; DARDOT, 2009.

Capaz de alinhar-se a essa necessidade – *mas longe da pretensão de discursos de certeza* – afigura-se a proposta teórica de Laval e Dardot como uma alternativa, acerca do princípio do *Comum*, surgido a partir, segundo esses mesmos autores, das lutas sociais e culturais contra o modelo capitalista e o chamado estado empresarial, abrindo espaço, portanto, para um novo tempo de emancipação. É, assim, não a única, nem talvez a melhor alternativa, mas seguramente um bom exemplo de como pode-se pensar à margem da lógica neoliberal – sem cair na vala do comunismo burocrático que, de acordo com os pensadores franceses, como vimos, projeta-se como decisivo impedimento a novos projetos.

A partir disso, não apenas importa (como, também, parece possível), nos limites do Direito, da Economia, da Filosofia Política e da Ciência Política, pensar em novos arranjos institucionais, corrigindo os desequilíbrios projetados pela própria lógica liberal, como, por exemplo, aquele que vê no capital do século XXI um patrimônio que não mais retorna ao processo produtivo e sequer se tributa, impondo não apenas desiguais formas de empoderamento como, também, significativos limites à bolsa que financia esse mesmo Estado Liberal Social, como observado com Piketty e Harvey.

Daí, portanto, não apenas a necessidade, mas a possibilidade de se pensar alternativas que não sejam nem assentadas no fortalecimento do liberalismo – pensando a crise fiscal-financeira do Estado Liberal Social apenas como um problema de caixa – nem associada aos regimes de viés totalizante, como se apenas esses pudessem contrapor ao projeto liberal.

Tal necessidade de novos discursos teóricos, verificada junto às crises do Estado Liberal Social – que, de fato, impõem limites – projeta-se na premissa de que o Estado Liberal de Bem-estar Social não pode ser compreendido como uma espécie de dique da revolução social, atuando para perpetuar um regime econômico baseado no acúmulo de riquezas.

Ensaiai alternativas não pode ser, portanto, a projeção de *mais do mesmo* – em que pese essa ideia de ruptura carregue, em si, outra comprometedora *doxa* à necessidade de novas possibilidades, qual seja, a de que *ruptura, revolução* e qualquer outro termo para *mudança* traga consigo a ideia de *perigo*, sobretudo, às liberdades. Não pensar *mais do mesmo* é, portanto, pensar a partir de uma racionalidade alternativa capaz de contrapor e substituir marcos teóricos insuficientes na contemporaneidade. Nesse sentido, o *Comum* é apenas um exemplo.

Por isso, longe da pretensão de discursos de certeza, o que aqui se projeta – reforçamos – é uma *provocação à possibilidade* de se pensar em novos arranjos capazes de atender à necessidade de superação de um Estado Liberal Social forjado pela lógica liberal, sob pena de se ver, cada vez mais frágeis, os vínculos de solidariedade que formam o tecido social e fundamentam o próprio Estado Liberal de Bem-estar Social.

Referências

- ANDRADE, Daniel Pereira; OTA, Nilton Ken. Uma alternativa ao neoliberalismo: Entrevista com Pierre Dardot e Christian Laval. *Revista Tempo Social*, São Paulo, v. 27, n. 1, 2015. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702015000100275&script=sci_arttext.
- NUNES, Antônio José Avelãs. *As voltas que o mundo dá...* Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- NUNES, Antônio José Avelãs. *A crise atual do Capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUNES, Antônio José Avelãs. A ‘Europa’ está toda errada: é preciso passá-la a limpo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v.1, n.1, p. 45-77, dez. 2013. <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/35>.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos Direitos Humanos: fundamentos para um ethos de liberdade*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16.06.2016.
- BRUM, Argemiro J. *O desenvolvimento econômico brasileiro*. 30 ed. Petrópolis: Editora Vozes; Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

- BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *Race against the machine: How the digital revolution is accelerating innovation, driving productivity, and irreversibly transforming employment and the economy*. Lexington: Digital Frontier Press, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A governance do terceiro capitalismo e a constituição social (considerações preambulares). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e STRECK, Lenio Luiz (orgs). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3 ed. Rio de Janeiro, 2002.
- COPELLI, Giancarlo Montagner. O Estado Social no Brasil e seus novos limites. In: Marcelo Jaques, Clovis Gorczewski e Giancarlo Montagner Copelli. (org.). *Políticas públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos direitos humanos*. 1 ed. Blumenau-SC: Dom Modesto, 2019.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 16.06.2016.
- FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?. *Technological Forecasting and Social Change*, v. 114, p. 254-280, 2017. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0040162516302244>.
- FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano - o mundo globalizado no século XXI*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009.
- HARVEY, David. *Lenigma del capitale*. Feltrinelli Editore, 2010.
- LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *Commun. Essai sur la révolution au XXI^o Siècle*. Paris: La Découverte, 2014.
- LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. 2009.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

- MARQUES, Carlos Euclides. *Filosofia Política* (II). Palhoça: Unisul, 2010.
- MARSHALL, T.M. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1987.
- MIRANDA, Jorge. Prefácio. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*. Coleção Estado e Constituição – 1. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e jurisdição constitucional: Entre direitos, deveres e desejos*. Coleção Estado e Constituição – 16. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997.
- ROSANVALLON, Pierre. *La sociedad de iguales*. Buenos Aires: Manantial, 2012.
- SALES, Teresa. *Trama das desigualdades, drama da pobreza no Brasil*. Tese de livre-docência ao Departamento de Sociologia. Campinas: Unicamp, 1992.
- SOBOTTKA, Emil Albert. Democracia e desigualdade social. In: BOMBASARO, Luiz Carlos; KRÜGGELER, Thomas; SOUZA, Ricardo Timm de (org.). *Democracia e inclusão social: desigualdade como desafio para a sociedade e a igreja no Brasil*. Porto Alegre: Edipucrs, 2009.
- SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.
- TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- VICENTINO, Cláudio. A criação do Brasil capitalista. In: DEL PIORI, Mary et. al. (org.). *500 anos de Brasil: histórias e reflexões*. São Paulo: Scipione, 1999.

Recebido em 18 de março de 2020.

Aprovado em 24 de julho de 2020.

RESUMO: O arranjo político-jurídico denominado Estado Liberal Social, ou seja, o modelo de ideário democrático, consolidado no pós-Guerra, é aquele em que os indivíduos são detentores de direitos alcançados mediante a ação estatal, voltados às questões de igualdade no que se refere a situações econômicas e sociais, indo além dos direitos civis e políticos típicos do Estado Liberal Clássico. De caráter prestacional, o Estado Liberal Social é, portanto, intimamente ligado às políticas públicas. Ocorre, entretanto, que tal modelo, enquanto sequência do projeto liberal, encontra-se em crise, seja ela de viés fiscal-financeiro, ideológico ou filosófico, acenando para uma espécie de limite tanto à formulação quanto à execução de políticas públicas por meio do Estado. Adotando essa perspectiva, parece necessário o pensar em novas possibilidades de arranjo, capazes de ir além dos limites impostos pela própria contemporaneidade, como condição de possibilidade para facultar a satisfação das garantias constitucionais de ordem social, sobretudo em países de modernidade tardia, como o Brasil. Para esta pesquisa, a metodologia empregada terá como abordagem o método fenomenológico. O método de procedimento aqui escolhido é o histórico.

Palavras-chave: Estado Social, crise, alternativa.

ABSTRACT: The political-legal arrangement called the Liberal Social State, that is, the model of democratic ideology, consolidated in the post-war period, is one in which individuals are holders of rights achieved through state action, focused on issues of equality with regard to economic and social situations, going beyond the civil and political rights typical of the Classic Liberal State. Therefore, the Social Liberal State is therefore closely linked to public policies. It happens, however, that such a model, as a sequence of the liberal project, is in crisis, be it of fiscal-financial, ideological or philosophical bias, pointing to a kind of limit both to the formulation and to the execution of public policies through the State. Adopting this perspective, it seems necessary to think about new possibilities of arrangement, capable of going beyond the limits imposed by contemporary times, as a condition of possibility to provide the satisfaction of constitutional guarantees of social order, especially in countries of late modernity, such as Brazil. For this research, the methodology employed will be approached by the phenomenological method. The method of procedure chosen here is history.

Keywords: Social State, crisis, alternative.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2020. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1396>.

The metaverse and the law: aspects of a new technological regulation¹

Jesus Manuel Niebla Zatarain*

Faculty of Law of Mazatlan, Autonomous University of Sinaloa

Jose Ramon Bonilla Rojas**

Faculty of Law of Mazatlan, Autonomous University of Sinaloa

Luis Gustavo Kelly Torreblanca***

Faculty of Social Sciences, Campus Mazatlan

1. Introdução

Digital technology has had a profound impact on traditional aspects of everyday life, such as culture, education, work-related tasks and even social interactions. However, a new service has emerged offering online

* Professor and researcher. Research and Postgraduate Studies Office, Autonomous University of Sinaloa, Mazatlan, Mexico. Member of the National Research System of Mexico (SNI). Law Degree from the Mazatlán Law School and a Computer Science Degree from the Mazatlán School of Informatics, dependente of the Autonomous University of Sinaloa. Master in Business Administration from the Los Cabos Study Center where he is awarded the "Academic Merit" distinction for having obtained the highest academic average of his generation as well as "Honorable Mention" for his thesis work. Doctor of Law from the University of Edinburgh, Scotland, United Kingdom, in the area of Artificial Intelligence applied to Law.

**Bachelor's Degree in Law by the Autonomous University of Sinaloa, campus Mazatlan. Master's Degree in Education by the Northern Pacific University campus Mazatlan. Master's Degree in Procedural, Oral and Accusatory Criminal Law by the State Institute of Criminal Sciences and Public Security of Sinaloa campus Mazatlan. PhD in Education by the Northern Pacific University campus Mazatlan.

*** Bachelor's Degree in Sociology by the Autonomous University of Sinaloa. Master's Degree by in Urban Studies by Research Center of Demographic, Urban and Environmental Studies at El Colegio de Mexico. Currently he is a Doctorate research fellow at the Faculty of Economic and Social Sciences of Culiacan of the Autonomous University of Sinaloa.

1 This paper is part of the project "Artificial Legal Intelligence for the Regulation of Digital Scenarios" code PRO_A6_015, sponsored by the Promotion and Support of Research Projects Program 2022 (PROFAPI) of the Autonomous University of Sinaloa.

users the capacity to experience virtual environments and to interact with others through digital representation of themselves called *avatars*, this is the metaverse. Such approach is not particularly new, having its earliest proposals in platforms such as *Second Life* of 2003.

However, the inclusion of new technologies delivers a unique experience with a particular feature: the actions have the capacity to produce effects on real scenarios. This is the result of a particular characteristic offered by different developers, which is the migration of real life services to the metaverse.

On a first view, this may appear to be positive: culture and education can be expanded, new form of business could be developed and even social interactions can take place through this platform, all of which can produce their effects in real life. However, the metaverse does present the same risks as any online site and it may even be subject to tailored threats.

This, due to two main reasons these platforms gather (and some concentrate) large volume of their users personal data for several purposes that cover from enhancing the user experience to increase operative features. Also, these platforms will deliver a new version of the online market, allowing not only the sell of digital objects but also the development of advertisement campaigns to attract clients. In this sense, identification and profiling will be carried out through personal data gathered from users.

Moreover, this platform allows users to perform legally relevant acts, which may require in a given moment the intervention of the legal sector to resolve disputes. For the law, however, this scenario presents a new set of challenges that need to be properly understood. During the early interactions between the law and the Internet, this technology served as platform, a location where legally relevant situations occurred. In the metaverse, these interactions may produce a legal effect but their composition may turn them incompatible with most legislations. Just like during the Internet first years, these services will require a new position of the law.

This will be addressed along with the role of relevant computational approaches such as artificial intelligence and their capacity to collaborate as a potential solution for this scenario.

2. Social life after the arrival of digital technology

During the second section of the 1990s the arrival and dissemination of digital technologies, particularly the Internet, had a reshaping effect on

society. This meant that activities traditionally considered of human realization only, adapted to particularities of this new environment. The result was new forms of education, social interactions, working conditions and even the conception of the market.²

From a merely technical aspect, the Internet is composed by a vast volume of networks, which ensures that information can be produced, accessed and distributed in a variety of formats.³ With seemingly endless source of data, the number of users has steadily grown through the years, as the public perceives this platform as an environment where they can live experiences that they would find restricted in physical scenarios through new forms of interactions.

A development that delivered this is social media. Regardless its apparent novelty, these platforms has been present since the 1979 with Usenet⁴. This service operated as discussion system, where users were able to address particular topics and to express their opinion through constant update information, known at the time as “news feeds”. Eventually, this led to the formation of the first cyber-communities, which were formed by people that share similar interests and shared specific elements in their personal lives. Other services that deliver social interaction through the Internet were Listserv and Internet Relay Chat (IRC) in 1984 and 1988 respectively.⁵ Current versions of the metaverse will later adopt some of the elements contained in social media.

Although technically limited and developed for reduced audiences, these early platforms provided a first view of how social interactions may occur through electronic environments. Current social media services go beyond this, by offering interactive features and even expanding to other sectors, such as businesses and education.

Nonetheless, these services would change exponentially after 2010, when a new interest on virtual reality raised. After this year, companies such Oculus Rift VR, Sony and Samsung presenting their on sets as to experience this environment.⁶ In 2016, Microsoft presented their HoloLens headsets,

2 NIE; ERBRING, 2002.

3 HILBERT; LOPEZ, 2011.

4 BAYM, 1994.

5 EDOSOMWAN; PRAKASAN; KOUAME; WATSON; SEYMOUR, 2011.

6 MONICA; JACOPO, 2022.

which gave mixed experience by combining augmented reality and mixed reality. This derives in situations where users can experience being in a given environment with particular sensorial characteristics.

Regardless of its potential positive implications, after a few years it was evident that the Internet had a “gray” side. Here, illegal activities could be performed by ill-intentioned users that were trying to obtain an illicit gain through this technology. This led to the generation of several approaches and an eventual collaboration between the legal and developer sectors to increase. In the end, it became evident that a general approach was not feasible, companies will have to develop their own schemes according to their needs. The user would have to accommodate to this and to comply with techno-legal security parameters to be able to perform a pretended action.

The development of this technology has experienced significant advances as a result of a renewed interest on the metaverse. In the following section, the technical particularities of this service will be delivered.

2.1. The return of the metaverse to the market

In 2021, technology giant Meta declared that they were planning on developing and presenting a new version of the metaverse. Traditionally speaking, this term refers to a series of technologies that deliver multisensory interactions with virtual environments, digital objects and people.⁷ Regardless of its apparent novelty, this concept has been present since 1992, when Neal Stephenson presented his novel *Snow Crash*. In fact, *Second Life* holds the title of being the first digital service that offered such experiences. Here, users are allowed to send messages to each other, visiting destinations alone or with co-users, attending multi-player games or creating, selling and buying virtual objects. The success of this game was such, that a specific place for actual diplomatic representations was created, *diplomatic island*. This, however, was mostly about information about the countries that “had” an embassy there, such as the Maldives or Sweden. However, the experience offered by *Second Life*’s scenario kept a relatively slow growth, with certain stages where it basically remained the same.⁸ This problem may be caused by the lack of compatibility that this platform had when users wanted to make a transition to another network.

7 MYSTAKIDIS, 2022.

8 SCHULTZ, 2018.

Nonetheless, this may be one of Meta's strongpoints: by allowing users to migrate their already existing profiles, it would incentivise migration towards their service.

2.2. The new metaverse experience: Reproducing the real world

As the services that preceded it, most metaverse services aim to realistically reflect the real world through virtual technologies. It brings not only the experience of interacting in fantasy worlds, but to interact in digital representations of actual physical environments, such as cities, public places, private events, etc.

To develop these sets of experiences, these services rely on XR or extended reality, which is composed by AR (augmented reality) and MR (mixed reality). VR is implemented to deliver a three-dimensional expression of the scenario. This interaction relies on delivering experiences as if the user were in a particular area without physical limitations, as long as it fit the designed area.

AR operates by imposing virtual objects on real spaces (e.g. Pokemon GO). This encompasses sounds, videos, 3D graphics, computer generated images, etc. along with Global Positional System (GPS) information to properly map a specific geographic area.⁹ It delivers a controllable and technically "light" scenario, in which digital elements are inserted to deliver an enhanced experience, according to the user's preferences.

On the other hand, MR combines elements of both, AR and VR. This approach is considered the most convenient, since it does not require the most expensive computer set up thus, making suitable for a wider section of the market.

Overall, the metaverse version presented by current developers aims to expand the user capacity to interact and explore digital scenarios. This, by creating scenarios (commonly refer as "maps") that complements its recreational aspect with professional and economic features, becoming a functional representation of the physical world. Nonetheless, these interactions will not only rely on digital representations of users (commonly known as "avatars"), but also through intelligent devices, whose main object is to obtain data related to specific aspects of the user. This information is then

9 ODDONE, 2019.

used to refine the metaverse ecosystems, offering particular activities and allowing people with similar activities to interact. The result of this is more interactive environments that contain more (digitally) embodied features.

However, these interactions are not always entirely “free” or “autonomous”, these can be influenced by digital objects specifically designed for this purpose. In the following section, the impact of intelligent technology in the metaverse will be delivered.

2.2.2 Artificial intelligence and the metaverse

Artificial intelligence (AI) is one of the most interesting yet complex areas of computer science. Developed to replicate human cognitive processes to allow devices to solve problems in the way a human would do, its techniques had evolve in the last decades.¹⁰ In what it comes to the mataverse, AI results fundamental to merge other technologies, such as AR/VR, blockchain and networking to develop realistic experiences. AI guarantees not only the integrity and operability of the technical infrastructure, but also to constantly improve its performance and strengths technical integrity. Additionally, it enhances different elements of the user experience such as, voice commands, interactions with other players and non-playable characters.

AI holds a mayor role in terms of cyber security in the metaverse. Here, VR devices acquire large amounts of data, which are later transmitted through networks and store in data repositories. Naturally, this requires an adequate level of protection. For this purposes, AI (particularly machine learning) combined with blockchain not only protects data, but it does this with a minimum efficiency cost.¹¹ Additionally, this technology allow users to have control over their data on the metaverse facilitating, for example, transfer ownership to another party. Through this, users can exchange information without the necessity of presenting additional information (zero-knowledge proof method). Additionally, blockchain ledgers can be used for audit purposes, which deliver certainty to all transactions that occur in the metaverse under this scheme. This type of system not only enhances security, but it also results compatible with operational efficiency meaning that whilst it

10 MIJWIL; ABTTAN, 2021

11 CANNAVÒ; LAMBERTI, 2021

would not compromise the quality of the data transactions in this platform. The proposed approach contributes in achieving data heterogeneity, which will allow proper management and disposition of data in the metaverse.

Overall, the combination of AI and blockchain will deliver protection to sensitive data acquired by AI systems. In relation to sensitive data, the will be better protected by this approach, since it only allow its manipulations by the proper parties. Yet, it is important to properly establish general ethical methods through which AI-blockchain approaches can be developed. By delivering these standards, public AI systems will become a much harder target for attackers allowing data interchange to be safer.¹² Blockchain may, in the near future, diminish the need for third parties to obtain trusted data and it has the capacity to keep contributing in mining and verification tasks.

Nonetheless, it is important to establish that the adoption of blockchain is gradual and its adoption by all the parties may be a complex challenges. Because of this, it is recommended as a complementary solution for already operative platforms. This should be seen as a positive feature, since it remains compatible with current metaverse architectures, creating the way for a vast number of potential applications.

2.3. Metaverse, artificial intelligence and the law

Nowadays, the relationship between technology and artificial intelligence is highly personalized. This can be particularly perceived in the metaverse. Here, user's representations (commonly known as avatars) are perceived as a valuable source of information, which makes it potentially vulnerable for unlawful actions. To grant this, the traditional implementation of the law results insufficient, requiring a new perspective that emphasizes preventive actions, but can also aid in corrective measures.

To achieve this, a close cooperation between the public and developer sectors to jointly to create and enforce ethical principles is required. As it occurred with the Internet during its early years, it is necessary to understand the technical compositions of legally relevant actions to create an adequate legal response. One of the most relevant positions is to combine four modalities: social norms, law, market and architecture.¹³ Here, software

12 GADEKALLU; HUYNH-THE; WANG; YENDURI; RANAWEERA; PHAM; DA COSTA; LI-YANAGE, 2022, pp. 7-9.

13 LESSIG, 1999.

is embedded with certain principles or directives that allow users to perform only those actions that result compatible. Basically, software is designed to allow specific acts by the user, with the intention of avoiding potential legal violations. In this sense, the metaverse has its own version of legally relevant actions, for example, users can perform contracts through their avatars, sensitive data could be gathered and digital objects can be created for selling purposes. These scenarios are not only recognized but also deemed necessary by developers as part of the real life experience offered by their services.

Additionally, specific legal areas, such as criminal and intellectual property had become subject of interest in the metaverse. In the first cases, digital assets may suffer criminal activities, i.e., they could be stolen. From an IP perspective, users are allowed to create their own digital art, and if they decide to, they can sell or to perform other commercial activities with it. To try to address the matter, several opinions have been presented, being one of the most important ones the provided by the Supreme Court of the Netherlands, which ruled that “intangible objects are considered property” and thus, economically valuable.¹⁴ This made that the use of other users digital elements, which can go from cloth for the avatar or environmental elements, protected by law and of restricted use. Additionally, it delivers not only public recognition but a starting point to create legal strategies to deterrence any potential unlawful use.

The metaverse has led to the reconsideration of traditional legal terms, such as “ownership”, which is composed of three equally relevant positions. First, all computer creations are subject of copyright protection. Second, it establishes that objects in the metaverse are property. Finally, the third one recognizes the autonomy of the subjects that converge in the metaverse, being the administrator of the platform, the owner of the digital store, the creator and consumer all different entities. This perspective also allows developers to properly design limitations based on legal positions to deliver a legally sound environment. It also allows establishing security limitations, like forbidden access for minors and the restriction of topics considered harmful for the community.

Parallel to this, artificial intelligence would be capable of performing commercial transactions on behalf of a particular user. Due to the immensity of the metaverse, the adoption of intelligent tools would be an interesting

14 OLIVETTI, 2012.

option to search for items without having to do it manually and also, without the risk of unwillingly performing copyright violations by detecting electronic license tags. These would contain relevant information, such as the author and the license status, which will be addressed as operational cues by the device.

From a merely technical position, researchers are analysing the potential benefits obtained by the adoption of neural networks. This consists in the adoption of machine learning algorithms to process a considerably large volume of data understandable in its raw form for humans. The objective of this technology is to operate based on predictions with an adequate level of certainty.¹⁵ For the metaverse this means that the user experience could be enhanced by including updated preferences.

Regardless the important role that intelligent technology has for legal purposes in the metaverse it is important to establish that it will not replace humans entirely. As it has been stated in several documents, as it is the case of the Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103 (INL)), intelligent technology does have the capacity to replicate human cognitive features, however its far from avoiding operational mistakes. This applies to manufacturers, owners, software developers, users, military commanders, etc. are held responsible for the actions of autonomous and non-autonomous devices and embodied and non-embodied technology in general. However, there is only one legal act that defines liability for damage generated by works is the Council of Europe Directive 85/374/EEC, on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions delivered by Member States related to liability for defective products.¹⁶ It is worth mentioning that the lack of regulation regarding the use of AI in the commission of crimes, is simply because it is still considerable an extension of human conduct. The planning of a criminal action can be directly linked to an individual, which made the required set up for the device to perform in a given manner, (*mens rea*). Consequently, the bond with the human element, whether it is the designer or the user, needs to be established in order to produce a criminal consequence.

One of the most relevant proposals to avoid or at least, to diminish potentially unlawful behaviour by AIs is to embedded ethical principles

15 KOSTENKO, 2022, pp. 3.

16 EUROPEAN UNION, 1985.

since their design stage. The “human in the loop” approach is also a suitable option to assist the AI in cases where its proposal is not satisfactory enough. In here, the last decision is left to a human user who performs a role similar to a supervisor. This approach, however, may lead to a reduction in operation efficiency, causing the system to operate slowly. This last position will be developed in the following section.

2.4. The complexity of the collaboration between automated devices and humans in the metaverse

Without a doubt, artificial intelligence will play a major role within the Metaverse. This opens a wide scenario of potential applications most of which will be complemented without human intervention. Yet, there are certain scenarios, that cannot be entirely delivered by machines and that they require human intervention. This collaboration is usually productive, increasing operative certainness and increasing the number of cases that the same AI can attend.

To decide to which degree human and machine should interact can be complex. There are considerations relating to fairness and how a wrongly designed algorithm can influence in the decision making of the device. This bias issue has long been present since the early days of AI implementation into human settings and a wide variety of proposals have been presented. The real answer is to maintain close contact between the supervising human expert and the system.

In the metaverse, AIs will perform tasks that still require human interaction to be fully performed. In the case of a sales contract performed on this platform, the algorithm would be in charge of searching the item, locating it and selecting it. However, the contract should not be executed without the explicit consent of the human element.

The majority of existing regulations were created during a period that precedes the development of these technologies, which renders them incompatible with this scenario. In other cases, legislators seem incapable to understand the scenario they are trying to regulate. This is the case of the Mexican bill to update the Federal Law of Telecommunications and Broadcasting¹⁷, which

17 FORBES, 2021.

allows the interception and even closure of the service if the authority conceives the service does not comply with the law. Due to its complexity, the metaverse is likely to experiment the same phenomena.

In the following section, the relation between the traditional regulative efforts and the metaverse will be delivered.

2.4.1 The complexity of the collaboration between automated devices and humans in the metaverse

As mentioned in section 1.3, most of the norms and legal schemes aimed to regulate the metaverse are designed as an equivalent of the physical world and are corporate in nature. Nowadays, a migration of moral values is currently taking place towards this platform by its users. This practice obeys two main factors: first, users are bringing their social customs to the metaverse. Second, the lack of state representation (its presence is not likely to be soon) on this platform forces them to implement parallel measures.¹⁸ This complexity requires the general recognition and later adoption of fundamental regulatory elements, to define basic legal elements such as jurisdiction and boundaries for users.

The development of legal regulations for the metaverse aim to answer fundamental issues related to this technology, such as identification procedures, copyright, property rights, liability for damages and to include a list of crimes. Some current laws do deliver a certain degree of certainty, but in the majority of the cases their implementation is either narrow or ambiguous, having little to no effect in these kind of scenarios. This has led to the fact that a degree of homologation is required within digital scenarios, including the metaverse. The law for this environment should be developed having in consideration electronic jurisdiction, universally accepted and with a defined position in relation to defining the applicable jurisdiction and define method to solve legal disputes as an *ex ante* measure.

This development requires a collaborative approach, where the law and information technologies work together to properly understand the social dynamics that would occur on this platform. Additionally, this approach

18 KOSTENKO, 2022, pp. 11.

should benefit itself from its technical capacity: along with the already proposed preventive approach by intelligent devices, mediation should be considered when two or more of them enter in conflict. Along with this, the development of standardized regulative bodies should be implemented. These proposals should be implemented reasonably, allowing the continuity of development and the generation of knowledge proper of the metaverse.

Regardless the complexity of this effort, the creation of such proposal is a priority. Depending on traditional legal approaches, this would not only mean that actions occurred in this platform may not be compatible with the description within the law. It also mean that courts would be overload with cases that legal operators may not be capable to properly understand, negatively impacting on the quality of their resolutions and unnecessary extending legal processes.

2.4.2 Privacy on the metaverse: A main concern

The experience offered in the metaverse allows a user to properly displace around a virtual area. Then, the avatar may go to a public zone, i.e. the town square or to a social gathering. This feature aims to replicate the freedom that a regular person has in most societies nowadays. However, this posture results incompatible with configuration of this digital platform. First, a user can explore a particular zone without the necessity of locating his avatar there by simply moving the camera it is possible to know not only the characteristics of a given zone, but also who is there. Such feature could be used to spy or stalk other players and it can even be attach to other avatars without the consent of their holders, leading to privacy intrusions.¹⁹ Of course, this description follows the operative aspect of online services presented as mere games, with considerable less impact on real life. However, the propose version of the metaverse aim to deliver exactly the opposite, allowing actions to properly replicate on physical environments. This rises security concerns and the need to define the mechanics to access personal data, its use for later purposes and whether their effects should transcend beyond these services.

Due to its operative nature, it is important to recognize that monitoring user's profiles, results to a certain degree desirable. Here, developers require

19 LEENES, 2009, pp. 125.

real-time tracking to simulate realistic virtual interactions. However, providers should only be allowed to possess this data for short periods of time and then, erase it. The objective of this is to reduce profiling behaviours thus, providing a degree of privacy.

From a security position, it is considered necessary to confirm the identity of the user before delivering access to certain applications and services in the metaverse. This methodology will depend on the developer and the market approach implemented by the owners. In this context, traditional approaches like asking textual passwords are incompatible with the dynamic nature of the metaverse, where a multitude of digital objects may be of interest for the user. To avoid this, it is proposed the adoption of personal options like including a digital tag within the avatar that contains relevant permits. Besides eliminating the need for constant one to one confirmation, it would be relatively easy to increase or decrease the number of licenses contained there and it will be non-transferable. These activities and interactions will not necessarily be erased from the metaverse. This is a major security concern, since it may lead to leakages or to scenarios where the data is compromised.

Due to the level of interaction and the kind of experience offered by the metaverse, personal and affective actions will be detected and used to enhance the user experience. In this sense, facial expressions, vocal inflections and even vital signs (these ones captured through accessories such as smart watches), will be provide sensitive information to developers without the explicit consent of its owners. To prevent this, legislation should be designed to limit the scope of *emotion-responsive advertising*²⁰.

Additionally, marketing will be placed as a regular element of the metaverse environment. This, with the objective of having a low profile that will allow users to unwillingly include it into their daily routine. The effect of this approach can go from acquiring specific products, political manipulation, disinformation and other forms of socially destabilizing forms of promotion. In this particular case, regulation seems to be the best *a priori* approach to prevent these abuses. Service providers and platform administrators should be required to present the type of advertising they will be inserting into their scenarios. Moreover, they should also define the cues that such information will have, so the users can identify them

20 ROSENBERG, 2021, pp.8.

and properly navigate around them. Additionally, the insertion of artificial agents for marketing purposes should be regulated. Due to the nature of the metaverse, users should be capable of identifying when they are socializing with these developments to avoid being misled. This can be achieved by delivering identifying elements, which would allow users to distinguish artificial agents from other users.

Regardless the importance of advertisement as a source of income for metaverse companies, it should be notice its potential to produce privacy concerns. Advertisement companies rely on data processed by third parties, which operate on independent processing schemes. This may lead to potentially harmful situation for data owners whose information may be in possession of different parties. A proposal for this, relies on creating official channels and policies for data gathering purposes. Data mining services should operate following these provisions, which should be provided by a given metaverse service.

2. Conclusion

The metaverse is technological development that aims to permanently impact social life. Unlike its early versions, current metaverse platforms aim to expand the activities and interactions users could do as part of their services. Nonetheless, the technical aspect of this development may produce potentially unwanted legal violations by both, developers and users. This since the metaverse, in order to deliver an experience closely based on the user's preferences, may recur to gather data through approaches that go beyond the platform itself. In this case, it is not unlikely to state that these processes will support themselves through other devices or by mining data without the explicit authorization of the user.

Other legally relevant scenario is derived from the interaction between members of these services. Social interaction is a crucial aspect of the metaverse that can enhance positive attributed but also negative ones. It is important that service administrators set a series of ethical rules that all participants will follow. Additionally, surveillance is a key element that should be enforced on metaverse services.

This approach should be inserted depending on the relevancy of a given topic or scenario to avoid any unnecessary harm to the legal sphere of the users. Additionally, it is important to establish that the metaverse is by

no means a static environment on the contrary, it is in constant evolution, shifting from social to a revenue environment that changes legal priorities. In this case, the legal sector requires a dynamic position to be able to provide an adequate level of protection to users and service providers as well.

Besides the inevitable need to create new legal figures and to adapt traditional ones, this environment needs to include in its operational design particular ethical/legal principles that would allow to operate lawfully. This will not be a definitive answer, since users in the metaverse as their counterparts in real life, will be allowed to interact in ways that not necessary are law compliantly. The main challenge for the legal sector in the metaverse goes beyond regulation, it is about to prevent that those unlawful conducts occurred in this platform would expand to physical scenarios, becoming a real threat for society.

References

- BAYM, Nancy K. *From practice to culture on Usenet*. The Sociological Review, 42, 1994, pp. 29-52.
- CANNAVÒ, Alberto; LAMBERTI, Fabrizio. How blockchain, virtual reality, and aug-mented reality are converging, and why. *EEE Consumer Electronics Magazine*, vol. 10, no. 5, 2021, pp. 6-13.
- EDOSOMWAN, Simeon; SITALASKSHMI, KALANGOT Prakasan; DORIANE, Kouame; WATSON, Jonelle; SEYMOUR, Tom. The history of social media and its impact on business. *Journal of Applied Management and entrepreneurship*, vol. 16, n. 3, 2011, pp. 79.
- EUROPEAN UNION. *Directive 1985/374 - Approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*. EU Monitor. 1984. Available at: <https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vitgbgh2ouzc>.
- GADEKALLU, Thippa Reddy; HUYNH-THE, Thien; WANG, Weizheng; YENDURI, Gokul; RANAWEERA Pasika; PHAM Quoc-Viet; DA COSTA, Daniel; LIYANAGE, Madhusanka. *Blockchain for the Metaverse: A Review*. arXiv preprint arXiv:2203.09738 (2022).
- HILBERT, Martin; LÓPEZ, Priscilla. The World's Technological Capacity to Store, Communicate and Compute Information. *Science*, v. 332, n. 6025, 2011, pp. 8.

- KOSTENKO, Oleksii. Electronic jurisdiction, metaverse, artificial intelligence, digital personality, digital avatar, neural networks: theory, practice, perspective. *World Science*, 2022, v. 1, n. 73, pp. 1-14.
- LEENES, Ronald. *Privacy regulation in the metaverse, Handbook of research on socio-technical design and social networking systems*, IGI Global, 2009. 123-136.
- LESSIG, Lawrence. *Code and other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999.
- MIJWIL, Maad M; ABTTAN, Rana A.. Artificial Intelligence: A Survey on Evolution and Future Trends. *Asian Journal of Applied Sciences*, 2021, n. 9, n. 2, pp. 1-7.
- MONICA, Riccardo; JACOPO Aleotti. *Evaluation of the Oculus Rift S tracking system in room scale virtual reality*, *Virtual Reality*, 2022, 1-11.
- MYSTAKIDIS, Stylianos. *Metaverse*. Encyclopedia, 2022, pp. 486-497.
- NIE, Norman; ERBRING, Lutz. Internet and society: A preliminary report. *IT & Society*, n. 1, 2002, pp. 276-277.
- ODONE, Kay. *Even better than the real thing? Virtual Augmented Reality School Library*, Australia Tech Report, 2019, pp. 1-15.
- OLIVETTI, Justin. *Dutch Supreme Court declares RuneScape theft a real-world crime*. Engadget. Published on January 31st 2012. Available at: <https://www.engadget.com/2012-01-31-dutch-supreme-court-declares-runescape-theft-a-real-world-crime.html>. Last accessed on May 13th 2022.
- ROSENBERG, LOUIS. *Regulation of the Metaverse: A Roadmap*. Conference: 6th International Conference on Virtual and Augmented Reality Simulations (ICVARs 2022).
- SCHULTZ, Ryan. *Second life infographic: some statistics from 15 Years of SL*. RyanSchultz.com. Available at: <https://ryanschultz.com/2018/04/23/second-life-infographic-some-statistics-from-15-years/>. Accessed on May 2nd 2022.
- STAFF FORBES. *La iniciativa de Monreal para regular las redes sociales en 7 puntos*. Forbes México. Published on February 9th 2021. Available at: <https://www.forbes.com.mx/politica-iniciativa-monreal-regular-redes-sociales-7-puntos/>.

RESUMO: o metaverso é um microcosmos onde os usuários interagem com seus pares de formas que não necessariamente replicam seu comportamento em cenários tradicionais. No entanto, esse ambiente traz uma série de desafios para o direito, o que requer uma nova perspectiva para regulá-lo adequadamente e coibir potenciais ações ilícitas. Esta colaboração afirma que precisa de se adaptar às particularidades técnicas desta plataforma para a regular adequadamente, reformulando os elementos jurídicos tradicionais. Além disso, é proposta uma comunicação mais próxima entre os setores jurídico e computacional, principalmente durante a fase de projeto, para evitar a operação ilegal desses ambientes.

Palavras-chave: metaverso, regulação digital, inteligência jurídica artificial.

ABSTRACT: the metaverse is a micro-cosmos where users interact with their peers in forms that not necessary replicate their behaviour on traditional scenarios. Nonetheless, this environment poses a series of challenges for the law, which requires a new perspective in order to properly regulate it and deterrent potential unlawful actions. This collaboration states that needs to adapt to the technical particularities of this platform to properly regulate it, reshaping traditional legal elements. Additionally, a closer communication between the legal and computational sectors particularly during the design stage is proposed to avoid unlawful operation of these environments.

Keywords: metaverse, digital regulation, artificial legal intelligence.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: ZATARIAN, Jesus Manuel Niebla; ROJAS Jose Ramon Bonilla; TORREBLANCA, Luis Gustavo Kelly. The metaverse and the law: aspects of a new technological regulation. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ed. 61, 2022. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1407>.

O fundamento da responsabilidade kantiana: um instrumento contra a inefetividade dos direitos¹

The foundation of Kantian responsibility: an instrument against the ineffectiveness of rights

Raphael Bruno Veloni*

Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa – PB, Brasil

Newton de Oliveira Lima**

Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa – PB, Brasil

1. Introdução

A Após a ruína de grande parte dos regimes políticos autocráticos, o prestígio conferido às situações jurídicas subjetivas passivas entrou em descrédito. Essas situações cederam espaço a uma proliferação de direitos, em virtude do uso imoderado do instituto dos deveres fundamentais que, em última análise, sufocou a liberdade individual nesses regimes.

A crise dos deveres e subsequente difusão de direitos foram seguidas por uma ausência de efetividade. Independente do título conferido ao instituto – direitos humanos, fundamentais, existenciais ou patrimoniais –,

*Mestre em Ciências Jurídicas, na área de concentração em Direito Econômico, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), na qual foi bolsista Capes. Advogado. Especialista em direito Civil e empresarial pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP). E-mail: raphaelveloni7@gmail.com.

**Doutor em Filosofia (UFPE/UFPB/UFRN). Professor Adjunto III, lotado no Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da UFPB. E-mail: newtondelima@gmail.com.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Nível Superior - Brasil (CAPES).

a inefetividade é possivelmente uma constante que afasta o direito formal daquele produzido na realidade nacional.

Nesse cenário, instrumentos que auxiliem na concretização dos direitos cumprem uma significativa função. Neste artigo, o problema que norteou a pesquisa foi: Diante da admissão de uma comunidade de direitos sem deveres, quais as implicações e/ou relevância da aplicação da responsabilidade kantiana assim como de suas funções no mercado? A hipótese fundamental, para esse questionamento, é pela possibilidade de empregar validamente a responsabilidade kantiana no mercado, tendo por instrumento as funções promocional e pedagógica da responsabilidade civil.

De forma resumida, mas buscando demonstrar uma reflexão um tanto quanto aprofundada, pode-se destacar que o artigo está respaldado em uma pesquisa filosófica com influxos político e dogmático. Dessa forma, desenvolveu-se uma investigação bibliográfica, partindo de dados bibliográficos consubstanciados na literatura jurídica brasileira, estrangeira e normativa pertinente ao tema em questão.

2. Uma comunidade de direitos sem deveres

No direito contemporâneo, múltiplos institutos compõem a estrutura da ordem jurídica, todavia, não guardam um diálogo lógico entre si. Dentre esses inúmeros institutos, pode-se citar os direitos naturais, direitos humanos, direitos fundamentais, direitos da personalidade, bem como as diversas gerações de direitos, por vezes, produtos de *lobby* ostensivo ou velado.

Diante do enfraquecimento de um desses institutos, a opção corriqueira está na mera recriação semântica. O conteúdo, por sua vez, tende a ser aproximado ou até idêntico. A predileção pelo “binômio enfraquecimento/recriação” de institutos, na visão de Ascensão², concebeu uma comunidade de direitos sem deveres.

O ato de destituir para depois reelaborar semanticamente tornou-se uma constante nesse período histórico em que se tinha: “uma sociedade obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos e impotente para fazer descer do plano de um formalismo abstrato e inoperante [...]” estas inúmeras situações jurídicas ativas³.

2 2008.

3 FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 174.

Essa inefetividade dos direitos está associada ao desinteresse político na sua realização, bem como à trivialização dos grandes princípios. A simplória elaboração de direitos, desvinculada da significativa função dos deveres autônomos ou a estes conexos, referenda a visão do outro como um obstáculo ao direito próprio, olvidando a função positiva na realização individual. Nessa senda, os deveres não representam institutos de uso excepcional, mas simples representação da integração social dos indivíduos, sem os quais a pessoa não lograria êxito em sua autorrealização da personalidade⁴.

Essa passagem, de uma sociedade de deveres para uma comunidade sociopolítica de direitos sem deveres, ocorreu em decorrência de experiências históricas negativas. Dessa forma, a visão contemporânea da ordem jurídica é diametralmente oposta daquela elaborada a partir do século XVIII – primeira fase da modernidade. Por um largo período, desde a grande eclosão do ocidente nessa fase da modernidade, os deveres e direitos tiveram uma valoração assemelhada.

A desconfiança com as situações jurídicas passivas tem sua origem nos excessos das experiências nacional-socialista e outros regimes políticos autocráticos. Na primeira, os deveres do cidadão robusteceram o Estado, permitindo a exigência de inúmeros deveres do povo. Pode-se citar, a título de exemplo, o dever de trabalho, de defender o povo, entre outros⁵. Nesses regimes, os deveres excepcionam os direitos e até mesmo sufocam a autonomia dos indivíduos.

Ainda sobre a decadência da face oculta dos direitos, em diversas ordens, assim como na alemã, desenvolveu-se uma aversão a essa categoria. Na experiência jurídica do Estado Alemão no pós-segunda guerra, a repulsa a esse instituto podia ser observada na ausência de previsão das expressões dever ou deveres fundamentais no texto da Lei Fundamental de Bonn, tornando-se um tabu até meados da década de setenta⁶.

Essa repulsa soma-se com o argumento da desnecessidade das situações jurídicas passivas, posto que o conceito de direito já as representaria adequadamente. Nessa ordem de ideias, os deveres seriam perigosos e fungíveis.

Esse processo – de descrédito dos deveres – corroborou para a formação de uma realidade jurídica pautada na reparação – indenização de danos

4 ASCENÇÃO, 2008.

5 CANOTILHO, 2003.

6 NABAIS, 2005.

materiais ou compensação daqueles existenciais – e prevenção individual, ou seja, diante da exigência do direito próprio no bojo de um processo. Apesar da importância desses instrumentos na concretização dos direitos, acabam deixando no limbo um considerável contingente populacional que, por razões econômicas, sociais e educacionais, não recorrem ao judiciário. As pessoas, que detêm os seus direitos formalmente garantidos, todavia, materialmente inefetivos, foram intituladas por Bobbio⁷ de “a massa dos sem-direitos”.

A desconfiança com essas situações jurídicas e a subsequente inefetividade dos direitos agravam-se com a compreensão da sociedade contemporânea a partir de seus riscos. O sociólogo alemão Ulrich Beck descreve a sociedade hodierna como qualificada por seus riscos, sob o jargão de uma sociedade de risco⁸.

Essa sociedade que representaria uma segunda modernidade, produto de um processo silencioso em detrimento de turbulentas revoluções, tende a valorizar de maneira desmedida a segurança, relegando a liberdade e a igualdade para um segundo plano. No âmbito jurídico, a distribuição de riscos, caráter desse momento da modernidade, seria representada pela probabilidade de compor a massa dos sem-direitos.

A inefetividade de direitos não é uma problemática apenas da atual conjuntura político-normativa, mas tende a ter seus efeitos agravados pelos processos de individualização e padronização. O primeiro processo é representado por um enfraquecimento de certos grupos de indivíduos, como ocorreu com a família e com as classes sociais. Esse distanciamento do ser humano, que em última análise se reflete na perda de coesão de certos grupos sociais tradicionais, respaldou uma individualização da desigualdade.

A fragilização dessas instituições também ampliou a dependência dos indivíduos pelo mercado, pela educação, e inclusive pelo direito. Essa dependência representa, portanto, uma padronização. Dessa maneira, os processos de individualização e padronização, à medida que desoneram os indivíduos de formas ou padrões biográficos tradicionais – por exemplo, a família, a classe social e a distinção de gênero – também os tornam dependentes de outras estruturas, como o mercado, a educação e o direito⁹.

7 2004, p. 11.

8 2010.

9 BECK, 2010.

Apesar da dependência do indivíduo pelo mercado e pelo direito, estes últimos não logram êxito em atender a essa necessidade. No mercado, a busca pelo lucro, ocasionalmente, subjuga a própria dignidade humana, ou seja, reduz a pessoa a um meio para o fim lucrativo. O direito, no que lhe concerne, referenda proclamações extensas e solenes, mas não detém de instrumentos adequados para concretizá-las, no que tange às pessoas em estado de vulnerabilidade agravado – aquelas que involuntariamente compõem a massa dos sem-direitos.

A compensação individual do dano mostra-se insuficiente, diante dessa agravada inefetividade do direito, exigindo repensarem-se propostas de alcance geral¹⁰. Por essas razões, a pesquisa de novos instrumentos para a garantia da efetividade dos direitos ganha uma importância significativa. A responsabilidade civil, afeita a hipóteses de inadimplementos e demais atos ilícitos, não poderia passar ao largo dessa necessidade de reconstrução.

3. Da responsabilidade kantiana

Na árdua tarefa de repensar a lógica entre as funções promocional e pedagógica da responsabilidade civil, o recurso às bases do pensamento jurídico da modernidade ocidental oferece possíveis soluções para torná-la um dos instrumentos da concretização de direitos.

Nesse diálogo entre passado e futuro, Immanuel Kant destaca-se ao oferecer uma visão sistemática do direito e da virtude, reconhecendo as distinções e semelhanças entre essas duas partes da teoria dos costumes.

A representação do direito como um sistema não é uma hipótese inusitada, posto que o pensamento kantiano está vinculado à compreensão jusnaturalista. Em outros termos, a compreensão do direito como um sistema, em crítica ao pensamento casuístico dos glosadores da idade média, é uma conquista dos autores de égide jusnaturalista. Nessa mesma senda, autores como Pufendorf¹¹ defendiam a existência de um sistema normativo para o Direito Natural.

O seu mérito está na capacidade de assentar as bases para o pensamento jurídico moderno, sem as quais não seria possível compreender o cerne de institutos como o dos direitos humanos. A responsabilidade civil encontra

10 FEITOSA, 2017.

11 1934.

no pensamento do filósofo de *Konigsberg* as bases para sua função promocional, bem como da lógica entre incentivo e pena. Nesses termos, a relação entre mérito, débito e demérito proposta pelo pensamento kantiano justifica a opção por essa teoria em apreço na releitura da responsabilidade civil.

Esse autor nasceu em 1724 na cidade de *Konigsberg*, onde mais tarde estudou ciência natural e filosofia na universidade *Konigsberg*, por influência de seu professor Martin Knutzen¹². Na mesma universidade, ele foi nomeado professor ordinário em lógica e metafísica nos vinhos de 1770, lecionando até os seus 73 anos. O desfecho de sua vida ocorreu 7 anos após o desligamento da Universidade, exatamente em 12 de fevereiro de 1804, por causas naturais.

Mesmo após sua morte, o seu modo de compreender o direito ofereceu sustentáculo para grande parte do pensamento jurídico. Sua teoria teve influxos desde ramos da Zetética jurídica, como na filosofia do direito, até para aqueles dogmáticos, como no direito civil. No âmbito privatista, a compreensão dos direitos da personalidade e sua relação com a cláusula geral da dignidade da pessoa humana não avançaria desprovida da leitura kantiana do elemento dignificador do homem ou sem a sua formulação do imperativo categórico.

Esse influxo só foi possível pelo rigor de sua produção, dentre as quais pode-se destacar a “Crítica da razão pura” (1781/1787) e “Prolegômenos” (1783), para as temáticas afeitas à teoria do conhecimento. A “Fundamentação da metafísica dos costumes” (1785) e a “Crítica da razão prática” (1788), destinadas a questões morais. A religião, por sua vez, também foi objeto de seus escritos em “A religião dentro dos limites da simples razão” (1793). Para a esfera jurídica, as suas principais obras foram “Teoria e prática” (1793), “À paz perpétua” (1795) e “Metafísica dos costumes” (1797)¹³.

Cumprir advertir que essa classificação tem uma conotação apenas didática, diante do intenso diálogo entre as produções de Kant. Dessa forma, para compreender a noção kantiana de direito, é necessário adentrar em outros conceitos, como o de moral, destacando-se para tanto a obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”. Pode-se ir mais longe: as obras sobre a teoria do conhecimento – com destaque para Crítica da razão pura – são o esteio de todas as demais, uma vez que, conforme esclarece Bini, na seção em que

12 SEDGWICK, 2017.

13 LEITE, 2011.

apresenta dados biográficos na obra *Metafísica dos Costumes*, de Kant¹⁴, é desenvolvido um aparato metodológico para produção do conhecimento filosófico, bem como um sistema gnosiológico dotado de instrumentos úteis para produções dessa natureza.

A teoria kantiana também guardava uma intrínseca relação com as necessidades político-normativas do contexto de sua elaboração. Sobre a conjuntura da publicação dessas obras, Cláudio de Cicco, na introdução do livro *A Doutrina do Direito*, de Kant¹⁵, destaca o avanço das ideias iluministas sobre o regime da monarquia absoluta, notadamente no contexto da Revolução Francesa até as primeiras vitórias de Napoleão sobre os austríacos.

Da leitura das obras de Kant, é possível observar a sua oposição ao recurso pela violência ou revolução na alteração da conjuntura de um Estado¹⁶. Dessa maneira, o reformismo kantiano é uma alternativa para a mudança na vida política de um Estado, sendo uma conclusão auferida dos retrocessos da revolução francesa ao optar pela revolução em detrimento da reforma, como se pode observar na esfera social, a qual se encontrou em um estado deplorável após a referida revolução¹⁷.

Desde já, impende destacar que a obra kantiana tutela um liberalismo jurídico, portanto, distancia-se de Locke e Rousseau¹⁸. Esse liberalismo jurídico, na concepção kantiana de Estado, está vinculado à exigência de legitimidade do poder constituído, sendo esta última adquirida por meio da instituição de ordem que tutele a liberdade política dos membros do Estado. Sobre a tutela da liberdade, único direito natural, anterior e legitimador do Estado, a concepção kantiana de Estado é pensada para coexistência do externar desse direito natural por intermédio de um ordenamento jurídico¹⁹.

Nessa ordem de ideias, o direito existe para conciliar as liberdades externas dos membros de uma sociedade, pois esse é o único direito antecedente ao próprio Estado e que o legitima. Após esse conciso esboço sobre a vida e as teorias de Immanuel Kant, já é possível apresentar certos conceitos necessários à releitura da lógica da responsabilidade civil.

14 2017.

15 2013.

16 2013.

17 LAFARGUE, 1999.

18 SOLARI, 1962.

19 BOBBIO, 1969.

3.1. Razão, autonomia e moral

Antes de adentrar nas noções da doutrina do direito e naquela afeita à virtude, é preciso discutir sobre certos conceitos. Dentre as ideias desenvolvidas na Fundamentação da metafísica dos costumes, destacam-se as expressões razão, autonomia e moral.

Todos esses conceitos foram desenvolvidos sob a perspectiva metafísica; em outros termos, não se vinculam a entendimentos variantes empiricamente. Essa opção de extrair conceitos decorrentes da razão, portanto, inerentes a toda humanidade, repete-se na Doutrina do Direito. Dessa maneira, pode-se compreender a rejeição a entendimentos puramente casuísticos na teoria kantiana, ao destacar que: “A ciência puramente empírica do Direito é (como a cabeça das fábulas de Fedro) uma cabeça que poderá ser bela, mas possui um defeito – o de carecer de cérebro”²⁰.

Nesse momento, é necessário destacar a existência de uma ambiguidade no emprego da expressão metafísica por Kant, sendo um alerta desenvolvido pela leitura de Kant por Sedgwick²¹. Esse entendimento admitiria um duplo sentido da expressão, ou melhor, a metafísica, enquanto gênero, pode se apresentar em duas acepções ou espécies.

O primeiro uso da expressão pelo autor prussiano ocorreu na Fundamentação da metafísica dos costumes, em que destacou que essa deriva de princípios *a priori* – não se apoia em princípios da experiência – e se associa a determinados objetos do conhecimento, portanto, distingue-se da lógica²². Ainda nessa oportunidade, a metafísica é tida como uma ciência, seja essa uma disciplina da natureza – metafísica da natureza – ou ética – metafísica dos costumes.

O segundo uso técnico da expressão ocorre na Crítica da razão pura, obra em que a metafísica tem seus contornos atrelados a impossibilidade de confirmação por regras da experiência. A metafísica, nessa acepção da expressão, é um “[...] conhecimento especulativo da razão completamente à parte e que se eleva inteiramente acima das lições da experiência”²³.

20 KANT, 2013, p. 48.

21 2017.

22 KANT, 2007.

23 KANT, 2001, p. B XIV.

A expressão metafísica, enquanto conhecimento especulativo da razão e além da experiência, reflete-se na distinção entre a física e as leis morais, ou melhor, entre a metafísica da natureza e a dos costumes. A metafísica da natureza ou física é aquela capaz de extrair os seus princípios universais da experiência, como se demonstra a existência das três leis de Newton – inércia, força resultante, bem como a de ação e reação.

As leis morais, em sentido diametralmente oposto, não podem ser aprendidas pela experiência, visto que “[...] caso alguém se permitisse ser desviado, transformando alguma coisa proveniente dessa fonte em um princípio moral, correria o risco de cometer os erros mais grosseiros e perniciosos”²⁴. Essa ideia de dupla metafísica permitiu inclusive a oposição entre as suas obras metafísica dos costumes e metafísica da ciência natural.

Na descrição da razão, o filósofo de *Königsberg* optou por uma conceitualização universal em detrimento de uma que privilegie determinados grupos. Assim, a razão é um elemento inato de todo ser racional, que o qualifica como pessoa²⁵. O elemento dignificador do homem – sua razão – o liberta dos mandamentos do desejo e da dor, portanto, a liberdade, único direito natural inato, é oriunda da razão.

Em uma leitura semelhante da teoria kantiana, Newton de Oliveira Lima compreende a liberdade como elemento anterior ao Estado e legitimador dessa instituição, chegando a “[...] encontrar na própria liberdade como oposição a qualquer redução estatal da mesma o fundamento de justificação da própria existência do Estado”²⁶.

A possibilidade de escolha de seus fins é o nascedouro da lei moral e o fundamento diferenciador da condição humana. A liberdade de recusar o desejo e optar pelo dever representa a distinção entre pessoa e coisa²⁷.

Nessa ordem de ideias, o ser humano pode ser livre por meio de sua razão no cumprir do dever, desde que essa ação não seja proveniente de influxos externos, inclinações ou desejos. A liberdade e a moralidade no pensamento kantiano são conceitos restritos que não admitem um móvel para a ação distinto do próprio dever.

24 KANT, 2017, p. 30.

25 KANT, 2007.

26 2017, p. 74.

27 SANDEL, 2012.

Não é de se estranhar, pois tamanha liberdade conferida aos seres humanos só seria possível se carregada de responsabilidades. Esta última é o elemento conciliador da liberdade externa pessoal com aquela dos demais indivíduos; por essa razão, é matéria suscetível de prescrição por leis externas, ou seja, pela ordem jurídica.

Por consequência, o elemento caracterizador dos seres racionais não é apenas sua liberdade, ou pelo menos, a liberdade compreendida como uma ausência de obstáculos. A responsabilidade por suas escolhas é parte integrante da noção de pessoa, como bem destaca Kant na metafísica dos costumes:

Uma *pessoa* é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. A *personalidade* moral não é, portanto, mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais [...]. Disto resulta que uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma (ou isoladamente ou, ao menos, juntamente com outros)²⁸.

As coisas e os seres irracionais, em sentido inverso, são representados pela ausência de liberdade no cumprimento do dever, pois atendem apenas a suas inclinações sensíveis. Sobre estes não deve recair qualquer sanção, seja positiva ou negativa, em que pese certos episódios históricos terem sancionado seres irracionais.

A imposição das consequências da escolha de uma pessoa, desde que exista lei cogente anterior, não viola sua liberdade. Pelo contrário, a imposição só pode ser destinada para aqueles que detêm uma possibilidade de escolha. A maioria das ordens jurídicas adota essa distinção, ao admitir a inexistência ou nulidade absoluta do ato jurídico praticado sob coação física (*vis absoluta*) ou a coação moral irresistível (*vis compulsiva*), respectivamente.

A razão, embora possa se manifestar de forma prática na determinação do agir pelo dever, não é apta a garantir a felicidade. A sua impossibilidade de tutela da felicidade é desenvolvida na separação da doutrina dos costumes daquela destinada a esse sentimento. A razão permite identificar *a priori* a moralidade do comportamento, visto que independe das eventuais condições sensíveis. A felicidade só pode ser extraída da experiência, pois:

28 2017, p. 39, destaques no original.

Tão só os impulsos naturais por alimento, sexo, repouso e movimento, e (à medida que nossas predisposições naturais se desenvolvem) por honra, pela ampliação de nosso conhecimento, e assim por diante, são capazes de informar a cada um de nós, e cada um apenas no seu modo particular, no que encontrará essas alegrias; e, identicamente, tão somente a experiência é capaz de ensinar os meios pelos quais buscá-las²⁹.

A evolução humana, no que tange à aquisição da liberdade, teve um certo preço, a saber, a abdicação da felicidade, nas hipóteses em que é adversária do dever. Esse custo da evolução é destacado por Sedgwick, com esteio na obra kantiana “Começo conjectural da história humana”, ao admitir que: “Criaturas detentoras de razão, porém, são capazes de imaginar e criar fins. Esses fins criados ou ‘artificiais’ (como, p. ex., o desejo de estima) são mais complicados e também mais difíceis de satisfazer”³⁰.

Diante do exposto, é admissível compreender a liberdade e a moralidade kantiana como representações restritas. A liberdade não seria a mera ausência de obstáculos³¹, mas a opção pelo dever, independentemente de qualquer inclinação ou determinação externa; em outros termos, um agir autônomo. A autonomia é a expressão cunhada pelo autor prussiano para representar esse estado humano de liberdade, que se opõe a qualquer determinação heterônoma na qualidade de móvel da ação.

Nesse ponto, cumpre advertir que Kant não deseja impedir que os sentimentos corroborem nossas escolhas, mas exige que o motivo da ação seja o próprio dever e não qualquer tipo de prazer, seja esse prático ou contemplativo, ou até mesmo quando se apresenta sob o apetite ou a inclinação. Somente a vontade – “[...] a faculdade do desejo considerada não tanto em relação à ação (como o é a escolha), mas em relação ao fundamento que determina a escolha para a ação [...]”³² – e o prazer intelectual – espécie de prazer que se perfaz depois da escolha do objeto e não influi nessa escolha – podem ser conciliados com as noções de autonomia e moralidade.

Apesar de todo ser humano deter, ainda que de forma velada, os princípios morais dentro de si, os conceitos de imperativos hipotéticos e categóricos

29 KANT, 2017, p. 31.

30 2017, p. 90.

31 SANDEL, 2012.

32 KANT, 2017, p. 35.

são um auxílio ofertado pela filosofia kantiana para distingui-los na prática da moralidade. O imperativo, portanto, é uma regra prática que torna uma ação humana necessária³³.

Aquele de caráter hipotético é variável (condicional) de acordo com as situações empíricas; por essa razão, consagra uma conduta como meio. O categórico, de maneira distinta, tenciona determinar a ação independentemente da situação fática (incondicionado), estando geralmente atrelado à moral.

Dentre os diversos imperativos categóricos desenvolvidos por Kant, destacam-se as máximas da lei universal e da fórmula do objeto. Nesse ponto, cumpre reproduzir na integralidade as máximas kantianas, a saber, a da lei universal da natureza – “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”³⁴ –, bem como aquela da fórmula objeto – “O imperativo prático será pois o seguinte: *Age ‘de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio*”³⁵.

Após a verificação da intrínseca relação entre os conceitos de razão, autonomia e moral, torna-se necessário adentrar nas diferenças entre a Doutrina do Direito e a ética, especialmente no que tange à plausibilidade de incentivos nesses âmbitos.

1.2. A doutrina do direito e a doutrina da virtude

O direito e a ética são o conteúdo da obra *Metafísica dos Costumes* de Kant, sendo essa produção a parte contraposta da metafísica da natureza. Essa distinção entre direito e ética refletiu inclusive na disposição dos capítulos pelo autor, estando o direito vinculado à Doutrina do Direito (ou *Jus*), primeira parte da obra, e a ética, à Doutrina da Virtude (ou *Ethica*), segundo livro da metafísica dos costumes.

Hodiernamente, a Doutrina do Direito e a da Virtude, na qualidade de espécies, compõem o gênero da teoria dos deveres em geral ou teoria dos costumes. Essa compreensão, todavia, era outra, posto que, na antiguidade, a teoria dos deveres resumia-se à ética³⁶. Nesses termos, pode-se compreender

33 KANT, 2017.

34 2007, p. 59.

35 2007, p. 69.

36 KANT, 2017.

que a doutrina do Direito se realiza através de leis jurídicas, enquanto a da virtude, por leis morais.

Com reconhecimento da impossibilidade de conciliar liberdades externas por meio de meras razões subjetivas, Kant propõe uma regulamentação mediante leis jurídicas ou éticas. Para tanto, esse autor parte do conceito de leis morais em sentido amplo, também intituladas de leis da liberdade³⁷. Esse gênero é afeito à teoria geral dos deveres e contrasta com as leis da natureza, tendo como espécies as leis jurídicas e as éticas. Esse aspecto polissêmico do termo moral na teoria kantiana, bem como a origem comum do direito e da ética, enquanto espécies da moral em acepção ampla, é também confirmado em outras interpretações da teoria kantiana, como, por exemplo, naquelas realizadas por Terra³⁸ e Beckenkamp³⁹, sendo tal duplicidade de significados do termo moral, segundo a visão deste último autor, uma decorrência do pensamento dos wolffianos na filosofia kantiana.

A compreensão kantiana de direito advém da interpretação de obras do direito grego e romano, mas, diferentemente dos glosadores das universidades medievais, esse autor busca uma leitura sistemática e lógica. Os influxos de Ulpiano podem ser observados na obra Doutrina do Direito, em que Kant tem por esteio a divisão geral dos deveres defendidos por esse juriconsulto romano.

A divisão dos deveres – a) *honestas jurídica* – dever de respeito à própria dignidade –, b) *neminem laede* – dever de não causar danos a terceiros –, c) *suum cuique tribue* – dever de entrar em sociedade para conservar o que lhe pertence – foi um dos esteios da teoria kantiana⁴⁰. Nesse ponto, destacou-se o primeiro dever de Ulpiano, posto que foi a base de onde Kant extraiu um de seus imperativos categóricos, também conhecida como fórmula objeto.

O Direito (*jus*), ou a teoria do Direito, é formado por um conjunto de leis susceptíveis de estrutura externa⁴¹. Essas leis jurídicas, em um sentido amplo, detêm um caráter compulsivo, diante da indissociabilidade entre direito e faculdade de obrigar. Na teoria kantiana, essas leis são classificadas em naturais ou positivas, decorrendo, também, do terceiro dever de

37 2017.

38 2004.

39 2003.

40 KANT, 2013.

41 KANT, 2013.

Ulpiano, visto que nesse há uma implícita separação entre sociedade civil e o estado de natureza.

A necessidade de lei externa, como requisito para a faculdade de obrigar, é o critério diferenciador entre as duas categorias legais. A lei natural é aquela que obriga mesmo desprovida de lei externa, pois é oriunda de exigência da própria razão humana⁴². Assim, a lei natural compõe o direito anterior ao Estado e oriundo da razão humana, todavia, existe um único direito inato na teoria kantiana, a liberdade.

Sobre esse direito inerente a todo ser humano e suas consequências, especialmente no que tange à igualdade, pode-se asseverar:

A liberdade (independência do arbítrio do outro), à medida que possa subsistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal, é esse direito único, primitivo, próprio de cada homem, pelo simples fato de ser homem. A *igualdade* natural, isto é, a impossibilidade moral de ser obrigado pelos demais a mais coisas do que aquelas a que estão obrigados com respeito a nós; [...] que todas essas faculdades estejam já contidas no princípio da liberdade inata e não diferem efetivamente dela (como membros de uma divisão submetida a uma noção superior de direito)⁴³.

A lei jurídica de caráter positivo, no que lhe concerne, é conceituada pelo critério da exclusão na teoria kantiana, por mérito do pensamento de sua época. Nessa ordem de ideias, a lei positiva seria aquela que exige uma estrutura anterior e externa para a faculdade de obrigar, sendo seu fundamento a vontade do legislador.

Essa divisão do direito em natural e positivo também pode ser representada pelas expressões *juris scientia* e *juris-prudentia*, respectivamente. Sobre a expressão ciência do Direito – *juris scientia* – pode-se destacar que: “Esta última denominação convém ao conhecimento *sistemático* do Direito Natural (*jus naturae*), por mais que o jurisconsulto deva tomar dessa última os princípios imutáveis de toda legislação positiva”⁴⁴.

A intensão de Kant, ao vincular a Ciência do Direito com o Direito Natural, é criar bases comuns para o fenômeno jurídico, independente

42 KANT, 2017.

43 KANT, 2013, pp. 59-60, destaque no original.

44 KANT, 2013, p. 48, destaques no original.

de variáveis empíricas. Nessa ordem de ideias, o fenômeno jurídico seria composto de duas partes integrantes, a primeira afeita ao direito natural, e por isso aplicável a qualquer ser humano. A segunda, por sua vez, estaria vinculada às experiências históricas de cada povo, à sua vontade política, à sua localidade e a outros fatores.

Cumprir advertir que, mesmo diante da vontade popular, esse direito empírico encontraria seus fundamentos e limites na estrutura comum a todo ser humano, enquanto zona mínima de proteção de sua liberdade. Sobre essa relação entre direito natural e positivo, preleciona Kant⁴⁵, *ipsis litteris*:

Porém, a questão de saber se o que prescrevem essas leis é justo, a questão de dar por si o critério geral por meio do qual possam ser reconhecidos o justo e o injusto (*justum et injustum*) jamais poderá ser resolvida a menos que se deixe à parte esses princípios empíricos e se busque a origem desses juízos na razão somente [...] para estabelecer os fundamentos de uma legislação positiva possível.

Nesses termos, a teoria kantiana tenciona investigar certos fundamentos para a possível legislação positiva, ou seja, certa maneira de identificar a justiça ou injustiça no conteúdo do direito, não apenas em sua forma. Uma das principais contribuições para o direito positivo foi a construção de um princípio universal, tendo sido erigida a condição de fundamento do direito positivo.

O mérito do filósofo de *Königsberg* está no conteúdo oferecido ao princípio, não se restringido à reprodução de expressões de linguagem sem uma devida fundamentação para a linguagem. O conteúdo do princípio universal do direito distingue ações justas e injustas; para tanto, qualifica toda ação como justa, desde que não represente obstáculo à congruência da liberdade externa de todos com a de cada membro da sociedade civil, tendo por esteio leis universais⁴⁶.

No que tange aos valores e bens morais, Kant propõe uma construção destes no espaço público, sendo, por isso, sua teoria qualificada como procedimentalista. Nessa esteira, Lima⁴⁷ destaca que: “[...] para Kant não

45 KANT, 2013, p. 48, destaques no original.

46 KANT, 2013.

47 2017, pp. 75-76, destaque no original.

existem valores morais *a priori* ao indivíduo ou à comunidade. Os valores políticos e as normas jurídicas são construídas democraticamente no espaço público pela relação discursiva [...]”.

Em outros termos, a teoria kantiana compreende apenas a preexistência da razão humana e, conseqüentemente, da liberdade inata. O uso da razão e a liberdade de manifestação seriam o instrumento da construção do ideário de determinado povo. Esses valores morais construídos após o contrato social são, ou pelo menos podem ser, aprendidos por todos seres humanos, posto que são dotados de razão. Dessa forma, todo ser humano tem dentro de si as leis morais, ainda que de forma obscura e desprovida de princípios sistematizadores⁴⁸.

Apesar de a capacidade de criação humana ser um de seus diferenciais, nem todos os seus produtos seguem a moralidade. Essa é a razão para a distinção entre experiência e lei moral, dado que a lei moral exige universalidade e liberdade. É importante destacar que a noção kantiana de liberdade não se resume a cumprir ou descumprir a norma⁴⁹, como foi destacado na seção anterior.

A moral, conteúdo da doutrina da virtude ou ética, não tem seu esteio na mera experiência ou em sentimentos, em que pese a ideia de que estes possam corroborar para uma decisão pela moral. Assim, o sustentáculo da moral está na razão humana, e não em sentimentos de ordem física. A doutrina da virtude tenciona em dar trato de ciência à filosofia prática, portanto, supera a visão fragmentada da filosofia de sua época. A ética, ou doutrina da virtude, pode ser compreendida como um sistema de fins da razão prática, dotada de objetividade, portando, oferecendo um grau de certeza e pureza⁵⁰.

A distinção entre as leis jurídicas e morais não tende a se encontrar nas ações humanas externas que são, por elas, consideradas objetivamente necessárias. Nesse sentido, o conteúdo do dever prescrito pela lei não é o principal elemento caracterizador de sua natureza jurídica ou ética, como bem destaca Kant⁵¹: “A ciência do Direito e a da moral diferem, portanto, muito menos em termos da própria diferença dos deveres que lhe são

48 KANT, 2017.

49 KANT, 2017.

50 KANT, 2017.

51 2013, p. 36.

próprios do que pela diversidade do motivo que uma ou outra legislação consignam na lei”.

Na esteira de oferecer uma distinção didática entre os conceitos de lei jurídica e lei moral, é admissível elencar certos elementos identificadores da natureza jurídica da lei. Kant ressalta de forma esparsa a diferença entre as modalidades de leis da liberdade nas suas obras Doutrina do Direito e Doutrina da Virtude, podendo ser elencados: a) o motivo da ação humana; b) a espécie de deveres e sua forma de constrangimento; c) a possibilidade de ser [o dever] representado em leis externas; d) a sua forma de obrigação; e e) a espécie de prazer vinculado.

De acordo com o motivo exigido para a prática da conduta humana (a), é possível identificar a natureza moral ou jurídica da lei. Nesse diapasão, a lei jurídica é aquela que exige a conduta conforme suas prescrições, mas não adentra na exigência do móvel da ação, que há de ser qualquer razão. A lei jurídica não exige que se pratique a conduta pelo dever, pois só intervém na liberdade externa, ou seja, na opção de realizar a conduta.

A lei moral, por sua vez, tem um conteúdo rigoroso, originário da concepção restrita de moral e autonomia. Essa lei da liberdade exige que o motivo da conduta seja o cumprimento do próprio dever por ela determinado, assim, a lei moral não apenas constrange a conformidade da conduta com as determinações legais, mas também a identificação do motivo no dever legal. A imposição de que a conduta seja pelo dever permite concluir que a lei moral intercede nas liberdades externa – na prática do ato – e interna – na escolha do móvel para a conduta. Sobre essa primeira distinção, Kant⁵² fez o seguinte destaque:

A doutrina do direito se ocupou apenas da condição *formal* da liberdade exterior (a coerência da liberdade exterior consigo mesma se sua máxima fosse transformada em lei universal), isto é, com o direito. A ética, porém, vai além disso e produz uma *matéria* (um objeto da livre escolha), uma finalidade da razão pura [...], pois, uma vez que as inclinações sensíveis dos seres humanos os tentam para fins (a matéria da escolha) que podem contrariar o dever, a razão legisladora pode, por sua vez, deter sua influência somente mediante um fim moral instaurado contra os fins da inclinação, um fim que precisa, portanto, ser dado *a priori*, independente das inclinações.

52 2017, p. 179, destaques no original.

A espécie de dever e a forma de constrangimento (b) também são elementos indicadores da natureza jurídica da lei. Cumpre advertir que esse requisito é uma consequência lógica do anterior, por isto, as espécies de deveres, externos ou internos, variam segundo o móvel da ação – conforme ou pelo dever. Nesses termos, a exigência de dever meramente externo está afeita à legislação jurídica; a de cunho moral, por sua vez, reivindica qualquer modalidade de dever externo ou interno⁵³.

O direito limita-se aos deveres externos, posto que não exige que a ação, enquanto dever legal, seja o móvel do respeito à lei, sob pena de violar a liberdade individual. Dessa maneira, o direito pode constranger a prática da conduta humana, mas jamais exigir que o indivíduo concorde internamente com essa conduta. A limitação dos motivos exige que o direito abdique dos de cunho interno, por estes [motivos] estarem na seara da moral, e recorra aos de cunho externo, como as sanções positivas e negativas.

No que toca a moral, os deveres externos também podem se manifestar conjuntamente com aqueles de cunho interno. Nesses termos, a moral também prescreve deveres, ações objetivamente necessárias, de caráter externo, não se restringindo àqueles de lógica interna⁵⁴. Os deveres de benevolência são um dos exemplos de ações objetivas externas moralmente necessárias, pois, apesar de figurarem na realidade de fato, não podem ser exigidas por uma legislação exterior.

A expressão dever moral, no uso corriqueiro, pode aparentar contraditória, pois os deveres conotam uma constrição e a moral só advém pela autonomia. Essa contradição é apenas aparente nos termos da teoria kantiana, pois o indivíduo, por meio de sua própria liberdade individual, opta por estabelecer um fim próprio, sendo este último sob a forma de um dever. Nesses termos, o auto constrangimento a um dever, interno ou externo, é compatível com sua liberdade⁵⁵.

Essa assertiva não deve remeter a uma conclusão de inexistência de deveres próprios da moral, como se observa no dever de respeito a si mesmo. Cabe destacar que as determinações internas não devem influir sobre o direito, pois este detém motivos próprios para suas ações, como bem leciona Kant:

53 KANT, 2013.

54 KANT, 2013.

55 KANT, 2013.

Porém, precisamente porque a legislação moral contém em sua lei o móvel interno das ações (a Ideia do dever) e porque essa determinação não pode absolutamente influir na legislação externa, a legislação moral não pode sê-lo, ainda se fosse a expressão da vontade divina. Todavia, disso admite como deveres, e como motivos em sua legislação, os deveres que nascem de outra legislação, a legislação externa⁵⁶:

Essa passagem da Doutrina do Direito pode ser compreendida a partir da diferente função do direito e da moral, estando o primeiro afeito à formação de uma ordem jurídica que concilie a liberdade externa de todos em sociedade, portanto, opõe-se à imposição da razão interna de uns sobre aquela dos demais. Também é de se consignar que, caso o dever jurídico seja adotado por razões internas e tendo no próprio dever o móvel da ação, a constrição do direito desaparece, pois não estaria sujeito ao poder de nenhum legislador⁵⁷.

Dessa maneira, Kant não tenciona impedir a existência de deveres morais e jurídicos com caráter assemelhado, mas apenas demonstrar que será o motivo da conduta o principal elemento diferenciador. Sobre a possibilidade de deveres comuns à moral e ao direito, Kant⁵⁸ assevera: “É certo que a moral tem seus deveres próprios [...], porém isso não impede que tenha outros comuns com o direito, independentemente do modo próprio de *obrigação*”.

O terceiro indicador, a possibilidade de ser representada em leis externas (c), já pode ser compreendida pelo exposto. A lei moral está atrelada à parte da teoria dos costumes que não pode ser representada por leis externas, ou seja, a ética ou doutrina da virtude⁵⁹. Em situação inversa ao da *Tugendlehre* – doutrina da virtude –, a lei jurídica pode se perfazer de legislações externas.

A forma de obrigar o cumprimento (d) também é um diferenciador das espécies das leis da liberdade. O modo com que a moral obriga o comportamento não se confunde com aquele do direito, pois, para a primeira, o ato deve ser praticado pelo simples fato de ser um dever; de outra forma, o dever precisa figurar como o motivo do comportamento.

56 2013, p. 35.

57 KANT, 2013.

58 2013, p. 37, destaque no original.

59 KANT, 2017.

Dessa forma, a moral exige mais que o direito, especialmente, ao requisitar que o ato não seja apenas cumprido, mas desejado. Sob outra perspectiva, a moral só poderia exigir um comportamento, quando o indivíduo adotasse este como uma lei interna – auto constrangimento –, respeitando, dessa forma, a liberdade individual.

O direito, pelo menos em sua forma estrita, obriga de maneira distinta, ao não admitir o constrangimento sobre o móvel da ação e se valer da coação, uma forma de imposição, para o seu respaldo. Nesses termos: “[...] o direito estrito ou puro não pode e nem deve se referir a essa consciência como móvel; pelo contrário, deve se apoiar no princípio da possibilidade de uma força exterior conciliável com a liberdade de todos, segundo leis gerais”⁶⁰.

A última distinção identificada está na forma de prazer (e) vinculado à conduta conforme o direito e à da ação moral. Para simplificar a separação entre as duas situações, Kant elaborou os conceitos de prazer patológico e moral⁶¹. O de cunho patológico é aquele que sofre os efeitos da lei para se conformar a suas determinações, não havendo de se falar em autonomia ou moral. Neste primeiro caso, o prazer antecede ao cumprimento da conduta objetivamente necessária; é, portando, sua razão. O prazer patológico pode se associar ao direito, especialmente pelo uso das sanções positivas e negativas.

O prazer moral, também intitulado de intelectual, é aquele que precisa ser posterior ao cumprimento da determinação legal e não influencie sensitivamente na tomada de decisão. Nesses termos, o prazer moral é aquele que presenteia um comportamento pelo dever, mas que não serve de móvel para a conduta humana conforme.

Dessa maneira, um negócio jurídico, aperfeiçoado entre credor e devedor, poderá ser exigido pelo primeiro com esteio no débito (*schuld*) e na responsabilidade (*haftung*). A tarefa do direito, nesse exemplo, não será persuadir que arque com a dívida pelo mero fato de ser um dever⁶². O direito se ocupa do cumprimento forçado, sendo empregado, para tanto, meios positivos e negativos de sanção, desde que se estendam para todos e subsistam com a liberdade geral.

Da distinção entre lei jurídica e lei moral, é possível extrair os conceitos de legalidade e moralidade. A primeira está atrelada à mera conformidade

60 KANT, 2013, p. 51.

61 2017.

62 KANT, 2013.

da conduta com a lei jurídica, sem exigir um determinado móvel para a ação. Dessa maneira, o ato correto seria aquele lícito; o incorreto, ou contra o dever, por sua vez, seria um ilícito que se perfaz pela culpa ou dolo⁶³. A moralidade, por sua vez, exige que o motivo da ação seja o próprio dever, enquanto comportamento humano objetivo erigido à condição de necessidade pela lei moral.

O cumprimento ou descumprimento de leis, morais ou jurídicas, acarreta consequências, desde que seja advindo de ações humanas dotadas de liberdade. Assim, a moralidade ou legalidade não são apenas adjetivos para o comportamento humano, mas critérios práticos que viabilizam a imputação moral ou jurídica.

À imputação, segundo essa ordem de ideias, estão atrelados dois requisitos. O primeiro é a existência de personalidade moral ou jurídica, posto que, na ausência desta, não há de se falar em conferir efeitos oriundos de suas escolhas racionais. O segundo requisito está na liberdade de escolhas do sujeito, pois os efeitos da escolha não são uma negação da liberdade individual, mas expressão dessa mesma liberdade⁶⁴.

Sobre a relação entre imputação, personalidade e liberdade, destaca Kant⁶⁵, *ipsis litteris*:

A imputação (*imputatio*), no sentido moral, é o julgamento pelo qual alguém é considerado como o autor (*causa libera*) de uma ação, que é então chamada de um *feito* (*factum*) e se submete a leis. Se o julgamento também traz consigo consequências jurídicas desse feito, é uma imputação judiciária ou válida (*imputatio iudiciaria s. valida*); [...].

A imputação judiciária diferencia-se da moral em seus efeitos, pois estes ultrapassam o aspecto interior do indivíduo, tendo efeitos na ordem jurídica. Essa, todavia, não é a única diferença das formas de julgamento; o elemento primordial está no sujeito ou entidade dotada de competência para realizar a imputação jurídica. Essa é razão que determina ao juiz ou tribunal a competência dessa espécie de imputação, e não para o clamor popular.

63 KANT, 2017.

64 KANT, 2017.

65 2017, p. 42, destaques no original.

Os efeitos de ações conformes ou desconformes podem variar desde prêmios, passando por consequências jurídicas nulas, até a hipótese das punições. Essas variantes são distribuídas de acordo com o mérito, débito ou demérito da conduta humana⁶⁶. A lógica da responsabilidade kantiana analisa a conformidade da conduta com lei para atrelar um efeito positivo ou negativo ao seu autor.

As condutas meritocráticas, aquelas que cumprem mais do que exige a lei, estão respaldadas por um prêmio, ou seja, uma sanção positiva. As condutas meramente conformes não ocasionam efeito jurídico algum, pois são mero cumprimento de uma determinação legal pública ou privada, sendo esta última representada pelos contratos. Nesses termos, ações conformes cumprem uma determinação legal ou débito privado; logo, sua única consequência jurídica é o adimplemento. As ações, qualificadas pelo demérito, motivam a aplicação de punições pelo cumprimento em condição inferior ao que é determinado na lei ou contrato.

A punição e o prêmio são genuínas consequências jurídicas, como destaca Kant⁶⁷, ao se referir ao efeito jurídico. A aplicação da responsabilidade e meritocracia kantiana, no âmbito jurídico, pode ser confirmada pela possibilidade de vinculação entre efeito positivo e cumprimento da norma nessa seara. Como a lei jurídica exige unicamente a conformidade da ação, os prêmios e punições são conciliáveis, mesmo que representem o móvel dessa ação.

Há de se destacar a possibilidade de prêmios como consequências de ações morais, mas, para tanto, esse efeito não deve ser o móvel da ação, pois, salvo contrário, a conduta não seria moral. Nos termos dos conceitos anteriormente delineados, os prêmios devem ter condição de prazer moral ou intelectual.

A intensidade dos efeitos da imputação, moral ou jurídica, varia pelo critério das barreiras naturais e morais atreladas à prática da conduta humana⁶⁸. Aquelas próprias à natureza da conduta são observadas nos óbices para o seu aperfeiçoamento, bem como nas demais características próprias ao momento da execução do ato. Um exemplo está na prática de uma conduta desconforme no calor do momento e aquela realizada de forma premeditada ou calculada.

66 KANT, 2017.

67 2017.

68 KANT, 2017.

As barreiras de cunho moral, apesar da sua titulação, são de aplicação para a situação jurídica, visto que representam a probabilidade de cumprimento da conduta por questões não adstritas ao seu incentivo jurídico. Um exemplo está no sacrifício pessoal ou patrimonial em prol de um familiar e outro de um desconhecido. O segundo é, tendencialmente, de mérito superior pela reduzida influência de incentivos sentimentais ou morais, quando comparado à hipótese de um familiar próximo.

As compreensões e possíveis consequências dos termos mérito, débito e demérito exigem diálogo com outras interpretações da teoria kantiana, podendo encontrar arrimo ou crítica nessas leituras. Uma dessas interpretações da teoria kantiana foi desenvolvida por Beckenkamp⁶⁹, na qual se compreende que o demérito – adjetivação correlata do ilícito – estaria presente nas violações dos deveres determinados pela lei; o débito, por sua vez, estaria representado na prática de condutas autorizadas ou lícitas segundo o princípio universal do direito.

Nesses termos, a conduta qualificada pelo demérito seria aquela em desconformidade com o dever imposto pela lei, enquanto a conduta qualificada pelo débito seria aquela em mera conformidade com a lei. Ainda segundo tal compreensão da teoria kantiana⁷⁰, as condutas meritocráticas seriam aquelas úteis tanto para o direito quanto para a ética, uma vez que o mérito estaria voltado a realizar a conduta por figurar uma questão de direito, não havendo necessidade de qualquer coerção influir no móbil da ação.

Sob essa vertente de compreensão das leis kantianas da liberdade, o mérito seria moral; logo, não compõe o direito, visto que este componente da moral “não é definido por esse mérito, e sim pela autorização de constituir aqueles dispositivos de coação externa”⁷¹. Essa forma de compreender a teoria kantiana se aproxima das leituras liberais, entendidas como aquelas que afastam a solidariedade da ideia de direito⁷². Em termos distintos, o direito, consoante o que se encontra consubstanciado na teoria kantiana, não deveria ser compreendido como uma comunidade solidária de necessitados, visto que as necessidades, enquanto um dos possíveis conteúdos internos da liberdade, não podem ser objeto do direito.

69 2009.

70 BECKENKAMP, 2009.

71 BECKENKAMP, 2009, p. 74.

72 KERSTING, 1992.

Essa compreensão liberal da teoria kantiana encontra o seu esteio em certa assertiva da Doutrina do Direito, *ipsis litteris*:

Quando pessoas vivem sob uma Constituição civil, as leis estatutárias existentes nesta condição não podem violar o direito natural (isto é, o direito deduzível de princípios a favor da Constituição civil); e, assim, o princípio jurídico “quem quer que aja com base numa máxima que impossibilita que eu tenha um objeto de minha escolha como meu me prejudica” permanece em vigor, pois uma Constituição civil é precisamente a condição jurídica pela qual o que pertence a cada um é apenas assegurado, porém não realmente estabelecido e determinado.⁷³

Em que pese a significância de tal compreensão, pode-se encontrar outras leituras da teoria kantiana do direito, em aspecto próximo ao de um Estado de bem-estar social ou de um socialismo, como já destacado por Dodson⁷⁴. Nessas demais compreensões, o Estado kantiano é dotado de certo poder interventor, uma vez que o Estado teria a aptidão de “[...] forçar os ricos a prover os meios de subsistência daqueles que são incapazes de prover sequer a satisfação de suas necessidades naturais mais indispensáveis”⁷⁵. Nessa lógica de ideias, a atuação do Estado kantiano não se resumiria à tutela da liberdade externa, mas também poderia deter a aptidão de satisfazer certas necessidades naturais, não limitadas à necessidade de manutenção da própria existência desse Estado.

Longe de tencionar adentrar na temática dos limites de intervenção estatal, o intento de referendar essas duas últimas leituras da teoria kantiana está na plausibilidade de se extraírem definições distintas de mérito ou meritocracia. Como se pode extrair de Dodson⁷⁶, a partir da extensão da imposição desses deveres de benevolência, é possível identificar duas outras definições de mérito, não restritas ao âmbito da ética, mas também aplicáveis ao direito.

A primeira definição de mérito, correlata à leitura de um Estado de bem-estar social, compreende que a benevolência enquanto dever impõe-

73 KANT, 2017, p. 68.

74 2003.

75 KANT, 2017, p. 129.

76 2003.

-se somente sobre o Estado; logo, a prática de tais condutas realizadas por particulares respalda o mérito. A segunda definição de mérito, por sua vez, estende tal dever para toda a sociedade, uma vez que se comete a injustiça de atrair riqueza além da necessária⁷⁷. Nessa última acepção de mérito, os atos de benevolência praticados por particulares seriam mero cumprimento de um dever, sendo o mérito qualificado pela instrução de formas de propriedade coletivas e dotadas de autogestão democrática do trabalho, evitando-se a redução do trabalhador à condição de mero custo.

Na experiência jurídica nacional, as cooperativas seriam um exemplo aproximado dessa forma de propriedade coletiva com gestão democrática do trabalho. Nessa ordem de ideias, o direito poderia intervir para incentivo a condutas beneficentes por particulares ou mesmo para promover formas coletivas de propriedade, consoante se extrai da interpretação de Dodson⁷⁸. Pode-se, todavia, encontrar um ponto em comum, entre essas propostas de compreensão da concepção kantiana de mérito, representado na necessidade de intermediação legislativa, enquanto forma de concretização da autonomia pública.

A autonomia pública, enquanto produto da vontade unida do povo, possibilitaria a instrução de tais definições de mérito e suas respectivas recompensas no âmbito jurídico, como se pode extrair dos parágrafos 46 e 52 da parte primeira da *Metafísica dos Costumes*⁷⁹. Algo admissível de se cogitar, inclusive, nas compressões liberais da teoria kantiana, uma vez que o princípio *a priori* da liberdade não constitui uma mera domesticação do Leviatã [Estado], mas instaura uma acepção democrática de liberdade ou liberdade política⁸⁰. Esse aspecto democrático da compreensão kantiana de liberdade é aparentemente referendado também por Salgado⁸¹, ao definir a liberdade como a superação do conflito entre lei e livre arbítrio, uma vez que essa lei foi elaborada pelo seu próprio destinatário ou que este conferiu ou poderia ter conferido legitimidade à sua criação.

Em todo caso, não se trata de derivar o direito da ética, uma vez que este admite outros móveis para a ação humana, além do intento de seguir

77 DODSON, 2003.

78 2003.

79 KANT, 2017.

80 KERSTING, 2012.

81 1988.

o dever. Nesse viés de ideias, a construção teórica delineada nesta pesquisa não se confunde com aquelas compressões que implementam uma leitura moral da doutrina kantiana do direito ou, caso prefira-se, de uma compreensão a partir de um conceito moral de direito, diante das justificações para a negativa dessa compreensão já desenvolvidas em pesquisa realizada por Beckenkamp⁸².

Também não se trata de instruir uma definição de direito desprovida de autonomia nos moldes de um imperativo hipotético, uma vez que as leis jurídicas são uma das espécies de leis da liberdade; logo, também são produto da autonomia em seu aspecto político⁸³. O que se desejou justificar foi a possibilidade de o debate democrático instruir sanções positivas para aquelas condutas reputadas de meritocráticas, em especial, a partir da concepção kantiana de responsabilidade, visto que representam uma conduta não só autorizada, mas também estimulada pela ordem jurídica. Com tal previsão legal, essas condutas poderiam atrair uma recompensa em decorrência do mérito da ação; mas essa proposta de promoção é de superior segurança ao se assemelhar à privação de uma desvantagem, uma vez que o direito não é mero engodo que atrai.

4. A função punitiva e promocional na responsabilidade civil

Uma vez compreendida a noção kantiana de responsabilidade, resta empregar os conceitos de mérito, débito, demérito na imputação jurídica para sistematizar a quantificação dos danos, tendo também por critério as barreiras morais e naturais. Assim, a filosofia kantiana pode ser empregada na recriação de uma realidade dogmática da responsabilidade civil para consolidar a lógica, sistematização e persuasão desse sub-ramo do direito civil, diante de uma realidade qualificada pela inefetividade das obrigações jurídicas primárias.

A utilidade da reinvenção dessa realidade jurídica é corroborada pela limitação temporal adstrita a toda linguagem humana. A clássica dogmática da responsabilidade civil já perdeu sua capacidade de gerir esse ramo; a comprovação disso está na impossibilidade de velar as suas contradições. Nessa ordem de ideias, o atual sistema destinado à reparação é representa-

82 2009.

83 KANT, 2017.

do pela ausência de mínimas segurança e congruência, sendo afeito mais a razões extrajurídicas do que à fundamentação desse sub-ramo.

Assim, a realidade jurídica da responsabilidade civil nacional pode ser representada por uma loteria, uma vez que desafia qualquer previsibilidade de advogados e especialistas, especialmente pelo fato de os tribunais distanciarem-se das bases teóricas dos institutos, tornando o ensino jurídico da responsabilidade civil uma espécie de fábula⁸⁴.

Os riscos inerentes ao descumprimento de deveres em geral, como o dever de não gerar dano a terceiro (*neminem laede*), agravam-se nessa segunda fase da modernidade. Não pela redução da moralidade média da população ou qualquer outro argumento que enalteça o passado e despreze as atuais formas de vida, mas pelo simples desenvolvimento tecnológico. Esse avanço de ordem técnica, desacompanhado da subsequente e adequada responsabilidade moral e jurídica, ampliou os poderes do homem sobre o próprio homem⁸⁵, sendo esta a causa dos riscos nessa segunda fase da modernidade.

É interessante destacar que, em certos momentos, o conhecimento popular e as obras artísticas conseguem demonstrar as necessidades humanas com uma simplicidade e nitidez diferenciada. A representação cinematográfica dos quadrinhos do Homem-Aranha, que estreou nos anos 2000, destaca os riscos inerentes à disparidade entre poder (avanço técnico) e responsabilidade (avanço de cunho moral) na assertiva: “Com grandes poderes vêm grandes responsabilidades”⁸⁶.

Essa disparidade – entre poder do indivíduo e responsabilidade moral – é uma das justificativas da existência do direito, posto que este tem sua primordial atuação em situações conflituosas. Assim, a responsabilidade civil é um sub-ramo do direito – classicamente vinculado à tópica do direito privado – que estrutura e funcionaliza o dever jurídico de reparar. Esse dever deve ser compreendido como sucessivo à violação de uma obrigação legal ou contratual primária⁸⁷; tenciona, portanto, indenizar os danos patrimoniais e compensar aqueles de origem existencial.

No aspecto funcional, a responsabilidade civil cumpre multiplicidade de papéis, dentre os quais se destacam as funções reparatória, punitiva e

84 SCHREIBER, 2015.

85 BOBBIO, 2004.

86 2002.

87 CAVALIERI FILHO, 2015.

precaucional. Para oferecer um mínimo de segurança, torna-se necessário destacar o conteúdo das três funções para a responsabilidade civil:

[...] (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas⁸⁸.

No conteúdo dessa tríplice função da responsabilidade civil, a promoção de condutas conforme a lei também pode ser vislumbrada, visto que a teoria funcionalista concebe o direito não apenas como um conjunto de normas repressivas, mas como um somatório de normas repressivas e promocionais⁸⁹. Dessa forma, a promoção existe como uma função autônoma da responsabilidade civil, que adquire uma eficácia diferenciada ao se conjugar com a função pedagógica.

O diálogo entre essas duas funções da responsabilidade já era conteúdo da noção kantiana de imputação, todavia restou esquecida pela doutrina e jurisprudência. O legislador, todavia, deixou espaço para sua aplicação, especialmente, na quantificação dos danos morais. O dano é um dos elementos da responsabilidade civil, seja esta contratual ou aquiliana, não definido pelo legislador brasileiro. Na experiência privatista brasileira, a regulamentação desse elemento da responsabilidade civil é aberta, nos moldes de uma cláusula geral⁹⁰.

A quantificação dos danos extrapatrimoniais, diferentemente daqueles materiais, comporta a aplicação das funções promocional e pedagógica, por meio da norma extraída do parágrafo único do art. 944 do Código Civil⁹¹. A inteligência do texto permite a ampliação ou redução do montante da compensação, ao demonstrar a sua insignificância ou desproporção em relação ao grau de culpa do ofensor.

Pelo teor do artigo, seria plausível a variação do montante da reparação em hipóteses, devidamente comprovadas, de instituição de sistemas de

88 NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 67.

89 BOBBIO, 2007.

90 NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2018.

91 BRASIL, 2002.

tutela dos deveres fundamentais por agentes particulares, ou em hipóteses de descumprimentos do mínimo exigido em lei.

A primeira dessas situações desafiaria as sanções de caráter positivo, em virtude do mérito da ação. Assim, os deveres fundamentais cumpridos por particulares permitem um prêmio da ordem jurídica, seja este de natureza tributária – normas tributárias indutoras – ou de natureza cível – função promocional da responsabilidade civil. Em posição oposta, o descumprimento do mínimo exigido legalmente atrairia uma punição de caráter diferenciado, como resposta ao demérito da conduta humana.

No âmbito cível, a função promocional atua por intermédio do conceito de sanções positivas privativas, visto que o Estado não detém de meios suficientes para distribuir prêmios de toda natureza. A noção de sanção positiva privativa, todavia, é um interessante estímulo fundamentado na redução ou abstenção de uma desvantagem⁹².

A opção pela sanção positiva privativa evita o risco de se aviltar a dignidade do ofendido, pela sua utilização como meio de garantia da efetividade dos direitos⁹³. Nesses termos, a dupla natureza da sanção, expressa em um ato de reparar ou de retribuir, viabiliza a utilização de sanções positivas no âmbito da responsabilidade civil, sendo estas últimas representadas pela possibilidade de afastar a função punitiva ou pedagógica da quantificação dos danos morais.

O estímulo por intermédio da promoção, apesar de cumprir diferenciado papel, ao estimular o estado de coisas pretendido e reprimir as condutas indesejadas, deve ser utilizado de forma restrita à opção perpetrada pelo legislador. Este deve inclusive ser comedido nas espécies de sanções positivas que elabora, pois uma ordem jurídica é qualificada por sua faculdade de obrigar, não se resumindo a um mero engodo⁹⁴. Essa assertiva encontra guarida nos riscos inerentes a uma intervenção desmedida do Estado, inclusive do judiciário, na economia, dado que um incentivo a determinado agente do mercado sempre será um desincentivo aos demais.

92 BOBBIO, 2007.

93 ROSENVALD, 2017.

94 KANT, 2013.

5. Considerações finais

A categoria dos deveres ou situações jurídicas passivas foram esquecidas, após os abusos perpetrados nos regimes totalitários e na subsequente compreensão de sua inutilidade. A opção pela lógica dos direitos sustentou uma perspectiva negativa do outro, nos moldes de um simples aglomerado de prerrogativas que limitam o exercício do direito próprio. Essa compreensão esquece que o homem é um ser gregário por excelência, desta feita, o outro e os deveres, que ele pode exigir, são também parte da realização da personalidade. Em outros termos, não é apenas por direitos, mas também por deveres, que se tutela a dignidade humana.

A consequência desse cenário da modernidade recai sobre parcela da população, especialmente, sobre os mais vulneráveis. Esses passam a compor zonas de exclusão social, que são formalmente mascaradas por previsões abstratas de direitos. No contexto da inefetividade dos direitos, a responsabilidade civil adquire uma posição central, enquanto sub-ramo adstrito às hipóteses de ilícito extracontratuais e inadimplementos de negócios jurídicos. Neste trabalho buscou-se recriar a lógica da responsabilidade civil para atender a essa necessidade de efetivação dos direitos. A alternativa adotada foi a de sistematizar a lógica das funções da responsabilidade para que o diálogo entre elas fosse um instrumento a mais de garantia dos direitos.

Nessa esteira, o emprego da filosofia kantiana oferece uma base sólida de conceitos amadurecidos por um considerável período. A aplicação de sanções, positivas ou negativas, por intermédio de imputações judiciais, incentiva os atos meritocráticos e desestimula as condutas desconformes. No art. 944, parágrafo único, do Código Civil⁹⁵, encontra-se o fundamento normativo dessa solução de alcance geral. Trata-se de uma possível hipótese de aplicação indireta de deveres fundamentais nas relações entre particulares, instrumentalizada por sanções de caráter positivo. O enfoque, no que tange à espécie de sanção, respalda a memória histórica dessa categoria jurídica para evitar ingerências do Estado sobre a liberdade externa de seus membros.

Essa lógica de estímulo ao cumprimento de deveres fundamentais por particulares, todavia, não se sustenta apenas por sanções de caráter positivo. É indispensável a regulação do outro vértice do mérito; o demérito é também um dos instrumentos da concretização de direitos, sem o qual, a

95 BRASIL, 2002.

função promocional da responsabilidade civil se inviabiliza. Não há sentido em premiar com a privação de punição inexistente ou insignificante. Assim, o Direito não deve se perfazer apenas em normas promocionais, mas em um conjunto de normas promocionais e repressivas.

Por fim, resta destacar que, no presente trabalho, não se teve a intenção de exaurir a matéria, dado que a linguagem humana detém um limite temporal de persuasão. Nesses termos, optou-se por demonstrar apenas certas balizas ao intérprete, sendo preciso uma vontade legislativa para a construção de um sistema de premiação e punição mais abrangente na responsabilidade civil.

Referências

- ASCENSÃO, J. de O. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, Vol. 103, Issue 0, pp. 277-299, 1 Jan. 2008. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v103i0p277-299>.
- BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BECKENKAMP, Joãozinho. O direito como exterioridade da legislação prática em Kant. In: *Ethic@*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 151-171, dez. 2003.
- BECKENKAMP, Joãozinho. Sobre a moralidade do direito em Kant. In: *Ethic@*, Florianópolis, v. 8, n. 1, jun. 2009, p. 63-83. <https://doi.org/10.5007/1677-2954.2009v8n1p63>.
- BOBBIO, N. *Diritto e Stato nel pensiero di E. Kant*. Turim: Giappichelli, 1969.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução de C. N. Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de D. Beccaccia Versiani e revisão técnica de O. Seixas Bechara e R. Nagamine. São Paulo: Manole, 2007.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- DODSON, Kevin E. Kant's Socialism: a philosophical reconstruction. *Social theory and practice*, Florida State University Department of Philosophy, Florida, v. 29, n. 4, p. 525-538, 14 oct. 2003. <https://doi.org/10.5840/soctheorpract200329429>.
- FEITOSA, M. L. P. A. M. Humanização do direito civil constitucional ou por um direito civil social: lineamentos introdutórios. *Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC*, São Paulo, v. 11, ano 4, pp. 239-257, abr.-jun., 2017. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/291>. Acesso: 15 nov. 2018.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- HOMEM-ARANHA. Direção: Sam Raimi. Produção: Laura Ziskin e Ian Bryce. Intérpretes: Tobey Maguire, Williem Defoe, Kirsten Dunst *et. al*. Roteiro: David Koepp. Culver City, Califórnia: Sony Pictures Entertainment Inc.; Marvel Entertainment; Laura Ziskin Productions; Columbia Pictures, 2002.
- KANT, I. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Introdução e notas de Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes: 70 textos filosóficos*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Casagraf, 2007. Disponível em: http://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 25 set. 2016.
- KANT, I. *Doutrina do direito*. Tradução de Edson Bini. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Ícone, 2013. (Coleção Fundamentos do Direito).
- KANT, I. *Metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017.
- KERSTING, Wolfgang. Politics, freedom, and order: Kant's political philosophy. In: GUYEW, Paul (editor). *The Cambridge Companion to Kant*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- KERSTING, Wolfgang. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. 3. ed. ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.
- LAFARGUE, P. *Direito à Preguiça*. [S.l.: s.n.], 1999. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/direitopreguica.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.
- LEITE, F. T. *10 Lições sobre Kant*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

- LIMA, N. de O. *O estado de direito em Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- NABAIS, J. C. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista da AGU*, Vol. 1, Issue 1, 30 Jun. 2005. <https://doi.org/10.25109/2525-328x.v.1.n.01.2002.525>.
- NETTO, F. P. B.; FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- PUFENDORF, S. von. *De jure naturae et gentium: libri octo*. New York: [s. n.], 1934. <https://doi.org/10.1515/9783050074252.309>
- ROSENVALD, N. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- SALGADO, Joaquim Carlos. A necessidade de filosofia do direito. *Rev. Fac. Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 31, n. 30/31, p. 13-19, 1988. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1021>. Acesso em: 18 jun. 2020.
- SANDEL, M. J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Matos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SEDGWICK, S. *Fundamentação da metafísica dos costumes: uma chave de leitura*. Tradução de Diego Kosbiau Trevisan. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. (Coleção Chaves de Leitura).
- SOLARI, G. *Formazione Storica e Filosofica dello Stato Moderno*. Turim: Giappichelli, 1962.
- TERRA, Ricardo R. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

Recebido em 14 de março de 2020.

Aprovado em 01 de junho de 2020.

RESUMO: Neste trabalho, expõe-se a categoria dos deveres em sociedades qualificadas pelo risco de não concretização de direitos. O objetivo foi analisar a validade da reelaboração da lógica da responsabilidade civil com esteio na meritocracia e punição kantiana para a efetividade de direitos. A meritocracia é a prática de uma conduta que vai além do que se pode ser legalmente obrigado a realizar; logo, não representa tão somente uma conduta autorizada, mas também uma conduta estimulada pelo ordenamento, variando em certas interpretações. Dessa forma, a justificativa reside na elaboração de um sistema lógico para o mérito, débito e demérito das condutas humanas, para que os efeitos da responsabilidade civil tenham alcance geral, não se restringindo à reparação ou prevenção individual. No que tange à metodologia, nesta pesquisa de natureza qualitativa e de base bibliográfica, optou-se pelo método dedutivo. Os métodos de procedimento empregados foram o monográfico e histórico. Conclui-se pela validade, na responsabilidade civil, das sanções positivas no estímulo à realização dos deveres fundamentais pelos particulares, mas destaca a sua dependência do demérito. Nesses termos, demonstra-se certas balizas para esse insipiente sistema, sendo necessária vontade legislativa para construções mais abrangentes, as quais podem admitir as concepções de meritocracia desta pesquisa.

Palavras-chave: responsabilidade kantiana, responsabilidade civil, lei jurídica, lei moral, imputação judiciária.

ABSTRACT: In this work, the category of duties in societies qualified for the risk of non-realization of rights is exposed. The objective was to analyze the validity of the reelaboration of the logic of civil liability based on Kantian notion of meritocracy and punishment for the effectiveness of rights. The meritocracy is the practice of a conduct that goes beyond what can be legally required to do; therefore, it not only represents an authorized conduct, but also a conduct stimulated by the order, varying in certain interpretations. Thus, the justification lies in the elaboration of a logical system for the merit, debit and demerit of human conducts, so that the effects of civil liability have general scope, not restricting itself to individual reparation or prevention. Regarding the methodology, in this qualitative research with a bibliographic basis, we opted for the deductive method. The methods of procedure employed were the monographic and historical one. It concludes by the validity, in civil liability, of the positive sanctions in stimulating the achievement of fundamental duties by individuals, but it highlights its dependence on demerit. In these terms, there are certain beacons for this incipient system, being necessary a legislative will for more comprehensive constructions, which may admit the meritocracy conceptions of this research.

Keywords: Kantian responsibility, civil liability, legal law, moral law, judicial imputation.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: VELONI, Raphael Bruno; LIMA, Newton de Oliveira. O fundamento da responsabilidade kantiana: um instrumento contra a inefetividade dos direitos. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2020. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1392>.

Desenvolvimento e inclusão às avessas: uma análise dos fundamentos de decisões do STF sobre políticas públicas de educação à luz de John Rawls e Amartya Sen

Development and inclusion upside-down: an analysis of the ratio decidenda of the Brazilian supreme court's decisions on public policies in light of John Rawls and Amartya Sen

Samuel Mendonça*

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas – SP, Brasil

Josué Mastrodi Neto**

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas – SP, Brasil

Lais Teixeira Barbosa Sak***

Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas – SP, Brasil

1. Introdução

O presente artigo¹ analisa se, dentre os fundamentos usados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas decisões sobre políticas públicas relacionadas ao direito da educação, foram adotadas, direta ou indiretamente, a teoria de justiça de John Rawls e a teoria de desenvolvimento de Amartya Sen.

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado e Doutorado, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Bolsista Produtividade em pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Doutor em Educação pela Unicamp (2009). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2918-0952>.

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Acadêmico, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (2008). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4834-0170>.

*** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2021). Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2545-9478>.

1 O artigo resulta de pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, Bolsa Produtividade de Pesquisa, Processo 311111/2017-3.

Optou-se por se concentrar a reflexão no Poder Judiciário, sobretudo pelo contexto atual de intensificação da judicialização de políticas públicas e do ativismo judicial. Apesar de tais práticas, em tese, não consistirem formalmente em criação, tampouco em implementação de políticas públicas – já que, em razão da teoria da separação de poderes, tal função é atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo –, tais decisões, muitas vezes, inovam a decisão executiva, ou fazem escolhas públicas, tendo, inclusive impactos sobre o planejamento orçamentário.

Considerando que o Poder Judiciário tem sido chamado a decidir sobre políticas públicas², tendo assumido, em algumas situações, uma posição ativista e que, nestes casos, exorbita os poderes judiciários típicos, parte da doutrina considera que tais decisões constituem, na verdade, uma forma atípica de criação e implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em violação à separação de poderes³. Nesse contexto, embora bem intencionadas em promover o direito à educação na esfera do processo específico, é possível que tais decisões ocasionem uma inclusão e desenvolvimento às avessas. Quer dizer, por falta duma revisão crítica de seus fundamentos pautada em paradigmas de justiça como equidade e desenvolvimento com liberdade, com reflexão de sua aplicação à sociedade como um todo, é possível que tais as decisões judiciais tenham, dentre seus efeitos práticos na sociedade, ocasionado uma inclusão pouco inclusiva, acessível pela judicialização o que obstrui o desenvolvimento pela perspectiva humana, e quiçá econômica. Portanto, considerando que na prática o Judiciário pode estar atipicamente tomando decisões sobre políticas públicas, é possível entender que, ao menos indiretamente, o Judiciário tenha a corresponsabilidade de considerar os parâmetros das teorias de John Rawls e Amartya Sen em suas decisões, de modo a promover uma justiça como equidade, e que suas decisões sejam aptas a um desenvolvimento com liberdade. A partir desse

2 Para este trabalho, considerou-se como políticas públicas, o conceito de BUCCHI, 2002, p. 241, para quem estas correspondem aos programas governamentais determinados politicamente que têm objetivos socialmente relevantes. A partir deste conceito, pode-se dizer que as ações governamentais de concretização de direitos fundamentais, dentre os quais o direito à educação, são feitas por meio de políticas públicas.

3 Nesse sentido, Trindade e Moraes: “[...] com a judicialização política[...]”, os tribunais estão protagonizando competências simultâneas com as dos demais Poderes, assim, por meio de suas decisões, intrometem-se no território atribuído ao Executivo e Legislativo, intervindo sobre “[...] as políticas públicas e, conseqüentemente, os orçamentos públicos[...]” (TRINDADE; MORAES, 2011, p. 155).

ponto é que partiu a iniciativa deste trabalho, que visa, por conseguinte, esquadriñar se o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da jurisdição e guardião da Constituição, tem-se valido de noções destas teorias para a tomada de suas decisões.

O desenvolvimento deste artigo, pois, terá como condutora a relação entre os tópicos “Direito”, “desenvolvimento” (e “direito ao desenvolvimento”), “inclusão”, e “teoria da justiça”. Embora esses tópicos estejam no núcleo das notícias cotidianas de qualquer jornal de grande audiência, a reflexão sobre o tema no âmbito acadêmico do Direito não se encontra esgotada.

Durante os meses de maio e outubro de 2019, foi feita uma revisão sistemática da literatura sobre o tema para levantar as produções científicas (artigos, teses e dissertações) publicadas em revistas de alta reputação (indexadas pela CAPES com Qualis B1 ou superior no estrato Direito) com indexação internacional, por meio dos seguintes portais: SciELO, Portal da CAPES (Portal da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), e BTB (Biblioteca Digital de Teses e Dissertações)⁴. Este levantamento culminou na conclusão de que há baixo índice de produções científicas que relacionem a judicialização ou a função judiciária com a teoria de justiça como equidade de John Rawls e/ou a teoria de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen.

Optou-se por pesquisar pelo descritor “judicialização” em vez de “ativismo judicial” porque aquela compreende o direcionamento de diversos tipos de problemas sociais para o Poder Judiciário, abrangendo o ativismo judicial. O ativismo judicial tem um conceito específico, qual seja, a mano-

4 Este levantamento foi realizado em 4 fases, empregando-se, em todas, filtros para concentrar a análise em produções na área do Direito (tais como “law”, “Direito”, e “jurídico”), sendo usados os seguintes descritores, em cada fase: (i) “judicialização” e “políticas públicas”, “desenvolvimento”, e “justiça”, em que se pretendeu usar os termos relacionados às teorias dos autores pesquisados; (ii) “judicialização”, “políticas públicas”, “Amartya Sen” e “John Rawls”, em que não foram encontrados quaisquer resultados com tais descritores em conjunto, donde se decidiu segmentar a pesquisa por cada autor; (iii) “judicialização”, “políticas públicas” e “Amartya Sen”; e (iv) “judicialização”, “políticas públicas” e “Amartya Sen”. Em nenhuma das fases foi encontrado qualquer resultado no portal da Scielo. As fases (iii) e (iv) culminaram em poucos resultados na área do Direito; no Portal de Periódicos da CAPES, por exemplo, foram encontrados 8, 0, 4 e 2 resultados em cada fase respectivamente, e alguns desses resultados tratavam dos mesmos artigos; após a leitura destes, foram selecionados apenas 4, cuja temática aborda em maior ou menor grau acerca do papel do Judiciário ou judicialização, políticas públicas, e/ou fazem referência a Amartya Sen ou John Rawls. É importante mencionar que apenas 2 dos resultados de fato usam a teoria de um dos autores como fio condutor de sua pesquisa e, nos demais, a citação ao autor é meramente superficial.

bra pela qual o Poder Judiciário ultrapassa “os [seus] limites constitucionais (...), com a inversão, por parte dos julgadores, das funções típicas de outros poderes”⁵. Desta forma, o estudo abrange tanto as decisões estritamente conforme as normas jurídicas, quanto as decisões pelas quais o Poder Judiciário estende o conteúdo da norma, inovando-a como se legislador fosse, e as que estende o seu poder para fazer escolhas públicas que caberiam ao Poder Executivo ou ao Legislativo.

Com relação ao conteúdo abordado nos trabalhos encontrados, constatou-se que ou abordam a judicialização de políticas públicas ou as teorias de Amartya Sen e/ou de John Rawls isoladamente. Na maioria dos resultados, as citações a estes autores foram feitas de forma pontual, sem abordar suas teorias como fio condutor do trabalho. Apenas 2 trabalhos relacionaram a teoria de um desses autores ao papel do Poder Judiciário, ambos em caráter genérico, sem análise sobre a temática da judicialização de políticas públicas. Foi encontrado 1 resultado apenas que mencionou pontualmente um dos autores enquanto analisava sobre judicialização de políticas públicas⁶. Esse resultado teve como objeto debater sobre a inserção da judicialização no ciclo de políticas públicas, tema que, em razão de sua complexidade, será abordado de forma transversal neste artigo. Por último, nas abordagens sobre judicialização de políticas públicas, o tema mais recorrente foi o direito à saúde⁷.

A análise da judicialização de políticas públicas à luz da teoria de justiça de John Rawls e da teoria de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen tem relevância não apenas acadêmica, como também pragmática. A judicialização de políticas públicas pode trazer três problemas principais que igualmente representam uma inclusão e desenvolvimento às avessas, mas que podem ser evitados ou mitigados caso o Poder Judiciário passe a aplicar as teorias acima.

O primeiro problema da judicialização de políticas públicas é de o julgador decidir conforme a forma mais literal da lei, desvinculando-se da complexidade dos fatos que lhe foram confiados. Apesar de o processo legislativo ter o objetivo precípua de solucionar problemas sociais, este

5 AMORIM, 2015, p. 16.

6 BARREIRO, 2015.

7 Por exemplo, no Portal de Periódicos da CAPES, dos 55 resultados, 9 tratam de direito à saúde, enquanto 2 sobre o direito à saúde. No entanto, o que se observou é que o maior número de resultados se concentra em políticas públicas de direitos sociais em abstrato (11 resultados), sem estudos com base em decisões sobre um mesmo direito.

processo não é apto a acompanhar a evolução fática e social desses problemas, ou seja, quando se elabora uma norma, faz-se uma fotografia estática do problema, portanto, é possível que uma decisão literal não considere tal evolução, tampouco as nuances do caso específico. Por exemplo, na seara da saúde, periodicamente tem-se novos medicamentos mais eficazes, sendo alguns de alto custo; caso não sejam criadas políticas públicas para permitir a disponibilização destes medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS), é possível que uma pessoa individualmente recorra ao Judiciário para coagir o Poder Executivo a conceder-lhe tal medicamento. Neste exemplo, caberá ao juiz escolher pela decisão literal, pela qual negaria o acesso ao medicamento, posto que não previsto no rol das normas aplicáveis, sem analisar a complexidade do caso concreto, ou escolher pelo ativismo, por meio do qual concederia o medicamento, ainda que não haja previsão normativa para tanto.

O segundo problema destas decisões é que o próprio julgador pode vir a cometer uma injustiça por falta de análise dos efeitos concretos irradiantes que sua decisão terá. No exemplo acima, a concessão de um medicamento de alto custo a um indivíduo que esteja em uma situação de saúde vulnerável e de extrema dependência daquele medicamento parece, à primeira vista, a melhor decisão por de fato concretizar o direito à saúde daquela pessoa, que lhe fora obstruído pelo Poder Executivo. Todavia, de forma paradoxal, esta mesma decisão tem o condão de obstar ao Poder Executivo a concretização de outros direitos. É possível, pois, que dentre os efeitos irradiantes do ativismo judicial, no exemplo acima sobre medicamento de alto custo, haja a redução de verba para que o Poder Executivo possa promover políticas públicas a diversos tratamentos médicos menos custosos a um número maior de pessoas. Ou, em um segundo exemplo, ao determinar que o Município contrate novas pessoas qualificadas para proporcionar educação especial para crianças com deficiência, este custo pode significar a impossibilidade da criação de muitas outras vagas para muitos outros alunos. Não há mágica no dinheiro público, visto que o dispêndio de uma despesa por ocasião de uma decisão judicial certamente implicará na redução orçamentária para outros propósitos.

O terceiro problema da judicialização de políticas públicas deriva do segundo. O julgador, analisando os fatos concretos, está sujeito ao risco de decidir conforme um critério individual de justiça, isto é, de decidir com base naquilo que ele considera ser justo para aquele caso concreto – em vez de julgar conforme critérios institucionais de justiça.

No contexto do ativismo judicial sobre políticas públicas, o pesquisador e atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso⁸, expõe que o ativismo judicial pode traduzir-se como um comportamento legítimo quando visa “proteger grupos historicamente vulneráveis (...), a atuação expansiva do Judiciário para assegurar seus direitos fundamentais contra discriminações é percebida como algo positivo pela maioria dos juristas e pela sociedade”; e como um comportamento ilegítimo se o tribunal “em lugar de aplicar o direito vigente, ignora-o ou contorna-o de maneira artificial, com o propósito de promover os seus próprios valores, crenças ou preferências políticas”, que abrange o terceiro problema acima.

Apesar disso, esclarece-se que o presente trabalho não nega que a judicialização das políticas públicas tenha grande valia social, posto que, indubitavelmente, serve para concretizar a muitas pessoas o acesso a direitos que não lhe foram substancialmente conferidos, porém, o tema deve ser cautelosamente avaliado para impedir que produza seus efeitos às avessas.

Considerando o acima, pretende-se, neste estudo, trazer elementos para a reflexão dos impactos irradiantes que tais decisões podem ter na sociedade como um todo, sobretudo no que diz respeito à justiça com equidade e ao desenvolvimento como liberdade. Este tema, no entanto, transversa a análise de outros dois pontos: o primeiro ponto seria o da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ativismo judicial à luz do princípio de separação dos poderes; e o segundo ponto, da análise dos efeitos irradiantes da decisão judicial ativista sobre o ciclo da política pública: a partir da teoria de justiça como equidade e a da teoria do desenvolvimento como liberdade de, respectivamente, Rawls e Sen, pode-se entender que, quaisquer que sejam as escolhas públicas tomadas, estas devem ser decididas criteriosamente. Não obstante tal conexão, este trabalho não abordará as questões concernentes à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ativismo judicial, tampouco seus impactos sobre o ciclo de políticas públicas que, devido à sua complexidade, será objeto de um segundo estudo.

A pergunta central que o presente artigo pretende responder é a seguinte: as decisões do STF sobre políticas públicas de educação fundamentam-se em teorias robustas de justiça e desenvolvimento, ou revelam uma justiça e desenvolvimento às avessas pautadas em uma percepção individual? A hipótese adotada é de que a resposta para esta pergunta é negativa, isto é,

8 BARROSO, 2018, p. 2183.

as decisões em judicialização das políticas públicas, apesar de calcadas em critérios normativos, contêm alicerce em noções individuais de justiça, sem referenciar teorias de justiça aplicáveis a instituições, sem analisar critérios para a implementação de políticas públicas e sem considerar os impactos irradiantes dessas mesmas decisões (isto é, as consequências dessas decisões para além das pessoas envolvidas no processo judicial).

Apesar de ser possível analisar a jurisprudência sobre os mais diversos direitos sociais, preferiu-se concentrar a pesquisa em casos diferentes sobre um mesmo direito, o direito à educação, posto que, se fossem analisadas decisões sobre direitos sociais diversos, não seria possível a reflexão dos efeitos que a judicialização de políticas públicas pode trazer sobre a concretização de um mesmo tipo de direito. Considerando, portanto, a questão da inclusão no âmbito educacional, concentrou-se a pesquisa sobre cotas para ingresso nas universidades públicas, educação especial para pessoas com deficiências (PcDs), e educação de reeducandos, para efeitos desta exposição. Poderiam ser abordadas outras decisões, tais como sobre acesso a creche e a transporte escolar, porém, a análise jurisprudencial deste trabalho tem caráter qualitativo, isto é, pretende-se analisar os fundamentos de algumas decisões, não sendo necessário esgotar todas as decisões do STF sobre políticas públicas de educação.

Para tanto, o presente artigo será dividido em 2 partes, além da introdução e da conclusão, conforme a seguir: a primeira abordará uma revisão da teoria de justiça com equidade de John Rawls, bem como da teoria de desenvolvimento de Amartya Sen; e a segunda terá como enfoque as políticas públicas e decisões judiciais, em que são abordadas breves considerações sobre o que as políticas públicas são e como deveriam ser criadas, e finalmente analisadas as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal sobre políticas públicas na área de educação à luz das teorias acima e, por fim, trazidas decisões do STF sobre outros assuntos em que há menção expressa às teorias acima.

Durante o curso da pesquisa, em muitas decisões, os Ministros do STF mencionaram que estariam impedidos de analisar provas e mérito das decisões recorridas⁹, o que foi um obstáculo para verificar quais os critérios de justiça e de desenvolvimento como liberdade foram usados para suas

9 Nos casos em que os Ministros do STF não analisaram o mérito das decisões recorridas, fora interposto recurso extraordinário que, de acordo com a Súmula 279 do STF, não admite reexame de provas, donde os Ministros se abstiveram de analisar o mérito.

decisões. Não obstante, em razão de não analisar a situação fático-probatória, somente a jurídico-constitucional, o STF estaria concordando tacitamente pela correção do julgamento *a quo*. A partir desta consideração, decidiu-se também analisar as decisões tomadas pelo tribunal *a quo* sobre o assunto levado ao STF. Como resultados, confirmaram-se as hipóteses de que não são consideradas direta ou indiretamente a teoria de justiça por equidade de Rawls, tampouco aspectos de desenvolvimento como liberdade de Sen. Ademais, a análise de tais decisões indica que estas têm promovido uma inclusão e desenvolvimento às avessas, restrita àqueles que judicializaram o direito. Neste sentido, por exemplo, dentre os resultados da pesquisa, não foram encontradas decisões judiciais que versassem sobre educação dos reeducandos, tampouco que considerassem os impactos que poderiam ocasionar sobre este aspecto. As condições de insalubridade e superlotação de penitenciárias ainda é o maior desafio a ser superado, já que coloca os reeducandos em uma situação degradante de vida, isto é, em uma condição sub-humana. Apesar disso, a educação dessas pessoas é um instrumento indispensável à sua liberdade substantiva, e especialmente importante à reintegração dos reeducandos, sendo tal reintegração um dos objetivos da execução penal conforme os artigos 1º e 25º da Lei de Execuções Penais.

2. Políticas públicas de inclusão à educação servem ao desenvolvimento?

Para a reflexão sobre como as políticas públicas de educação podem contribuir para o desenvolvimento, e a relação deste tema com judicialização de políticas públicas, é necessário abordar preliminarmente outros temas, quais sejam, a conceituação e os contornos da: (i) teoria de desenvolvimento como liberdade (e direito ao desenvolvimento) de Amartya Sen; (ii) teoria de justiça como equidade de John Rawls, e seus impactos sobre medidas de distribuição (tais como ações afirmativas). Esses tópicos serão aprofundados nesse subitem e, subsequentemente, serão trazidos casos concretos para analisar a fundamentação que os juízes têm empregado para implementar políticas públicas de inclusão.

O desenvolvimento tem sido tema nuclear, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, tendo o conteúdo semântico deste tema sofrido uma considerável mudança em razão de fatores históricos. Se no contexto da primeira e segunda revoluções industriais falava-se em desenvolvimen-

to tecnológico e econômico¹⁰, posteriormente, sobretudo no contexto dos anos após a segunda mundial, agregou-se questões sociais à discussão sobre desenvolvimento. Nos anos imediatamente após a segunda guerra mundial, as discussões internacionais concentraram-se nos direitos humanos basilares, considerados de primeira dimensão – tal como o direito à vida –, que foram objeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e trataram o desenvolvimento econômico, como assunto apartado e distinto dos direitos humanos. Após o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966, o debate internacional sobre desenvolvimento se intensificou. Os países encontravam-se segmentados em desenvolvidos e subdesenvolvidos, tendo no plano internacional uma série de discussões sobre o que se consistiria o direito ao desenvolvimento¹¹, sendo inclusive debatido se o direito ao desenvolvimento consistiria em empregar os meios que os países desenvolvidos usaram para alcançá-lo (tais como pouca preocupação com poluição ambiental, violação a direitos trabalhistas, concorrência desleal). Com a Declaração do Direito ao Desenvolvimento em 1986, começou-se a falar não mais em desenvolvimento *per se*, mas em direito ao desenvolvimento¹².

Para essa construção, foi de extrema valia a contribuição de Arjun Sen-gupta, que atuou como especialista independente à Comissão de Direito ao Desenvolvimento e Direitos Humanos das Nações Unidas entre as décadas de 1980 e 2000. Sengupta viajou por diversos países subdesenvolvidos (inclusive ao Brasil, Chile e Argentina) para levantar dados e trazer soluções para

10 Com a primeira revolução industrial (século XVIII), a Inglaterra viu-se apta a substituir o trabalho artesanal pela manufatura – o que lhe gerou o progresso econômico suficiente para torná-la a potência mundial. Seguida dessa primeira fase, a segunda revolução industrial (séculos XVIII e XIX) foi mais ampla territorialmente, englobando outros países europeus (de forma mais acentuada, Alemanha e França) e, na América, os Estados Unidos, e correspondeu a uma série de inovações tecnológicas, sobretudo novas fontes de energia (petróleo, energia elétrica e, mais tardiamente, energia atômica) – o que também culminou para o progresso econômico desses países. Essa luta pela inovação tecnológica e hegemonia culminou nas primeira e segunda guerras mundiais. Foi a partir desses eventos, e dos efeitos avassaladores que tiveram sobre as populações em geral, que se iniciou uma preocupação institucional com a dignidade da pessoa humana, sendo inclusive o termo reconhecido e aclamado pelos países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) logo após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). A Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948, apesar de ser uma mera declaração dos Estados-membros da ONU, isso é, apesar de não ter caráter vinculante, elevou os direitos humanos como paradigma das sociedades modernas. SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005.

11 SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005, p. 62.

12 SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005, p. 63-74.

o desenvolvimento¹³. Em seus relatórios de 1990, 2000 e 2001, considerou o direito ao desenvolvimento como um direito humano¹⁴, cuja finalidade estaria atrelada à concretização dos direitos humanos internamente. Isso é, o direito ao desenvolvimento estaria configurado não pelo crescimento econômico *per se*, todavia, sua natureza, como proposto por Sengupta, transversa os princípios de justiça e equidade aos menos favorecidos, e ao bem-estar social¹⁵.

Essa concepção de direito ao desenvolvimento representa uma ruptura paradigmática, por introduzir uma teoria de justiça baseada em equidade. Primeiro, rompe com a noção de desenvolvimento exclusivamente como crescimento econômico. Segundo, rompe com a ideia de que os recursos deveriam ser divididos igualmente, ou na medida da meritocracia¹⁶. Terceiro, porque traz ao núcleo do desenvolvimento os princípios de equidade e justiça, isso é, propõe que os Estados analisem a complexidade dos problemas e desigualdades sociais para a criação de suas políticas internas de desenvolvimento econômico-social. Nesse sentido, de acordo com Sengupta, um país estará em processo de desenvolvimento desde que proporcione aos menos favorecidos melhor qualidade de vida e lhes aumente a capacidade de melhorar sua posição. Quer dizer, deve facilitar e capacitar a realização de todas as liberdades e direitos fundamentais, expandindo as capacidades e habilidades dos indivíduos para usufruírem de seus direitos – e almejar uma igualdade de oportunidades¹⁷.

Com este mesmo posicionamento de que o desenvolvimento seria um processo, Amartya Sen¹⁸ também trouxe a perspectiva de que o desenvol-

13 Uma de suas propostas foi a de criação de um pacto de desenvolvimento, pelo qual os países desenvolvidos deveriam contribuir financeiramente com o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos. SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005.

14 SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005, p. 64.

15 SENGUPTA; NEGI; BASU, 2005, p. 848.

16 O debate entre meritocracia e justiça distributiva será levantado novamente no tópico terceiro, quando da análise de cotas para ingresso em universidades públicas.

17 NWAUCHE; NWOBIKE, 2005, p. 11.

18 Amartya Sen (1933 - presente data) é um economista indiano de influência internacional. Tendo cursado a graduação e mestrado em Economia na Índia, realizou seu doutorado no Trinity College, em Cambridge, Inglaterra. Foi professor em universidades de reputação mundial como Oxford, Harvard, Berkeley, Stanford, Cornell e MIT, dentre outras. Sua obra é amplamente marcada por tentativas de soluções à pobreza que, embora não a tenha vivenciado, conviveu com ela em seu país natal. Amartya Sen ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1998, devido ao seu trabalho sobre economia e bem-estar.

vimento não deveria ser medido exclusivamente pelo crescimento econômico, mas também pelo desenvolvimento humanístico. Sen concebe uma teoria sobre o desenvolvimento com o pressuposto de que este está atrelado à democracia, porquanto teria a liberdade como principal fundamento e, concomitantemente, como fim primordial.

Como fundamento, o desenvolvimento deve garantir os direitos afetos à liberdade, tais como liberdades civis e políticas em iguais condições a todas as pessoas (independentemente de gênero, raça, cor, religião e outros fatores). Apesar de existirem teorias no sentido de que Estados totalitários, onde esses tipos de direitos estão ausentes, poderiam ter um crescimento econômico mais rápido ou acentuado, de acordo com Sen, não há comprovação por evidências da eficácia dessas teorias; pelo contrário, de acordo com o seu entendimento, haveria mais evidências de que o crescimento econômico estaria atrelado a um ambiente econômico amigável no qual haja segurança das relações, e não a ambientes políticos hostis¹⁹.

A liberdade teria dois papéis relevantes: um papel constitutivo, como fim primordial do desenvolvimento, e um papel instrumental, como principal meio do desenvolvimento. Nesse contexto, em ambos os papéis, a liberdade não seria entendida exclusivamente como o direito à liberdade (e suas diversas espécies); diferentemente, Sen traz uma nova dimensão ao assunto ao propor que o desenvolvimento de um país pode levar a população menos favorecida à liberdade, no sentido que teria uma melhor qualidade de vida, e meios de exercer seus direitos fundamentais. Assim, o desenvolvimento seria entendido como um “processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”²⁰.

No que tange ao papel constitutivo desta liberdade, o desenvolvimento deve expandir a liberdade substantiva, por exemplo, erradicar a pobreza, e ampliar o acesso à educação para fins de usufruto de liberdades civis e políticas²¹. Essa expansão das liberdades substantivas, por sua vez, resulta na participação das pessoas na política e, conseqüentemente, no próprio processo de desenvolvimento²². A liberdade constitutiva não depende exclusivamente do poder econômico: mesmo uma pessoa muito rica, que seja

19 SEN, 2010, p. 16.

20 SEN, 2010, p. 52.

21 SEN, 2010, p. 16, p. 53.

22 SEN, 2010, p. 16, p. 53.

privada de se expressar por motivos de limitação ao direito de liberdade de expressão, ou que, por falta de educação formal, não consiga expressar-se de forma a reivindicar adequadamente seus direitos, está restrita de sua plena liberdade.

No que tange ao papel instrumental da liberdade, conforme Sen, as liberdades civis e políticas e outras liberdades substantivas são também meios para se contribuir com o progresso econômico. A liberdade como instrumento ao desenvolvimento é compreendida a partir da análise de como os direitos, oportunidades e o conjunto entre dotações (heranças materiais e imateriais recebidas gratuitamente) e perspectivas de desenvolvimento pessoal a que tem acesso – o que ele, a exemplo de Rawls, denomina “*entitlements*”²³. Nessa perspectiva, Sen entende que há cinco tipos de liberdades instrumentais, quais sejam, as liberdades civis e políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias e transparências e segurança protetora.

As liberdades políticas compreenderiam os direitos civis e políticos, ou seja, referem-se à oportunidade de se decidir soberanamente sobre a estrutura social, definir regras de convivência, escolher seus governantes, bem como fiscalizar e criticar seus mandatários. As facilidades econômicas estariam ligadas às oportunidades desfrutadas pelos indivíduos para uso dos recursos econômicos com o fim de consumo, produção e comércio²⁴; no que tange à facilidade econômica dos indivíduos, seria intuitivo entender que o desenvolvimento econômico expandiria as liberdades políticas; porém, como aponta Sen, essa relação não é direta nem linear, o crescimento econômico pode concentrar-se nas mãos de poucas pessoas, sem necessariamente ser distribuído ao restante da população. Ou seja, crescimento econômico não necessariamente leva a uma melhor capacidade de compra da população em geral, tampouco expande as demais liberdades aqui referidas.

As oportunidades sociais, por sua vez, correspondem às circunstâncias criadas para a sociedade em geral ter acesso ao desenvolvimento, que são importantes não apenas para a vida particular dos indivíduos, mas também para a sua participação civil e política. É no contexto de liberdades instru-

23 Na redação original em inglês, o autor usa o termo “*entitlements*”, que não possui uma tradução precisa para o português. Como tentativa de aproximar o leitor ao contexto original, o termo fora empregado para englobar tudo aquilo que uma pessoa recebeu de bens materiais e oportunidades imateriais de seus pais (dotações ou herança em sentido amplo), bem como todas as novas oportunidades a que tem acesso em razão disso. SEN, 2000, p. 54. Em certo sentido, podemos traduzir o termo ora como direitos subjetivos, ora como direitos adquiridos.

24 SEN, 2010, p. 55.

mentais de oportunidade social que o direito à educação se insere. Sen traz o exemplo do analfabetismo, cuja superação é determinante para a participação política e para um trabalho digno. Mais adiante, serão abordados aspectos concretos sobre o assunto.

As garantias de transparência diriam respeito à confiança que os indivíduos têm uns com os outros e com as instituições. Por isso, são indispensáveis para o combate à corrupção, à irresponsabilidade financeira e outras irregularidades. Finalmente, a última liberdade seria a de segurança protetora, pela qual caberia aos Estados proporcionarem uma rede de segurança social, com o objetivo de impedir que a população afetada por situações de vulnerabilidade seja reduzida à miséria – o que englobaria, por exemplo, medidas assistenciais, como assistência continuada a pessoas com deficiência que não tenham meios de subsistência próprios ou familiares.

O texto de Sen é elaborado a partir da compreensão do direito ao desenvolvimento em âmbito internacional, portanto, trata diretamente de macroescolhas dos países em caráter abrangente; todavia, sua reflexão também pode ser aplicável às decisões públicas internas e, por óbvio, na construção de políticas públicas. Como mencionado acima, Sen propõe que o desenvolvimento deve ser apto a proporcionar a liberdade substantiva da população, e que sua concretização deve fundamentar-se na justiça – e nesse ponto evidencia a complexidade e a limitação da decisão do administrador público quando da definição da agenda da política pública, isto é, do que é prioritário e será objeto de política pública. Como exposto por Sen, o administrador pode seguir dois caminhos decisórios principais, quais sejam, o do utilitarismo ou do libertarismo.

Pelo caminho do utilitarismo, toma-se a decisão pública com base em critérios de utilidade, critérios estes que podem variar de acordo com a linha utilitarista adotada, podendo ser, por exemplo, a ideia de felicidade – como proposta quantitativamente por Jeremy Bentham²⁵ ou qualitativamente por John S. Mill²⁶. Sen apresenta três características principais dessa perspectiva,

25 Bentham define como princípio do utilitarismo: “[...] o princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer referida felicidade”. BENTHAM, 1984, p. 4.

26 Para Mill, o utilitarismo teria base na felicidade conforme a seguir: “[...] a felicidade que constitui o padrão utilitarista daquilo que está certo na conduta não é a felicidade do próprio agente, mas a de todos os envolvidos. Quanto à escolha entre a sua própria felicidade e a felicidade dos outros, o utilitarismo exige que ele seja tão estritamente imparcial como um espectador benevolente e desinteressado” MILL, 2005, p. 58. É preciso registrar os estudos sobre John Stuart Mill de Mauro Cardoso Simões, com destaque para: SIMÕES, 2008.

assim como problemas delas decorrentes. A primeira característica seria que as escolhas devem ser avaliadas conforme os fins a que se destinavam (consequencialismo), excluindo o argumento de que os princípios adotados para uma escolha pública poderiam ser avaliados independentemente de seus resultados. A segunda corresponde ao *welfarismo*, pelo qual se restringe a avaliação das decisões com base em suas utilidades nos respectivos Estados²⁷, sem se atentar para a fruição ou violação de direitos e deveres. E a terceira é o que Sen chama de “ranking pela soma”²⁸, pelo qual os medidores de índices sociais consideram a soma de todos os resultados, sem se atentar para a distribuição desse resultado.

O utilitarismo foi basilar para a criação de políticas públicas de bem-estar social, que teriam como finalidade a felicidade, o bem-estar da população em geral. Apesar de serem aptas a proporcionar melhores condições de vida, as políticas públicas baseadas nessa linha utilitarista têm três problemas apontados por Sen²⁹.

Primeiro, não se considera o caráter distributivo das políticas públicas, ou seja, o importante é ter indicadores de redução de analfabetismo e de atingimento de pleno emprego ou de elevação de outro direito social, não se dando importância a saber se esse crescimento econômico foi distribuído (muitas vezes, sequer há previsão sobre como realizar tal distribuição). Isso quer dizer, por exemplo, que se deve considerar como correta a política pública federal que tenha como objetivo melhorar a qualidade de vida dos brasileiros em geral, apesar de eles terem resultados substanciais melhores para os paulistas do que para os amazonenses.

Segundo, não considera relevante se, para esse crescimento acontecer, cause a violação de outros direitos e deveres. Isso quer dizer, por exemplo, que as políticas públicas seriam justificáveis se resultarem em crescimento econômico mesmo se diminuíssem ou extinguissem certos direitos trabalhistas, por exemplo, aumentando a jornada de trabalho de 8 horas para 12 horas.

Terceiro, possui um caráter muito abstrato, que não é apto a considerar as diferenças pessoais, o que é de sobremaneira acentuado no utilitarismo *benthamista*, que aplica a felicidade como métrica principal. Ora o que traz

27 E, nesse caso, pode-se fazer uma analogia já que, com relação às políticas públicas, estas são avaliadas com base nos resultados que proporcionaram no respectivo âmbito de abrangência, sem compará-la com outras políticas adotadas por outros entes para resolver o mesmo problema.

28 SEN, 2000, p. 78.

29 SEN, 2000, p. 81.

felicidade a uma pessoa pode não ter o mesmo resultado para outra. Por exemplo, se as políticas públicas de educação se concentrarem nas áreas tecnológicas, por razões estratégicas de produção industrial, isso representará felicidade para aqueles que se identificam com profissões relacionadas, mas certamente não aos que se identificam com as ciências sociais.

Com essa crítica ao utilitarismo em mente, Sen filia-se ao segundo caminho das decisões públicas, qual seja, o do libertarismo. Neste contexto, como mencionado anteriormente, sua teoria propõe que a liberdade seja o meio e o fim do próprio desenvolvimento baseado em uma teoria da justiça.

Nesse mesmo caminho está o entendimento de John Rawls³⁰ (no qual Sen se baseia). Para conceber uma teoria da justiça baseada em equidade, Rawls propõe a ideia de posição original, pela qual as pessoas deveriam estar originalmente sob um véu de ignorância (isto é, sem ter conhecimento das particularidades de cada um) e nessa condição escolheriam os princípios para reger as instituições sociais básicas que melhor atendessem aos interesses comuns. Este pressuposto é necessário para que ninguém escolhesse uma instituição conforme seus interesses pessoais. Com esse pressuposto, cria dois princípios de justiça³¹ que não são aplicáveis às relações pessoais, mas às instituições. Estes princípios podem ser usados para as escolhas públicas relacionadas a políticas públicas em geral.

O primeiro princípio, da liberdade, refere-se ao direito de todos à mesma e igual liberdade, tendo por pressuposto a igualdade formal e a isonomia. O sentido de liberdade usado por Rawls refere-se ao direito a liberdades básicas, tais como direito de propriedade, liberdade de expressão, liberdade de consciência e liberdade política³². Como a liberdade é um pressuposto de sua teoria de justiça, o tema de violação desse direito não é amplamente abordado por Rawls, o que lhe causa uma série de críticas³³.

30 Este artigo usou para fins de referência o livro “Uma teoria da Justiça” conforme sua tradução para o português mais popular pela editora Martins Fontes RAWLS, 2010, para facilitar o acesso do leitor a este livro. No entanto, foi considerada também a versão original em inglês para fim de melhor entendimento dos sentidos empregados pelo autor RAWLS, 1999.

31 RAWLS, 2010, p. 333.

32 RAWLS, 2010, p. 64.

33 Dentre os críticos de Rawls, destaca-se Robert Nozick, 1974, cujo posicionamento é de que a teoria de justiça com equidade teria como resultado um Estado muito interventor na vida das pessoas, e propõe um Estado que regule o mínimo possível. Destacamos o trabalho de Ubiratan Trindade, 2015, que reúne os detalhes das principais críticas à Rawls.

O segundo princípio, da igualdade, refere-se diretamente aos direitos sociais, posto que pressupõe desigualdade social e econômicas. Conforme Rawls, as desigualdades podem ser consideradas lícitas, desde que sejam concomitantemente consideradas vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade e adstritas à igualdade de condições a oportunidades. Com base nesse segundo princípio, políticas públicas serão justas quando forem aptas a satisfazer os princípios de justiça escolhidos por pessoas morais, livres e iguais³⁴. No entanto, Rawls afirma sua teoria dentro de uma matriz de pensamento liberal, no sentido de impor a prioridade do primeiro princípio em relação ao segundo, de modo que, em absolutamente nenhuma situação, o princípio da diferença possa ser aplicado de modo a violar ou impedir o exercício dos direitos que decorrem do princípio da igualdade.

No que tange ao tema de políticas públicas de inclusão em geral, o primeiro princípio da justiça de Rawls fundamenta a igualdade formal entre as pessoas a quem se destina primordialmente uma certa política, e as que por ela são excluídas. No exemplo de contratação de professores e auxiliares para fins de educação especial a um aluno com deficiência, cujo custo para o Estado é maior do que o de outros alunos, Rawls consideraria a situação deste aluno com deficiência em igualdade formal em relação aos demais. O segundo princípio, por sua vez, imporá a eliminação ou mitigação da desigualdade, exigindo a criação da política pública para desenvolvimento do aluno que, sem tal política, não teria igualdade de oportunidade em relação aos demais. Isso porque, tendo novamente como exemplo a educação especial, a formulação da agenda dentro do ciclo da política pública deveria considerar que aquela política pública seja apta a, concomitantemente, trazer a maior vantagem para todos dentro dos limites de razoabilidade e de forma a trazer igualdade de oportunidades – e isso deveria ser auferido com relação ao aluno com deficiência, para os alunos não deficientes que já estão matriculados na escola, bem como para todos os que porventura não puderem ter acesso à educação em razão dos custos operacionais.

A teoria de justiça de Rawls, é importante observar, é alvo de críticas, sobretudo em razão da grande abstração da posição original, que não é muito apta a resolver as concretas disputas de interesses³⁵. No entanto, apesar de

34 RAWLS, 2010, p. 64.

35 Com esse mesmo referencial teórico CHAVES, 2018, o referido autor realizou uma pesquisa sobre “O recrutamento dos magistrados e a inclusão de pessoas com deficiência: uma reflexão à luz da teoria da justiça”.

imperfeita, traz subsídios para um desenvolvimento baseado em equidade, daí ser usada para a criação e avaliação de políticas públicas de inclusão, como também podem servir de subsídio para compreensão das chamadas “escolhas trágicas” da administração pública.

Recapitulando, os principais pontos que serão indispensáveis para os próximos tópicos são: primeiro, que atualmente a ideia de desenvolvimento abrange questões sociais; segundo, que o desenvolvimento leva à liberdade substancial das pessoas, e que as políticas públicas devem ser instrumento tanto ao desenvolvimento quanto à liberdade substantiva conforme Sen; e terceiro, que as políticas públicas, à luz da teoria de Rawls, devem pautar-se na equidade, que pode ser caracterizada mediante a observância de seus dois princípios de justiça, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade. Esses fundamentos teóricos podem ser de grande valia para as escolhas trágicas dos gestores públicos, quais sejam, as escolhas pelas quais, em razão de limitação orçamentária ou de outra ordem, o gestor público se vê na encruzilhada entre fazer valer o direito de um (ou de alguns) e eliminar ou violar o direito de outro(s). De forma semelhante, o Judiciário é também chamado a tomar decisões trágicas em que, embora bem-intencionado em promover o direito individual ou coletivo em comento no processo, no meio da encruzilhada, pode encontrar-se cego aos efeitos avessos de sua decisão

3. Políticas públicas de educação decididas pelo Supremo Tribunal Federal

Apesar de existir um dissenso sobre o conceito e objeto das políticas públicas (o que dificulta a sua forma de planejamento), é recorrente o entendimento de que as políticas públicas são ações governamentais que devam ser criadas pelo Poder Executivo³⁶, para atender objetivos socialmente relevantes e determinados³⁷ – e que não devem ser criadas pelo Poder Judiciário³⁸.

36 Sobre o procedimento de criação de políticas públicas, a teoria mais difundida é a do ciclo de políticas públicas de Secchi apud SOUZA, 2006, que identifica 6 etapas para tanto: 1) identificação do problema; 2) formulação da agenda; 3) formulação das alternativas; 4) tomada de decisão; 5) implementação; e 6) avaliação.

37 Para Buchi: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas Públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato” BUCCI, 2002, p. 241.

38 Nesse sentido, é a teoria de autocontenção judicial, pela qual o Judiciário deve abster-se

Considerando o acima, as ações governamentais para implementação da educação seriam feitas por políticas públicas e caberiam ao Poder Executivo.

A educação é um dos principais instrumentos para um desenvolvimento que promova a liberdade substantiva de seus cidadãos, isto é, que gera às pessoas uma capacidade de “escolher uma vida que se tenha razão para valorizar” em razão de capacitá-la para ter liberdade de escolha daquilo que pretende fazer de sua vida.³⁹ Apesar de Sen dedicar-se mais à análise da fome e da pobreza extrema, também faz referência a educação como instrumento libertador⁴⁰. E, na mesma linha, inclusive, foi o entendimento defendido pelo educador brasileiro, Paulo Freire, para quem a educação seria a principal forma de libertação. Conforme Freire, o analfabetismo seria uma forma de opressão social: “Descobri que o analfabetismo era uma castração dos homens e das mulheres, uma proibição que a sociedade organizada impunha às classes populares”⁴¹. E, por conta desta opressão, defendeu a pedagogia do oprimido, cujo conteúdo nuclear pode ser resumido a seguir⁴²:

[...] pedagogia do oprimido, como pedagogia humanista e libertadora, terá dois momentos distintos. O 1º em que os oprimidos vão desvelando o mundo da opressão e vão comprometendo-se, na práxis, com a sua transformação; o 2º, em que, transformada a realidade opressora, esta pedagogia deixa de ser do oprimido e passa a ser a pedagogia dos homens em processo de permanente libertação.

O direito à educação é garantido na Constituição como um direito social (artigo 6º), de caráter universal e cujo dever precípua é conferido ao Estado e à família com colaboração da sociedade (artigo 205). Nos termos da atual redação do texto constitucional, o Estado (em sentido amplo) tem o dever de oferecer gratuitamente e de garantir o ingresso das crianças à educação básica, conferindo aos alunos material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde.

de interferir nas questões relacionadas a políticas públicas BARROSO, 2018, p. 2183. Este, inclusive, foi o entendimento adotado em algumas das decisões que serão analisadas, pelo qual os ministros mencionaram, correta ou incorretamente, que não estariam adentrando na decisão do Poder Executivo sobre as políticas públicas (conforme será abordado no item subsequente).

39 SEN, 2000, p.19.

40 Uma busca na versão digital da obra de Sen revelou 161 resultados do termo “educação”. Veja, por exemplo, BUCCI, 2002, p.19.

41 FREIRE, 2011.

42 FREIRE, 2011, p. 57.

Todos os preceitos acima devem vislumbrar, em última análise, a libertação dos cidadãos por meio da educação. Isto é, tem o condão de promover um desenvolvimento libertador. Porém, dentre os cidadãos brasileiros, a legislação elegeu certos grupos focais de políticas públicas nessa seara, dentre os quais, os negros e pardos, os portadores de necessidades especiais (hoje denominados “pessoas com deficiência” - PcD) e reeducandos, que foram eleitos para o desenvolvimento deste tema.

Conforme o artigo 208 da Constituição, é dever do Estado garantir atendimento educacional especializado para PcDs, cuja inclusão social pela educação tem fundamentação filosófica na justiça distributiva preconizada sobretudo à luz da teoria de justiça de Rawls, bem como se justifica também em razão de evidências:

De acordo com dados oficiais de 2018, 6,7% da população brasileira era portadora de deficiência⁴³, e há disparidade de concretização da educação a essas pessoas. Segundo dados do IBGE, 18,3% dos deficientes são analfabetos, um índice próximo ao dobro da média de analfabetismo no Brasil; 17,67% das pessoas com deficiência no Brasil têm ensino básico completo, contra 73%, se considerada a população brasileira como um todo; e, por último, apenas 6,6% das pessoas com deficiência têm ensino superior completo, ao passo que 15% da população brasileira de até 45 anos conseguiu completá-lo⁴⁴.

Nesse tópico serão analisados, de forma conjunta, dois acórdãos do STF sobre educação especial, que tratam respectivamente sobre a disponibilização no ensino obrigatório de novos profissionais para atendimento e apoio a: a) aluno com deficiência auditiva, portanto, pedia-se um tradutor de libras⁴⁵ e b) aluno com deficiência intelectual (autismo), portanto, pedia-se um grupo de profissionais de apoio (tutores, fonoaudiólogos, terapeuta ocupacional, dentre outros)⁴⁶.

Nos dois casos, os autores concentraram suas alegações no princípio de separação de poderes (e intangibilidade do mérito administrativo) e na cláu-

43 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou em 2010 que 23,7% da população brasileira seria portadora de deficiência, porém, os critérios internacionais para a classificação de deficiência foram modificados; por isso, em 2018, foi feito um recenseamento, isto é, uma nova análise com base nos dados obtidos para o Censo de 2010. Os números utilizados nesta pesquisa, exceto se de outro modo estiverem expressos, referem-se ao Censo de 2010.

44 BRASIL, IBGE, 2019.

45 BRASIL, STF, 2015.

46 BRASIL, STF, 2015.

sula da reserva do possível. As decisões judiciais de 1º e 2º grau rejeitaram os argumentos do órgão competente, com base nos seguintes fundamentos:

QUADRO 1 – Acórdãos do STF sobre educação especial

| Fundamentação do acórdão | | Ag. Reg. no RE 860979 Distrito Federal (professor especializado em libras) | Ag. Reg. no RE 1.060.961 Distrito Federal (educação especial para autista) |
|--------------------------|---------------------------------------|---|--|
| 1 | Princípio da Separação de Poderes | Improcedente, já que a separação de poderes não inviabiliza por si só a atuação do Poder Judiciário no que tange a políticas públicas constitucionalmente previstas. | Improcedente, já que há entendimento firme no STF no sentido de que o Judiciário pode, sem violar a separação dos poderes, implementar políticas públicas de implementação de direitos fundamentais. |
| 2 | Cláusula da reserva do possível | Improcedente. A cláusula de reserva do possível não exime o poder público de garantir o núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados. | Improcedente, porque não pode atingir os direitos fundamentais; na seara dos direitos fundamentais, não se aplica a discricionariedade administrativa ⁴⁷ . |
| 3 | Políticas públicas de inserção de PcD | Apesar de não ter sido objeto dos questionamentos feitos pelo Distrito Federal, os ministros declararam as políticas públicas de inserção de PcD constitucionais e convencionais. | |
| 4 | Outros | | O Distrito Federal impugnou a proporção de professor/aluno determinada na decisão impugnada. O STF não analisou essa argumentação, porque ao STF não cabe o reexame fático-probatório. No caso em tela, portanto, a decisão com base nessa análise ficou restrita ao tribunal de origem. |

Fonte: elaborado pelos Autores, a partir de dados obtidos em BRASIL, STF, 2021.

47 Conforme descrito no acórdão: “A efetivação do direito ao aprendizado não se encontra adstrita à avaliação de caráter discricionário feita pela Administração Pública. A força vinculante da norma constitucional mostra-se limitadora à discricionariedade político-administrativa, por meio de juízo de conveniência e oportunidade.” BRASIL, STF, 2015.

Em nenhum dos acórdãos acima houve análise, direta ou indiretamente, sobre quaisquer dos pontos principais das teorias de justiça de Rawls e de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Além disso, é possível entender que ambos os acórdãos criaram políticas públicas, isto é, tiveram um caráter ativista judicial⁴⁸. Apesar de acertada no que concerne ao atendimento de um direito à educação especial, delas é possível advirem duas situações de injustiça, configurando, pois, uma inclusão e desenvolvimento às avessas.

A primeira é que se criou uma política pública em caráter privativo, isso é, para o autor da demanda; e, apesar de ser possível estender o entendimento para outros casos semelhantes, uma outra pessoa somente conseguiria fazê-lo valer por meio da jurisdição. A dificuldade de acesso ao Judiciário, nesse caso, não é totalmente mitigável, porque embora seja garantido o acesso para pessoas com baixa renda à Defensoria Pública, no caso de pessoas com deficiência há outras dificuldades relacionadas à deficiência – por exemplo, falta de intérprete de libras para comunicar-se com o defensor público. A segunda tem o condão de prejudicar ou impedir outras políticas públicas, em razão dos seus custos. Suponha-se, por exemplo, que o Distrito Federal referido no caso tivesse em mãos cem mil reais para políticas públicas de educação naquele ano, e que teria planejado destinar oitenta mil reais para a criação de 2 novas escolas com capacidade de atendimento de 90% das crianças e adolescentes que não tinham acesso a vagas escolares. Suponha-se, também, que estas decisões do STF analisadas acima impliquem ao Distrito Federal o custo de R\$ 130 mil anuais. Então, isso quer dizer que: a) não será viável inserir 90% dos potenciais alunos em escolas, que são igualmente detentores de direito à educação; e b) R\$ 30 mil reais, necessários para cumprimento das decisões judiciais, serão cortados de outra destinação pública, por exemplo, da saúde, da moradia, ou outro. O ativismo judicial pode, portanto, resultar em uma situação de

48 O Judiciário não é o poder adequado para desenvolvimento de políticas públicas. Ao promover as decisões acima, acabou por adotar uma posição ativista, sem base legal, muito menos orçamentária, tema que é objeto de outra pesquisa no âmbito deste programa de pós-graduação em Direito. De todo modo, nestes dois julgados, os ministros do STF até afirmaram que não estavam sendo ativistas. Mas em que pese a afirmação, na verdade, em ambos os julgamentos, não se considerou o ciclo de políticas públicas para a tomada da decisão, não se considerou qualquer aprovação de orçamento para sua realização, tampouco foram estudadas evidências sociais e concretas sobre o tema, restringindo-se às decisões às provas trazidas pelas partes. Desta forma, não foram considerados os impactos sociais positivos e negativos que essas decisões podem criar em relação à sociedade como um todo - e não apenas às partes daqueles processos.

hierarquização de um direito fundamental apresentado ao juiz sobre outro, de que somente o Poder Executivo tenha conhecimento.

O acesso à educação de reeducandos (isto é, pessoa em situação de cumprimento de pena privativa de liberdade) é considerado como um direito fundamental, posto que o direito à educação é universal nos moldes constitucionais, bem como é expressamente previsto na Lei de Execução Penal (artigo 17 e seguintes). A educação representa para o preso, de forma imediata, o benefício da remição penal, ou seja, uma forma de diminuir a pena conforme o número de horas de ensino. De forma mediata, no entanto, o reeducando pode ter o maior benefício: aumento das chances de sua ressocialização. Conforme Julião⁴⁹, que realizou uma pesquisa empírica em estabelecimentos prisionais na cidade do Rio de Janeiro, os estudos reduzem a chance de reincidência em 39%. Todavia, conforme dados de 2016, apenas 12% dos reeducandos estavam envolvidos em algum tipo de atividade educacional – o que pode demonstrar que não há políticas públicas suficientes para conferir a todos o acesso à educação. Foram feitas pesquisas nos bancos de dados do STF e de outros diretórios de buscas integradas de jurisprudência, porém, não foram encontrados processos que tenham como objeto a criação de políticas públicas para ampliação do acesso dos reeducandos à educação.

Isso não quer dizer que o Poder Judiciário não tenha sido ativista. Tem, de fato, criado políticas públicas em prol dos egressos. O STF, por exemplo, proferiu a decisão no Recurso Especial 592581/RS⁵⁰ pela qual determinou ao Estado de Minas Gerais realizar obras públicas para conferir um espaço físico apto a conferir aos reeducandos um ambiente adequado de higiene e habitação. Porém, a falta de judicialização sobre o ensino dos reeducandos é um reflexo da situação de segregação destes. Neste caso, a inclusão e desenvolvimento às avessas se mostra claro porque corrobora com o fator de que os direitos estariam acessíveis de forma privativa àqueles que o levaram a cabo ao Judiciário.

49 JULIÃO, 2010.

50 A decisão do RE 592581 determinou, com base em indícios de evidências veiculados pela mídia (por exemplo, usando-se notícias do site “UOL” e “G1”), que o Judiciário pode impor realização de obras em presídios para garantir direitos fundamentais. Não é preciso dizer que não foram consideradas evidências científicas, tampouco se considerou o ciclo de políticas públicas. Apesar de louvável a defesa dos direitos mais básicos dos reeducandos, como saúde e dignidade, sua decisão deveria ter sido baseada, ao menos, em evidências e análises técnicas, e não em opiniões e reportagens.

O tema de ações afirmativas para ingresso em universidades públicas já foi objeto de diversas decisões judiciais. O presente estudo versará sobre o Recurso Especial (RE) nº 597.285 do Rio Grande do Sul, decidido em 09/05/2012 – portanto, a decisão foi anterior à lei de cotas (2012), e à introdução de PcDs como beneficiários destas (2016). Ela foi trazida à análise por dois motivos: primeiro, porque foi e é paradigmática a outras decisões judiciais; e, segundo, porque nenhum dos acórdãos (do TRF da 4ª Região e do STF) adentrou na análise aprofundada de evidências para verificar a mensuração da proporcionalidade das cotas. Além disso, ela motivou a criação da Lei nº 12.711, de agosto de 2012.

No caso em tela, de forma sintética, o recorrente argumentou: (a) violação ao princípio da igualdade, já que, sem fazer jus a cotas, obteve pontuação superior ao de pessoas que foram admitidas na Universidade Federal do Rio Grande do Sul; e (b) o fundamento informacional de ingresso às universidades públicas deveria ser exclusivamente a meritocracia, isso é, basear-se apenas no julgamento objetivo previsto no edital, qual seja, a pontuação obtida na prova.

O juízo de primeiro grau decidiu-se favoravelmente ao autor da ação, no sentido de que as cotas, conforme criadas pela UFRGS, seriam inconstitucionais por serem irrazoáveis e desproporcionais. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a decisão *a quo*, entendendo pela constitucionalidade da decisão, sendo esta confirmada na decisão proferida pelo STF.

A decisão do STF teve como principais pontos: a) com relação a ações afirmativas em abstrato: a.1.) reconheceu a legitimidade das ações afirmativas com fundamento no próprio princípio da igualdade, porque este levaria à “obrigação de diferenciação, em que tratamento como igual significa ‘direito a um tratamento especial’”; a.2.) confirmou que a Constituição não estabeleceu o mérito como único critério de admissão em universidades; e com relação àquela cota específica: b) com base nos dados descritos na decisão impugnada (do TRF da 4ª região), entendeu que a medida seria proporcional, já que a porcentagem de alunos da rede pública de ensino no Estado do Rio Grande do Sul seria de 87% e o cota da UFRGS seria de 30% (que incluiria cotas raciais e alunos de rede pública)⁵¹.

51 A história desta discussão judicial sobre as cotas da UFRGS é muito semelhante com a discussão havida nos EUA no que se convencionou chamar de caso Bakke, comentada por Ronald Dworkin (discriminação inversa). Allan Bakke, homem branco, questionou a política de ingresso da Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia em Davis, argumentando

Na fundamentação, apesar de tratar de questões sobre igualdade substancial, não foram abordados pontos centrais da teoria de justiça distributiva, em que o sistema de cotas se baseia. Isto é, não foi esclarecido se aquele sistema de cotas, tal como criado, traria o maior benefício aos menos favorecidos, sem a violação dos direitos dos demais. Tampouco se pensou sobre os impactos que aquela decisão, com repercussão geral (mais uma vez, vinculante a todas as demais decisões judiciais que forem proferidas sobre o assunto posteriormente), teria sobre a sociedade, e sobre o desenvolvimento⁵².

4. Conclusão

O presente estudo teve como objetivo avaliar os fundamentos de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre um dos principais instrumentos para a liberdade substantiva segundo Amartya Sen, qual seja, a educação, tendo se concentrado em decisões de inclusão de minorias à educação – especificamente quanto a educação especial para PcDs, reeducandos e beneficiários de cotas para ingresso em universidades públicas federais (PcDs, negros e pardos, e pessoas que tenham cursado todo o ensino médio em escolas públicas). Pretendeu-se avaliar se tais decisões consideraram direta ou indiretamente: a) as noções de justiça com equidade de Rawls; e b) os efeitos irradiantes que poderiam ter sobre o desenvolvimento à luz da teoria de desenvolvimento como liberdade de Sen, que são importantes para evitar uma inclusão e desenvolvimento às avessas.

Conforme exposto acima, nenhuma das decisões mencionou ou analisou quaisquer desses aspectos, sendo que em nenhum desses casos trazidos se

que sua pontuação, embora baixa para ingresso pelo sistema vestibular, era mais alta que a dos candidatos que concorriam pelo sistema de cotas; portanto, o sistema de cotas era injusto, pois contrariava a meritocracia. Houve decisão judicial favorável em primeira e segunda instância, mantida pela Suprema Corte da Califórnia (que, inclusive, determinou que o critério de raça não fosse utilizado de forma explícita na seleção de alunos para ingresso na universidade). O caso foi aceito pela jurisdição da Suprema Corte dos Estados Unidos que, em 1977, decidiu pela constitucionalidade da política de cotas daquela universidade e pela reforma da decisão da corte californiana DWORKIN, 2000, p. 453.

52 Esta decisão inspirou a criação da Lei nº 12.711 de 2012, pela qual as universidades públicas federais devem criar cotas de ingresso de pessoas advindas conforme a seguir: a) alunos que tenham cursado integralmente o ensino médio na rede pública, sendo-lhes destinadas 50% das vagas, sendo que metade dessas vagas é destinada aos alunos cuja família tenha renda mensal de até 1,5 salário-mínimo; b) negros, pardos e indígenas, e desde 2016, para pessoas com deficiência. O artigo 3º da lei determina que o preenchimento das vagas deverá ser feito de forma proporcional à população dessas pessoas de acordo com o último Censo do IBGE.

ventilou que se estaria criando uma política pública; as decisões consideraram que se estaria concretizando um direito social, e não criando uma política pública. Em que pese ser acertado o acesso ao Judiciário à concretização de direitos em geral, o que inclui direitos sociais, é mister que se reflita sobre os impactos que a judicialização tem para o desenvolvimento.

Apesar de a implementação de direitos sociais (em que se inclui o direito à educação) decorrer da aplicação da ideia de desenvolvimento como liberdade, sua implementação deve, à luz de Sen, ser concomitante ao processo de desenvolvimento em ambientes democráticos, o que imporá aos poderes eleitos – e não ao Judiciário – a idealização e a implementação de políticas públicas.

Em qualquer contexto, mas de forma mais acentuada neste de crise político-econômica, todas as escolhas públicas devem ser criteriosas, de forma a assegurar que sua idealização, seu planejamento e sua implementação sejam ao mesmo tempo eficazes e eficientes, e garantam a maximização do desenvolvimento e de sua distribuição. Nesse sentido, a extrema relevância a teoria de justiça de Rawls se faz notar, porquanto traz princípios basilares para a implementação de políticas públicas, quais sejam, seus dois princípios de justiça. Com base nesses princípios, a formulação e a implementação de política pública devem se fundamentar na igualdade formal dos indivíduos, garantir-lhes sua liberdade e, ao mesmo tempo, garantir situações mais vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade e adstritas à igualdade de condições a oportunidades. Para fins de concretização de uma justiça equitativa à luz de Rawls, é imperioso que as escolhas públicas também se atentem a incluir no ciclo de política pública as evidências de sua necessidade e adequação.

As decisões judiciais do STF sobre políticas públicas – sejam as que tenham caráter individual, mas principalmente as que têm repercussão geral –, têm influência e impactos não apenas no sistema jurídico brasileiro (por exemplo, sobre a hermenêutica jurídica quanto a um determinado direito), como também têm impactos concretos na sociedade, direta e indiretamente. Diretamente podem trazer o bem da vida às pessoas que o pediram expressamente. E, indiretamente, as decisões judiciais do STF têm vinculado ou no mínimo influído sobre as escolhas públicas do Poder Executivo acerca da educação, ora expandindo o alcance desse direito, ora diminuindo-o em razão dos efeitos sobre os cofres públicos que as decisões judiciais causam.

Nas decisões trazidas à análise percebeu-se, que nesses casos de judi-

cialização de direitos sociais, o Judiciário não se considerou como responsável pela aplicação das teorias de Rawls e Sen. E, como consequência, suas decisões promoveram uma inclusão e desenvolvimento às avessas. No que tange à judicialização de políticas públicas, a confusão ou agregação de poderes (isso é, a tomada de decisão por quem não tem poderes para tanto) pode gerar problemas sociais e, ainda mais, entaves à inclusão e ao desenvolvimento. Isto é, podem, como nos casos trazidos, conceber direito apenas àqueles que têm acesso à via judicial, bloquear a formulação de outras políticas públicas e implementar políticas que não estariam na agenda em caráter prioritário, limitar recursos e impedir de se dar continuidade na implementação de outras pautas⁵³.

Referências

- AMORIM, Maurício Oliveira; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O protagonismo judicial e as políticas públicas. Rio de Janeiro: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 268-290, jan./jun. 2015 <https://doi.org/10.17808/des.46.784>.
- BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. Rio de Janeiro: *Revista de Administração Pública*, v. 49, n. 2, p. 293-314, mar./abr. 2015 <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612126144>.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: *Revista Direito e Práxis.*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out./dez. 2018 <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução Luís João Baraúna. São Paulo: Brasil Cultural, 1984.
- BRASIL. STF. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdãos de 2015. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/>, acesso em 28 de setembro de 2021.
- BRASIL. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasília: *Censo de 2010*. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/>, acesso em 15 de novembro de 2019.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

53 BARREIRO, 2015, p. 299.

- CHAVES, Luciano Athayde. O recrutamento de magistrados no judiciário brasileiro: uma reflexão sobre reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência à luz da teoria da justiça. Rio de Janeiro: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 52, p. 177-203, jan./jun. 2018 <https://doi.org/10.17808/des.52.613>
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 50. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- JULIÃO, Elionaldo Fernandes. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Educação*, v. 15, n. 45, p. 529-543, set./dez. 2010 <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782010000300010>.
- MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.
- NWAUCHE, E. S.; NWOBIKE, J. C. Implementação do direito ao desenvolvimento. São Paulo: *Sur, Rev. int. direitos human.*, v. 2, n. 2, 2005, p. 96-117.
- NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Tradução Almiro Piseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SENGUPTA, Arjun. On the theory and practice of right to development. In: SENGUPTA, Arjun; NEGI, Archana; BASU, Moushumi. Right to development: where are we today? *Reflections on the Right to Development*. New Delhi: Sage Publications, 2005, p. 61-109 <https://doi.org/10.4135/9788132102144.n2>.
- SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill & a liberdade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Porto Alegre: *Sociologias*, v. 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006 <https://doi.org/10.1590/s1517-45222006000200003>.
- TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Curitiba: *Revista*

da Faculdade de Direito UFPR, n. 47, p. 137-164, 2011 <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v53i0.30764>.

TRINDADE, Ubiratan. Uma teoria da justiça de John Rawls e seus Críticos. Porto Alegre: *Intuitio*, v. 8, n. 2, p. 66-75, dez. 2015 <https://doi.org/10.15448/1983-4012.2015.2.18945>.

Recebido em 03 de novembro de 2020.

Aprovado em 14 de março de 2021.

RESUMO: O artigo tem por objetivo analisar os fundamentos de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre políticas públicas de educação à luz de John Rawls e Amartya Sen, e seus contornos sobre desenvolvimento e inclusão. A Suprema Corte usa, direta ou indiretamente, noções da teoria de justiça de John Rawls e da teoria de desenvolvimento de Amartya Sen na tomada de decisão? Como hipótese, adotou-se que as decisões do STF não usam como fundamentos quaisquer contornos dessas teorias. A metodologia consistiu em pesquisa bibliográfica e se iniciou com revisão de literatura sobre o tema. Além disto, foram também analisadas decisões judiciais do STF proferidas a partir de 2012 em relação ao objeto do artigo. Os resultados revelaram distanciamento de fundamentos de Amartya Sen e John Rawls em relação às decisões daquele Tribunal no que diz respeito às políticas públicas de educação, confirmando a hipótese inicial. A contribuição do artigo está na articulação dos dois teóricos Amartya Sen e John Rawls em relação ao debate sobre políticas públicas em educação, por meio de decisões da Suprema Corte.

Palavras-chave: John Rawls, Amartya Sen, Políticas Públicas de Educação, Desenvolvimento.

ABSTRACT: This work aims to analyze the *ratio decidenda* of the Brazilian Supreme Court (STF) decisions on public education policies in light of John Rawls and Amartya Sen, and their implications on development and inclusion. Does Supreme Court use, directly or indirectly, notions of John Rawls's theory of justice and Amartya Sen's theory of development in decision making? As a hypothesis, it was adopted that the decisions of that Tribunal do not use as grounds any ideas of these theories. The methodology consisted of bibliographic research by literature review on the subject. In addition, the authors analyzed decisions from that Court issued from 2012 related to public policies in education. The results revealed that the *ratio decidenda* of such decisions are aparted from the theory basis of Amartya Sen and John Rawls', confirming the initial hypothesis. The contribution of the article lies in the articulation of the two theorists Amartya Sen and John Rawls in relation to the debate on public policies, through decisions of the Supreme Court on the right to education.

Keywords: John Rawls, Amartya Sen, Public Education Policies, Development.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: MENDONÇA, Samuel; MASTRODI NETO, Josué; SAK, Lais Teixeira Barbosa. Desenvolvimento e inclusão às avessas: uma análise dos fundamentos de decisões do STF sobre políticas públicas de educação à luz de John Rawls e Amartya Sen. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1386>.

Criminalidade, desigualdade social e penalização de adolescentes e jovens

Criminality, social inequality and penalization of adolescents and young people

Vicente de Paula Faleiros*

Universidade de Brasília, Brasília – DF, Brasil

1. Introdução

O objetivo deste artigo é o de relacionar as condições de desigualdade social com o processo de prática do crime e da criminalidade e com a fabricação da penalização de adolescentes e jovens que são sancionados no sistema socioeducativo. Para Durkheim¹, numa perspectiva de funcionalidade da ordem social, o crime é normal porque é impossível que exista uma sociedade sem crime, aquilo que é socialmente reprovável. Crimes seriam atos que ferem os valores estabelecidos impostos pela ordem dominante, configurando desordem ou anomia. Acontecem com regularidade conforme o “consenso” de normalidade que é socialmente adotado. Essa visão funcionalista de uma sociedade normal ordeira versus uma sociedade patológica que possa ser curada ainda permanece como desvios pessoais nas representações das infrações que os adolescentes cometem. Em contraponto ao funcionalismo, na perspectiva crítica, a criminalidade é analisada no contexto da desigualdade estruturada socioeconomicamente em articulação com a superestrutura política e não apenas como falta de acesso aos bens de consumo. A desigualdade de disponibilidade de condições conduz à desigualdade de meios de acesso

* Assistente social, bacharel em direito, especialista em planejamento e em gerontologia, PhD em sociologia pela Université de Montréal, professor titular aposentado e professor emérito da Universidade de Brasília, com pós-doutorado na Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais-Paris. Pesquisador do CNPq e da FAP-DF. Autor e consultor. E-mail: vicentefaleiros@terra.com.br.

1 DURKHEIM, 1969, p. 62.

a bens materiais e a formas de inserção diversificada no mundo do trabalho informal e de sua organização ilegalmente constituída e, por isso, multidimensionalmente criminalizada. Na visão funcionalista, desconsidera-se a questão da desigualdade estrutural, levando-se em conta a representação da classificação naturalizada entre “boas” e “más” famílias ou pessoas conforme os valores de comportamentos socialmente aceitos ou não.

O foco deste trabalho é a discussão da ancoragem da penalização social das condutas criminalizadas numa construção da ordem social e da obediência a ela, reforçada pelo sistema penal. Este preconiza e força a conduta considerada normal pela ordem dominante, mesmo nas democracias estabelecidas pelo bloco dos interesses de classes prevaletentes. A lei não é neutra, reafirmando a expressão de Espezim dos Santos e Veronese² de que o Direito não é técnica neutra na teoria crítica dos direitos humanos. Neste estudo, vamos considerar a criminalidade e a criminalização dos adolescentes e jovens na relação com a ordem dominante e a estruturação da desigualdade socioeconômica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA³ define como adolescência a faixa etária de 12 a 18 anos, e o Estatuto da Juventude⁴ considera jovem quem esteja na faixa etária de 15 a 29 anos. O Sistema Socioeducativo – Sinase⁵ contempla os adolescentes de 12 a 18 anos, considerando-os inimputáveis pelo Código Penal e enquadrados na justiça socioeducativa. Nem sempre os dados das pesquisas e das instituições trazem a compatibilização dessas idades.

Este é um estudo reflexivo de análise de profundidade de revisão narrativa, baseado em dados secundários originários de fontes governamentais e não governamentais e de pesquisas e textos de caráter analítico e/ ou empírico. Num primeiro momento, coloca-se a questão sobre criminalidade juvenil e estrutura social e penal e, em seguida, a expressão dessa criminalidade em dupla dimensão contra os jovens e pelos jovens. Por último, mostra-se a construção da penalização no Sinase. As considerações finais trazem à tona a discussão da desigualdade de quem está sendo punido e de quem está sendo premiado na sociedade capitalista. Conclui-se que a estrutura

2 ESPEZIM DOS SANTOS; VERONESE, 2019.

3 LEI 8.069, de 13 de julho de 1990.

4 LEI 12.852/2013.

5 LEI 12.318, de 26 de agosto de 2010.

da penalização de adolescentes articula-se à estrutura e superestrutura da exploração e da dominação capitalistas, uma reafirmando a outra. O sistema penal socioeducativo faz parte tanto do aparelho ideológico quanto do aparelho repressivo do Estado, como já assinalara Althusser⁶, que reposiciona, de forma estruturalista, a visão histórica gramsciana de articulação entre estrutura e superestrutura em movimento dialético da história e do contexto das relações de forças.

2. Ato infracional de adolescentes: uma análise crítica

Desde meados do Século XX, vem-se estudando a delinquência juvenil, com o escopo do controle social de quem é classificado como desviante da ordem. No final dos anos 40, Merton⁷ discutiu a anomia como uma discrepância entre os objetivos culturais a serem alcançados e os meios disponíveis, inclusive a delinquência, com afastamento das normas institucionais e do controle da sociedade, dependendo do tipo de personalidade.

As interpretações do “tornar-se desviante” foram se construindo sociologicamente em torno da relação com as normas estabelecidas. Dubar⁸ compilou quatro “teorias sociológicas” da delinquência. Uma, funcionalista, que retoma a falta de controle social formulada por Durkheim⁹; outra, culturalista, conforme a “análise da gangue” feita na Universidade de Chicago. A gangue cria um modo de viver e de agir reativo à situação dominante, contrapondo-se a ela pelo modo de se vestir, de andar, de frequentar locais de música estigmatizados e pelo uso de substâncias ilícitas.

Só que, na realidade, os bairros precarizados são criminalizados, como salienta Dubar¹⁰, pois a prática da delinquência nesses lugares pouco se reduz ao longo dos anos. No Brasil há bairros temidos, nos quais os territórios não foram sendo controlados por grupos de jovens que se formam e se desfazem, mas sim por organizações criminosas ou milícias que se afirmam socialmente por meio do domínio do território e do uso da força. Sobre esse ponto, volta-se mais adiante ao se tratar do crime organizado.

6 ALTHUSSER, 1980.

7 MERTON, 1970, p. 256.

8 DUBAR, 2007, pp. 107-180.

9 DURKHEIM, 1969.

10 DUBAR, 2007.

A terceira “teoria” é a da rotulagem – com fundamento no interacionismo – tendo grande repercussão no estudo da delinquência, influenciada pela obra de Becker – *Outsiders*, de 1962, conforme a referência no artigo acima citado. Os que se colocam “fora” buscam afirmar uma identidade que é rotulada de suspeita pelos agentes da ordem. Assim, uma pessoa de cor negra andando apressadamente à noite numa calçada é classificada de suspeita, diferentemente de alguém bem vestido. A representação social do criminoso difundida socialmente como “anormal” tem sua ancoragem na rotulagem ou na estigmatização de condutas construídas no senso comum. Jovens da periferia urbana que usam cabelos exóticos e trajas atípicos são sujeitos a baculejos como suspeitos.

A quarta “teoria” aborda a vinculação da delinquência à oportunidade do crime e é mais recente, tendo surgido em 1973 ao postular que as oportunidades de aumento da riqueza de bairros chiques também fazem emergir oportunidades de roubo e assalto junto com as oportunidades de não ser preso. Os formuladores dessa teoria tentam desvincular a criminalidade das questões de desigualdade e pobreza.

A questão das oportunidades para o crime precisa levar em conta, no século XXI, as mudanças da sociedade tecnológica para a efetivação do crime no contexto da organização e inserção da população e do espaço empresarial no mundo da informação e da informática, com obtenção de dados das pessoas, uso de *Fake News*, compra de computadores, robôs e uso de sistema de algoritmos. O envolvimento de adolescentes e jovens, nessa forma de organização, cresce devido ao interesse pelas tecnologias, à rentabilidade e à redução de riscos para a realização de atos criminosos. É preciso considerar que a teoria das oportunidades, como foi formulada, está perdendo consistência nessa configuração tecnológica. Um constructo sociológico que dê conta da relação entre criminalidade e tecnologias da informação e da comunicação poderia ser denominado de gestão informacional do crime no mundo globalizado.

As representações sociais do adolescente infrator foram bem analisadas por Cifoli¹¹ na discussão da questão do rebaixamento da idade penal na Câmara dos Deputados. Confronta-se a visão ressocializadora e responsabilizadora (garantista de direitos) à conservadora punitiva e repressiva do controle do criminoso (menorista) e à neoliberal que visa torná-lo produtivo.

11 CIFOLI, 2019.

O confronto entre garantistas e minoristas está subjacente desde a formulação do ECA até a presente data.

Do ponto de vista psicossocial, uma das teorias ainda em pauta é a que caracteriza a violência dos jovens e adolescentes como uma forma de reação à frustração no atendimento das necessidades, segundo Caliman¹². No viés psicanalítico, trata-se de uma engrenagem entre a relação do que é permitido com o desejo e com as emoções em confronto com o que é proibido, gerando uma dinâmica de desvalorização e de sentimento de injustiça, segundo a teoria psicanalítica de Traube¹³.

A passagem ao ato violento (*acting out*) vai além do indivíduo. É uma questão extremamente complexa, que envolve a sociedade como um todo, a desigualdade e as relações com o Estado. O jovem e o adolescente são “sujeitos em relação” e representados socialmente de diferentes maneiras, por exemplo, como indecisos, incapazes, e também como heróis se conseguem passar no vestibular ou realizar uma “aventura” de transgressão. Daí a importância de se levar em conta as representações e valorizações do ser jovem na sociedade contemporânea e no contexto cultural denominado de pós-moderno.

Numa abordagem psicanalítica socialmente elaborada, Martins¹⁴ chama a atenção para a relação entre violência e “ninguénidade” como negação da pessoa, que se torna “zé ninguém” na vida cotidiana, sem cidadania e sem direitos. Para o referido autor, as oligarquias estão na posição “gozosa”, tendo para si o prazer e o poder, e os explorados são ninguém. Vale salientar que nessa perspectiva a gangue passa a ser comandada por certo automatismo inconsciente que coloca a lei em segundo plano para uma desresponsabilização do eu com o comando de uma exigência de gozo também por parte de jovens excluídos. Torcidas de futebol em estádios discriminam como animais jogadores negros ao chamá-los de macacos.

Essas teorias servem de subsídio para análise da delinquência tanto sob o ângulo do desvio da ordem como das frustrações de expectativas. No entanto, é preciso abordá-la na perspectiva da profundidade, como aqui se faz, ao relacionar historicamente a delinquência com a desigualdade estrutural e estruturante dos conflitos de classes e disputas pelo poder nos

12 CALIMAN, 2006.

13 TRAUBE, 2002.

14 MARTINS, 2011.

territórios e no domínio das mentes e crenças que envolvem jovens em visões fundamentalistas e de intolerância. A intolerância ao outro é uma expressão de poder que se manifesta no *bullying*, em agressões físicas e atos coletivos delinquentes, inclusive de terrorismo.

Na análise da violência, Faleiros¹⁵ salienta a necessidade de se levar em conta o paradigma das contradições estruturais nas relações de desigualdade e de exclusão. Nesse sentido é preciso distinguir e ao mesmo tempo relacionar as disputas pessoais e interpessoais em contraste com os conflitos oriundos da desigualdade. No âmbito do judiciário, a disputa interpessoal é a que é judicializada como lide ou querela entre partes, para se dar um arquivamento do processo por meio da arbitragem da sanção.

Os conflitos se expressam contemporaneamente como espetáculo em que há a ilusão de poder ser visto e de ter sucesso, ainda que momentâneo, em alguns programas de TV, de sites ou blogs de música, comuns, por exemplo, no mundo funk. São formas de inclusão social, mas também empresariadas e mercantilizadas. No facebook¹⁶ constroem-se identidades sociais compartilhadas e, nos massacres com armas em escolas, há que se olhar sua dimensão de espetáculo.

Os massacres com armas planejados em escolas ou igrejas trazem a tragédia para a visibilidade com o uso da violência. Esses atos de violência nas escolas já são rotineiros nos Estados Unidos. No Brasil, já existem atos assim. Em abril de 2019, no ataque a uma escola, em Suzano, São Paulo, descobriu-se que um dos homicidas se postou com uma máscara de um site de violência em jogos, havendo plausibilidade de reprodução de atentados com *copycat effect* para imitar outras atuações do gênero. Os autores dos massacres com armas são alunos e ex-alunos de uma determinada escola. É importante não biologizar ou patologizar esses atos, classificando como doentes mentais os autores de atentados, como fez o Presidente Donald Trump.

Uma análise consistente desses ataques não permite chegar a uma conclusão sobre sua relação com as condições da escola, da família, da sociedade ou da juventude, mas é fundamental que se ventile, se discuta e se aprofunde a questão do *bullying* no contexto da presença de deficiências, de doenças e de disfuncionalidades, inclusive nos casos de discriminação racial. Por sua vez, o acesso, legalizado ou não, a armas de fogo é um fator incisivo

15 FALEIROS, 2009.

16 ROSA; SANTOS; FALEIROS, 2016.

nesses ataques, expressando intolerância e falta de dispositivos estruturantes de mediação de conflitos e de suporte às expressões de dificuldades e de sofrimentos dos jovens e adolescentes e da desigualdade. Isso engloba as questões relacionadas ao racismo, ao machismo, à discriminação, à opressão sexual, à opressão ideológica e ao autoritarismo. É preciso construir e manter o lugar de afirmação de identidade/alteridade.

As teorias da delinquência destacadas neste artigo mostram a complexidade do tema, cujo aprofundamento contribui à criminologia crítica. Ao invés de focalizar a análise com o ângulo da frustração do desejo, da falta de controle e da violação do consenso dominante, a criminologia crítica evidencia os conflitos sociais principalmente os de classes e o lugar da desigualdade social na expressão da violência de jovens e adolescentes. Wacquant¹⁷ denomina os marginalizados de condenados da cidade.

Essa visão rompe com o positivismo jurídico e o funcionalismo, colocando a questão da desigualdade, da discriminação e da rotulagem no contexto social. Baratta¹⁸ destaca a vinculação entre o encarceramento e a marginalização social a partir da relação entre o direito penal e a igualdade formal que, por sua vez, mantêm a desigualdade substancial das relações sociais. Para Baratta, o sistema penal reproduz essa desigualdade não só como forma de punição, mas também na promoção da meritocracia cuja função ideológica é de valorizar os que se “dão bem” no sistema e de desvalorizar os que são estigmatizados pela pobreza, pelas deficiências, pela contestação das normas estabelecidas. A criminologia crítica tem como pressuposto a luta de classes, com influência do marxismo, no sentido de mostrar que as condições sociais e os interesses dos blocos no poder produzem as normas e o sistema penal, segundo Larrauri¹⁹. Ao analisar o suicídio, Marx²⁰ descobriu que entre as “causas do desespero” dos suicidas estão, como fatores dominantes, os maus-tratos, as injustiças, os castigos secretos, sintomas na luta social geral.

Essa perspectiva tem como pressuposto a análise da totalidade social e de suas contradições no capitalismo mostrando a relação entre a delinquência juvenil e a desigualdade social numa conjugação de impasses. Nesse sentido

17 WACQUANT, 2001.

18 BARATTA, 2009.

19 LARRAURI, 2000.

20 MARX, 2006.

configura-se, numa articulação entre estrutura e superestrutura, a condição de exploração do trabalho e da vida e a ausência do Estado e de cidadania incidindo na periferização e na dominação territorial do crime organizado.

Nas regiões periféricas das cidades, a violência do Estado, em nome do combate ao crime, vitimiza os excluídos, estigmatizando-os e tornando-os objetos do sistema penal, ao mesmo tempo em que lhes é negado direitos à saúde, à escola, ao saneamento, à moradia, ao transporte público, à segurança cidadã.

Os territórios periféricos são dominados por milícias, pela polícia que mata, pelo tráfico²¹ e por métodos de crueldade²². Essa conjugação de impasses como negação do direito e negação do outro se traduz na inviabilização de acesso ao trabalho formal, à escola, à cultura, à formação profissional, ao lazer, ao esporte... enfim, aos direitos previstos na Constituição de 1988, conforme o artigo 227, que se refere a crianças e adolescentes.

A inserção no crime organizado é uma alternativa replicadora da atuação “fora da lei” de agentes do Estado, como as milícias, que praticam a extorsão e a repressão juntamente com assistencialismo. Essa é a forma dominante que as elites têm usado para manter a ordem e que se torna um modelo de vida para adolescentes sem a alternativa de oportunidades propiciadas pelo Estado e pela sociedade.

O “estado penal”, que executa e extermina pessoas na periferia, reforça a violência da punição aos atos de adolescentes que reagem à violência da ausência do Estado e de sua força fora da lei, constituindo-se um paradoxo de geração da insegurança social, que por sua vez gera uma suposta segurança policial, que também gera reação contra ela, aumentando a chamada segurança penal que, por sua vez, somente pune os considerados desobedientes ou bandidos. Expressa Soares²³ que “dispondo de larga margem para exercer discricionariedade, a maioria dos magistrados reproduz as desigualdades sociais”.

Dessa forma, criminalidade e criminalização são uma construção socio-política e jurídico-legal, conforme a pauta de implementação de uma ordem social do bloco dominante. A construção de códigos penais escarmenta o questionamento da ordem estabelecida e das normas e valores aceitos como

21 BARCELLOS, 2003.

22 ATHAYDE E MV BILL, 2006.

23 SOARES, 2019, p. 30.

preponderantes. Embora possam, numa sociedade democrática, serem criticados. A penalização busca, com a criminalização, a conformidade e o conformismo, inclusive com a eliminação da oposição, como aconteceu na Ditadura Militar de 1964. A criminalização faz aumentar o poder da polícia, da vigilância, com mais repressão, mais aparato repressivo e excludente. Movimentos sociais também são criminalizados ao contestar a injustiça da ordem dominante.

No Brasil pós-eleição de 2018, no governo Jair Messias Bolsonaro, acentua-se a ótica da repressão e do Estado penal, com aumento do poder da polícia, expresso no Projeto de Lei 882/19, de “excludente de ilicitude” para isentar de criminalização os policiais que atiram para matar. Essa proposta pretende ir além do próprio Código Penal (art. 23), que isenta de crime o policial que age no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito. Vai-se relevar a exigência do Estado de direito e se implantar um Estado de exceção para permitir matar?

Caracteriza-se o Estado penal pela redução do bem-estar social em favor do foco na repressão e na segurança em nome do combate ao crime, com a associação da repressão a valores morais conservadores de eliminação da bandidagem e eliminação do “meliante” com desqualificação da resistência à dominação como se fosse desordem.

A obediência é o lugar socialmente construído pelo poder dominante para a infância, consistindo na submissão à ordem e ao mercado para que as pessoas sejam equivalentes às coisas, no sentido de serem intercambiáveis como trabalhadores e executores de tarefas subalternas o que exige padrões tipificados de exequibilidade de tarefas padronizadas previstas. O uso e a troca de serviços passam a ser independentes dos indivíduos que não são considerados pessoas, mas assujeitados e assimilados como força de trabalho intercambiável.

A obediência tem como escopo a construção de equivalências entre indivíduos denominados de “bom trabalhador”, “bom menino”, “boa menina” e mercadorias da força de trabalho, conforme as normas dominantes. Quem é considerado errado ou desviante não é mercantilizável.

Na sociedade capitalista, o trabalho é uma mercadoria revestida da legitimação da lei, embora muitos capitalistas não cumpram o contrato estabelecido. Para o trabalho considerado lícito há uma legislação que estabelece mínimos de salário que foram conquistados em lutas e greves com repressões e massacres. Os governos neoliberais suprimem ou reduzem

políticas sociais e direitos trabalhistas, deixando o trabalhador à sanha da exploração. O neoliberalismo expressa-se nas chamadas reformas pró-mercado: privatizadora, trabalhista, previdenciária, administrativa, destruindo o trabalho decente e digno propugnado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT.

As condições estruturantes da vida dos adolescentes e jovens são de desigualdade e exclusão. Aproximadamente metade dos trabalhadores brasileiros estão na informalidade, sendo 12% desempregados em janeiro de 2020, devendo chegar a 16% na pandemia. Tanto as milícias como o tráfico de drogas se utilizam do trabalho informal, com mão de obra infanto-juvenil no limite da sobrevivência e do descaso do Estado, que negligencia o acesso à escola e/ou a um ensino de qualidade. Rocha e Oliveira²⁴ pontuam que há grande defasagem idade /série escolar. 1/3 dos adolescentes na faixa etária de 15 a 17 anos não havia terminado o ensino fundamental. Dos que estão fora da escola e do trabalho, 64,8% são da raça negra; 58% do sexo feminino e 83,5% provêm de famílias com renda per capita inferior um salário mínimo -S/M. Dos que estão fora da escola e trabalham, 70,65% são do sexo masculino; 61,46% são negros; 63,68% são pobres.

Segundo o IBGE²⁵, em 2018 no Brasil, os pretos ou pardos passaram a ser 50,3% dos estudantes de ensino superior da rede pública, mas comparando com a maioria da população (55,8%), ainda permaneceram sub-representados. Seriam dados ainda de maior gravidade caso constassem os de escolas privadas.

O sistema penal juvenil está articulado à manutenção da exploração do trabalho com a justificativa de agir em nome do combate à vagabundagem, à preguiça, à vadiagem, ao vício e aos desvios²⁶. Ao mesmo tempo, grupos de extermínio se organizam para eliminar, incomodar ou se utilizam de “rapas” para acaparar mercadorias dos trabalhadores de rua, cujo ganha-pão é considerado ilícito. Por sua vez, a culpa pela não inserção no trabalho “honesto” é atribuída ao indivíduo ou à família, como foi definida na doutrina da situação irregular pelo Código de Menores de 1979²⁷, que reproduzia a doutrina estabelecida no Código de Menores de 1927. A justiça penal

24 SILVA; OLIVEIRA, 2015.

25 IBGE, 2018.

26 FALEIROS, 2009b.

27 LEI 6.697/79.

juvenil se desenvolveu como forma de correção das condutas classificadas de ilícitas e ilegais da família e das crianças e adolescentes com o objetivo de manter a ordem social excludente como se a desigualdade fosse “normal”. A Doutrina da Situação Irregular presente nos Códigos de Menores de 1927 e 1979 pressupõe como anormal a conduta “marginal”, fora do padrão, desviante atribuída à responsabilidade da família ou do indivíduo.

Somente com a Constituição de 1988, crianças e adolescentes foram consideradas sujeitos de direitos, cidadãos e cidadãs, pessoas em desenvolvimento e prioridade na execução de políticas públicas, devendo o Estado assegurar uma educação de respeito e de protagonismo no paradigma da proteção integral. A Constituição estabelece a proteção especial para adolescentes a quem se atribua ato infracional, assegurando-lhes o respeito e os direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA de 1990, regulamentou esses direitos, embora sua execução deixe a desejar. Embora fundado numa visão garantista, Cifoli²⁸ destaca a presença de dispositivos minoristas no ECA na execução de medidas socioeducativas como o poder do juiz e do Ministério Público. É preciso destacar que a pressão para o rebaixamento da idade penal de 18 para 16 anos reflete a representação social da segurança pessoal diante do imputado criminoso em oposição à perspectiva da segurança coletiva promovida pela educação integral e a cultura do respeito e da dignidade.

No Estado neoliberal e penal assumido pelo governo Bolsonaro, esses direitos vêm sendo desconsiderados com mais penalização e maior “penitenciarização” dos adolescentes, sem que sejam mudadas as condições de desigualdade, como será analisado a seguir.

3. Ato infracional no contexto da exclusão, da violência e da transgressão

A criminologia crítica e a teoria humanista do direito postulam que as condições de prática da infração estão articuladas às condições de reprodução da desigualdade, combinando-a com a de renda e de moradia, de segregação/exclusão, de inacessibilidade à cidade, de acesso às políticas públicas, em especial à educação/escolaridade e ao emprego, que frustram as expectativas de mobilidade e potencializam as condições da criminalidade.

28 CIFOLI, 2019.

Nos territórios periféricos é que se combinam crime organizado e des-caso do Estado na ausência de políticas públicas, viabilizando a absorção de adolescentes no negócio do tráfico de drogas, seja como consumidor ou vendedor de drogas ilícitas, com acesso a armas e com poder sobre certas áreas do território, em conluio com milícias.

Nessas condições viabiliza-se uma “carreira” delinquencial que tem uma hierarquia na organização delituosa que supõe o trabalho de informante, vapor, dirigente, chefe e mesmo milícia. Na atualidade o crime organizado, além de uma rígida hierarquia e divisão do trabalho, dispõe de informática e informação para comunicação e distribuição de tarefas, com acesso a armas pesadas, muitas vezes, oriundas do exército.

A passagem ao ato ilícito e infracional está associada às condições socioeconômicas e políticas e à representação da carreira delinquencial que significa poder no território. Uma vez inserido na ordem da organização criminosa, passam a valer as regras de obediência e submissão aos ditames dos chefes que controlam os subordinados com o terror e a tortura²⁹. Em pesquisa no Jardim Ângela e Maré³⁰, constatou-se que existem precariedade das condições de vida e altos índices de violências nessas regiões com presença do tráfico de drogas e repressão violenta da polícia. Segundo Souza et al.³¹ “esse contexto de vida tem aumentado significativamente as chances do envolvimento dos jovens como vítimas, autores e testemunhas da violência”.

Beato e Peixoto³² mostram a diversidade de ocorrências criminais em Belo Horizonte, indicando que as taxas de homicídio estão mais incidentes em regiões dominadas por gangues ligadas ao tráfico, devendo-se pensar que a ocorrência de crimes acontece em regiões que não estão relacionadas com condições socioeconômicas. Por isso, é importante diferenciar o local do crime da origem dos infratores. Pode suceder que os alvos de criminosos sejam definidos onde possam obter mais vantagens, mas o alvo policial é direcionado aos “suspeitos” de áreas também “suspeitas”. Em Medellín – Colômbia houve uma política de valorização e investimento em morros dominados pelo tráfico, por exemplo, com implantação de metrô, bibliotecas, atividades comerciais e culturais, que integraram esses locais ao centro da cidade. Em São Paulo moradores bem aquinhoados do bairro

29 ATHAYDE; MV BILL, 2006.

30 SOUZA et al., 2013.

31 SOUZA et al., 2013, p. 110.

32 BEATO; PEIXOTO, 2005.

de Higienópolis (sic!) recusaram que uma linha de metrô passasse por sua região, para se distanciar da circulação de moradores da periferia por sua representação social de que seriam possíveis agentes criminosos. Alguns bairros mais bem-postos no espaço urbano recusam instituições de acolhimento ou moradia de pessoas que cometeram infrações ou classificadas como perigosas ou loucas. As distâncias socioeconômicas de territórios são também barreiras imaginárias de segregação. Os impasses do cotidiano, para se poder ultrapassar as barreiras da exclusão, estão em interação. Há condições estruturais que são invisíveis para os moradores de bairros bem-postos de classes altas e médias, que atribuem a segregação, a exclusão social e a criminalidade ao caráter, à falta de esforço, ao mérito.

A construção de indicadores, neste trabalho, faz a articulação tridimensional entre exclusão, extermínio/assassinatos de adolescentes e jovens e sua criminalização/penalização. Na realidade o sistema de justiça juvenil se estabelece numa articulação entre estrutura das condições de exclusão econômica, social e de acesso a políticas públicas, como pela superestrutura da penalização e pela execução de adolescentes pela violência policial e do tráfico.

Do ponto de vista estrutural e estruturante das condições da delinquência, é preciso levar em conta a desocupação ou desemprego estrutural. Há um discurso e legislação de que a reforma trabalhista iria melhorar a ocupação com o corte de direitos trabalhistas em detrimento da instauração do emprego precário. Na realidade, como mostram dados do IBGE³³, a desocupação aumentou de 2014 a 2018 de 6.875.000 de pessoas para 13.117.000 pessoas, um aumento de 47,58%, apesar da reforma trabalhista feita por Michel Temer. Segundo a mesma fonte, a taxa de subutilização da mão de obra passou de 15,8% para 24,2%. Dados de Terra e Azevedo³⁴ sobre adolescentes atendidos pelo Sistema Socioeducativo em São Paulo apontam que 42% de suas famílias só tinham vínculo informal com o trabalho, 10% estavam em situação de desemprego, 1% tinha vínculo formal, sendo que 7% obtinham benefícios sociais. 17% dessas famílias viviam com menos de um salário mínimo e 59% situam-se na faixa de “baixa renda”.

Segundo o IBGE³⁵, além das condições de renda, a desocupação está relacionada à questão da cor da pele, pois 33,7% de pessoas de cor branca

33 IBGE, 2018.

34 TERRA; AZEVEDO, 2018, p. 80.

35 IBGE, 2018.

estavam desocupadas e quase o dobro, 64,4%, eram de cor preta. Enquanto que a porcentagem geral de desocupados era de 12,5% em 2017, a de jovens de 14 a 29 anos era 80% maior, chegando a 22,6%. Entre a população preta ou parda de 18 a 24 anos que estudava, o percentual cursando ensino superior aumentou de 2016 (50,5%) para 2018 (55,6%), mas ainda abaixo do percentual de brancos da mesma faixa etária (78,8%). O percentual de jovens de 18 a 24 anos pretos ou pardos com menos de 11 anos de estudo e que não frequentava escola caiu de 2016 (30,8%) para 2018 (28,8%), mas ainda com pouco impacto. Entre os brancos, em 2018, esse indicador era de 17,4%. Em 2018 no mercado de trabalho, os pretos ou pardos representavam 64,2% da população desocupada e 66,1% da população subutilizada. Enquanto 34,6% dos trabalhadores brancos estavam em ocupações informais, entre os pretos ou pardos esse percentual era de 47,3%. A segregação social e econômica condiciona a falta de acesso de adolescentes e jovens à escola, ao trabalho e à renda. A exclusão de condições se articula com o descaso das políticas públicas e com a violência praticada contra adolescentes e jovens.

Destaca a publicação citada que pretos ou pardos são mais atingidos pela violência. Em todos os grupos etários, a taxa de homicídios dos pretos ou pardos superou a dos brancos. A taxa de homicídios para pretos ou pardos de 15 a 29 anos chegou a 98,5% em 2017, contra 34,0% para brancos. Para os jovens pretos ou pardos do sexo masculino, a taxa foi de 85,0%.

Em 2017, segundo a CEPAL³⁶, o Índice de Desigualdade de Gini era de 0,54 no Brasil e de 0,45 na Bolívia. No Brasil, a renda total apropriada pelos 10% com maiores rendimentos era 3,5 vezes maior que o total apropriado pelos 40% com menores rendimentos. Em 2017, a taxa inferior ao índice de paridade de poder de compra de 5,5 dólares per capita por dia era de 26,5% para a população em geral, mas de 30,1 % para a faixa de 15 a 29 anos. Segundo o IBGE³⁷, os 10% da população mais pobres ficavam com apenas 0,8% da massa de rendimento, ao mesmo tempo que os 10% mais ricos concentravam 43,1%, sendo que a pobreza está mais acentuada na população preta ou parda, que representa 72,7% dos pobres e, em números absolutos, 38,1 milhões de pessoas. As mulheres pretas ou pardas compõem o maior contingente, 27,2 milhões de pessoas abaixo da linha da pobreza.

36 CEPAL, 2019.

37 IBGE, 2018.

A periferização não se reduz à segregação de espaços físicos e desigualdades de renda e trabalho. É também ausência de esgotamento sanitário por rede coletora que atinge 26,6% da população de cor branca e 43,4% da população de cor preta. A ausência de acesso à educação, segundo o documento citado do IBGE, atinge 28% da população, sendo 23,8% de homens brancos, 33,1% de homens pretos ou pardos, 23,5% de mulheres brancas e 30,8% de mulheres pardas, alcançando 15 % de jovens de 15 a 29 anos ou 7.323 milhões de jovens. Segundo a Cepal³⁸, enquanto 83% dos jovens de 20 a 24 anos provenientes dos 20% mais ricos concluíram a educação secundária na América Latina, apenas 35, 4% do quintil inferior o conseguiram em 2016. Pesquisas do Ipea³⁹ também pontuam que há grande defasagem idade /série escolar pois 1/3 não havia terminado o ensino fundamental na faixa etária de 15 a 17 anos.

A desigualdade se expressa como uma ferida aberta que combina ausência de direitos, de políticas e de inclusão, com desemprego e ocupação do território pelo poder do tráfico e da polícia/milícia. Adolescentes e jovens são ao mesmo tempo vítimas e responsabilizados pela criminalidade. Em 2017, segundo o Atlas da Violência⁴⁰, 35.783 jovens foram assassinados no Brasil. Esse número representa uma taxa de 69,9 homicídios para cada 100 mil jovens no país, taxa recorde nos últimos dez anos. Homicídios foram a causa de 51,8% dos óbitos de jovens de 15 a 19 anos; de 49,4% para pessoas de 20 a 24; e de 38,6% das mortes de jovens de 25 a 29 anos, configurando a principal causa de mortes entre os jovens brasileiros, além da repressão aos que defendem os direitos humanos e a diversidade. Em 2017, 156 defensores de direitos humanos foram assassinados no Brasil e, em 2018, destacou-se o assassinato da vereadora negra, lésbica, feminista e ativista por direitos humanos, Marielle Franco.

4. A penalização de adolescentes e jovens

O aparato jurídico - penal dá a percepção ou sensação de segurança, garantindo fortemente a propriedade e mantendo seus altos salários. Essa percepção de segurança dispõe ao mesmo tempo de um aparato repressor e do poder simbólico dos tribunais. A punição dos crimes é seletiva e espetacular para

38 CEPAL, 2019.

39 SILVA; OLIVEIRA, 2015.

40 IPEA, 2019.

dissuadir o crime praticado pelos pobres e transformar a contestação ou agressão em uma disputa entre querelantes, levando ao esvaziamento das questões de fundo como a desigualdade e a ausência do Estado. Resolver a disputa juridicamente é arbitrar a culpa, é arquivar o processo.⁴¹

A socioeducação, definida em lei, pressupõe a incriminação. Para ser socioeducando com entrada nesse “sistema socioeducativo”, há como pressuposto uma classificação penal, subordinada à intervenção policial, em geral violenta, a uma quesitação da promotoria e a uma acusação. Onde está a acolhida?

O Conselho Tutelar, quando acionado, não tem interferência no processo penal. Passada a fase policial, o Ministério Público leva a questão à judicialização com possibilidades: remissão, arquivamento, denúncia com escrutínio do comportamento e da família, no qual entra também o poder profissional. Duarte⁴² relata situações em que não se ouve o socioeducando, mas o escopo é disciplinar, se tomarmos a expressão de Foucault⁴³, ou como exposto acima, é a obediência e a submissão.

A incriminação leva à sanção judicial (com visões mais punitivas que socioeducativas) também auxiliada pelos pareceres do poder profissional que são, mais ou menos, levados em conta⁴⁴. O cumprimento da pena se dá nas condições e dispositivos do Poder Executivo em sua precariedade e cuja prioridade é de controle do comportamento, o que tem um marco constitucional e legal, mas depende de condições institucionais de aplicação das medidas socioeducativas de meio aberto (Prestação de Serviços à Comunidade – PSC e Liberdade Assistida – LA) ou privativas de liberdade (Semiliberdade e Internação). Em 2016⁴⁵, havia 26.450 jovens com medidas privativas de liberdade, um pouco menos que os 35.783 jovens que foram assassinados no Brasil⁴⁶. A internação provisória, que não deve superar 45 dias, destina-se à apuração de fatos. A seguir apresentamos dados selecionados do Levantamento Nacional do Sinase de 2016⁴⁷ e também do Distrito Federal⁴⁸.

41 FALEIROS, 2009.

42 DUARTE, 2018.

43 FOUCAULT, 1977.

44 TERRA; AZEVEDO, 2018.

45 BRASIL, 2018.

46 IPEA, 2019.

47 BRASIL, 2019.

48 CODEPLAN, 2013.

As informações do Levantamento Nacional foram enviadas pelos estados e o Distrito Federal referentes à situação do atendimento em 30 de novembro de 2015, mostrando predominância da internação do sexo masculino (96%) e de considerados negros (59,08%), sendo que 57% estavam na faixa etária de 16 -17 anos. A Tabela I mostra a distribuição dos adolescentes em medidas socioeducativas por tipo de medida.

Tabela I – Porcentagem de Internação, Internação Provisória, Semiliberdade e outros – Total – Brasil (2016)

| Tipo de medida | Números absolutos | Porcentagem (%) |
|-----------------------|-------------------|-----------------|
| Internação Provisória | 5.184 | 20,00 |
| Atendimento Inicial | 334 | 1,3 |
| Internação/Sanção | 187 | 0,70 |
| Semiliberdade | 2.178 | 8,00 |
| Internação | 18.567 | 70,00 |
| Total | 26.450 | 100 |

Fonte: Levantamento do Sinase de 2016.

Como se pode observar, nas medidas socioeducativas, predomina a internação com 70% das ocorrências, vindo em seguida a internação provisória com 20%, semiliberdade com 8% e outros com 2%.

A internação parece ser a resposta mais direta para cessar a ação infratora, ou o denominado “perigo para a sociedade”, mesmo considerando que o Estado e a sociedade colocam o adolescente em perigo. O processo de sanção ao ato infracional deveria levar em conta o contexto e o processo de envolvimento, privilegiando a educação e a convivência e não somente valorizando a segregação do meio, como predomina no imaginário da separação entre “maçã podre” e maçã sadia. A segregação dos chamados perigosos em hospícios, prisões e “comunidades terapêuticas” traz o sossego da ordem em primeiro lugar. Do ponto de vista pedagógico, deve representar um processo de resignificação do ato e do contexto.

Na Tabela II são disponibilizados os dados sobre os tipos de atos infracionais dos adolescentes, em 2016, segundo as classificações “penais” do Sistema Socioeducativo.

Tabela II – Atos infracionais segundo os tipos do Sistema Socioeducativo -2016

| Tipo de infração | Número | (%) |
|-----------------------------|---------------|---------------|
| Roubo | 12.960 | 46,62 |
| Tentativa de roubo | 248 | 0,89 |
| Tráfico | 6.254 | 22,50 |
| Homicídio | 2.730 | 9,82 |
| Tentativa de homicídio | 795 | 2,86 |
| Latrocínio | 690 | 2,48 |
| Tentativa de latrocínio | 149 | 0,54 |
| Lesão corporal | 210 | 0,76 |
| Ameaça de morte | 149 | 0,54 |
| Sequestro e cárcere privado | 35 | 0,13 |
| Porte de armas de fogo | 535 | 1,92 |
| Porte de arma branca | 62 | 0,22 |
| Estupro | 321 | 1,15 |
| Atentado violento ao pudor | 3 | 0,01 |
| Busca e apreensão | 140 | 0,50 |
| Formação de quadrilha | 84 | 0,30 |
| Dano | 69 | 0,25 |
| Furto | 894 | 3,22 |
| Receptação | 281 | 1,01 |
| Estelionato | 3 | 0,01 |
| Outros | 1.187 | 4,27 |
| Total | 27.799 | 100,00 |

Fonte: Levantamento do Sinase 2016

Tendo em vista que pode ocorrer mais de um ato infracional atribuído ao mesmo adolescente, foram constatados 27.799 atos infracionais em 2016, sendo 47,51% (12.960) classificados como análogo a roubo (acrescido de 0,89% de tentativa de roubo), e 22,5% (6.254) foram registrados como análogo ao tráfico de drogas. As três infrações contabilizam 70%. O ato infracional análogo ao homicídio foi registrado em 9,82% (2.730) do total de atos praticados, havendo 2,83% de tentativa de homicídio, pontuando juntos 12,65%. O roubo busca uma apropriação para si de bens de proprie-

dade do outro com uso da violência. Pode até estar associado ao tráfico ou uso de drogas em circulação como, por exemplo, maconha, crack, cocaína. Mas tráfico é, ao mesmo tempo, uma mercadorização, controle empresarial ilegal da droga, busca de satisfação e trabalho. Vários países já legalizaram o uso medicinal e/ou recreativo da maconha, mas é fundamental salientar que o “enfrentamento das drogas” tem muitas dimensões como prevenção, redução de danos e repressão, esta prevalente no Brasil. Vale ressaltar que a prática de atos infracionais por adolescentes do gênero feminino pontua 942 atos correspondendo a 3,38% do total.

Os dados nacionais são comparáveis aos do Distrito Federal⁴⁹: o roubo predomina (42,2%) dentre os atos infracionais, mas diferentemente segundo a Medida estabelecida, sendo 36,7% na PSC, 33,2% na LA, 47,1% na Semiliberdade e 35,9% na Internação.

O uso da violência direta predomina na prática da infração, com implicações na sensação de insegurança e de medo social. Pontua-se a predominância de roubo, que juntamente com furto, atinge 50% de infrações contra a propriedade, embora com ameaça em casos de roubo, sinalizando a questão do acesso a bens de consumo, e expressão de desejo, por exemplo, de celulares ou dinheiro no contexto da desigualdade de acesso ao consumo. Essas infrações estão também associadas com o tráfico de drogas, que depende de dinheiro do consumo de substâncias e da ligação com organizações do crime, como foi salientado acima na discussão sobre territorialidade, criminalidade e organização desse tipo de ilicitude.

As infrações relativas a agressões contra a vida como homicídios, tentativas de homicídio e latrocínio somam 15%, o que exige um aprofundamento da questão da aprendizagem da convivência, do respeito ao outro e dos direitos humanos de todas as pessoas à vida digna. O acesso a armas levará a um aumento das condições de criminalidade e de domínio do tráfico.

Para atuar no sistema socioeducativo⁵⁰, foram identificados 32.465 profissionais, o que indica uma média nacional de 1,22 por adolescente. Esse número, que é relativamente reduzido em função de plantões, não consegue dar conta de uma inserção social que precisa ser articulada com uma rede de proteção. É preciso avaliar a reincidência ou reiteração do ato infracional.

49 CODEPLAN, 2013.

50 BRASIL, 2018.

Dentre os atendidos pelo Serviço Social em São Paulo, em 2017⁵¹, assinala-se que a reincidência com dois atos era de 29%; com três ou mais atos, de 45%; primários, de 26%. No Distrito Federal, a PSC⁵² apresenta a taxa mais baixa de reincidência entre as medidas, com 28,3%. Na LA, a taxa de reincidência é de 33,1%. A Unidade de Semiliberdade do Recanto das Emas, unidade com maior número de adolescentes nessa medida, é a que apresenta o maior percentual de reincidentes, com 87,5%. A unidade do Gama, por seu turno, é a que apresenta menor proporção de reincidentes nessa medida, 71,4%. A internação tem uma taxa de reincidência de 84,2%. A Lei do Sinase prevê um Plano de Atenção Individual – PIA, bem como normas para organização e responsabilização da gestão e também fiscalização dos Centros de Internação pelo MP e Conselhos Tutelares. A reincidência é complexa e acontece evidentemente fora das unidades, embora o crime organizado também atue dentro delas, necessitando-se de um processo progressivo de inserção em condições de cidadania, proteção. A desigualdade de proteção persiste, embora o Programa de Proteção a Testemunhas tenha preservado vidas, mas é importante investir numa rede de proteção do egresso.

Nas condições desiguais de vida das periferias, o suporte familiar é precário, em geral, com o descaso paterno e do Estado, e em territórios com domínio do tráfico. No Distrito Federal⁵³, surpreende o percentual que informa que residem com a mãe, com ou sem a presença de irmãos e outros familiares, mas sem a figura do pai ou do padrasto: 41,4% na PSC, 36,9% na LA, 54,2% na semiliberdade e 40,4% na internação. Ressalta-se que, na Unidade de Semiliberdade do Recanto das Emas, 58,3% dos adolescentes residem com a mãe, maior percentual dentre todas as medidas e unidades (DF). Os percentuais de solteiros são 81,8% na PSC, 84,4% na LA, 89,8% na semiliberdade e 75,4% na internação (DF) 2013. Há adolescentes que são pais e têm família.

O mesmo perfil da discriminação de raça se faz presente na população de jovens em restrição de liberdade⁵⁴, constatando-se que 59,08% são pretos, 22,49% são brancos, mas há 16,54% sem designação alguma, o que surpreende. Na internação há predominância do sexo masculino (96%) e da faixa etária de 16 -17 anos com pontuação de 57%.

51 TERRA; AZEVEDO, 2018, p. 102.

52 CODEPLAN, 2013.

53 CODEPLAN, 2013.

54 BRASIL, 2018.

A expulsão da escola expressa-se também no Distrito Federal na situação dos adolescentes que estão em LA, pois 49,1% não estudam, 46,5% dos adolescentes que cumprem a medida de PSC declaram não estar estudando e 9,1% declaram-se matriculados em unidades de ensino. Em LA, 49,1% não estudam e 7,6% estão matriculados, mas não frequentam a classe. 61,6% dos adolescentes nessa medida não têm instrução ou têm ensino fundamental incompleto. Quanto ao nível de instrução dos adolescentes que cumprem a medida de semiliberdade, 79,7% possuem ensino fundamental incompleto. Dentre os adolescentes que cumprem a medida de internação, 90,9% declaram estar matriculados e frequentarem as aulas, sendo que 82% dos internos têm ensino fundamental incompleto, 15,8% concluíram o ensino fundamental e 2,2% têm o ensino médio terminado. No Distrito Federal, 70% declaram ter sofrido violência.

A renda proveniente do trabalho explorado não alcança para viver. Quanto à média de renda familiar, os entrevistados, no Distrito Federal, declaram que ela é menor que um salário mínimo com as seguintes pontuações: 11,7% da PCS, 14,8% da LA, 14,7% da Semiliberdade e 28,7% da Internação. De um a dois salários mínimos, os dados foram: 36,7,7% da PCS, 33,2% da LA, 47,1% da Semiliberdade e 35,9% da Internação. Há que se constar que não há informação desse item para aproximadamente 40% das entrevistas. No Distrito Federal, foi constatado que 10,2% dos adolescentes em semiliberdade realizaram atividades de tráfico de drogas antes dos 14 anos e 47,8% em condição de internação.

5. Conclusão

Na análise crítica das teorias da delinquência ou da criminalidade praticada por adolescentes, foi fundamental distinguir aquelas que põem ênfase nas relações interindividuais ou no desvio individual das que enfatizam dialeticamente a totalidade do sistema de desigualdade e suas contradições na articulação complexa entre estrutura e superestrutura como se fez neste artigo. Estado, economia, sociedade e condições familiares se entrelaçam na exclusão de jovens da periferia reproduzida no sistema socioeducativo. Assim, ficam estabelecidas as condições de precarização, segregação e de desigualdade da população jovem. Adolescentes da periferia, adolescentes assassinados e adolescentes do sistema socioeducativo têm o mesmo perfil, as mesmas condições de desigualdade. São expressões da exclusão social e

das condições de desigualdade socioeconômica. O lugar de exclusão entre mortos e não mortos é o mesmo que o de inseridos no sistema socioeducativo. A integração do SINASE no SUSP – Sistema Único de Segurança Pública⁵⁵ levará os agentes socioeducativos à sua identificação como policiais, agentes de contenção inclusive com porte de armas.

Na articulação tridimensional entre estrutura da exclusão, violência contra adolescentes e jovens e penalização ficou explícito que o sistema penal juvenil – Sinase, reproduz o sistema social e ao mesmo tempo o sistema penitenciário na prática da contenção e no processo de incriminação/etiquetagem, embora o ECA tenha estabelecido a internação como o último recurso e com brevidade e dignidade. Estrutura, condições e ações do sistema penal juvenil reproduzem as desigualdades socioeconômicas geradas pelo capitalismo.

Vale destacar que no Sinase existe o Projeto Individual de Atenção – PIA, que deve incluir atividades, informação, voz dos internos, mas faltam programas estruturantes, condições e voz dos adolescentes, devendo ser executado sem a truculência e a burocracia. No entanto, a PEC 171/1993, aprovada na Câmara dos Deputados, reduz a inimputabilidade penal de 18 para 16 anos em caso de crimes hediondos e está no Senado Federal para deliberação, no caminho da “penitenciariação” e não da educação. Tanto Cifali⁵⁶ como Budó⁵⁷ fazem uma análise detalhada das propostas sobre o rebaixamento da idade penal.

A estrutura de poder do Sinase está nas mãos do sistema judiciário, centrado no poder judicante da disputa e não da resolução de conflitos da desigualdade⁵⁸, embora com equipes técnicas que produzem laudos relativos aos conflitos sociais.

O olhar dominante de especialistas e militantes para a “saída” ou desenvolvimento de um caminho de inserção e dignidade enfatiza a prevenção da delinquência juvenil, o que é essencial, pressupondo ação efetiva das políticas públicas nos territórios de exclusão ou segregação por meio de uma integrada e efetiva garantia de direitos e de cidadania. A escola de tempo integral e de qualidade é fundamental. As portas de entrada no sistema estão

55 PROJETO DE LEI 19/2018.

56 CIFALI, 2019.

57 BUDÓ, 2015.

58 FALEIROS, 2009.

definidas, mas as portas de saída são fluidas e abertas à reintegração na pobreza e no tráfico, necessitando-se atender às expectativas dos adolescentes e jovens que precisam ser consideradas em seu protagonismo que precisa ser fortalecido e apoiado numa rede de proteção.

É fundamental a discussão crítica da criminologia aliada à discussão do sistema penal e da estrutura, das condições e das ações do sistema penal juvenil que reproduzem as desigualdades socioeconômicas geradas pelo capitalismo. A mobilização de militantes de direitos humanos tanto da sociedade como do Estado visa fortalecer o Estado de direitos e a participação nos Conselhos de Direitos, como o Conanda que o governo Bolsonaro está esvaziando. A voz dos adolescentes e crianças é um direito previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Têm direitos também à proteção integral, à convivência digna na sociedade, num Estado de direito com um projeto de democracia (poder e participação popular) e de redistribuição da riqueza.

Referências

- ALTHUSSER, Louis. *Posições 2. Aparelhos ideológicos do Estado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
- ATHAYDE, Celso; MV Bill. *Falcão – meninos do tráfico*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. 1ª ed, 8ª reimpressão. México: Siglo Veintiuno, 2009.
- BARCELLOS, Caco. *Rota 66 – a história da polícia que mata*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- BEATO, Cláudio C; PEIXOTO, Betânia Totino. Há nada certo. Políticas sociais e crime em espaços urbanos. In: SENTO-SÉ, João Trajano. *Prevenção da violência- o papel das cidades*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p.163-202.
- BRASIL. *Levantamento Anual SINASE- 2016*. Brasília. Secretaria Nacional MMDH-2019. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2016Final.pdf.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). *Levantamento anual Sinase 2016*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018. Disponível em: https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2016Final.pdf

- BUDÓ, Marília de Nardin. Modernizar se conjuga no pretérito: a privação de liberdade de adolescentes no discurso legislativo brasileiro. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n.46 p. 223 a 267 jan/jun 2015. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo8_46.pdf
- CALIMAN, Geraldo. *Desvio social e delinquência juvenil*. 1ª ed. Brasília: Universa, 2006.
- CEPAL. *Panorama social de América Latina*. Santiago - LC/PUB.2019/3-PIS-BN: 978921122008731. Santiago: Editorial CEPAL, Janeiro 2019. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/ps>
- CIFALI, Ana Claudia. *As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades*. Tese de doutorado. PUC-RS, 2019. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8884/2/ANA%20CLAUDIA%20-%20Tese%20Ana%20Cifali%20entrega%20pdf.pdf>. Acesso em 20/01/2020.
- CODEPLAN – Companhia de Planejamento do Distrito Federal. *Perfil e percepção social dos adolescentes em medida socioeducativa no Distrito Federal*. Brasília: CODEPLAN – Secretaria da Criança- 2013. Disponível em: <http://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Perfil-e-percepção-social-dos-adolescentes-em-medida-socioeducativa-no-Distrito-Federal.pdf>.
- DUARTE, Joana das Flores. *Meninas e território- criminalização da pobreza e seletividade jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Cortez, 2018.
- DUBAR, Claude. Os “ensinamentos” dos enfoques sociológicos da delinquência juvenil In PAIVA, Vanilda; SENTO-SÉ, João Trajano. (Orgs) *Juventude em Conflito com a Lei*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p.107-180
- DURKHEIM, Emílio. *Las reglas del método sociológico*. 2ª ed. Buenos Aires: Schapire, 1969, p. 62
- ESPEZIM DOS SANTOS, D. M., & VERONESE, J. R. P. (2019). A proteção integral e o enfrentamento de vulnerabilidades infantoadolescentes. *Revista De Direito*, 10(02), 109-157. <https://doi.org/10.32361/20181022056>
- FALEIROS, Vicente de Paula. *Globalização, correlação de forças e serviço social*. 1ª ed. São Paulo, Cortez, 2013.
- FALEIROS, Vicente de Paula. Impunidade e inimizabilidade, In: *Serviço social & sociedade*, Vol, 24 n. 77, p.78-97, março 2004.
- FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. IN; RIZZINI, I.; PILOTTI, F. *A arte de governar crianças*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2009b.

- FALEIROS, Vicente de Paula. Uma experiência de supervisão na área psicossocial: desafios teórico-práticos. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 258-267, jan. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802009000200016/11155>>. Acesso em: 28 nov. 2019. doi:<https://doi.org/10.1590/S1414-49802009000200016>.
- FALEIROS, Vicente de Paula. *Violência contra a pessoa idosa: ocorrências, vítimas e agressores*. 1ª ed. Brasília: Universa, 2007.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1977
- GUIMARÃES, Maria Tereza Canezin; SOUZA, Sônia M. Gomes. (Orgs). *Juventude e contemporaneidade - desafios e perspectivas*. 1ª ed. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2009.
- IBGE. *Indicadores sociais*. 2018. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/ce915924b20133cf3f9e-c2d45c2542b0.pdf.
- IPEA. *Atlas da violência*, 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 3ª ed. Madri: Siglo Veintiuno, 2000.
- MARTINS, Francisco. Violência e “ninguém”. IN SOUZA, Mériti; ARAÚJO, José Nilton Garcia de. *Dimensões da violência*. 1ª ed. São Paulo: Casa do psicólogo, 2011, pp. 35-56.
- MARX, Karl. *Sobre o Suicídio*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2006.
- MERTON, Robert K. *Sociologia - teoria e estrutura*. 1ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- ROSA Gabriel Artur Marra e.; SANTOS, Benedito Rodrigues dos; FALEIROS Vicente de Paula. Opacidade das fronteiras entre real e virtual na perspectiva dos usuários do Facebook. In *Psicologia USP*. 2016, volume 27, número 2 p. 263-272. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-656420130026>
- SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. *O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários*. Brasília: IPEA Nota Técnica n. 20, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_nt_maioridade_penal.pdf.
- SOARES, Luiz Eduardo. *Desmilitarizar: segurança e direitos humanos*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

- SOUSA, Sônia M. Gomes (Org.) *Adolescentes autores de atos infracionais*. 1ª ed. Goiânia: PUC- Goiás- 2013
- SOUZA, Edinilsa Ramos de; PERES, Maria Fernanda Tourinho; CONSTANTINO, Patrícia; BOGHOSSIAN, Cynthia Ozon, RUOTTI, Caren; FREITAS, Taís Viudes; VICENTIN, Diego. *Jovens em risco social – avaliação de programas de prevenção à violência armada*. 1ª ed. Brasília: Ministério da Saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz; São Paulo: Hucitec, 2013.
- TERRA, Cilene; AZEVEDO, Fernanda. *Adolescente, ato infracional e serviço social no Judiciário*. 1ª ed. São Paulo: Cortez, 2018
- TRAUBE, Patrick. *Violences: côté face, côté profil*. 1ª ed. Paris: ODIN, 2002.
- WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan; FASE, 2001.

Recebido em 18 de fevereiro de 2020.

Aprovado em 27 de julho de 2020.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar as relações entre a estrutura da desigualdade social, a delinquência juvenil, a violência e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo- Sinase -Lei 12.594 de 18/01/2012. A metodologia consistiu em coleta de dados secundários com análise de profundidade, em revisão narrativa, do contexto da criminalidade e do sistema penal socioeducativo. Os resultados mostram a ausência de condições de vida, a discriminação e retração do Estado no neoliberalismo de forma articulada com a significativa perpetração de violência letal contra adolescentes e jovens da periferia e negros e a inserção no sistema de punição, com a predominância da privação de liberdade. Como conclusão, considera-se que adolescentes e jovens envolvidos nas infrações penais e vítimas de homicídio são multidimensionalmente punidos ou penalizados como vítimas do descaso e da violência do Estado, da negação da cidadania e de direitos, bem como da desigualdade socioeconômica, de aliciamento pelo crime organizado, da incriminação penal e do sistema de controle policial da população excluída e periférica. O fortalecimento do Estado policial/penal e o rebaixamento da inimizabilidade vão na direção contrária à prevenção a ser efetivada por uma política de educação em tempo integral e de inclusão da diversidade na ótica dos direitos humanos e de acesso ao trabalho digno.

Palavras-chave: fabricação da criminalidade, penalização de adolescentes, sistema socioeducativo, desigualdade social.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relationships between the structure of social inequality, juvenile delinquency, violence and the National System of Social and Educational Assistance - Sinase - Law 12,594 of 18/01/2012. The methodology consisted of collecting secondary data with depth analysis with narrative review of the context of crime and the socio-educational penal system. The results show the absence of living conditions, the discrimination and retraction of the State in neoliberalism in an articulated way with the significant perpetration of lethal violence against adolescents and young people from the periphery and blacks and the insertion in the punishment system, with the predominance of the deprivation of freedom. As a conclusion, it is considered that adolescents and young people involved in criminal offenses and victims of homicide are multidimensionally punished or penalized as victims of neglect and violence by the State, denial of citizenship and rights, as well as socioeconomic inequality, enticement by organized crime, criminal incrimination and the police control system of the excluded and peripheral population. The strengthening of the police / penal state and the reduction of non-accountability go in the opposite direction to the prevention to be carried out by a policy of full-time education and the inclusion of diversity from the perspective of human rights and access to decent work.

Keywords: production of the crime, penalty of adolescents, socio-educational system, social inequality.

SUGESTÃO DE CITAÇÃO: FALEIROS, Vicente de Paula. Criminalidade, desigualdade social e penalização de adolescentes e jovens. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1368>.

Classificação social, modernidade/ colonialidade e relações de gênero: uma abordagem decolonial do rompimento do tecido comunitário dos Povos Tupinambás

*Social classification, modernity/coloniality and gender relations:
decolonial approach to the disruption of the Povos Tupinambás
community web*

Victória Taglialegna Salles*

Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto – MG, Brasil

Rainer Bomfim**

Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto – MG, Brasil

Margareth Diniz***

Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto – MG, Brasil

1. Introdução

A classificação social imposta pelo modelo europeu hegemônico sobre as Américas em razão do sistema de produção capitalista ocultou a história

* Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Mestranda em Direito pelo Programa “Novos Direitos, Novos Sujeitos”, da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pesquisadora bolsista CAPES. Membro do Grupo de Pesquisas “Ressaber – Estudos Decoloniais”. E-mail: victoriataglialegna@gmail.com.

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestrando em Direito pelo Programa “Novos Direitos, Novos Sujeitos”, da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Membro do Grupo de Pesquisas “Ressaber – Estudos Decoloniais”. E-mail: rainerbomfim@outlook.com.

*** Pós-doutora em Educação Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e PUC MINAS. Doutora e mestre em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bacharela em Educação pela PUC MINAS. Professora adjunta da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), coordenadora do Observatório de Pesquisa Educacional CAPES/FAPEMIG e líder do grupo de pesquisa Caleidoscópico UFOP/CNPQ. E-mail: dinizmargareth@gmail.com.

dos povos tradicionais^{1 2} que aqui se encontravam/encontram e sua forma relacional, tendo como uma de suas diversas consequências a ruptura do tecido comunitário³ das aldeias a partir de uma matriz de poder, que impede a assunção da descontinuidade dessas comunidades fora do denominado padrão social moderno⁴.

Compreender as relações de gênero e as modificações das comunidades indígenas resultantes da colonialidade de poder é de suma importância em razão da expansão e anexação do território das Américas, bem como analisar hipóteses para recuperar sua forma interna de convivência a partir da trans-

1 Paul Little (2004) afirma que o conceito de *povos tradicionais* está ligado primeiramente a uma razão histórica – regime de propriedade comum, sentido de pertencimento a um lugar específico e profundidade histórica da ocupação guardada na memória coletiva. Surgiu no intuito de unir grupos sociais que defendem seus territórios em coalizão com o apoderamento ilícito do Estado-nação, bem como para ambientalistas e preservacionistas lidarem com grupos sociais residentes em Unidades de Conservação de Proteção Integral. Outro ponto abordado no contexto ambientalista refere-se à proximidade entre socioambientalistas e grupos diversos que mostraram historicamente outras formas de exploração dos recursos naturais de forma sustentável, proporcionando formas de gestão coletiva do território. A partir dos debates sobre autonomia territorial o termo foi abordado politicamente e exemplificado pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relacionando-o aos debates sobre direitos dos povos. O conceito *povos tradicionais* oferece uma análise que une a existência de propriedades em comum, o sentido de pertencimento a um lugar, a procura de autonomia cultural e práticas adaptativas sustentáveis, possibilitando encontrar semelhanças na diversidade fundiária do Brasil, enquanto se insere no meio das lutas territoriais aqui presentes. Separados, a palavra *povos* traz o debate sobre os direitos desses povos, que são transformados como instrumento nas lutas por justiça social, tendo por objetivo o reconhecimento da legitimidade dos regimes de propriedade e das leis que os fundamentam. A palavra *tradicional* tende a associá-la a noção de imobilidade histórica e atraso econômico, mas ao mesmo tempo refere-se a realidades fundiárias plenamente modernas, relativa às tradições culturais que se atualizam e se mantêm em uma dinâmica de transformação (LITTLE, 2004, pp. 282-284).

2 Quanto a vertente jurídica do termo, sua inserção deu-se por meio de um decreto federal e nos termos artigo 1º da Convenção nº 169 da OIT. O Decreto-Lei nº 6.040/2007 institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e os conceitua em seu artigo 3º, inciso I, sendo povos e comunidades tradicionais 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 (BRASIL, 2007). Conforme recorte metodológico do presente trabalho científico, os povos tradicionais que nos referimos são os indígenas brasileiros.

3 Tecido comunitário é toda organização social das comunidades indígenas formadas por meio de uma relação complementar e não hierárquica entre elas. Este processo histórico antecede à colonialidade, conforme demonstraremos no decorrer do texto.

4 Entendemos por padrão social aquele imposto nos moldes europeus, considerado como aceitável a partir da construção da família burguesa branca, binária e que adota o sistema econômico capitalista como modelo de produção econômica.

formação imposta no mundo-aldeia⁵, uma vez que as relações de gênero, como demonstraremos, também foram impactadas a partir da intrusão da ordem colonial/moderna nas comunidades da América Latina.

A imposição de um padrão definido pela modernidade/colonialidade teve por consequência a determinação aos indivíduos que desempenhavam formas de comportamento e não atendiam a lógica dual dos europeus como os indígenas, os não-brancos, os não-héteros e as mulheres⁶, ou seja, aqueles/as detentores/as de identidades diversas dos sujeitos brancos e europeus, sendo vistos/as a partir de olhar de inferioridade.

Neste contexto, por meio de uma breve explanação, traremos algumas narrativas que relatam formas relacionais nas aldeias Tupinambás, no território brasileiro, a partir dos papéis atribuídos aos gêneros no contexto laboral e social, expressas na obra *História das Mulheres no Brasil*, livro organizado pela historiadora brasileira Mary Del Priore, coordenado por Carla Bassanezi Pinsky e texto de autoria de Ronald Raminelli⁷, intitulado Eva Tupinambá; de pontos abordados pelo antropólogo brasileiro Viveiros de Castro, em sua entrevista publicada na Revista Sociologia e Antropologia realizada pelas antropólogas Elsje Lagrou e Belaunde Euvia⁸; e pelo professor e historiador brasileiro João Azevedo Fernandes⁹, na obra *De Cunhã a Mameluca: a mulher tupinambá e o nascimento do Brasil*.

Além disso, questionaremos como desarticular a colonialidade do poder¹⁰

5 Mundo-aldeia refere-se às realidades que caminham junto e ao lado do mundo sob a intervenção da modernidade colonial e que, ao serem influenciadas pelo processo de colonização, tanto metropolitano, como republicano, foram prejudicadas. Conceito que se opõe ao denominado mundo-Estado (SEGATO, 2012, p. 10).

6 Nas palavras da filósofa Argentina María Lugones (2014, p. 943) “vemos a dicotomia do gênero operando normativamente na construção social e nos processos coloniais de subjetivação opressiva. Mas, se vamos fazer outra construção do ente relacional, necessitamos colocar entre colchetes o sistema de gênero colonial dicotômico humano/não humano, que é constituído pela dicotomia hierárquica homem/mulher para os coloniais europeus + os/as colonizados/as não gendrados/as, não humanos/humanas”.

7 1997.

8 2011.

9 2016.

10 O conceito de Colonialidade do Poder, elaborado por Aníbal Quijano (2005, p. 4), ocupa uma centralidade nos estudos da decolonialidade, que articula as questões de raça e trabalho, pessoas e espaço que obedecem as necessidades do Capital dentro do contexto colonial, que pode se perceber algum dos aspectos ligados a tais formas que esse poder de exercia/exerce. Tal conceito impôs como padrão de controle do trabalho o sistema capitalista e como base na divisão internacional racial do trabalho, atribuindo padrões de trabalhos de acordo com os traços fenotípicos; para o controle e forma de autoridade coletiva tem como elemento central o

e do saber¹¹ e investigaremos a possibilidade de se efetivar a luta pela autonomia¹² dos povos indígenas ao verificarmos essas transformações que interferiram na descontinuidade do mundo-aldeia e ocultaram um povo histórico sob a tutela do mundo branco. Ao final, identificaremos a reprodução do discurso moderno pelo Estado Democrático Direito, ainda que os indígenas tenham sido reconhecidos como sujeitos de direito.

Na busca por uma alternativa para interpretar a tensão apresentada, não pretendemos causar um confronto e responder ao questionamento levantado anteriormente, mas apenas articularmos um novo desconforto sob olhar das leituras decoloniais e vislumbrar possíveis fissuras capazes de nos auxiliar a pensar em uma saída, se é que ela existe.

Estado-nação, que fora forjado em muitas localidades; para o controle do sexo se tem a família burguesa, tendo a centralidade da mulher branca; e, por último, o paradigma eurocêntrico se demonstra como a maneira hegemônica de produção do conhecimento. Afirma também que a colonialidade do poder não se exauriu com fim das relações modernas/coloniais (e do Colonialismo) e é presente até hoje através de mecanismos de dominação, sendo que é reconhecido como o padrão histórico do poder.

11 Anibal Quijano (2005) trata do termo Colonialidade do Saber, como um desdobramento da Colonialidade do Poder cunhado em 1995, que se refere ao paradigma eurocêntrico como forma hegemônica de dominação. O autor conceitua a colonialidade do saber como projeto moderno-eurocêntrico de controle das subjetividades, para construir estruturas de conhecimento que emergem da experiência da marginalização do outro, especialmente o colonial, perpetrando uma estratégia de dominação pela hierarquização cultural e social, sendo uma das fases do eurocentrismo. Em termos históricos, a colonialidade do saber permitiu ao homem europeu, cristão, branco, elitista, heterossexual e cisgênero impor-se como sujeito universal de direitos, além de apresentar o seu conhecimento como o único científico. Conseqüentemente, em uma lógica binária-redutivista, o conhecimento não-europeu foi subalternizado, considerado peculiar, secular, passado e enigmático e, portanto, incapaz de alcançar a verdade e a universalidade inerentes ao conhecimento do colonizador. Esse conceito é a chave para se entender a tentativa de “naturalização” e “neutralização” por parte dos colonizadores.

12 Para entender o reconhecimento constitucional brasileiro da autonomia indígena há a necessidade de entendermos quatro pressupostos da autonomia. O primeiro relaciona-se com o direito originário dos povos indígenas aos seus modos de exercerem seus direitos em virtude dos seus costumes, tradições e valores presentes em suas comunidades, ou seja, que decorre da sua preexistência ao Estado brasileiro. O segundo ponto para que essa autonomia seja efetiva é a luta desses povos, suas resistências ao etnocídio e a expropriação que foram submetidos para a constituição na “nação” brasileira. O terceiro refere-se à sua constituição por meio do ordenamento político-jurídico do Estado-nação e, por último, sua garantia de preservar a especificidade organizacional sócio-política e os Direitos dos grupos étnicos por meio da preservação e do desenvolvimento da cultura indígena. Nesse sentido, a autonomia para os povos indígenas liga-se a autodeterminação desses ditarem suas próprias regras dentro de um âmbito limitado de competência definido pela Constituição Federal de 1988, não se submetendo a outras leis, que não sejam as estabelecidas por eles próprios (ALBUQUERQUE, 2003, pp. 305-332). Conforme abordado adiante, está estritamente ligada à concepção de pluralismo histórico.

Apresentaremos também a devolução da autonomia dos povos tradicionais a partir do pluralismo, buscando o reconhecimento da diversidade enquanto individualidade e coletividade, repensando rupturas que possam recompor o tecido comunitário. A chave é a luta pela existência de um Estado restituidor da jurisdição própria e do foro interno que garanta a sua deliberação e que considere a possibilidade dos/as indígenas inserirem seu projeto histórico.

Nesse sentido, a operacionalização da pesquisa dar-se-á pela vertente metodológica jurídico-sociológico entre a variável sociedade e a relação direito/sociedade, demonstrando as contradições presentes no direito e os aspectos socioculturais e políticos¹³, bem como pela revisão bibliográfica para o embasamento teórico com leituras decoloniais¹⁴.

2. Modernidade/Colonialidade e as Classificações Sociais

Parte-se do contexto da materialização do capitalismo com a formação das Américas, recorte realizado para a formação argumentativa, e de uma nova ordem mundial monocêntrica após 1500, a partir da invasão europeia que a transformou¹⁵.

Sob esta perspectiva, a Europa exerceu seu domínio econômico-político-social na América Latina entre os séculos XVI e XXI para aumentar a produção interna do continente a partir do modelo econômico capitalista, e também introduziu sua forma de saber por meio de um ideal progressista baseado no discurso da salvação¹⁶, retórica denominada modernidade¹⁷.

13 GUSTIN; DIAS, 2013, p. 42.

14 O pensamento decolonial trata de uma epistemologia produzida pelas/os pensadoras/es do sul-global, com foco nas questões que desafiam o padrão da colonialidade/modernidade. Diante disso, busca-se, com enfoque no pensamento de autoras/es latino-americanas, principalmente aqueles integrantes do grupo de pesquisa Colonialidade/Modernidade, (re(des))cobrir perspectivas e formas que possam construir uma decolonização epistemológica (BALLESTRIN, 2003). Este conceito trabalha com a eleição de outra(s) forma(s) de resistência(s) para desocultar aqueles que estão na realidade latino-americana. Para isso, constrói-se uma lógica diversa e com conceitos próprios de sua produção para acessar várias e outras formas de (re)descobrir os saberes de forma pluvi-versa. Esta vertente de estudo objetiva redefinir os focos das questões sociais com várias centralidades, sem a necessária dual da modernidade (SEGATO, 2012).

15 MIGNOLO, 2017, p. 2

16 Salvação essa que aos povos indígenas trouxe destruição/aniquiriação, tanto dos seus povos, quanto de seus costumes, impondo o modelo europeu de organização social e trazendo consigo suas doenças e sua forma de estabelecer relação com o território invadido.

17 MIGNOLO, 2017, p. 4.

Assim, a colonização ocorreu de modo temporal e espacial, constituindo-se por meio da ideia de civilização, criada na Idade Média e pela conquista do Novo Mundo¹⁸⁻¹⁹. Nesse sentido, argumenta que a modernidade, junto à colonialidade, criou a América Latina por um imaginário e a inventou no intuito de justificar sua exploração diante do viés da religiosidade cristã e do ideal missionário.

Acrescenta-se que a transformação do Oceano Atlântico pelos europeus ocidentais, além de escravizar os africanos, desmontou diversas civilizações com o escopo de criar uma estrutura de controle econômico, subjetivo, de normas e de relações de gênero e sexo, sendo os indígenas e os africanos excluídos desse processo²⁰.

Nesse sentido, o poderio capitalista se tornou mundial com a constituição da América (Latina) e deu origem a chamada *colonialidade*, um dos elementos constituintes do padrão dessa forma de dominação, que impõe uma classificação étnica/racial da população mundial, modelo de poder ainda operacionalizado sobre a existência da sociedade na atualidade²¹.

A hegemonia do capitalismo foi instaurada nas Américas em razão do Atlântico e da dominação eurocêntrica de levar seu modo de produção e de saberes para as demais regiões do globo, estabelecendo a colonialidade e a modernidade como formas de produção de poder. Importante contextualizar, portanto, que o continente americano, ao receber o contato dos ibéricos, inaugurou a modernidade e a organização colonial do mundo.

As novas identidades sociais foram formadas a partir desta matriz de poder, quais sejam índios e índias, negros e negras, azeitonados e azeitonadas, chicanos e chicanas, mestiços e mestiças, amarelos e amarelas, além das “geoculturas do colonialismo, como América, África, Extremo Oriente (as suas últimas, mais tarde, Ásia), Ocidente ou Europa (Europa Ocidental, depois)”²².

Destaca-se que a partir dessas classificações conforme as características biológicas ou da consideração dos elementos da natureza²³, os europeus

18 MIGNOLO, 2017, p. 4.

19 MIGNOLO, 2017, p. 5.

20 MIGNOLO, 2017, p. 5.

21 QUIJANO, 2009, p. 5.

22 QUIJANO, 2009, p. 74.

23 Ver em *Colonialidade do Poder e Classificação Social*, Anibal Quijano (2009).

visavam distinguir as pessoas no intuito de ressaltar as diferenças entre os denominados europeus e os não europeus, tendo a Europa²⁴ como centro de referência²⁵.

No contexto das Américas, especialmente a Latina, as classificações se deram conforme as determinações do capitalismo²⁶, categorias interligadas pela estrutura da colonialidade de poder, sendo o trabalho, a raça e o gênero denominados em razão de dois focos principais: o controle da produção dos recursos naturais e da reprodução biológica, em que as forças de trabalho e dos sexos foram orientadas em função da propriedade privada; bem como a raça, inserida a partir de ambos, tendo o fenótipo como classificador das capacidades históricas dos indivíduos, que por essa lógica ditavam a classe à qual aqueles e aquelas se inseriam²⁷.

Tais padrões foram impostos como classificadores e denominadores de uma sociedade que se compreendeu de forma contínua e duradoura diante da lógica de poder²⁸, que se constituiu para ser hegemônica e resistente e que excluiu/exclui qualquer forma de diferença, bem como objetiva anular a diversidade que existe nas sociedades.

Focaremos aqui nas categorias de gênero como recorte que, a partir do sexo, é a mais antiga na história social, e de raça, que foi incorporada nas Américas²⁹.

Notamos, então, que a lógica que conecta essas três categorias de classificação social é o trabalho, em razão das questões de dominação/exploração de forma imutável, importando esse imaginário para as relações de gênero e de raça, sendo que essas, propriamente ditas, configuram-se em relações descontínuas³⁰.

24 Nas palavras de Quijano (2009) “Europa é, aqui, o nome de uma metáfora, de uma zona geográfica e da sua população. Refere-se a tudo o que se estabeleceu como uma expressão racial/étnica/cultural da Europa, como um prolongamento dela, ou seja, como um caráter distintivo da identidade não submetida à colonialidade do poder”.

25 QUIJANO, 2009, p. 99.

26 Classificação social pode ser entendida como “processos de longo prazo nos quais os indivíduos disputam o controle dos meios básicos de existência social e de cujos resultados se configuram um padrão de distribuição do poder centrado em relações de exploração/dominação/conflito entre a população de uma sociedade e de uma história determinada” (QUIJANO, 2009, p. 100).

27 QUIJANO, 2009, p. 101.

28 QUIJANO, 2009, p. 102.

29 QUIJANO, 2009, p. 106.

30 QUIJANO, 2009, p. 104.

Neste aspecto, a classificação social imposta pelo modelo europeu sobre as Américas em razão da matriz capitalista ocultou a história dos povos indígenas que aqui se encontravam/encontram e sua forma de vivência histórica e de produção de saberes, sendo todo laço que fora constituído rompido por uma matriz de poder, que impediu a assunção de toda descontinuidade dessas comunidades que divergiam do padrão social europeu.

Assim sendo, a colonialidade das relações de gênero refletiu-se a partir dos padrões de organização familiar dos europeus para guiar o “comportamento ideal sexual dos gêneros”, ligados também à classificação racial, assim como as relações de parentesco, por exemplo, sobre os chamados “não-brancos”, tratando-os como mercadorias³¹. As próprias formas de comunidade aqui encontradas foram destruídas e os seus saberes reduzidos à adjetivação de “rurais” e “iletradas de conhecimento”³².

Identificar e compreender as modificações das comunidades indígenas resultantes da colonialidade de poder e de gênero - e como elas se estabeleciam anteriormente - é de suma importância, em razão da expansão e da anexação do território das Américas.

María Lugones³³, a partir da concepção do sociólogo peruano Aníbal Quijano³⁴ de que o processo de dominação e colonização do novo mundo desdobrou-se/desdobra-se no sistema capitalista global de poder que ainda se faz presente na atualidade, propõe um debate a respeito da colonialidade de gênero. Nesse contexto, para Quijano³⁵, a organização do poder capitalista eurocêntrico global é realizada por meio do eixo colonialismo e modernidade, conforme demonstramos.

A partir desta concepção, em seu artigo “*Heterossexualism and the colonial modern gender system*”, Lugones³⁶ radicaliza a análise de gênero abordada por Quijano propondo historicizar o gênero e a heterossexualidade, no intuito de compreender como foram conformados por meio das relações de poder, sendo as categorias analíticas gênero e sexualidade elementos intrinsecamente ligadas a colonialidade de poder.

31 QUIJANO, 2009, p. 111.

32 QUIJANO, 2009, p. 111.

33 2007.

34 2005.

35 2009.

36 2007.

Para a autora, gênero nas abordagens de Quijano aparece como definido a partir de raça e demonstrado nas bases do sexo, de maneira que este é disputado pelos homens por meio do domínio da sexualidade da mulher³⁷. Entretanto, o filósofo deixa de criticar a masculinidade e a mulher como recurso sexual, definindo gênero e sexualidade a partir do ponto de vista biologizante ou às vezes utilizando como sinônimo³⁸. Lugones entende que o gênero se compõe por meio de discursos que o definem enquanto categoria a partir de cada um dos sexos, que antecedem à definição biológica e produzem uma legitimação desses significantes³⁹.

Por meio das pesquisas de Oyéronké Oyewùmi sobre os Yurubás, na África, e de Paula Gunn Allen sobre as tribos indígenas das Américas⁴⁰, Lugones⁴¹ concluiu que o sistema de gênero binário homem/mulher e a dominação masculina passaram a existir apenas quando houve a intrusão do colonizador nas aldeias, que os distinguiu por meio de sistema classificatório, hierárquico, impondo uma organização social heteronormativa, reflexo de articulações do cristianismo e de uma organização patriarcal, que refletiu na estrutura social das Américas.

As aldeias indígenas nas Américas não se organizavam conforme a lógica moderna estruturante, binária, e não possuíam um sistema de gênero e sexualidade ordenados conforme as funções de trabalho hierarquicamente. A partir da colonização de suas relações internas, estas foram interpretadas conforme o sistema binário impositivo, a partir da busca de uma semelhança interpretativa entre as sociedades europeias, e assim classificadas por meio da ótica europeia.

Vemos no mundo-aldeia o rompimento das autonomias⁴² dessa cole-

37 LUGONES, 2007.

38 LUGONES, 2007; MURADAS; MÁXIMO PEREIRA, 2018.

39 LUGONES, 2007; MURADAS; MÁXIMO PEREIRA, 2018.

40 Para maiores elucidaciones ver em OYEWÜMÍ, Oyéronké. *The invention of women: Making an African sense of Western gender discourses*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1997 e ALLEN, Paula Gunn. *The sacred hoop: Recovering the feminine in American Indian traditions*. Boston: Beacon Press, 1986/1992.

41 2007.

42 Compreendemos como autonomia “um princípio que não coincide com direito à diferença, já que permanecer diferente e em nenhum caso vir a coincidir não pode tornar-se uma regra compulsória para todos os aspectos da vida e de forma permanente” (SEGATO, 2012, pp. 109-110). Assim, não se refere à diferença, mas a um pluralismo histórico, em que os indígenas, enquanto povos, possuem sua maneira própria de deliberação para realizar seu processo histórico.

tividade⁴³ ao sofrerem a intervenção dos europeus, além do seu processo histórico enquanto povo⁴⁴. Nesse sentido, a antropóloga argentina Rita Laura Segato⁴⁵ denomina ordem de pré-intrusão a organização do mundo-aldeia anterior à modernidade, e que sofreu interferências a partir do colonialismo permanecendo nessa lógica.

Nesta perspectiva, analisar a transformação imposta no mundo-aldeia pela interface de gênero possibilita demonstrar como essas relações também foram impactadas a partir da intrusão da ordem colonial/moderna.

Por meio da tradução cultural⁴⁶ o gênero é interpretado em tais aldeias como uma categoria já existente e não binária, mas “diferente da que assume na modernidade. E, por outro, quando essa colonialidade/modernidade intrude gênero na aldeia, modifica-a perigosamente”⁴⁷.

As formas analíticas e experimentais apresentam-se incompletas ao realizar essa tradução pelo poder dialógico, que se sobrepõem ao traduzirem o mundo-aldeia para a forma hierárquica de organização social europeia, atribuindo-lhe significados por meio de um olhar ocidental. A partir das análises do Boaventura de Souza Santos⁴⁸, Cláudia Junqueira de Lima Costa⁴⁹ aborda que a tradução extrapola a transferência de significados por meio do processo linguístico de uma linguagem para outra, pois “quando falamos estamos sempre já engajadas na tradução, tanto para nós mesmas/ os quanto para o/a outra/o”.

Assim, a própria tradução cultural já é um ato de poder que anula as formas diversas de saber e os/as indígenas, bem como suas relações de gênero, sendo privados de relatarem suas vivências que diferem do modelo de organização europeia⁵⁰.

43 A coletividade que possui uma pluralidade de histórias são os povos, que deveriam permanecer com a sua forma própria de deliberação para solucionar seus problemas internos, que se entendem enquanto membros de uma comunidade e compartilham uma história comum (SEGATO, 2012, pp. 111-112).

44 SEGATO, 2012.

45 2012.

46 Nas palavras de Cláudia de Lima Costa (2012, p. 42) “a noção de tradução cultural se baseia na visão de que qualquer processo de descrição, interpretação e disseminação de ideias e visões de mundo está sempre preso a relações de poder e assimetrias entre linguagens, regiões e povos”.

47 SEGATO, 2012, p. 118.

48 2002.

49 2012.

50 COSTA, 2012.

Por meio de uma leitura da realidade e da imposição de um discurso a partir da tradução, que tem como pano de fundo as formas de saber e poder ocidental, as categorias surgem e o contato externo as reorganizam de maneira em razão da administração do homem hétero-cis-branco⁵¹. Um dos aspectos centrais dessa transformação foi a interpretação da ocupação da esfera pública somente pelos homens e a privatização da esfera doméstica, que anteriormente desempenhava igualmente função de espaço público e de deliberação⁵².

Há uma inflação da figura masculina nas comunidades tradicionais pelo homem branco que, por meio da colonização, realizou um empoderamento que prejudicou também as relações internas do mundo-aldeia⁵³. Isso influenciou até nas formas de deliberação, afastando as mulheres destas, em que as indígenas tiveram uma relação de subordinação entre os gêneros binários em vez de complementar, como anteriormente⁵⁴.

Neste aspecto, de acordo com o padrão imposto pela modernidade/colonialidade para condicionar como sujeitos de direito os indivíduos, esses deveriam se comportar conforme a lógica dual, em que os/as indígenas, não-brancos e a mulher viram-se considerados como identidades diversas dos sujeitos brancos e europeus. Aqueles e aquelas não tiveram sua identidade reconhecida e, a partir da imposição dos padrões equalizadores e universais, foram definidos como sujeitos de capacidade somente quando se organizaram conforme essa lógica.

Portanto, compreender que o mundo-aldeia possui sua própria forma de organizar e que anteceder à colonialidade/modernidade faz-se necessário. Vê-se pela interface da colonialidade de gênero que as relações hierárquicas ocorriam no mundo-aldeia de pré-intrusão, sob a interpretação da tradução cultural, e essa relação vê-se modificada com a colonialidade, construindo novas formas de opressão e hierarquia.

51 COSTA, 2012.

52 COSTA, 2012.

53 SEGATO, 2012, p. 121.

54 SEGATO, 2012, p. 122.

3. Relações de Gênero e o Tecido Comunitário no Mundo-Aldeia Tupinambá

Diante do contexto abordado sobre as colonialidades do poder, do saber e de gênero que impactaram em classificações binárias, bem como na categoria raça, ambas introduzidas na América (Latina), partimos para enfatizar o impacto da modificação da comunidade tradicional indígena Tupinambá como exemplo. Demonstraremos, com uma breve explanação, a tradução cultural de como se relacionavam os/as indígenas Tupinambás no território brasileiro a partir dos papéis de gênero, expressas nas obras anteriormente citadas⁵⁵.

A narrativa de *Eva Tupinambá* expõe o cotidiano das mulheres Tupinambás, diante de alguns relatos que descreveram a sua ótica a cultura indígena no período colonial, documentos redigidos nos séculos XVI e XVII por visões europeias sobre as comunidades indígenas no litoral do Brasil⁵⁶, mais precisamente no sul da Bahia.

Percebemos a descrição das comunidades indígenas sob uma lupa cristã e a ausência de uma contraposição entre as narrativas indígenas e a descrição desses povos pelo imaginário branco e masculino, a todo tempo transmitindo o padrão eurocêntrico de dominação de um olhar nós x eles, europeus x não-europeus, valores voltados para uma classificação dicotômica. Além disso, o estabelecimento de uma única forma de conhecimento sobre esses povos, qual seja, a europeia, sendo atribuída aos indígenas a denominação de não letrados por desconhecerem os seus conhecimentos enquanto conhecimento científico, se referindo a eles como sinônimos de uma organização social pautada na barbárie.

Tendo em vista a expressão usada por Segato⁵⁷ para substituir o termo cultura por povo, no sentido da dimensão histórica e mutável dessas coletividades, as comunidades foram descritas a partir da percepção de que os europeus brancos “eram os eleitos de Deus, e por isso superiores aos povos do novo continente”⁵⁸ e, além disso, relatou-se a ausência “da organização estatal e da escrita como marcas de barbárie e de primitivismo”⁵⁹, sendo isto uma ideia interpretativa feita aos olhos de quem os analisa.

55 RAMINELLI, 1997; LAGROU; BELAUDE, 2011; FERNANDES, 2016.

56 RAMINELLI, 1997, p. 11.

57 2012.

58 SEGATO, 2012, p. 34.

59 RAMINELLI, 1997, pp. 11-12.

Nesse sentido, inferimos que a colonialidade de saber e de poder estavam desde então intrinsecamente presentes na forma intervencionista dos europeus nas comunidades tradicionais, causando uma ruptura no tecido comunitário do mundo-aldeia para aplicar a lógica científica eurocêntrica de organização social e ocultar a autonomia desses povos.

Ademais, identificamos a operacionalização do território americano como forma de dominação e exploração a partir do viés da religiosidade cristã e do ideal missionário, principalmente em relação às mulheres e nas relações de gênero, prática que se coaduna com a colonialidade de gênero, conforme recorte abordado. Conforme traz:

[...] a lógica das narrativas sobre o cotidiano ameríndio pretende-se aos interesses da colonização e da conversão ao cristianismo. Representar os índios como bárbaros (seres inferiores, quase animais) ou demoníacos (súditos oprimidos do príncipe das trevas) era uma forma de legitimar a conquista da América. Por intermédio da catequese e da colonização, os americanos podiam sair do estágio primitivo e alcançar a civilização. Esses princípios formavam uma espécie de filtro cultural que distorcia a lógica própria dos ritos e mitos indígenas [...].

[...] as descrições da mulher índia sofreram influências da tradição religiosa ocidental, como os colonizadores descreveram os nativos de acordo com os paradigmas teológicos cristãos, observando o Novo Mundo segundo padrões e valores muito distantes da realidade americana [...] ⁶⁰.

Além disso, a narrativa volta-se para a descrição do nascimento dos indígenas na tribo, perpassando pelas relações entre filhos, bem como pela transformação para a puberdade, pela formação da família e o desenvolvimento da sexualidade.

Na análise descritiva, quando um Tupinambá nascia, todas as mulheres da tribo e o pai estavam presentes. Este desempenhava uma participação na hora de comprimir o ventre materno e cortava o cordão umbilical do nascituro, caso fosse a criança do sexo masculino ⁶¹. Nos dias subsequentes ao parto, o pai permanecia ao lado da mãe e ambos não exerciam atividade laboral durante a fase de resguardo, que terminava com a queda do cordão

60 RAMINELLI, 1997, p. 12.

61 RAMINELLI, 1997, p. 13.

umbilical e, logo após este período, retomavam aos trabalhos na roça, permanecendo a criança sob os cuidados da mãe.

Entretanto, nesta ótica o amor maternal e a preservação da família eram relações aparentemente de descaso e sem importância na concepção dos europeus, sendo descrita de forma selvagem, comparados muitas vezes como hábitos medievais⁶². Nesse sentido, notamos que o padrão europeu ocidental foi imposto desde o início da colonização, entendido como a única forma de organização societal correta.

Outro relato analisado foi das relações matrimoniais, em que indígenas que eram compromissados de forma matrimonial e estivessem insatisfeitos com o convívio, poderiam desfazer-se da união e procurar outros parceiros, sem uma pressão feita pela comunidade ou alguma pena aplicada⁶³, o que para os europeus era inaceitável. Um ponto importante era a poligamia existente entre os caciques e guerreiros, representando um símbolo de prestígio e hierarquia⁶⁴.

Igualmente, também identificamos mais um atributo que configura relação de poder nessa narrativa, a classificação social no intuito de aproximar os indígenas da cristandade: a idade. Os europeus descreveram as mulheres indígenas conforme a alteração das classes de idade entre os ameríndios, subdivididas em seis classes, narrativa que se mostra crítica e higienista ao descrever como as mulheres se cuidavam:

As “classes de idade” concebidas pelo religioso francês apresentam uma forte misoginia. Ao longo de suas descrições, o missionário destaca a fragilidade moral das mulheres. Na puberdade, quando descobriam a sexualidade, as moças perdiam a cabeça, tentadas pelo Diabo, enquanto os rapazes auxiliavam a família, caçando, pescando, sem demonstrar tentações libidinosas. A sexualidade pertencia ao mundo feminino, e o trabalho era a tônica entre “as classes de idade” masculinas⁶⁵.

Diante disso, para os europeus, conforme descrito, o pecado originava-se da fragilidade moral das mulheres e da ausência de vestimenta e

62 RAMINELLI, 1997, p. 16.

63 RAMINELLI, 1997, p. 18.

64 RAMINELLI, 1997, p. 19.

65 RAMINELLI, 1997, p. 24.

nudez explícita, situação atribuída ao significado de luxúria⁶⁶. A narrativa descreve que “algumas índias cometiam desvios contra a ordem natural e furtavam-se de contatos carnavais com os homens, vivendo em estrito voto de castidade, deixavam, por conseguinte, as funções femininas e passavam a imitar os homens, exercendo os mesmos ofícios dos guerreiros”⁶⁷. Aqui, há uma identificação da linguagem binária.

Outro ponto curioso que causou espanto aos europeus foram as cerimônias concebidas como canibalescas entre os indígenas⁶⁸. Os Tupinambás realizavam rituais antropofágicos que comprovadamente a participação do sexo feminino era fundamental, tendo as mulheres posição de destaque em razão de desempenharem funções que, para os europeus, eram estritamente dos homens, vistos como valentes e guerreiros. Neste ponto, o autor menciona que no canibalismo praticado nos séculos XVI e XVII há contradição na predominância masculina no comando das guerras, sendo que as mulheres eram quem exerciam essa função⁶⁹.

Conforme inferimos da entrevista de Viveiros de Castro⁷⁰, o antropólogo, professor e filósofo belga, Claude Lévi-Strauss, ao escrever os mitos indígenas se dedicando as obras *Mitológicas* (1964), *O cru e o cozido* (1964) e *Estruturas elementares do parentesco* (1949), centraliza a relação entre pai e filho em suas análises, percebendo que a relação de parentesco se dava de maneira patrilateral nas comunidades indígenas⁷¹. Por meio da tradução dos mitos indígenas sob sua perspectiva, identifica os gêneros, ainda que não binários, diante de uma versão ocidental dos mitos ameríndios, embora os classifique como homens e mulheres.

Na entrevista, o antropólogo menciona a respeito da visão de Lévi-Strauss, a descrição sobre as relações Tupinambá entre os gêneros de que “não são homens que trocam mulheres, nem mulheres que trocam homens, são famílias que trocam relações de parentesco, entendendo que homens e mulheres trocavam relações entre si”⁷². Importante mencionar que o laço social de parentesco Tupinambá identificado era constitutivo

66 RAMINELLI, 1997, p. 26.

67 RAMINELLI, 1997, p. 26.

68 RAMINELLI, 1997, pp. 21-22.

69 RAMINELLI, 1997, p. 28.

70 LAGROU; BELAUNDE, 2011.

71 Traçada pelo lado paterno.

72 LAGROU; BELAUNDE, 2011. p. 19.

por meio da alteridade entre afins do mesmo sexo masculino, segundo Lévi-Strauss⁷³, mas não aprofunda na abordagem de gênero e os descreve de forma binária.

Nesse sentido, o autor identifica que Lévi-Strauss percebe ao interpretar os mitos indígenas as assimetrias nas comunidades Tupinambás se comparada à sociedade ocidental. Um exemplo disto é a análise dos gêmeos ameríndios, que se dá por afinidade, pois não são filhos dos mesmos pais e nem irmãos, mas são cunhados, chamados de gêmeos afins. Ele conclui que os gêmeos europeus são idênticos ou totalmente opostos, enquanto os ameríndios não, não eram nem irmãos e nem inimigos⁷⁴.

Tal dualismo comparativo apresenta um desequilíbrio, que diante das categorias classificatórias não são suficientes para encontrar uma similaridade equitativa, mas sim diversidades.

A análise interpretativa por muitas vezes deixará escapar os desequilíbrios, mas tentará chegar, por meio do dualismo, ao mais próximo dos modelos sociais europeus tidos como padrão. Nas relações de gênero, para Lévi-Strauss, “não importa o sexo, só importa saber se a pessoa é do meu grupo ou de outro grupo, isso bastaria para criar o gênero”⁷⁵.

Assim, o mito, ao ser interpretado, configura como relato transportado pelo imaginário de quem interpreta e comparado com a sua própria sociedade. Quantificar o que é da cosmologia indígena e colocá-la em uma estrutura é fruto do próprio imaginário que realiza a interpretação em busca de simetrias entre as comunidades de pré-intrusão e sociedades estruturadas, conforme aborda Viveiros de Castro⁷⁶.

Na visão de João Azevedo Fernandes⁷⁷, o sistema organização de direitos dos Tupinambás, as obrigações e as relações entre os/as indígenas também se deram por meio das práticas de parentesco e afinidade, assim como descrito por Lévi-Strauss⁷⁸ e na interpretação de Raminelli⁷⁹. O trabalho no mundo-aldeia foi relatado como organizado de acordo com as linhas de sexo e idade, sendo desempenhado predominantemente pelas mulheres, em

73 apud LAGROU; BELAUNDE, 2011, p. 20.

74 LAGROU; BELAUNDE, 2011, p. 18.

75 apud LAGROU; BELAUNDE, 2011, p. 18.

76 LAGROU; BELAUNDE, 2011, p. 13.

77 2016.

78 apud LAGROU; BELAUNDE, 2011.

79 1997.

que o casamento regulava as hierarquias e privilégios de forma diferente da organização europeia⁸⁰.

Fernandes⁸¹ argumenta no sentido de que o casamento fazia-se decisivo do poder político que estava constantemente em disputa diante da força do trabalho das mulheres. A relação pós-marital é um exemplo, ou seja, após o matrimônio, em que os cônjuges passavam a morar na casa da família delas.

Outro ponto que o antropólogo também cita é as classes de idade divididas conforme os sexos binários. Além disso, descreve que “meninas desde cedo ajudavam suas mães, isto é, precocemente assumiam – mesmo que por vezes na forma de um jogo – suas responsabilidades no espaço doméstico”⁸². A partir das atividades nas aldeias, menciona:

Inicia-se aí, por conseguinte a grande divisão de gênero em sociedades como a Tupinambá enquanto meninos tendem a permanecer “preguiçosamente” junto a seus companheiros, as meninas são rapidamente inseridas na mais importante estrutura econômica desta sociedade, isto é, os grupos femininos de trabalho⁸³.

Uma narrativa também se propaga no sentido de que a maturidade das mulheres indígenas possibilitava um caminho para seu matrimônio, em que os casamentos eram feitos entre sujeitos de idades diversas. Além disso, a união era vista como uma necessidade dos homens para a sobrevivência, pois dependiam do trabalho desempenhado por elas⁸⁴.

A partir das breves exposições, ainda que se tenha uma contribuição da Antropologia vinculada aos ameríndios e interpretação de historiadores, conforme cotejados acima, há uma tradução cultural das comunidades abaixo de um olhar de quem conta a história. Inferimos que somente o mito indígena fundacional é capaz de demonstrar a realidade dessas sociedades de pré-intrusão e sua diversidade, contrapondo-se ao pensamento colonizador.

Compreendemos que a organização social das aldeias Tupinambás sofreu interferência dos europeus e, além disso, suas formas de se relacionar enquanto comunidade e gênero, bem como o estabelecimento das tarefas

80 FERNANDES, 2016, p. 35.

81 2016, p. 38.

82 FERNANDES, 2016, p. 142.

83 FERNANDES, 2016, p. 142.

84 FERNANDES, 2016, p. 159.

internas se diferiram dos modos eurocêntricos, tendo como consequência o espanto e a força para que a lógica dominadora se impusesse.

A colonialidade do poder, do saber e de gênero anulam a diversidade que por muitas vezes se perdeu e ao mesmo tempo, potencializa as resistências como forma de (re)existir.

Cabe-nos informar que o censo realizado pela Fundação Nacional da Saúde (FUNASA) em 2009⁸⁵, confirmou que existe cerca de 4.500 indígenas Tupinambá residentes na área hoje denominada população Olivença Tupinambá. Além disso, constata que a expectativa de vida da comunidade é reduzida, bem como a taxa de mortalidade elevada⁸⁶⁻⁸⁷.

Somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 os indígenas Tupinambás foram reconhecidos enquanto sujeitos de direito e tiveram a oportunidade, ainda que minimamente, de serem ouvidos e, apenas em 2001, reconhecidos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), tendo seu território demarcado em abriu de 2009⁸⁸.

Tais povos tradicionais foram excluídos de sua terra desde o início do imaginário americano, processo que se intensificou com o passar dos séculos e resultou em diversas expulsões de seu território por pressão fundiária, em razão dos aldeamentos instaurados pelos missionários e depois pela introdução republicana⁸⁹. O Estado, em vez de tutelar os direitos e preservar a autonomia dos povos tradicionais indígenas enquanto coletividade, permitiu a subtração de suas terras, sendo muitas vezes os Tupinambás obrigados a entregá-las por pressão. Apesar da interferência da modernidade/colonialidade, estes nunca abandonaram seu território.

Questionamos como desarticular a colonialidade de poder e saber, e efetivar a luta pelas autonomias dos povos tradicionais indígenas ao verificarmos essas transformações que bloquearam a descontinuidade do mundo-aldeia e ocultaram um povo histórico sob a tutela do mundo branco.

85 A base de dados quantitativos para consulta tem como última referência o ano de 2009.

86 Mais de 50% da população tem até 24 anos de idade (35% de pessoas com até 14 anos), enquanto os idosos (com mais de 65 anos) representam apenas 5%. (VIEGAS, 2018).

87 VIEGAS, 2018.

88 VIEGAS, 2018.

89 VIEGAS, 2018.

4. Em Busca de Rupturas para a Autonomia dos Povos Tradicionais

A partir da chamada modernidade/colonialidade, entendida como uma forma de emancipação dos Estados e dos indivíduos, tendo a Europa como centro do desenvolvimento das humanidades e da sua imposição de padrão – a partir do qual os demais Estados-nação tanto do Ocidente, como do Oriente, deveriam adotar todos os seus elementos como o formato estatal, exércitos, economia, filosofia, etc.⁹⁰–, “a América Latina entra na Modernidade (muito antes que a América do Norte) como “outra face”, denominada, explorada, encoberta”⁹¹.

O discurso da modernidade/colonialidade⁹² incentivou toda opressão dos povos e etnias presentes nos demais territórios para além da Europa, negou subjetivações e criou fronteiras, classificações sociais, de modo a inferiorizá-los em relação ao mundo-branco por meio de uma dominação cultural, econômica e política. Ainda que os colonizadores tenham se retirado dos territórios das Américas nos séculos XVIII e XIX, e apesar da formação dos Estados a partir da independência, a colonização continuou em forma de colonialidade do ser^{93_94}.

Nesse sentido, “a modernidade pode ser entendida como uma realidade de poder e um projeto de poder, responsáveis pela construção do Estado moderno, da economia moderna e do direito moderno, a partir

90 DUSSEL, 2005, p. 28.

91 DUSSEL, 2005, p. 30.

92 A modernidade foi marcada por três acontecimentos importantes a partir de 1492 e um deles foi a invasão das Américas. Ver em *O Novo Constitucionalismo Latino-Americano 2: rupturas e diversidade*, José Luiz Quadros de Magalhães (2016a).

93 O termo colonialidade do ser nasce depois das diversas formas e análises das Colonialidades do poder e Colonialidade do saber, sendo cunhado por Walter D. Mignolo (2003, 2014). Entretanto é Nelson Maldonado-Torres (2007) que desenvolve e articula tais ideias. De tal forma, trata-se de uma codificação das diferenças por uma suposta diferença racial, que tenta se justificar pela ideia de diferentes “níveis” de humanidade, os quais relacionam a branquitude/europeidade com o nível mais desenvolvido do ser, maculando a aptidão ao trabalho, civilidade, sexualidade, racionalidade e doçialidade. Essas diferenciações foram embasadas por supostos estudos da ciência moderna e pelas diferentes áreas do conhecimento moderno, seja pela biologia, genética ou pela interpretação da bíblia. A ideia de raça, presente nesse conceito, foi introduzida de tal modo a “outorgar legitimidade” a imposição da conquista colonial (e naturalizar a existência de violência simbólica e física que dirige ao negro, ao índio e suas religiosidades como maneiras de desumanizar o outro segundo o tempo e lugar). Entretanto, mesmo após o fim do colonialismo, esse padrão histórico de poder ainda se apresenta nas sociedades contemporâneas como formas de concepções de humanidade e aptidões.

94 MAGALHÃES, 2016b, p. 4.

de uma data simbólica que nos delimita no espaço temporal e hegemonia geográfica [...]”⁹⁵. Além disso, ressaltamos que foi o Estado Moderno que possibilitou a naturalização do capitalismo por meio da uniformização de valores, ocultando a diversidade⁹⁶⁻⁹⁷, assim como no caso dos povos tradicionais supracitados.

Apesar da independência das colônias na América Latina, não houve uma ruptura com a ordem social, econômica e política, sendo transportados e introduzidos os princípios do modelo capitalista e liberalista, bem como da filosofia. Na esfera jurídica estão nitidamente presentes, tendo em vista o

processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos que foram doutrinariamente marcados pelas Declarações dos Direitos anglo-francesas, pelas constituições liberais burguesas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791 e 1793), e pela inovadora Constituição Espanhola de Cádiz (1812)⁹⁸.

As constituições liberais não priorizaram a participação dos povos originários do processo constitucional e, conseqüentemente, não abarcaram os direitos de seus integrantes majoritários, como “as nações indígenas, populações afro-americanas, as massas dos camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos”⁹⁹ e, além disso, ignoraram a formação de sociedades totalmente agrárias e escravagistas, que não havia se quer desenvolvimento industrial e urbano que justificasse a criação de uma matriz estatal liberal¹⁰⁰.

Nesse sentido, partindo da tradição constitucionalista brasileira a partir de 1824, perpassando pelas constituições de 1981, 1934, bem como as autoritárias que abrangeram os anos de 1937, 1967 e 1969, infere-se que a pluralidade e a diversidade foram desconsideradas em sua integralidade¹⁰¹.

95 Nas palavras de Magalhães (2016a, p. 12) “A invasão das Américas pelos ‘europeus’, marcando o início da construção da hegemonia europeia que marca a modernidade. Invadiram também o ‘resto’ do mundo: África, Ásia e Oceania. Está aí a lógica binária subalterna do nós versus eles. Nós os civilizados, nós os bons, nós os europeus versus eles, os bárbaros, selvagens [...]”.

96 MAGALHÃES, 2016a, p. 12.

97 MAGALHÃES, 2016a, p. 13.

98 WOLKMER, 2010, p. 146.

99 WOLKMER, 2010, p. 147.

100 WOLKMER, 2010.

101 WOLKMER, 2010, p. 150.

Entretanto, ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tenha evidente parte do seu perfil liberal republicano, ampliou-se seu conteúdo formal abarcando as garantias fundamentais e o pluralismo, conforme expresso no artigo 1º, inciso V, o princípio do pluralismo político¹⁰².

Diante deste¹⁰³, é imprescindível que a materialização da Constituição deva incorporar todos os costumes e tradições emanadas dos povos, reconhecendo a importância da diversidade e da emancipação a partir de seus princípios valorativos, sendo um deles a contemplação da autonomia - “poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central”¹⁰⁴-, em que o Estado não exerça a única fonte do direito. Assim, a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88), no Título VII (Da Ordem Social), incluiu um capítulo exclusivo destinado aos povos indígenas, expressando no artigo 231 a garantia do pluralismo¹⁰⁵.

Há, então, o reconhecimento como sujeito de direito os/as indígenas enquanto indivíduos, direcionado para a efetivação da sua autonomia enquanto diversidade. Entretanto, entender sociedades complexas e organizações sociais que tiveram seu tecido comunitário rompido pelo Estado de bases burguesas, bem como pelo processo colonial, pode ser enigmático, uma vez que o próprio Estado retirou as autonomias desses povos e agora retorna como garantidor de direitos diante de um discurso igualitário¹⁰⁶.

Portanto, faz-se necessário o rompimento da lógica da modernidade e da colonialidade para reconhecer o direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo dos povos indígenas, diferentemente daquele como permissivo para se enquadrar na norma ou no sistema jurídico, mas enquanto existente de forma diversa e própria, sendo necessária a adoção de uma postura dialógica do Estado em um sentido complementar¹⁰⁷, para que o tecido comunitário seja reconstituído.

102 BRASIL, 1988.

103 A concepção adotada é o pluralismo histórico, composto por sujeitos coletivos que possuem diversas histórias chamados povos, sendo estes, projetos de ser na história, tendo autonomia deliberativa para realizar seu próprio processo histórico, ainda que estejam em contato com soluções e processos de outros povos (SEGATO, 2012, p. 7).

104 WOLKMER, 2010, p. 145.

105 “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988).

106 SEGATO, 2012.

107 MAGALHÃES, 2016a, p. 18

Repensar rupturas que possam devolver a constituição do tecido dos povos tradicionais, bem como alternativas que garantam sua autonomia para dar continuidade em seu processo histórico é de suma importância. A chave poderia ser a luta pela existência de um Estado restituidor da jurisdição própria e do foro interno comunitário, que garanta a sua deliberação para que, ainda que por meio das bases estatais, se considere a possibilidade do próprio povo inserir seu projeto histórico enquanto diversidade¹⁰⁸.

5. Considerações finais

Desta maneira, ao considerar a classificação social imposta pelo modelo europeu ocidental sobre a América Latina em razão da matriz capitalista, que ocultou toda a história dos povos tradicionais que aqui se encontravam/encontram, percebemos que o laço constituído pelo mundo-aldeia foi rompido pela lógica das relações replicada pela Europa neste solo, estando, desta maneira, a colonialidade do poder, do saber e de gênero estabelecidas de forma contínua até a atualidade.

Assim, compreender as relações de gênero e as modificações das organizações sociais dos povos tradicionais resultantes das diversas formas de colonialidade é a primeira na busca de fissuras para recuperar a autonomia dessas coletividades conforme a ordem de pré-intrusão, diante das identidades criadas pela Modernidade e reconhecidas a partir da imposição de padrões equalizadores e universais.

Ademais, não podemos nos esquecer da operacionalização do território latino-americano como forma de dominação e exploração a partir do viés da religiosidade cristã e do ideal missionário, principalmente em relação às mulheres e nas relações de gênero e raça, conforme abordamos, e das diversas expulsões dos povos tradicionais pela pressão fundiária que fizeram parte do projeto colonial e estatal, que deixaram de tutelar os seus direitos internos, assim como no caso dos Tupinambás no Brasil, forma de colonialidade que ainda prevalece na atualidade.

Igualmente, ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tenha abrangido as garantias fundamentais e o pluralismo, bem como incorporado os costumes e tradições emanadas dos povos tradicionais reconhecendo a importância da diversidade, e da emancipação por meio de

108 SEGATO, 2012.

seus princípios valorativos, a garantia de sua autonomia interna deve ser materializada e preservada.

Povos indígenas que tiveram seu tecido comunitário comprometido, como no Brasil, por um Estado de bases burguesas e sua autonomia retirada, resistem à lógica da modernidade e da colonialidade.

A instituição estatal retorna como garantidora de direitos por meio de um discurso igualitário e democrático, mas na prática, conforme analisamos, não cumpre com o que expressa. Reconhecer o direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo dos povos tradicionais e entendê-los como povo histórico é de sua importância, a fim de encontrar rupturas por meio da luta pela existência de um Estado restituidor da jurisdição própria e do foro interno comunitário, que considere a possibilidade do seu próprio povo realizar seu projeto histórico.

Referências

- ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e o direito à autodeterminação dos povos indígenas*. 2003. 333 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, mai./ago., pp. 89-117, 2013.
- BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. *Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais*. Brasília: Presidência da República, 07 fev. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 05 out. 1988.
- COSTA, Claudia de Lima. Feminismo e tradução cultural: sobre a colonialidade do gênero e a descolonização do saber. *P: Portuguese Cultural Studies*, [S.l.], v. 4, n. 1, pp. 41-65, 2012.
- DUSSEL, Enrique. *Europa, modernidade e eurocentrismo*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

- FERNANDES, João Azevedo. *De Cunhã a Mameluca: a mulher tupinambá e o nascimento do Brasil*. 2. ed. João Pessoa: Editora da Ufpb, 2016 [E-book].
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. (Re) *Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.
- LAGROU, Elsje; BELAUNDE, Luisa Euvira. Do mito grego ao mito ameríndio: uma entrevista sobre Lévi-Strauss com Eduardo Viveiros de Castro. *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, pp. 9-33, nov. 2011.
- LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, pp. 935-952, set./dez. 2014.
- LUGONES, Maria. Heterosexualism and the Colonial / Modern Gender System. *Hypatia*, Indiana University Press, v. 22, n. 1, pp. 186-209, outono 2007.
- LITTLE, Paul E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Anuário Antropológico*, v. 28, n. 1, pp. 251-290, 2004.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas - diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, pp. 10-19, jan./abr. 2016a.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Modernidade e presentismo: a alternativa transcultural. *Revista Vox*, Reduto/MG, n. 3, pp. 01-11, jan./jul. 2016b.
- MALDONALDO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMES, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos e Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.
- MIGNOLO, Walter D. Colonialidade: O lado mais escuro da modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [online], v. 32, n. 94, pp. 1-18, jun. 2017.
- MIGNOLO, Walter D. *Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- MURADAS, Daniela; MÁXIMO PEREIRA, Flávia Souza. A decolonialidade do saber e direito do trabalho brasileiro: sujeições interseccionais

- contemporâneas. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v.9, n.4, pp. 2117-2142, 2018.
- QUIJANO, Anibal. *Colonialidade de Poder, Eurocentrismo e América Latina*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade de Poder e Classificação Social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Editora Edições Almedina, 2009, p. 73-119.
- RAMINELLI, Ronald. Eva Tupinambá. In: PRIORE, Mary del; PINSK, Carla Bessanezi. *História das Mulheres no Brasil*. 10. ed. São Paulo: Editora Contexto, 1997, p. 11-45.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, [online] n. 63, pp. 237-280, 2020
- SEGATO, Rita L. Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *e-cadernos CES*, [online], n. 18, pp. 106-131, 2012.
- VIEGAS, Susana de Matos. *Tupinambá de Olivença*. [S.l]: Povos indígenas no Brasil, 2018. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:-Tupinamb%C3%A1_de_Oliven%C3%A7a>. Acesso em: 15 ago. 2019.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010, p. 143-155.

Recebido em 23 de março de 2020.

Aprovado em 21 de abril de 2020.

Resumo: A partir das exposições de narrativas descritivas da organização social dos Povos Tupinambá no Brasil e das interpretações antropológicas, o presente trabalho realiza uma abordagem crítica da apresentação das relações de gênero no mundo-aldeia, identificando características da colonialidade de poder, saber e de gênero que romperam o tecido comunitário indígena e ocultaram a sua autonomia. Aborda a criação das categorias gênero e raça como exercício legitimado de poder, compreendendo que a ótica da modernidade perpetua nos dias atuais por meio de uma matriz republicana burguesa. Identifica a reprodução do discurso moderno pelo Estado Democrático Direito, apesar do reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direito, propondo uma nova interpretação do problema apontado. Apresenta-se a devolução da autonomia a partir do pluralismo, buscando o reconhecimento da diversidade enquanto individualidade e coletividade e, como ruptura, tensiona a luta pela existência de um Estado restituidor da jurisdição própria e do foro interno comunitário, que garanta a deliberação dos povos tradicionais e possibilite que o próprio povo construa seu projeto histórico. A operacionalização da pesquisa dá-se pelo método jurídico-sociológico, bem como pela análise de dados quantitativos secundários e de revisão bibliográfica para o embasamento teórico decolonial.

Palavras-chave: direito constitucional, decolonialidade, colonialidade, modernidade, povos tradicionais indígenas.

Abstract: From an exhibitions of descriptive narratives of the Tupinambá People social organization in Brazil and from anthropological interpretations, this scientific work takes a critical approach to the presentation of gender relations in the word-village, identifying characteristics of the power coloniality, knowledge and gender that broke the indigenous community web and hid their autonomy. Brings up the creation of gender and race categories as legitimate exercise of power, understanding that the modernity optics remains nowadays through one bourgeois republic matrix. Identifies a reproduction of a modern discourse by the Democratic State, despite the recognition of the indigenous as subjects of the law, proposing one new interpretation of the present problem. Presents the return of autonomy based on pluralism, seeking the recognition of diversity as individuality and collectivity and, as a rupture, intends to fight for the existence of a State that restores its own jurisdiction and the internal community forum, which guarantees the deliberation of the peoples and allow the people themselves to build their historic project. The operationalization of the search is made with a socio-logical-juridical method, as well as by the analysis of secondary quantitative data and the bibliographic review for the theoretical basis decolonial.

Keywords: constitutional right, decoloniality, coloniality, modernity, traditional indigenous people.

Sugestão de citação: SALLES, Victória Taglialegra; BOMFIM, Rainer; DINIZ, Margareth. Classificação social, modernidade/colonialidade e relações de gênero: uma abordagem decolonial do rompimento do tecido comunitário dos Povos Tupinambás. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2020. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1404>.

Notícias e informações

Resumos das dissertações e teses defendidas de janeiro a julho de 2022
no âmbito do Programa de Pós-Graduação em
Teoria do Estado e Direito Constitucional.

Aluna: Bruna Portella de Novaes (Doutorado)

Título do Trabalho: O paraíso visto do Norte: raça e direito nas comparações entre Brasil e Estados Unidos (1833-1947).

Data da defesa: 21/12/2022

Banca: Francisco de Guimaraens (orientador e presidente), Thula Rafaela de Oliveira Pires, Ynaê Lopes dos Santos, Gabriela Barretto de Sá, Israel Ozanam de Sousa Cunha

Resumo: Quadros comparativos entre as relações raciais no Brasil e nos Estados Unidos abundam no campo dos estudos raciais e da história comparada. Mas a prática de comparar essas duas sociedades transborda o meio estritamente acadêmico. Elaborar uma visão sobre o local a partir de comparações com outras porções do mundo é uma prática comum à circulação atlântica de sujeitos e ideias. Assim, é possível encontrar discursos que sistematicamente opõem Brasil e Estados Unidos desde o século XIX, cujas autorias são bastante diversas. Especificamente pela lente dos estadunidenses, o Brasil foi retratado nesse período ora por escravistas e supremacistas brancos, ora por abolicionistas e ativistas pela igualdade racial. Esta tese busca mergulhar nesse universo comparativo a partir de um fio condutor específico: as visões norte-americanas de um paraíso racial brasileiro. O paraíso racial consiste na miragem de uma idílica sociedade com duas grandes características: um sistema escravista mais “suave”; a ausência de barreiras raciais legais. Perseguir a história dos coautores do paraíso racial significa, portanto, adentrar a longa história da democracia racial, que remonta a dinâmicas que antecedem a sua nomeação e posterior denúncia como mito. A partir da revisão bibliográfica e do acesso a fontes primárias – como imprensa, cartas e discursos – foram identificados e analisados sujeitos históricos produtores dessa visão do Eldorado brasileiro. Esses interlocutores da tese estão dispostos em quatro grandes tempos, entre 1833 e 1947: começando pelos abolicionistas imediatistas do pré-Guerra Civil, em 1833; a seguir, os abolicionistas do pós-Guerra Civil, em 1865; na década de 1920, são evocados os ativistas negros entusiastas da migração para o Brasil; por último, atravessando a década de 1920 até 1947, estão Gilberto Freyre e Frank Tannenbaum, responsáveis por uma consolidação científica

do paraíso racial. O amplo recorte se volta aos momentos de criação e consolidação da ideia de democracia racial, antes da sua crescente derrocada, na segunda metade do século XX. O objetivo é analisar de que forma esses sujeitos, ao retratarem o Brasil como um paraíso racial, apresentavam os aspectos jurídicos dessa sociedade idílica. De pronto conclui-se que as duas dimensões caracterizadoras do paraíso racial estão bastante intrincadas com o direito. Por um lado, a noção de escravidão suave se sustenta na notícia de uma elevada taxa de alforrias, que teria sido possibilitada por normas e instituições sistematicamente favoráveis à liberdade. Por outro lado, a imagem de uma sociedade na qual negros e negras livres não possuiriam diante de si qualquer barreira racial frequentemente usa como parâmetro a ausência de lei impeditiva do acesso a cargos militares, eclesiásticos e políticos. Mas além do endosso, durante a longa trajetória dos discursos estadunidenses sobre paraíso racial houve movimentos de contestação dessa mesma imagem, e neles a crítica jurídica se mostrou um argumento central. A partir da polivalência estratégica dos discursos, entendeu-se que direito e raça foram associados por sujeitos num amplo e espectro político, e ainda que os sinais táticos fossem invertidos, elementos de continuidade permaneceram.

Aluna: Daniela Marques de Oliveira (Doutorado)

Título do Trabalho: Limites e potencialidades da litigância climática no Brasil como estratégia de promoção da justiça climática.

Data da defesa: 18/11/2022

Banca: Danielle de Andrade Moreira (orientadora), Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Virgínia Totti Guimarães, José Rubens Morato Leite, Ana Maria de Oliveira Nusdeo, Gabriela Fauth

Resumo: A sociedade de risco simboliza o momento civilizatório atual, em que os efeitos secundários não desejados de uma modernização exitosa (para os que com ela se beneficiam, frise-se) se tornaram incontrolláveis. Mais do que isso. Vive-se atualmente em um mundo em “metamorfose”, no qual as certezas da sociedade moderna estão sendo solapadas diante de eventos globais significativos (Beck, 2017), como as mudanças climáticas e a

pandemia do Covid-19. Dessa forma, não se pode prever, mesmo diante de todo o avanço do conhecimento técnicocientífico, qual será o impacto dessa crise humanitária avassaladora que atinge a todos e ressalta a efemeridade do ser humano diante dos efeitos colaterais do mundo moderno. Embora os riscos climáticos apresentem uma tendência globalizante e um efeito equalizador, a distribuição de tais riscos costuma seguir a lógica da vulnerabilidade local, ocorrendo de forma socialmente desigual e injusta. A articulação da teoria do risco com o movimento da justiça ambiental e climática possibilita questionar a iniquidade na distribuição de riscos ambientais, em especial os climáticos, além de introduzir importantes ferramentas conceituais que problematizam a privatização de bônus e a socialização de ônus decorrentes da exploração de atividades poluentes. As instituições, como o Estado e o próprio Direito, que deveriam regulamentar e controlar a sua produção e externalidade, acabam produzindo uma espécie de normalização de riscos, de modo a legitimar os conflitos resultantes de situações de injustiça socioambiental, fenômeno que Ulrich Beck (1995) denomina de “irresponsabilidade organizada”. A insuficiência de respostas domésticas à produção de riscos globais e a ausência de coercitividade do direito internacional sinalizam o relevante papel que os Tribunais em todo o mundo – apesar das limitações e contradições inerentes ao próprio Poder Judiciário enquanto instituição estatal – estão sendo instados a atuar na governança climática, decidindo ações em que se discutem lacunas legislativas e regulatórias, descumprimento de metas de redução e compromissos climáticos, sob a releitura de direitos fundamentais no tratamento de conflitos climáticos, à luz do chamado constitucionalismo climático. Utiliza-se o método indutivo e a metodologia de pesquisa se baseia, além da análise da previsão normativa, na revisão bibliográfica nacional e internacional e no estudo dos precedentes judiciais brasileiros e estrangeiros de maior repercussão envolvendo matéria climática. Pretende-se investigar, a partir da análise articulada da teoria da sociedade de risco e do movimento da justiça ambiental aliado à perspectiva climática, se (e como) a litigância climática pode representar uma importante estratégia de promoção da justiça climática para contribuir para a redução das desigualdades socioambientais resultantes da produção e externalização injusta e desigual de riscos climáticos, mediante aplicação de ferramentas já existentes no sistema jurídico pátrio voltadas à prevenção e reparação de impactos e danos climáticos.

Aluna: Glenda Vicenzi (Doutorado)

Título do Trabalho: Entre Individualismo possessivo e transindividualidade: Etienne Balibar e as alternativas políticas da modernidade.

Data da defesa: 09/12/2022

Banca: Bethânia de Albuquerque Assy (orientadora), Francisco de Guimaraens, Mauricio de Albuquerque Rocha, Rafael Felgueiras Rolo, Vera Karam de Chueiri

Resumo: Esta tese dedica-se à reflexão teórica em torno do problema do indivíduo na modernidade desde a perspectiva da conjunção entre política e filosofia. Em particular, toma-se como ponto de partida o diagnóstico apresentado pela teoria do individualismo possessivo, de C. B. Macpherson, especialmente quando explicita que as sociedades políticas modernas se estruturaram a partir de uma concepção de indivíduo marcada por características possessivas. A tese objetiva demonstrar como historicamente esteve posta uma disputa teórico-política em torno dessa noção. Assim, na primeira parte, propõe-se que a leitura de Étienne Balibar em relação à filosofia de John Locke, a qual se constitui como uma das bases da teoria do individualismo possessivo, apresenta uma renovação crítica de tal teoria, pois explicita que a conjunção entre indivíduo e propriedade não se limita à teoria política e à teoria da propriedade, mas está inscrita na teoria metafísica, estruturando a própria concepção de consciência individual. Já na segunda parte da tese é analisado em que sentido as teorias contemporâneas sobre o transindividual – hipótese primeiramente formulada por Gilbert Simondon – representam uma contraposição atual a essa perspectiva sobre a individualidade, que, ao mesmo tempo, diferencia-se das críticas tradicionais do individualismo. Essa problemática também é analisada através da leitura de Balibar, a qual oferece às teorias do transindividual um necessário complemento político que não estava inteiramente presente nas versões mais estritamente ontológicas. Além disso, ao partir da filosofia de Spinoza, a interpretação balibardiana permite identificar a formulação de uma concepção alternativa sobre a individualidade contemporânea a Locke. Propõe-se que tal concepção não se baseia em características possessivas e institui um horizonte para a imaginação política frente aos desafios políticos contemporâneos.

Aluno: Leonardo Felipe de Oliveira Ribas (Doutorado)

Título do Trabalho: Dos determinantes sistêmicos da injustiça alimentar: análise crítico-jurídica dos determinantes (jurídicos, políticos e econômicos) que atuam em face da efetividade dos instrumentos da justiça alimentar (do direito humano à alimentação adequada, da política de segurança alimentar e nutricional e da soberania alimentar) no Brasil.

Data da defesa: 05/08/2022

Banca: Gisele Guimaraes Cittadino (orientadora), Adriano Pilatti, Renato Sergio Jamil Maluf, Wilson Madeira Filho, Míriam Villamil Balestro, Jose Luis Vivero Pol

Resumo: Esta pesquisa destina-se à análise crítico-jurídica dos determinantes sistêmicos (jurídicos, políticos e econômicos) que atuam em face da efetividade dos instrumentos da justiça alimentar (do direito humano à alimentação adequada, da política de segurança alimentar e nutricional e da soberania alimentar) no Brasil. Parte-se da observação do paradoxo de que o Brasil, ao mesmo tempo em que é um dos maiores produtores de alimentos do mundo, devido à presença e ao método em que são empregados tais determinantes, é também um dos maiores produtores de injustiça alimentar. O paradigma alimentar vigente, promovido pelo sistema alimentar agroindustrial brasileiro (SAAB), efetiva determinantes que promovem a acumulação de capital e de poder pelas grandes corporações alimentares. Estas, em parceria ou controlando o regime democrático e o próprio Estado, implementam ações de controle e domínio da agenda pública, dos sistemas políticos, como a política e o Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional, além da cadeia do sistema alimentar e os determinantes de natureza processual-representativa. O resultado desse controle é a perda da efetividade dos instrumentos da justiça alimentar. Esta tese tem por objetivo identificar tais determinantes e a forma através dos quais eles agravam a situação de injustiça alimentar no Brasil. Por fim, esta pesquisa procura ser um instrumento para a comunidade acadêmica e para os movimentos que lutam pela justiça alimentar no sentido de poder identificar os principais limites e determinantes da justiça alimentar no Brasil, com o objetivo de, através dos processos de lutas superá-los e efetivar os instrumentos da justiça alimentar.

Aluna: Luciana Costa Fernandes (Doutorado)

Título do Trabalho: Entre vivos e mortos: uma etnografia documental sobre a atuação da magistratura em quinze operações policiais nas favelas da zona norte do Rio de Janeiro

Data da defesa: 06/12/2022

Banca: Marcia Nina Bernardes (orientadora), Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki, Thula Rafaela de Oliveira Pires, Daniel Veloso Hirata, Marília Montenegro Pessoa de Mello

Resumo: Há mais de três décadas, as operações policiais direcionam o uso de recursos pelo Governo do estado do Rio de Janeiro, encontrando na política de drogas uma das suas maiores agendas. Angariando os recursos do léxico neoliberal da punição e do autoritarismo mundialmente emergentes, intensificam a relação entre exclusão territorial e violência, pela via da criminalização e da matança, que são regra em territórios de favelas. Orgânica às políticas urbanas em grandes centros, essa relação tem renovado, por aqui, a doxa das colonialidades, fixando as fronteiras raciais das precariedades através da matriz da espetacularização, da brutalidade e da descartabilidade antinegras. No complexo organograma de agências que têm tornado as operações policiais não só possíveis, como também centrais para o projeto que concluem, o judiciário e, especialmente, juízes/as têm assumido papel de cada vez maior protagonismo. Por isso, nesta tese, pesquisei o papel da magistratura nas operações policiais em favelas da zona norte do Rio de Janeiro, a partir de quinze ações penais envolvendo os crimes da Lei de drogas (Lei 11.343/2006), que anunciaram este contexto, foram sentenciadas no primeiro semestre de 2019 e tramitaram na comarca da capital do TJRJ. Considero essas operações como instrumentos da gestão urbano racializada na cidade do Rio, que adere aos termos das atuais políticas de inimidade (MBEMBE, 2020), bem como explicita o conteúdo da soberania branca que essas elites mantêm pela via da atividade judicial cotidiana. No primeiro capítulo, recupero a genealogia da magistratura a partir do marco dos estudos decoloniais e afrodiaspóricos em uma revisão bibliográfica. Depois, me utilizando da etnografia documental, analiso os dados empíricos para estudar o modo como discursividades produziram narrativas sobre

territórios de favelas (capítulo 02) e sujeitos (capítulo 03). Discursos esses que desvelam a relação entre a governabilidade das operações e o pacto narcísico da branquitude, que têm possibilitado, à magistratura, ser uma das principais agências responsáveis pela gestão da soberania necropolítica em nosso território.

Aluna: Maira de Souza Moreira (Doutorado)

Título do Trabalho: Direito e cidade: a construção social dos cortiços da região portuária do Rio de Janeiro

Data da defesa: 14/12/2022

Banca: Thula Rafaela de Oliveira Pires, Rafael Soares Gonçalves, Mariana Trotta Dallalana Quintans, Fernanda Maria da Costa Vieira, José Carlos Gomes Dos Anjos

Resumo: A construção social dos cortiços longe de significar fases estanques ou atores marcadamente estabelecidos dentro ou fora do Estado ou da sociedade, revela uma série de associações, transformações e construções que vão definindo a cada momento o que está compreendido como sendo a “política em ação”. É o que verificamos neste estudo sobre os cortiços, a partir de trabalho etnográfico, em que buscamos realizar uma descrição densa e analítica acerca de sua construção. Nosso ponto de partida são os cortiços que foram assim chamados pelo Estado na década de 1980 no âmbito de uma política de preservação do patrimônio histórico-cultural, mas nada dessa ação de preservação nos pareceu familiar. Aproximadamente um centenário antes da referida política, o Estado demolia o Cabeça de Porco (1893) e, até os dias de hoje, a historiografia urbana registra uma transição que teria nos levado dos cortiços à outras formas, em uma superação que parecia completa. A presente pesquisa parte de uma pergunta dispositiva, quais as condições de possibilidade da permanência dos cortiços da região portuária? Procuo partir de uma sociologia das associações e das controvérsias, um outro nome para a Action Network Theory (ANT), tal como enunciada por Bruno Latour. Disso resulta que olhar para o Estado e para o direito, significa desnaturalizá-los, uma vez que observamos as suas singulares capacidades de

se desagregarem do mundo social como se tudo neles fosse fato “descoberto” e não construído. Assim, procuramos levar os atores a sério, identificando principalmente como eles acionam as diversas entidades que compõem o mundo social. Trata-se de uma descrição densa da política que está sendo feita, desdobrando algumas das principais controvérsias destacadas pelos atores no que tange aos cortiços, mas também a construção social que faz com que essas (controvérsias) sejam estabilizadas em diversos momentos, permaneçam abertas, sejam reabertas ou reorganizadas em outros marcos epistemológicos em diferentes momentos. Reivindicam lugar neste relato também as normas, a “legislação urbana” é colocada em muitos momentos no centro da ação dos atores e veremos que isto pode apontar diferentes reflexões sobre as relações entre direito, Estado e sociedade, três entidades que nessa pesquisa ganham forma e realizam interações que nos permitem propor ao final uma “teoria do campo” estudado.

Aluna: Mariana de Moraes Palmeira (Doutorado)

Título do Trabalho: Vulnerabilidade, hipossuficiência e proteção de dados na jornada de consumo em ambiente digital

Data da defesa: 11/08/2022

Banca: Caitlin Sampaio Mulholland (orientadora), Ana de Oliveira Frazão, Carlos Affonso Pereira de Souza, Guilherme Magalhães Martins, Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Resumo: A presente tese examina as transformações no ambiente digital circunscritas às interseções entre as novas práticas do marketing e a proteção do consumidor-titular de dados pessoais. O fio condutor é a consolidação da informação como um importante ativo na sociedade de consumo contemporânea. A partir da perspectiva do capitalismo de vigilância, analisa-se os principais fenômenos que contribuem para o estabelecimento de uma estrutura de estímulos e controles que permeiam, de maneira imperceptível aos olhos do consumidor, a sua jornada de consumo. Verifica-se que a publicidade digital, em especial a chamada publicidade comportamental

direcionada conforme o perfil do consumidor, apesar de alvo de críticas da doutrina e de ponto de atenção por parte da legislação, é apenas a parte visível de uma arquitetura de escolhas permeada por “dark patterns” que obstaculizam a proteção do consumidor em ambiente digital. Nesse cenário, a pesquisa investiga a existência de uma nova e universal vulnerabilidade do consumidor. Trata-se da vulnerabilidade digital que dá origem a um estado, também universal, de hipossuficiência do consumidor diante das práticas comerciais em ambiente digital.

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&sid=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) autore(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 sequência:

(OBS.: Para textos em português, TÍTULO, RESUMO, e PALAVRAS-CHAVE devem vir com tradução em inglês e antes do corpo do texto. Para artigos em outras línguas, os elementos correspondentes devem vir na língua do texto e com subsequente tradução em português e inglês.)

- a. Título: deve estar em caixa alta e em negrito, justificado no alto da primeira página, com espaçamento simples entre linhas;
- b. Resumo: o texto deve ter entre 100 e 200 palavras, indicando os objetivos, referencial teórico, resultados obtidos e conclusão do artigo. Deve ser precedido da palavra “RESUMO”, em caixa alta, duas linhas abaixo do título, alinhado à esquerda e com espaçamento simples;
- c. Palavras-chave: no mínimo três e no máximo sete, separadas por ponto e vírgula, precedidas do termo “PALAVRAS-CHAVE”, em caixa alta, alinhada à esquerda, com espaçamento simples e duas linhas abaixo do resumo. Para maior facilidade de localização do trabalho em consultas bibliográficas, o Comitê Editorial sugere que as palavras-chave correspondam a conceitos mais gerais da área do trabalho;
- d. Corpo do Artigo: Na página seguinte, deve-se inserir novamente o título em negrito, justificado e sem caixa alta. O corpo do texto inicia-se na sexta linha abaixo do título, com espaçamento de 1,5 entre linhas;
- e. Subtítulos: o corpo do artigo deve ser dividido

em itens correspondentes a cada parte do trabalho. Esses itens devem ser referenciados a critério do autor, sendo obrigatórios os itens “Introdução”, no início do artigo, e “Conclusão”, ao final do artigo. Os subtítulos devem estar numerados, justificados e em negrito. Deve ser dado um espaço depois do texto que os precede e um espaço na linha imediatamente acima do texto que os segue;

f. Citações: citações, quando não excedem o número de três linhas, deverão ser feitas no corpo do texto, com o uso de aspas, sem itálico ou negrito. Quando tiverem mais de três linhas, deverão ser destacadas do corpo do texto, com recuo de 2 cm somente na margem esquerda, na mesma fonte (Times New Roman), tamanho 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 deverão 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*. Seqüência: estudos jurídicos e políticos. Vol. 33, n. 64, 2012 <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>.

STRUCHINER, Noel; FRIAS, Lincoln. *The Cogni-*

tive 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 posteriores.

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: <https://revistades.jur.puc-rio.br/>

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.